



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regres bij concernfinanciering

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2019, February 20). *Regres bij concernfinanciering. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/69314> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Oostrum, C.H.A. van

Title: Regres bij concernfinanciering

Issue Date: 2019-02-20

Hoofdstuk 6

REGRES EN CONCERN IN HET DUITSE RECHT

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het Duitse recht centraal. Deze uiteenzetting van het Duitse recht heeft tot doel om nieuwe inzichten te verkrijgen die leiden tot een beter begrip van het onderzoeksobject. Zoals uit het inleidende hoofdstuk van dit onderzoek blijkt, speelt de regresproblematiek bij concernfinanciering geen rol in het Duitse recht.¹ Daarom wordt de vraag onderzocht waarom de onderhavige problematiek niet voorkomt in de Duitse rechtsorde.

Om antwoord te kunnen geven op deze vraag wordt onderzocht hoe in het Duitse recht zekerheidsverlening in concernverband is georganiseerd. Hierbij wordt geanalyseerd welke rechtsgebieden van invloed zijn op de onderhavige materie. Daarom worden (delen van) het Duitse concernrecht, vennootschapsrecht, zekerheidsrecht en algemeen civiel recht uiteengezet. Deze rechtsgebieden worden op twee manieren besproken: zelfstandig en integraal binnen de context van de concernfinanciering. De voor dit onderzoek relevante delen van het algemeen civiel recht zijn in hoofdstuk 1 toegelicht en komen in dit hoofdstuk niet zelfstandig aan bod, maar enkel in samenhang met de andere rechtsgebieden.

Het concernrecht en delen van het vennootschapsrecht worden in een beknopt overzicht historisch geduid, waarna de relevante wet- en regelgeving wordt besproken. Het vennootschapsrecht wordt niet in den brede behandeld, maar op de voor dit onderzoek van belang zijnde aspecten.² Vervolgens wordt het zekerheidsrecht geanalyseerd. Met het oog op de problematiek zoals die in Nederland voorkomt, worden in het bijzonder de persoonlijke zekerheden besproken. Tot slot worden de behandelde rechtsgebieden integraal behandeld binnen de context van upstream en cross-stream zekerheidsverlening in concernverband.

1 Ook regreszaken naar aanleiding van een sterfhuisconstructie zijn nog niet voorgekomen in het Duitse recht.

2 Voor een uitgebreide behandeling van het Duitse vennootschapsrecht zie *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (meerdelig), München: C.H. Beck 2016 en D. Eckhardt, M. Hermanns & K. Bischoff, *Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2017.

6.2 Een kleine geschiedenis van het Duitse concernrecht

De rechtsontwikkeling van het Duitse concernrecht bestrijkt ruim anderhalve eeuw, de periode van medio negentiende eeuw tot heden. Onderstaand wordt een beknopt overzicht gegeven van deze ontwikkeling. Juridische ontwikkelingen staan niet op zichzelf en kunnen pas goed worden begrepen wanneer zij in hun sociaal-economische context worden geplaatst. Daarom worden niet alleen juridische aspecten van concernvorming besproken, maar ook sociaal-economische.

Aan de hand van vijf tijdvakken wordt de ontwikkeling van het Duits concernrecht besproken: de voorfase, de *Belle Époque*, de *Goldene Zwanziger Jahre*, de jaren dertig en de naoorlogse periode. Deze indeling is gebaseerd op economische concentratiebewegingen. De keuze voor economische concentratiebewegingen als onderscheidend criterium is gebaseerd op de relatie tussen concentratiebewegingen en rechtsontwikkeling. Concentratiebewegingen blijken namelijk een voortstuwend effect te hebben op de rechtsontwikkeling van het concernrecht. Iedere concentratiegolf heeft geleid tot nieuwe ontwikkelingen in het concernrecht.

Het concernrecht is oorspronkelijk een zaak van de *Aktiengesellschaft* (hierna: AG) en van het AG-concern. Echter, na verloop van tijd speelt ook de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbH) een belangrijke rol als concernvehicle. Daarom worden zowel het *AG-Konzernrecht* als het *GmbH-Konzernrecht* uiteengezet. De terminologie ter aanduiding van de onderscheidenlijke typen concerns is gebaseerd op de rechtsvorm van de dochtervennootschap. Hierbij is het AG-concernrecht grotendeels gecodificeerd en bestaat het GmbH-concernrecht hoofdzakelijk uit rechtersrecht.

6.2.1 De voorfase 1850-1871: het prille begin

De AG in zijn ‘moderne’ vorm zag in de vroege negentiende eeuw het levenslicht.³ Van meet af aan had de wetgever bijzondere aandacht voor de AG. De AG was namelijk de rechtsvorm die ondernemers moest ondersteunen in hun economische activiteiten. Deze economische bedrijvigheid diende vervolgens de economische groei van de natie te bevorderen. De economische groei van de Duitse Bond (1815-1866) en het latere Duitse Keizerrijk (1871-1918) kwam medio negentiende eeuw in een stroomversnelling. De industriële revolutie was begonnen.⁴ Deze periode

3 Het Duitse Aktienrecht is voor een groot deel schatplichtig aan de Franse Code de commerce (1807). Vooral in het Rijnland van begin negentiende eeuw werd de Aktiengesellschaft en het Aktienrecht op Franse leest geschoeid. Reckendrees, *JWG* 2012, p. 137-174, p. 141-142.

4 Rostow plaatst de ‘take-off’ van de economie van de Duitse Bond in de periode 1850-1873. Rostow 1991, p. 38.

kenmerkte zich door grote technologische vooruitgang, toenemende investeringen en als gevolg daarvan grotere kapitaalbehoefte.⁵ Ondernemingen probeerden op deze omstandigheden in te spelen door hun productiecapaciteiten en geografische expansie te vergroten, dikwijls met als doel om een monopolie tot stand te brengen.⁶ Dit is vooral terug te zien in de zware en de chemische industrie. In deze sectoren ontstonden dan ook de eerste grote Duitse concerns, zoals Friedrich Krupp AG en Siemens & Halske AG.⁷ Ondernemers achtten economische concentratie noodzakelijk om de uitdagingen van de nieuwe tijd het hoofd te kunnen bieden. Ook ontstond het maatschappelijk besef dat economische concentratie gereguleerd moest worden. Het was dit besef dat op den duur resulteerde in concernrecht. Daarom wordt deze periode gezien als de embryonale fase van het Duits concernrecht.

6.2.2 De Belle Époque 1871-1914: noodzaak tot regelgeving

Onder Pruisische leiding begonnen de Duitse gebieden zich te verenigen. Economische groei en ontlukend Duits nationalisme sterkte het gemeenschappelijk bewustzijn. De eenwording van de Duitse gebieden leidde tot een herijking van de Europese machtsverhoudingen. De door Duitsland gewonnen Frans-Pruisische oorlog (1870-1871) en de oprichting van het Keizerrijk Duitsland (1871) in de Spiegelzaal te Versailles, bevestigde de nieuwe positie van Duitsland in Europa. Duitsland werd de leidende industriestaat van het continent en had wereldwijde ambities. Voor Duitsland was de *Belle Époque* (1871-1914) begonnen.

Ook in het recht werd de geestdrift van de nieuwe tijd gevoeld. Het recht moest klaar worden gestoomd voor nieuwe economische realiteiten. Dit resulteerde in verschillende wetsvoorstellen, waarvan het *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften* (1884)⁸ (hierna: AktG 1884) de laatste in een reeks was. De AG moest investeerders verleiden tot het financieren van grote infrastructurele projecten, zoals de bouw van spoorwegen.⁹ Voor dergelijke grote projecten was de AG uitermate geschikt.

In de tweede helft van de negentiende eeuw werd duidelijk dat de AG minder passend was voor ondernemers die geen toegang wilden tot de kapitaalmarkten. Doorgaans opereerden deze ondernemers in het midden en klein bedrijf. Voor deze

5 Dettling 1997, p. 50-51.

6 Hoffmann 1993, p. 61; Dettling 1997, p. 51.

7 Hoffmann 1993, p. 61.

8 Zie voor een uitgebreide verhandeling over het ontstaan van de AG: W. Schubert & P. Hommelhoff, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, Berlijn: Walter de Gruyter 1985.

9 De introductie van spoorwegen was een grote aanjager van economische ontwikkeling. De spoorwegen: (I) zorgden voor een daling van de interne transportkosten en ontsloten nieuwe producten en gebieden voor de markt; (II) fungeerden als een voorwaarde voor de groei van de exportsector; en (III) leidden tot technische innovaties en de ontwikkeling van de basisindustrie. Rostow 1991, p. 55.

groep ondernemers was de AG te duur en te formalistisch. Dit leidde in 1892 tot invoering van het *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbHG) en de introductie van de GmbH. Deze rechtsvorm hield het midden tussen een AG en een *offene Handelsgesellschaft*¹⁰. Het GmbHG bevatte een beperkt aantal artikelen¹¹, hierdoor kreeg de rechtsgebruiker ruimte om door statutaire bepalingen zelf vorm te geven aan zijn GmbH.¹²

Hoewel de wetgever in deze periode verschillende vennootschappelijke vernieuwingen doorvoerde, had hij geen oog voor de ontwikkeling van het concernrecht. De juridische vraagstukken die voortvloeiden uit het economische concentratiestreven, hebben in deze periode niet geleid tot een wettelijke verankering van het concernrecht. Zowel de AktG 1884 als de GmbHG bevatten geen bepalingen inzake het concernrecht. Dit geldt ook voor andere ondernemingsrechtelijke wetgeving zoals het *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* van 1861 en ook zijn opvolger het *Handelsgesetzbuch* (hierna: HGB) van 1900.

De rechtsontwikkeling van het concernrecht kwam in deze tijd voor rekening van de praktijk en de rechtspraak. Zo gaf de *Kautelarjurisprudenz*, de juridische adviespraktijk, door middel van het opstellen van vennootschapsovereenkomsten en statuten invulling aan de behoefte tot concernvorming en concentratie van ondernemingen.¹³ Op haar beurt zag de rechtspraak zich geconfronteerd met verschillende concernrechtelijke geschillen.¹⁴ Dikwijls wees de magistratuur vonnis met een zeker gevoel voor de ontwikkeling van concernrechtelijke verhoudingen.¹⁵ Van een systematische behandeling van concernrechtvraagstukken was in deze periode nog geen sprake. Het geordend en consequent ter hand nemen van het concernrecht zou pas in de jaren twintig van de twintigste eeuw plaatsvinden.

6.2.3 De Goldene Zwanziger Jahre 1918-1929: van casuïstische naar samenhangende rechtsontwikkeling

Het einde van de Eerste Wereldoorlog (1918) betekende tevens het einde van het Duitse Keizerrijk dat plaatsmaakte voor de Weimarrepubliek (1919-1933). De economische hoogconjunctuur van de *Goldene Zwanziger Jahre* (1924-1929) deed de misère van de Eerste Wereldoorlog ogenschijnlijk teniet. Berlijn was *the place to be*.

10 Vorm van een personenvennootschap.

11 Thans 88 artikelen.

12 Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1064.

13 Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

14 Zie bijvoorbeeld RGZ 9 februari 1881, 3, 123, 126 (Rumänischen Eisenbahnfall) waarin het Reichsgericht een uitspraak doet inzake de overdracht van bestuursbevoegdheden aan een derde zijnde niet-aandeelhouder. Dit arrest wordt gezien als het startpunt van de concernrechtelijke ontwikkeling door de rechtspraak. Hommelhoff 1982, p. 2-12.

15 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 36-37.

De stad werd het decor van het expressionisme en de jazzmuziek. De schreeuwerige reclame-uitingen op Alexanderplatz deden voorbijgangers vermoeden dat het Duitsland weer voor de wind ging.

Ondernemers streefden net als in de voorgaande bloeitijd naar economische concentratie. Het concern als juridisch verschijnsel was wederom in trek. Deze tendens zette zich voort tot de beginjaren van de Grote Depressie. Het vaststellen van de precieze groei van het aantal concerns in de jaren twintig is onderhevig aan empirische problematiek.¹⁶ Toch lijkt er geen twijfel te bestaan over de sterke toename van het aantal concerns. Ook het toegenomen belang van het concern als verschijnsel in het economisch leven wordt niet betwist. Doorgaans wordt dit toegenomen belang afgeleid uit de significante groei van het aantal nieuw opgerichte AG's in deze periode. De focus op de AG is belangrijk omdat ondanks het flexibele karakter van de GmbH, de AG in deze tijd de typische rechtsvorm was om te gebruiken in concernverband.¹⁷ Een stijging van het aantal AG's lijkt dus te duiden op een stijging van het aantal concerns. Nu steeg het aantal AG's gedurende de jaren twintig explosief.¹⁸ Deze groei van het aantal AG's is derhalve indicatief voor de groei van het aantal concerns.

Het toegenomen belang van het concern is ook terug te zien in de literatuur van die tijd.¹⁹ Zo nam het aantal publicaties over het concern toe en ook werd in kwalitatief opzicht progressie geboekt. De casuïstische inslag van de rechtsontwikkeling, die kenmerkend is voor de voorgaande periode, is verdwenen. De gevolgen van concernvorming voor zowel de moederverenootschap als de dochterverenootschappen worden methodisch en samenhangend bestudeerd. Hierbij ontwikkelde zich in de literatuur de *Einheitstheorie*, die de economische eenheid van het concern benadrukt.²⁰ Desalniettemin bleef de juridische zelfstandigheid van de moeder- en de dochterverenootschap het uitgangspunt in de rechtspraak. De wetgever stond vooralsnog langs de zijlijn en zou zich pas in de jaren dertig nadrukkelijker gaan bemoeien met de ontwikkeling van het concernrecht.

16 Voor meer informatie over empirische dataverzameling met betrekking tot de ontwikkeling van het Duitse concernrecht zie Hoffmann 1993, p. 62-67.

17 Hoffmann 1993, p. 61.

18 Aantal AG's in 1919: 5.710 en in 1925: 13.010, ofwel een stijging van ruim 127%. Hoffmann 1993, p. 61.

19 Zie onder andere: F. Haussmann, *Die Tochtergesellschaft: eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus*, Berlin: Liebmann 1923; F. Haussmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen*, Mannheim: J. Bensheimer Verlag 1926; H. Friedländer, *Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmens-Zusammenfassungen*, Mannheim: J. Bensheimer Verlag 1927; H. Heinrich Kronstein, *Die abhängige juristische Person*, München: J. Schweitzer 1931.

20 Hommelhoff 1982, p. 10.

6.2.4 De jaren dertig 1930-1945: voorzichtige stappen tot codificatie

Na een korte periode van deconcentratie aan het begin van de jaren dertig, volgt nieuw concentratiestreven als gevolg van het economische beleid van de Nationaal-Socialisten.²¹ In dit tijdvak bemoeit de wetgever zich voor het eerst met de rechtsontwikkeling van het concern. Deze bemoeienis met het concernrecht was echter fragmentarisch en niet gericht op het tot stand komen van een alomvattende regeling. Zo beperkte de *Brüningsche Notverordnung* d.d. 19 september 1931²² zich tot regelingen omtrent de inkoop van eigen aandelen, aandeelhoudersrechten en voorschriften over het indelen van de balans, de winst en verliesrekening en het jaarverslag. Hierbij bestonden speciale verplichtingen voor concerns om inzicht te geven in de onderlinge relaties van het concern en in de vorderingen van de moeder vennootschap op haar concernvennootschappen.²³ Tot een definiëring van het concernbegrip kwam de *Brüningsche Notverordnung* niet. Dit laat onverlet dat de begripsvorming in de rechtspraak en de literatuur onverminderd doorging.

Zo komt het Reichsfinanzhof in zijn uitspraak van 30 januari 1930 tot de volgende omschrijving van het begrip concern:

‘Ein Konzern ist ein Verband mehrerer Unternehmen, der unter einheitlicher Leitung steht und dessen einzelne Teile als autonome Einheiten aus sich selbst nicht mehr begriffen werden können, so dass zur Erklärung ihrer Stellung in der Gesamtwirtschaft eine Bezugnahme auf den planmässig aufgebauten Konzern notwendig ist.’²⁴

De gedachtevorming in de literatuur en de rechtspraak hebben bijgedragen aan de vorming van de eerste wettelijke definitie van het concernbegrip zoals beschreven in § 15 (1) *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien* van 1937 (AktG 1937):

Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

21 Hoffmann 1993, p. 61.

22 Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und eine Steueramnestie (RGBl. 1931 I, p. 493).

23 Dettling 1997, p. 71.

24 Reichsfinanzhofs 30 januari 1930, I A 226/229.

Deze wet definieert in het tweede lid van § 15 AktG 1937 de ondergeschikte concernvennootschappen, de *abhängige Unternehmen*. Het tweede lid luidt:

*Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.*²⁵

Hoewel het AktG 1937 het juridisch speelveld van het concern inkadert, komt de wet niet tot een samenhangende regeling voor het concernrecht. Belangrijke concernrechtelijke problematiek wordt niet diepgaand geadresseerd. De aanpak is gericht op het tegengaan van misbruik van de wet door de meerderheidsaandeelhouder. Uitgebreide wettelijke bescherming van minderheidsaandeelhouders en crediteuren is vooralsnog van bijkomend belang.²⁶

In deze periode is er weinig aandacht voor het GmbH-concernrecht. Sterker nog, tijdens het Nazibewind komt de GmbH onder vuur te liggen. In 1933 is er zelfs gepleit voor de afschaffing van de rechtsvorm: echte 'Arische' ondernemers zouden zich namelijk niet verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid van de GmbH.²⁷ Dit voorstel heeft het evident niet gehaald. Met deze stand van zaken stort het land zich in de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. Pas na afloop van de oorlog zijn er weer nieuwe ontwikkelingen waar te nemen in het Duitse concernrecht.

6.2.5 De naoorlogse periode 1946-heden: de creatie van een systeem van concernrecht

In het bezette Duitsland van na 1945 menen de geallieerden dat er sprake is van excessieve machtsconcentratie in verschillende sectoren van de Duitse economie. Daarom wordt er in de geallieerde bezettingszones een deconcentratiebeleid gevoerd. De geallieerden weten onderling geen overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van het deconcentratie- en antikartelbeleid. Dit leidt ertoe dat de Westerse geallieerden in hun bezettingszones, zonder consent van de Sovjets, deconcentratiewetgeving afkondigen.²⁸ Dit deconcentratiebeleid heeft met name in de Duitse staalindustrie haar sporen nagelaten.²⁹

²⁵ Dettling 1997, p. 76.

²⁶ Bartman 1989a, p. 13-14; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 38-39; Dettling 1997, p. 76; Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

²⁷ Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

²⁸ Law 56 in de Amerikaanse zone; Law 78 in de Britse zone en Ordinance 96 in de Franse zone.

²⁹ Hoffmann 1993, p. 61; Gramer 2004, p. 290.

Onder druk van de oploeiende Koude Oorlog ontstond bij Westerse geallieerden de wens om een sterke West-Duitse bondgenoot te hebben. West-Duitsland moest weer een economische krachtpatser worden. Deconcentratiebeleid paste niet bij dit streven. Derhalve verdween bij de Westerse geallieerden de gevoelde noodzaak om het deconcentratiebeleid stringent door te voeren.³⁰ In de tweede helft van de jaren vijftig van de vorige eeuw was zelfs een nieuwe concentratiebeweging aanstaande. Als gevolg van het *Wirtschaftswunder* en door de West-Duitse overheid ingevoerde concernvriendelijke fiscale wetgeving, sloeg de kortstondige deconcentratiebeweging om in een nieuwe concentratiegolf.³¹

6.2.5.1 Het AG-concernrecht: organisatie en normering in de wet

Al in de jaren vijftig van de vorige eeuw leeft in de West-Duitse rechtspraak en wetenschap de overtuiging dat een omvangrijke herziening en codificering van het concernrecht noodzakelijk is.³² Een belangrijk uitgangspunt in de gedachtevorming hieromtrent is het idee dat het concernbelang, de deelbelangen niet zonder meer ter zijde kan schuiven. Het ter zake gevoerde debat gaat in de kern over de wijze waarop dit uitgangspunt vorm dient te krijgen. De herzieningsvoorstellen³³ die dit debat heeft voortgebracht, hebben een waardevolle bijdrage geleverd aan het tot stand komen van de uiteindelijke regeling. Zo heeft de wetgever bij het concipiëren van het AktG 1965 betreffende de regelgeving inzake *Unternehmensverträgen*³⁴, niet alleen geleund op de oude vennootschappelijke wetgeving, maar vooral op de herzieningsvoorstellen. Het ontwerp voor de *Eingliederung*, een aan fusie grenzende vorm van samenwerking tussen vennootschappen (§ 319 e.v. AktG), is daarentegen geheel van eigen hand van de wetgever.³⁵

De Duitse wetgever heeft ook gekozen voor een regeling die een grotere kring van adressanten heeft dan slechts concernvennootschappen. Het derde boek van het AktG gaat dan ook over het recht voor verbonden ondernemingen. Dit recht omvat verschillende gradaties van onderlinge afhankelijkheidsrelaties tussen ondernemingen, ieder met hun eigen rechtsgevolgen. De concernverhouding is één van de mogelijk relaties. Op deze wijze heeft de wetgever getracht om niet alleen in concernverband de belangen van outside aandeelhouders en crediteuren te beschermen,

30 Gramer 2004, p. 290.

31 Hoffmann 1993, p. 62.

32 Hommelhoff 1982, p. 29-30; Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

33 Voor meer informatie over de verschillende herzieningsvoorstellen zie Dettling 1997, p. 70-71. Zie ook: het *Referentenentwurf* (1958), Dettling 1997, p. 213 e.v. en het *Regierungsentwurf für ein neues Aktiengesetz* (1960), Dettling 1997, p. 265 e.v.

34 Unternehmensverträgen bestaan uit verschillende vormen van contractueel overeengekomen afhankelijkheidsrelaties.

35 Emmerich & Habersack 2013, p. 7.

maar ook daarbuiten. Doel van de wettelijke regeling is om een redelijk evenwicht te vinden tussen enerzijds het verkrijgen van bedrijfseconomisch en organisatorisch gewin door middel van de concentratie van ondernemingen en anderzijds de bescherming van de externe deelbelangen. Het AktG beoogt zo bij te dragen aan het mitigeren van het mogelijk conflict dat kan ontstaan tussen het maximaliseren van het vermogen van het concern en het maximaliseren van het vermogen van de ondergeschikte vennootschap.³⁶

Na invoering van het AktG 1965 is de wet een aantal keer aanpast, bijvoorbeeld in 1994 met het toevoegen van bepalingen ten aanzien van informatieverstrekking en controle mogelijkheden bij het aangaan van *Unternehmensverträgen*.³⁷ Echter, de aard en de opzet van de wet is onveranderd gebleven. De rechtsontwikkeling van het AG-concernrecht is sinds 1965 hoofdzakelijk het domein van de rechtspraak en de praktijk en in mindere mate van de wetgever.

6.2.5.2 Het GmbH-concernrecht: organisatie en normering in de jurisprudentie

De wetgever meende dat na het succesvol invoeren van de AktG 1965 het opportuun was om ook een *Recht der verbundenen Unternehmen* voor de GmbH in te voeren.³⁸ Niet alleen het GmbH-concernrecht, maar ook de rechtsvorm zelf moest worden gemodelleerd naar voorbeeld van de AG. Eind zestiger- en begin zeventiger jaren van de vorige eeuw werden onder druk van reguleringsdrang voorstellen gedaan die het aantal artikelen van het GmbHG zouden verdrie- of zelfs verviervoudigen. Deze voorstellen zijn een stille dood gestorven. Het belangrijkste bezwaar vormde de opvatting dat de GmbH haar eigen aard en werking had en dat een op het AG-(concern)recht gebaseerde regeling daar geen rekening mee hield.³⁹

Het GmbH-concernrecht werd bij gebrek aan een eigen wettelijke regeling gevormd door analoge werking met het AG-concernrecht, de algemeen vennootschappelijke normen en de rechtspraak. Het AG-concernrecht was een leidraad om verschillende concernrechtelijke vraagstukken in het GmbH-concern te beslechten. Eén reden hiervoor was de rechtsneutrale formulering van § 15-19 AktG, hetgeen toepassing aanmoedigde op andere rechtsvormen.⁴⁰ Ook bestond in de literatuur en de rechtspraak van na 1965 een brede consensus dat het AG-concernrecht een uitstralende werking heeft.

³⁶ Voor een nadere uiteenzetting van het AktG 1965, zie § 6.3.

³⁷ Zie §§ 293a-293g AktG.

³⁸ § 8, 234-270 RefE 1969 en § 9, 230-266 RegE 1971/73.

³⁹ Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

⁴⁰ Emmerich & Habersack 2013, p. 5.

Het GmbH-concernrecht vond ook houvast bij het algemene vennootschapsrecht. Een voorbeeld hiervan zijn de *Treuepflichten*. Aandeelhouders moeten zich onderling houden aan de *Treuepflichten*.⁴¹ Deze verplichtingen functioneren als waarborg tegen verdeckte vermogensonttrekking. Een aandeelhouder mag alleen met toestemming van zijn medeaandeelhouders vermogen onttrekken aan de vennootschap. Hoewel de *Treuepflichten* alleen werken tussen aandeelhouders, kunnen andere belanghebbenden indirect profiteren van de beschermende werking die deze plichten bieden. Tegelijkertijd zijn de andere belanghebbenden in zekere zin overgeleverd aan de luimen van de aandeelhouders. Schuldeisers zijn bijvoorbeeld gebaat bij regels tegen vermogensonttrekking, maar kunnen geen beroep doen op de *Treuepflichten* wanneer de gehele algemene vergadering instemt met een voor het vermogen van de vennootschap nadelige instructie. Ook bij vennootschappen met één aandeelhouder, hetgeen dikwijls in concernverband voorkomt, bieden *Treuepflichten* nauwelijks enige bescherming aan de andere belanghebbenden van de vennootschap.⁴²

Het was de rechtspraak en de rechtspraktijk duidelijk dat niet alle deelbelangen in de GmbH-groep konden rekenen op toegankelijke en sluitende bescherming van het recht. Gegeven de onmacht van de wetgever om de rechtsontwikkeling van het GmbH-concernrecht te sturen, kwam deze taak voor rekening van de rechtspraak.⁴³ In de periode van medio jaren tachtig tot in het eerste decennium van de eenentwintigste eeuw heeft het BGH met een aantal *landmark decisions* het GmbH-concernrecht sterk ontwikkeld.⁴⁴

De ingezette rechtsontwikkeling kenmerkt zich door dogmatische herijking. Als gevolg van het in 1985 gewezen Autokran-oordeel kon bij een zeer nauwe relatie tussen een aandeelhouder en de rechtspersoon, de aandeelhouder aansprakelijk worden gesteld voor schade berokkend aan de rechtspersoon. Uitgangspunt was dat negatieve beïnvloeding door de aandeelhouder te isoleren moest zijn van het vennootschapsbeleid. Wanneer dit niet het geval was, dreigde aansprakelijkheid voor de aandeelhouder.

Tegen deze achtergrond werd een concern waarbij de moedervernootschap en haar concernvennootschap nauw verweven waren, aangemerkt als een *qualifiziert faktischer Konzern* (gekwaliceerd feitelijk concern). Op basis van het constateren van deze feitelijke verhouding, werd de moedervernootschap aansprakelijk. Deze

41 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 19.

42 Habersack 2008, p. 536; Barneveld 2014, p. 293.

43 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 46; Emmerich & Habersack 2013, p. 7. Zie ook: BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 19.

44 BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, *NJW* 1976, 191 (ITT); BGH 24 oktober 1988, II ZB 7/88, *NJW* 1989, 295; BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran); BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, *NJW* 2001, 3622 (Bremer Vulkan); BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel). Emmerich & Habersack 2013, p. 7, noot 21.

vorm van 'toestandsaansprakelijkheid' die mede voortvloeide uit de *Treuepflichten* werd in 2001 verlaten bij het wijzen van de Bremer Vulkan-uitspraak⁴⁵. Het BGH kwalificeerde de aansprakelijkheid tussen aandeelhouder en vennootschap nu als een 'handelingsaansprakelijkheid' en voerde het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* ten tonele. Het BGH adresseerde met dit leerstuk de aansprakelijkheid van een aandeelhouder die de continuïteit van de vennootschap in gevaar bracht, door onrechtmatig en zonder compensatie vermogen te onttrekken uit het doelgebonden vennootschapsvermogen. Met behulp van een aantal tussenstappen oordeelde het BGH in 2007⁴⁶ dat de *existenzvernichtender Eingriff* haar grondslag vond in het leerstuk van de algemene onrechtmatige daad in de zin van § 826 BGB.⁴⁷ Ook meende het BGH dat het een interne aansprakelijkheidsnorm betreft, zodat slechts de vennootschap een beroep kan doen op de *Existenzvernichtungshaftung*.⁴⁸

Wettelijke voorstellen tot wijziging van het GmbH-(concern)recht waren gewoonlijk gedoemd te mislukken. Los van een paar kleine wijzigingen⁴⁹ is het GmbHG tot 2008 redelijk onveranderd gebleven.⁵⁰ In 2008 lukte het de wetgever dan toch om op het terrein van het gemene GmbH-recht succesvol een wetsvoorstel in te voeren. Met de introductie van de *Wet Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG)⁵¹ heeft de wetgever het GmbHG ingrijpend gewijzigd en hiermee ook het GmbH-concernrecht beïnvloed. De wet wordt gezien als de belangrijkste wijziging van het GmbHG sinds de totstandkoming daarvan in 1892. De herzieningen die als gevolg van het MoMiG zijn doorgevoerd betreffen onder andere de mogelijkheid de vestigingsplaats van de GmbH buiten Duitsland te lokaliseren en de mogelijkheid tot het oprichten van een 'GmbH-light'⁵², de *Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung* (UG). Naast deze veranderingen

45 BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, *NJW* 2001, 3622 (Bremer Vulkan).

46 BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00 (L-Kosmetik); BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00 (KBV).

47 § 826 BGB: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

48 Zie § 6.4.3 voor een uitgebreidere behandeling van de voor het GmbH-concern relevante jurisprudentie. Roth/Altmeppen 2009, p. 331-332.

49 Bijvoorbeeld het in 1980 opgehoogde minimumkapitaal van 20.000 DM naar 50.000 DM (thans € 25.000).

50 Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

51 Wet tot modernisering van het recht inzake vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en voor het bestrijden van misbruik.

52 Ook wel aangeduid als: Mini GmbH of Ein Euro GmbH, dat refereert aan het minimale Stammkapital dat voor oprichting nodig is.

hebben de wijzigingen voornamelijk betrekking op de regelgeving van de financiering van de GmbH.⁵³ Zo zijn bijvoorbeeld de regels herzien met betrekking tot kapitaalbescherming, aandeelhoudersleningen en bestuurdersaansprakelijkheid voor uitkeringen die tot betalingsonmacht van de vennootschap leiden. Deze laatste wijzigingen zijn van invloed op het GmbH-concern. Dit wordt toegelicht in de § 6.4.2, 6.6.2.3 t/m 6.6.2.5.

6.3 Het Aktiengesetz 1965: het Recht der verbundenen Unternehmen

In deze paragraaf wordt het wettelijk concernrecht uiteengezet. Deze regelgeving probeert de belangen te beschermen van (outside) aandeelhouders en crediteuren van een ondergeschikte AG of KGaA. De kern van het AG-concernrecht ligt besloten in de algemene bepalingen §§ 15-19 AktG en de bepalingen uit het derde boek van de AktG (§§ 291-327 AktG). In §§ 16-19 AktG is een systematische regeling neergelegd voor verschillende wijzen van ondernemingsvervlochtening, die allen onder het *Recht der verbundenen Unternehmen* (§ 15 AktG) vallen.⁵⁴ Het begrip *verbundenen Unternehmen* is een overkoepelend begrip voor juridisch zelfstandige ondernemingen en de verschillende typen (afhankelijkheids)relaties die zij met elkaar kunnen aangaan.⁵⁵ Hierbij is het begrip *Unternehmen* rechtsvormneutraal. Zo heeft het BGH in verschillende uitspraken zelfs de Duitse staat en de deelstaten aangemerkt als een onderneming.⁵⁶ Deze rechtsvormneutrale interpretatie heeft de analoge toepassing van (delen van) de AktG op andere rechtsvormen vergroot.

De wijze waarop de belangen van de outside aandeelhouders en de crediteuren in de AktG beschermd worden, hangt samen met de (afhankelijkheids)relatie die van toepassing is op de verhouding tussen de betreffende vennootschappen. In § 6.3.1 komen de verschillende typen relaties aan bod en in § 6.3.2 wordt nader ingegaan op één van de deze relaties, namelijk de concernrelatie.

53 Voor een uitgebreider overzicht van de veranderingen die met het MoMiG zijn bewerkstelligd zie in het Nederlands: Van den Braak & Lennarts, *OR* 2006/203; Verbrugh, *OR* 2008/118. In het Duits: G. Langenfeld, *GmbH-Vertragspraxis. Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2008, p. 12-29.

54 Overigens is in het Duitse juridische spraakgebruik het verschil tussen de begrippen Konzernrecht en het Recht der verbundenen Unternehmen minder duidelijk. De begrippen worden vaak als synoniem voor elkaar gebruikt.

55 § 15 AktG – Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.

56 BGH 13 oktober 1977, II ZR 123/76, *NJW* 1978, 104 (VEBA/Gelsenberg); BGH 17 maart 1997, II ZB 3/96, *NJW* 1997, 1855.

6.3.1 Een typologie van inter-vennootschappelijke relaties: §§ 16-19 AktG

In §§ 16-19 AktG wordt onderscheid gemaakt naar verschillende mogelijke (afhankelijkheids)relaties tussen vennootschappen. In § 16 AktG wordt de meerderheidsdeelneming besproken. Van een dergelijke deelneming is sprake indien een onderneming direct of indirect⁵⁷ de meerderheid van de aandelen of stemrechten in een andere onderneming bezit. Bij het verkrijgen van een meerderheidsdeelneming moet de verkrijgende onderneming de mededelingsplichten van § 20-22 AktG in acht nemen. Een onderneming die in een AG de meerderheid van het stemgerechtigd kapitaal verkrijgt, moet de AG hiervan onmiddellijk op de hoogte stellen.⁵⁸

De AG in wie het meerderheidsbelang wordt gehouden, wordt vermoed op grond van § 17 (2) AktG afhankelijk te zijn van de meerderheidsaandeelhouder. Dit vermoeden kan worden weerlegd, waarbij de stelplicht en de bewijslast komen te liggen bij diegene die de afhankelijkheid betwist. De vennootschap wier aandelen in meerderheid worden gehouden door een andere vennootschap wordt een *abhängige Unternehmen* (ondergeschikte onderneming) genoemd. De vennootschap die deze aandelen houdt is de *herrschendes Unternehmen* (heersende onderneming).

De vermoede afhankelijkheidsverhouding speelt een bijzondere rol in het op afhankelijkheid berustende concernvermoeden ex § 18 (1) AktG. Bij het constateren van een concernverhouding is het doorslaggevende criterium of de heersende vennootschap op de ondergeschikte onderneming, ‘*unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann*’.⁵⁹ Hierbij gaat het om invloed die de heersende vennootschap kan uitoefenen, niet of zij dat ook daadwerkelijk doet.⁶⁰ Wel dient de invloed *beständig* en *umfassend* uitgeoefend te kunnen worden.⁶¹ De heersende onderneming moet op eigen kracht invloed uit kunnen oefenen of met medewerking van derde, waarbij de medewerking is zekergestellt door bijvoorbeeld een stemrechtovereenkomst. Er is mogelijk geen sprake van afhankelijkheid wanneer de medewerking benodigd, maar niet verzekerd is.⁶² Ook het aangaan van een *unternehmensvertrag*, een overeenkomst tot (innige) samenwerking tussen vennootschappen of het overgaan tot *Eingliederung*, leidt tot het aannemen van concernverbanden.

57 § 16 (4) AktG.

58 § 20 (4) AktG.

59 § 17 (1) AktG.

60 BGH 4 maart 1974, II ZR 89/72, *NJW* 1974, 855; OLG München 7 april 1995, 23 U 6733/94, *NJW-RR* 1995, 1066.

61 OLG Frankfurt 22 december 2003, 19 U 78/03, *AG* 2004, 567.

62 BGH 16 februari 1981, II ZR 168/79, *NJW* 1981, 1512; BGH 13 april 1994, II ZR 16/93, *NJW* 1994, 1801.

§ 19 (1) AktG adresseert de situatie waarin vennootschappen over en weer meer dan 25% van elkaars aandelen houden. Bij zo'n deelneming tussen een GmbH, een AG of een KGaA, treden de rechtsgevolgen van § 328 AktG in. Het doel van deze regeling is het beschermen van de belangen van schuldeisers tegen kapitaalverhogingen en (indirect) stemrecht op aandelen van de vennootschap zelf. Stel: A AG en B AG houden over en weer 51% van het geplaatst kapitaal in elkaars vennootschap. Dit betekent dat beide vennootschappen indirect eigen aandelen houden. Wanneer A AG nu extra aandelen A AG verkoopt of toewijst aan B AG, dan verkrijgt A AG indirect meer eigen aandelen. Zodoende wordt de controlerende functie van de AVA ondermijnd. Daarbij lopen schuldeisers het risico van doorgevoerde kapitaalverhogingen zonder dat daar reële vermogensgroei tegenover staat.⁶³ Om dergelijke situaties te voorkomen volgt uit § 328 (1) AktG dat betreffende vennootschappen niet meer dan 25% van de stemrechten in elkaars aandeelhoudersvergadering kunnen uitoefenen.

6.3.2 § 18 AktG: het concern

De grondslag waarop een gegeven relatie tussen verbonden ondernemingen gekwalificeerd wordt als een concernverhouding vloeit voort uit § 18 AktG. De bepaling luidt als volgt:

- (1) *Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.*
- (2) *Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.*

Op grond van deze bepaling, in samenhang met hetgeen §§ 15-19 AktG stelt, kan een concern(vermoeden) tot stand komen op grond van een meerderheidsdeelneming, het bestaan van doorslaggevende invloed, het sluiten van een *Unternehmensvertrag*, het overgaan tot *Eingliederung* of het voeren van *einheitlichen Leitung* (centrale leiding). Bij het bestaan van een *Unternehmensvertrag* zoals een *Beherrschungsvertrag* is er ontegenzeggelijk sprake is van een concernrelatie. Bij het

⁶³ Schmidt & Lutter 2008, p. 296.

bestaan van alleen een afhankelijkheidsrelatie, wordt een concernverhouding vermoed. Dit vermoeden kan worden weerlegd.⁶⁴ Het begrip centrale leiding heeft een belangrijke functie bij het vaststellen of in een gegeven situatie daadwerkelijk sprake is van een concern. Wanneer één of meer ondergeschikte ondernemingen onder centrale leiding vallen, worden deze ondernemingen gezien als concern. Anders gesteld: verbonden ondernemingen onder centrale leiding vallen onder het concernbegrip in de zin van § 18 AktG. Verbonden ondernemingen *zonder* centrale leiding kunnen worden geschaard onder één van de overige categorieën van § 15 AktG.⁶⁵

Het AktG onderscheidt een horizontaal georganiseerde groep, een *Gleichordnungskonzern*⁶⁶ van een verticaal georganiseerde groep, een *Unterordnungskonzern*.⁶⁷ Er is sprake van een *Gleichordnungskonzern* bij aansturing onder centrale leiding zonder dat er afhankelijkheidsverhoudingen bestaan, bijvoorbeeld in het geval van *interlocking directories*. De ondernemingen zijn ten opzichte van elkaar nevenschikt en staan niet in een hiërarchische verhouding.

Bij een *Unterordnungskonzern* is er wel sprake van een hiërarchische verhouding tussen de concernleden. De heersende onderneming oefent centrale leiding uit over minstens één ondergeschikte onderneming. De heersende onderneming heeft in een dergelijk geval dikwijls de meerderheid van het stemrecht in de ondergeschikte onderneming. Een *Unterordnungskonzern* kent drie mogelijke regimes: (I) het *Vertragskonzern* (het contractuele concern), §§ 291 e.v. AktG, (II) de *Eingliederung*, §§ 319 e.v. AktG en (III) het *Faktischer Konzern* (het feitelijke concern), §§ 311 e.v. AktG.⁶⁸

64 § 18 (1) AktG.

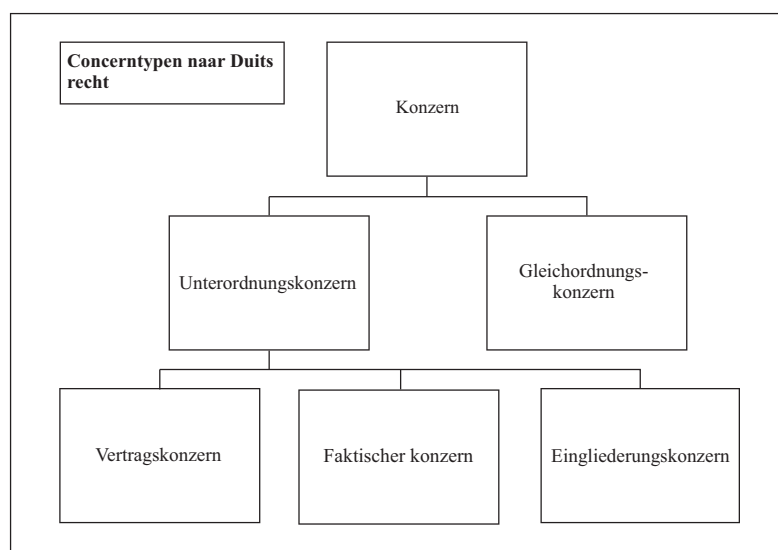
65 § 16 AktG: verbunden durch Mehrheitsbeteiligung, § 17 AktG: Abhängigkeitsverhältnis, § 19 AktG: wechselseitige Beteiligung, § 292 AktG: schuldrechtliche Unternehmensverträge.

66 § 18 (2) AktG.

67 § 18 (1) AktG. Er bestaat discussie in de literatuur of een vennootschap tegelijkertijd onderdeel kan uitmaken van een *Gleichordnungskonzern* en een *Unterordnungskonzern*. Emmerich & Habersack 2013, p. 74-75.

68 Liao 2012, p. 28; Denny 2013, p. 9; Emmerich & Habersack 2013, p. 62-71.

Figuur 6.1 Schematische weergave van concerntypen naar Duits recht



6.3.2.1 Het contractuele AG-concern

Van een contractueel concern is sprake wanneer vennootschappen een *Unternehmensvertrag* (ondernemingsovereenkomst) sluiten in de zin van §§ 291, 292 AktG. In de kern wordt overeengekomen dat de heersende vennootschap het recht heeft (I) bindende instructie te geven aan de ondergeschikte vennootschap en (II) vermogen te onttrekken aan de ondergeschikte vennootschap zonder inachtneming van de regel voor kapitaalbehoud.⁶⁹ Om de outside aandeelhouders en de crediteuren van de ondergeschikte vennootschap te beschermen, worden tegelijkertijd een aantal verplichtingen opgelegd aan de heersende vennootschap. De heersende vennootschap dient: (I) jaarlijks de verliezen van de ondergeschikte vennootschap bij te passen en (II) garant te staan voor de schulden van de ondergeschikte vennootschap bij het tenietgaan van het *Unternehmensvertrag*.⁷⁰

De bepalingen van §§ 291, 292 AktG hebben alleen betrekking op de AG of de KGaA als ondergeschikte onderneming. Andere rechtsvormen die als ondergeschikte onderneming deelnemen aan ondernemingsovereenkomsten, moeten terugvallen op de toepasselijke regelgeving van de betreffende rechtsvorm. Niet zelden zal deze

69 §§ 57, 58 en 60 AktG.

70 §§ 302, 303 AktG.

regelgeving gevormd zijn door rechtersrecht. De regeling stelt geen beperking aan de rechtsvorm van de heersende onderneming. Wel gelden er aanvullende voorschriften wanneer de heersende onderneming een AG of een KGaA is.⁷¹

6.3.2.1.1 *Unternehmensverträgen: een uiteenzetting*

Het AktG onderscheidt verschillende vormen van ondernemingsovereenkomsten. De meest voorkomende zijn het *Beherrschungsvertrag* en het *Gewinnabführungsvertrag*.⁷² Het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* heeft tot gevolg dat de heersende onderneming instructies kan geven aan het bestuur van de ondergeschikte vennootschap. Behoudens andersluidende contractsbepalingen en wettelijke uitzonderingen, moet het bestuur ook nadelige instructies opvolgen.⁷³ Zodoende doorbreekt een *Beherrschungsvertrag* een fundamenteel principe van het gangbare ondernemingsrecht: namelijk dat het bestuur zelfstandig en onafhankelijk van externe invloeden, verantwoordelijk is voor het dagelijks bestuur van de vennootschap. De mogelijkheid die een dergelijke overeenkomst biedt om de onafhankelijkheid van het bestuur te beperken, is dikwijls de hoofdreden voor het aangaan ervan. Ook wanneer de ondergeschikte vennootschap een 100% dochtervennootschap is van de heersende onderneming.⁷⁴

Bij het overeenkomen van een *Gewinnabführungsvertrag* verplicht de ondergeschikte onderneming zich om zijn winst af te dragen aan de heersende onderneming.⁷⁵ Wanneer een AG afspreekt zijn ondernemingsactiviteit uit te voeren voor rekening van een andere onderneming, geldt dit eveneens als een *Gewinnabführungsvertrag*.⁷⁶ Verder wordt dit type overeenkomst gebruikt om een fiscale eenheid te vormen en om het toepassen van een cash pool systeem te vergemakkelijken.⁷⁷

Het aangaan van een *Gewinnabführungsvertrag* leidt niet automatisch tot een (*Vertrags*)konzern. Echter, het sluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* gaat vaak gepaard met het bestaan van een meerderheidsbelang in de ondergeschikte onderneming. Ook is het gebruikelijk om bij het aangaan van een *Gewinnabführungsvertrag* een *Beherrschungsvertrag* overeen te komen. Op grond van het meerderheidsbelang of het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* komt de concernverhouding tot stand. Daarom zal in de praktijk een *Gewinnabführungsvertrag* dikwijls in concernverband zijn afgesproken.

71 Emmerich & Habersack 2013, p. 2-3, 118. Zie bijvoorbeeld § 293 AktG.

72 § 291 (1) AktG. Andere mogelijke Unternehmensverträgen zijn in § 292 AktG verwoord: Gewinngemeinschaftsvertrag, Teilgewinnabführungsvertrag en Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag.

73 § 308 AktG.

74 Denny 2013, p. 10; Emmerich & Habersack 2013, p. 133-135.

75 § 291 AktG.

76 § 291 (1) AktG.

77 Denny 2013, p. 10, 135; Emmerich & Habersack 2013, p. 143.

Om de belangen van outside aandeelhouders en crediteuren van de ondergeschikte onderneming te beschermen bevat de regeling inzake ondernemingsovereenkomsten een aantal waarborgen. Het uitgangspunt van deze waarborgen is om ervoor te zorgen dat de heersende vennootschap niet alleen de vrijheid krijgt om de ondergeschikte vennootschap aan te sturen als zijnde een operationele divisie, maar daarvoor ook de (eind)verantwoordelijkheid draagt.⁷⁸

Het overeenkomen van een ondernemingsovereenkomst dient schriftelijk te gebeuren. Met de ondernemingsovereenkomst moet ten minste 75% van het geplaatste kapitaal van de AVA van de ondergeschikte vennootschap instemmen. Ingeval de heersende onderneming een AG of een KGaA is, moet ook de algemene vergadering van deze onderneming instemmen met de overeenkomst.⁷⁹ De betrokken partijen dienen tijdig en goed geïnformeerd te worden. Daarom heeft het bestuur van een AG of KGaA die partij is bij een ondernemingsovereenkomst, de verplichting om te voldoen aan de informatie en de auditverplichtingen in de zin van § 293a e.v. AktG. Ook moet het bestuur de ondernemingsovereenkomst deponeren bij het handelsregister.⁸⁰

De ondernemingsovereenkomst moet voorzien in een compensatieregeling. Met deze regeling dient conform § 304 AktG de dividenduitkering van outside aandeelhouders te worden gegarandeerd. Het ontbreken van deze regeling leidt tot nietigheid van de ondernemingsovereenkomst.⁸¹ Verder moet de overeenkomst voorzien in een aandelenovername regeling. De AG of KGaA moet de aandelen overnemen van de outside aandeelhouder die ervoor kiest om zijn deelneming te vervreemden.⁸² Ook voorziet de AktG in een regeling waarbij een eventueel verlies van de ondergeschikte vennootschap op jaarbasis wordt gecompenseerd door de heersende vennootschap.⁸³ Daarnaast stelt de AktG eisen om de belangen van de crediteuren van de ondergeschikte vennootschap te beschermen bij het tenietgaan van een *Beherrschungsvertrag* of een *Gewinnabführungsvertrag*. Voor vorderingen die ontstaan gedurende de werking van de ondernemingsovereenkomst, kunnen crediteuren zekerheid eisen van de heersende onderneming. Dit dient te gebeuren binnen zes maanden na het bijschrijven van het tenietgaan van de ondernemingsovereenkomst in het handelsregister.⁸⁴

78 Denny 2013, p. 9; Emmerich & Habersack 2013, p. 123.

79 § 293 AktG.

80 § 294 AktG.

81 § 304 (3) AktG.

82 § 305 AktG.

83 § 302 AktG.

84 § 303 AktG.

6.3.2.1.2 *Eingliederung*

Eingliederung (§§ 319-327 AktG) is de meest intensieve concernverhouding. *Eingliederung* grenst aan fusie en wordt ook wel een ‘koude fusie’ genoemd. Het is belangrijk om te onderkennen dat er geen sprake is van een daadwerkelijke fusie. De *Eingliederung* vormt een onweerlegbaar vermoeden voor het bestaan van een concernverhouding en komt tot stand tussen de *Hauptgesellschaft* (hoofdvennootschap) en de *eingegliederten Gesellschaft* (geïntegreerde vennootschap). De vennootschap die is geïntegreerd, behoudt naar buiten toe zijn juridische zelfstandigheid. Intern functioneert de vennootschap echter als een operationele divisie. Dit betekent dat het bestuur van de geïntegreerde vennootschap ook nadelige instructies moet opvolgen. De hoofdvennootschap mag beschikken over het vermogen en de winst van de geïntegreerde vennootschap, zonder daarbij de regels voor kapitaalbescherming in acht te nemen. Hiertegenover staat dat de hoofdvennootschap hoofdelijk aansprakelijk is tegenover de schuldeisers van de geïntegreerde vennootschap.⁸⁵ De hoofdvennootschap is verder verplicht om de verliezen van de geïntegreerde vennootschap te vergoeden voor zover deze de kapitaal en de winstreserves te boven gaan.⁸⁶

Zowel de hoofdvennootschap als de te integreren vennootschap moeten de rechtsvorm AG hebben.⁸⁷ Wanneer de toekomstige hoofdvennootschap minstens 95% van het geplaatste kapitaal van de te integreren vennootschap in handen heeft, kan de AVA van de te integreren vennootschap besluiten tot *Eingliederung*.⁸⁸ Dit *Eingliederungsbesluit* treedt evenwel pas in werking wanneer een gekwalificeerde meerderheid van 75% van het aanwezige geplaatste kapitaal van de AVA van de toekomstige hoofdvennootschap hiermee instemt. Dit instemmingsvereiste laat zich verklaren uit het gegeven dat de *Eingliederung* hoofdelijke aansprakelijkheid met zich meebrengt voor de hoofdvennootschap.⁸⁹ Na het besluit tot *Eingliederung* kunnen minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht en kunnen schuldeisers zekerheid eisen voor het nakomen van hun vorderingen. De *Eingliederung* wordt een feit na inschrijving daarvan bij de registratie van de te integreren vennootschap in het handelsregister.⁹⁰

85 § 322 (1) AktG; Emmerich & Habersack 2013, p. 753-756.

86 § 324 (3) AktG.

87 § 319 AktG; Rippert 1982, p. 17; Emmerich & Habersack 2013, p. 753.

88 §§ 319 (1), 320 (1) AktG.

89 § 319 (2) AktG; Emmerich & Habersack 2013, p. 753-754.

90 § 319 (7) AktG.

6.3.3 Het feitelijke AG-concern

In deze paragraaf wordt het feitelijke AG-concern besproken. Er is sprake van een dergelijk concern bij een afhankelijkheidsrelatie ex § 17 AktG en bij afwezigheid van een *Beherrschungsvertrag* of *Eingliederung*. Het (weerlegbaar) vermoeden bestaat dat de ondergeschikte onderneming is geschaard onder de centrale leiding van de heersende vennootschap.⁹¹ De concernvorming kan zijn versterkt door personele verving en/of schuldrechtelijke ondernemingsovereenkomsten.⁹²

In een feitelijke AG-concern is het uitgangspunt dat het bestuur van de ondergeschikte vennootschap als enige verantwoordelijk is voor het besturen ervan. Het bestuur hoort zich bij het maken van besluiten te richten op het belang van de door haar vertegenwoordigde vennootschap. Het concernbelang heeft in deze situatie geen vanzelfsprekend primaat. De gebruikelijke regelgeving tussen een AG en haar aandeelhouders is van toepassing. Zo is de meerderheidsaandeelhouder niet bevoegd tot het geven van instructies aan het bestuur van de AG (§ 119 lid 2 AktG). Ook mag het bestuur de meerderheidsaandeelhouder geen geprivilegieerde toegang bieden tot informatie. Verder blijven de regels voor het behoud van het kapitaal onverminderd gelden. Tevens kunnen aandeelhouders aansprakelijk zijn wanneer zij hun invloed aanwenden om bestuurders te bewegen beslissingen te nemen die nadelig zijn voor de vennootschap.⁹³

Uitzondering op deze aandeelhoudersaansprakelijkheid is de situatie dat de meerderheidsaandeelhouder het nadeel compenseert dat door zijn invloed bij de ondergeschikte onderneming is ontstaan. In dit geval is het de meerderheidsaandeelhouder toegestaan om zijn invloed te gebruiken en het bestuur aan te sporen tot individuele transacties of individuele maatregelen die nadelig zijn voor de ondergeschikte onderneming. De uitzondering is alleen bedoeld voor specifieke handelingen waarbij het nadeel voor de ondergeschikte onderneming is te kwantificeren. Het is geen vrijbrief voor de meerderheidsaandeelhouder om in een amorf geheel meer invloed uit te oefenen.⁹⁴ Het gaat om rechtshandelingen of getroffen (of nage laten) maatregelen die voortvloeien uit de feitelijke afhankelijkheidsverhouding en die normaliter niet zouden zijn verricht door het bestuur van een onafhankelijke vennootschap die nauwgezet en plichtsgetrouw zijn taak verricht.⁹⁵ De meerderheidsaandeelhouder (de heersende onderneming) moet het nadeel compenseren voor het einde van het boekjaar waarin het nadeel zich voordoet. Gebeurt dit niet dan zijn

91 § 18 (1) AktG.

92 § 292 AktG.

93 § 311 (1) AktG.

94 § 311 (2) AktG; Liao 2012, p. 28-29; Denny 2013, p. 11; Emmerich & Habersack 2013, p. 536.

95 § 317 (2) AktG.

de heersende onderneming en haar betrokken bestuurders⁹⁶ aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade jegens de minderheidsaandeelhouders van de ondergeschikte onderneming alsmede jegens de ondergeschikte onderneming zelf.⁹⁷ Dit *Nachteilsausgleich* heeft tot doel om de heersende onderneming te bewegen tot arm's-lengthtransacties met de ondergeschikte onderneming.

Om de omvang van eventueel *Nachteilsausgleich* te bepalen, moet het eerst helder zijn welke transacties en maatregelen onder invloed van de heersende vennootschap zijn verricht door het bestuur van de ondergeschikte onderneming. Daarna moet worden bekeken welke van deze handelingen de ondergeschikte vennootschap nadeel hebben opgeleverd en vervolgens in welke mate dit nadeel is gecompenseerd. Daarom rust ex § 312 (1) AktG op het bestuur van de ondergeschikte vennootschap de verplichting om hierover inzicht van zaken te verschaffen. Dit gebeurt middels een *Abhängigkeitsbericht*. Het bestuur moet haar bevindingen binnen drie maanden na afloop van het boekjaar rapporteren aan de RvC (*Aufsichtsrat*). Het bestuur verschaft hiermee feitelijk inzicht in de relaties van de vennootschap met de aan haar verbonden ondernemingen.⁹⁸ De RvC brengt vervolgens verslag uit aan de AVA.⁹⁹ Hierbij moet de rapportage van een accountantsverklaring worden voorzien, indien dit ook voor de andere jaarstukken noodzakelijk is.¹⁰⁰

Wanneer de rapportage niet volledig of onjuist is en de RvC hier bezwaar tegen maakt, staat voor iedere aandeelhouder de mogelijkheid open om de rechtbank te verzoeken tot het aanstellen van een speciale controleur (*Sonderprüfer*).¹⁰¹ Deze controleur zal de concernverhoudingen en verrichte transacties doorlichten. Volgt uit dit onderzoek dat er door het bestuur en/of de RvC verwijtbaar is gehandeld of nagelaten, dan zijn zij samen met de vertegenwoordigers van de heersende onderneming hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade van de ondergeschikte vennootschap en de (outside) aandeelhouders.¹⁰²

Samenvattend, wanneer meerderheidsaandeelhouders bij gebrek aan een *Beherrschungsvertrag* invloed uitoefenen op het bestuur van de AG, staan zij in geval van niet kwantificeerbaar of niet gecompenseerd nadeel bloot aan mogelijke schadevergoedingsacties. Daarom zullen meerderheidsaandeelhouders die hun invloed willen doen gelden gewoonlijk hun heil zoeken in een *Beherrschungsvertrag*.¹⁰³

96 § 317 (3) AktG.

97 § 317 (1) AktG. Vgl. § 117 AktG.

98 § 312 AktG.

99 § 312 (2), (3) AktG.

100 § 313 AktG.

101 § 315 AktG. Dit geldt ook in het geval de accountant geen (volledige) verklaring wil afgeven of wanneer het bestuur van de ondergeschikte onderneming verklaart dat er ongecompenseerd nadeel is. Emmerich & Habersack 2013, p. 626-628.

102 § 318 AktG. Emmerich & Habersack 2013, p. 670-671.

103 Denny 2013, p. 11.

Het uitoefenen van (nadelige) aandeelhoudersinvloed wordt buiten concernverband gereguleerd door § 117 AktG. Deze bepaling is een vennootschappelijke norm (geen concernrechtelijke norm) die aandeelhouders beperkt om nadelige instructies te geven aan het bestuur van de vennootschap. Wanneer een aandeelhouder zijn invloed aanwendt om de vennootschap nadelige handelingen te laten verrichten, dan kan hij aansprakelijk zijn jegens de vennootschap, de medeaandeelhouders en de crediteuren. Het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* heeft conform § 117 (7) AktG tot gevolg, dat § 117 AktG niet van toepassing is. In dit geval gelden de beschermingsmechanismen van het contractuele concern. De bepaling komt niet voor in het GmbHG.¹⁰⁴

6.4 Het GmbH-concernrecht

De GmbH is uitermate geschikt om als concernvennootschap te gebruiken. Het gebruikersgemak van de GmbH wordt bevestigd door kwantitatieve data. Hoewel empirische studies naar het aantal concernverbonden GmbH's schaars zijn, blijkt uit schattingen dat tussen de 30% en de 40% van de GmbH's in Duitsland in een concernverband zijn opgenomen.¹⁰⁵ Het totale aantal geregistreerde GmbH's, afgezet tegen de andere in Duitsland gebruikte rechtsvormen, laat duidelijk het relatieve belang zien van de GmbH bij concernverhoudingen. Zo is de GmbH, na de eenmanszaak, de meest voorkomende rechtsvorm. Hierbij is het kwantitatieve verschil met de AG opvallend. Uit cijfers d.d. 1 januari 2016 blijkt dat er 1.186.598 geregistreerde GmbH's zijn ten opzichte van 'slechts' 15.453 geregistreerde AG's.¹⁰⁶ De conclusie is dat het GmbH-concern het meest voorkomende concern type is in Duitsland. Binnen de groep GmbH-concern wordt het feitelijke concern het meest toegepast.¹⁰⁷

Het GmbH-concernrecht is zoals eerder vermeld niet gecodificeerd. Het GmbH-concernrecht is van toepassing wanneer een GmbH de status krijgt van ondergeschikte vennootschap. Een deel van het GmbH-concernrecht is vormgegeven naar analogie met de wettelijke regels van het AG-concernrecht. § 15-19 AktG kan vanwege de rechtsvormneutrale formulering direct toegepast worden in het GmbH-concernrecht. Daarentegen bevat het AktG ook artikelen die zich woordelijk richten tot de AG of de KGaA.¹⁰⁸ Deze bepalingen kunnen naar analogie worden toegepast op de GmbH, met inachtneming van de rechtsvorm eigen bepalingen en algemeen

104 Hüffer 2010, p. 620-624.

105 Möller 2015, p. 19.

106 Kornblum, *GmbHR* 2016, p. 691-701, p. 692, 699-700.

107 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 412-413.

108 Bijvoorbeeld § 291 AktG.

vennootschapsrechtelijke normen.¹⁰⁹ De rechtsontwikkeling van het GmbH-concernrecht is bij gebrek aan sturing van de wetgever voor een groot deel op het conto van de rechter bij te schrijven. De wetgever heeft met de introductie van het MoMiG wel invloed gehad op het GmbH-concernrecht. In deze paragraaf zal eerst aandacht zijn voor de analoge toepassing van de bepalingen uit het AktG op het GmbH-concernrecht. Daarna worden de regels voor kapitaalbehoud behandeld die voor een belangrijk deel zijn aangepast door de inwerkingtreding van het MoMiG. Tot slot wordt de rechtspraak besproken zoals die van invloed is (geweest) op het concernrecht van de GmbH.

6.4.1 Analoge toepassing van het AktG

In het GmbH-concernrecht zijn zowel het feitelijke concern als het contractuele concern organisatievormen. Hierbij lijkt het op contractuele grondslag gebaseerde GmbH-concern minder relevant dan zijn AG-tegenhanger. In tegenstelling tot bij de AG kan een meerderheidsaandeelhouder van een GmbH door middel van aandeelhoudersbesluiten instructies geven aan het bestuur.¹¹⁰ Een *Beherrschungsvertrag* is dientengevolge minder noodzakelijk. Wel moet de aandeelhouder rekening houden met de procedurele eisen van een aandeelhoudersbesluit.

De aandeelhouder kan deze procedurele eisen omzeilen wanneer hij een *Beherrschungsvertrag* overeenkomt. De aandeelhouder mag dan directe instructies geven en deze instructies mogen naar analogie met § 308 AktG ook nadelig zijn voor de vennootschap. De heersende vennootschap is bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag*, verplicht om ieder boekjaar de verliezen te compenseren die de ondergeschikte vennootschap heeft geleden. De ondergrens van dit instructierecht is het voortbestaan van de vennootschap en het respecteren van dwingende statutaire bepalingen. De continuïteit van de vennootschap mag niet in gevaar komen en er mogen geen dwingende statutaire bepalingen worden geschonden.¹¹¹

Het sluiten van een ondernemingsovereenkomst moet door de AVA van de ondergeschikte GmbH unaniem goedgekeurd worden. De vereiste unanimiteit plaatst minderheidsaandeelhouders in een sterke onderhandelingspositie om naar eigen inzicht compensatie of garanties af te dwingen. Met deze sterke onderhandelingspositie wordt bij het sluiten van ondernemingsovereenkomsten het gebrek aan bescherming van outside aandeelhouders in het GmbH-concernrecht gecompenseerd.¹¹²

109 Emmerich & Habersack 2013, p. 675-704.

110 Vgl. § 119 lid 2 AktG.

111 Wirth e.a. 2010, p. 216; Emmerich & Habersack 2013, p. 5, 442-443.

112 Wirth e.a. 2010, p. 216.

6.4.2 Regels voor kapitaalbehoud

De schuldeisers van de GmbH ontlene zekerheid aan interne aansprakelijkheidsnormen die – in essentie – toezien op het behoud van het gebonden eigen vermogen van de vennootschap. De vennootschap (of haar curator) kan namelijk haar aandeelhouder(s) en haar bestuurders aansprakelijk stellen bij ongeoorloofde vermogensonttrekking die leidt tot aantasting van het *Stammkapital*¹¹³ of insolventie. In de onderstaande tekst worden deze normen besproken. Hierbij worden § 30 GmbHG en § 64 GmbHG uitgebreider behandeld vanwege de mogelijke gevolgen die deze bepalingen kunnen hebben voor upstream zekerheidsverlening. Verder zullen § 31 GmbHG en § 43 GmbHG kort aan bod komen.

6.4.2.1 § 30 GmbHG

Om te voorkomen dat een vennootschap uitkeringen doet aan haar aandeelhouder(s) die haar *Stammkapital* aantasten en daarmee de verhaalsmogelijkheden voor haar crediteuren, stelt § 30 GmbHG¹¹⁴ hieraan grenzen.¹¹⁵ Het bestuur dient zich te onthouden van het doen van uitkeringen aan de aandeelhouder(s) voor zover dit leidt tot aantasting van het gebonden vermogen van de vennootschap.

§ 30 GmbHG heeft een bewogen geschiedenis en heeft de afgelopen twee decennia voor veel discussie gezorgd onder Duitse juristen. Aanzet voor deze beroering was het in 2003 door het BGH uitgesproken Novemberurteil.¹¹⁶ Het BGH leek in dit arrest een strikte lezing van § 30 GmbHG te hanteren. Het door de vennootschap aan haar aandeelhouder(s) geven van leningen, zekerheden of andere onder § 30 vallende (mogelijke) voordelen werd sterk beperkt. Dit verleide sommige auteurs

113 Onder Stammkapital wordt verstaan: het statutair bepaalde bedrag van ten minste € 25.000 (Minimumkapital, § 5 (1) GmbHG) dat de som vormt van de uitgegeven aandelen vermenigvuldigd met hun nominale waarde (§ 5 (3) GmbHG). Overigens hoeft conform § 7 (2) GmbHG maar de helft van het minimumkapitaal, of een vierde van het nominale kapitaal te worden volgestort.

114 § 30 GmbHG Kapitalerhaltung.

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungsoder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. (2) Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluß nach § 12 bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Zurückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.

115 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 677.

116 BGH 24 november 2003, II ZR 171/01, NJW 2004, 1111.

zelfs tot de uitspraak dat cash pooling in Duitsland niet meer mogelijk was.¹¹⁷ De praktijk klaagde dat de gevolgen van dit arrest voor de financieringspraktijk verstrekend en moeilijk inpasbaar waren.¹¹⁸ Ter bestrijding van deze onzekerheid gaf de wetgever met de invoering van het MoMiG in 2008 een andere invulling aan § 30 GmbHG dan het BGH leek voor te staan. Deze ontwikkelingen hebben gezorgd voor een heuse lawine aan publicaties over het wel en wee van § 30 GmbHG. In deze uiteenzetting wordt niet bij al deze publicaties stilgestaan.¹¹⁹ Deze paragraaf beoogt alleen de algemene kenmerken van § 30 GmbHG te bespreken. In § 6.6.2 wordt § 30 GmbHG nader geduid in het licht van upstream zekerheidsverlening.

6.4.2.2 Doel en werking

Het bestuur van een GmbH mag geen uitkering doen aan de directe of indirecte aandeelhouders van de vennootschap die zij vertegenwoordigt, voor zover deze uitkering *Unterbilanz*¹²⁰ of *Überschuldung*¹²¹ veroorzaakt of verergert. De term *ausgezahlt* uit § 30 GmbHG – in dit onderzoek vertaald met uitkering – heeft betrekking op alle soorten financiële of commerciële voordelen die de vennootschap aan de directe of de indirecte aandeelhouder verschafft. Zoals het verstrekken van een upstream lening of het verschaffen van een upstream zekerheid door een GmbH.¹²²

De *ratio legis* van § 30 GmbHG is het in standhouden van het *Stammkapital* van de GmbH ten behoeve van de vennootschap, haar schuldeisers en de minderheidsaandeelhouders. De beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders van een GmbH kan alleen gelden wanneer de geplaatste aandelen ook daadwerkelijk een bijdrage leveren aan het vermogen van de GmbH. Anders gesteld, het bedrag dat met de koop van de aandelen is gemoeid, mag niet via een omweg worden uitgekeerd aan de aandeelhouders.¹²³

117 Fuhrmann, *NZG* 2004, p. 552-555.

118 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 250-258; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1162-1166.

119 Zie voor een uitgebreid overzicht aan publicaties: Lutter & Hommelhoff 2009, p. 676, § 30 Literatur; Roth/Altmeyen 2009, p. 490, 517-518.

120 Onder *Unterbilanz* wordt verstaan: de situatie waarbij het *Stammkapital* is aangetast zonder dat er sprake is van een negatief eigen vermogen van de vennootschap. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 681.

121 Onder *Überschuldung* wordt verstaan: de situatie waarbij er sprake is van een negatief eigen vermogen van de vennootschap. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1501-1503.

122 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 679-680.

123 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1159-1160; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818.

Het daadwerkelijk uitkeren moet worden onderscheiden van het besluit van de aandeelhoudersvergadering om tot winstuitkering over te gaan.¹²⁴ Besluiten de aandeelhouders op een rechtens correcte wijze tot winstuitkering, dan is het de taak van het bestuur om de financiële gevolgen van dit besluit te toetsen langs de maatstaf van § 30 GmbHG. Als op het moment van toetsen de uitkering ten koste gaat van het *Stammkapital* dan dient de uitkering geen doorgang te vinden.¹²⁵ Uitkeringen kunnen alleen worden verricht zolang dit de vrije reserves niet te boven gaat.

Maatgevend voor het constateren of het doen van een uitkering resulteert in *Unterbilanz* of *Überschuldung*, is de boekwaarde van de activa en de passiva op de balans, niet de marktwaarde. De balans dient te zijn opgemaakt in overeenstemming met de *Deutschen Rechnungslegungs Standards*.¹²⁶ De solvabiliteit wordt bij deze toets niet bekeken, het gaat puur om de balanswaarden op het moment van uitkeren.¹²⁷

6.4.2.3 Juridische consequenties van een inbreuk op § 30 GmbHG

Overtreding van § 30 GmbHG heeft een keur aan juridische consequenties. Ten eerste wordt de aandeelhouder verplicht om de onrechtmatig ontvangen uitkering te retourneren (§ 31 (1) GmbHG). Wanneer de aandeelhouder te goeder trouw is, geldt de terugvordering van de uitkering tot het bedrag om te voldoen aan de vordering van de schuldeisers van de vennootschap. Wanneer een aandeelhouder zich niet houdt aan deze verplichting, ontstaat er een corresponderende plicht voor de medeaandeelhouders (§ 31 (3) GmbHG), die zijn aan te spreken in verhouding tot hun kapitaaldeelname.¹²⁸

Voorts kan het bestuur op grond van § 43 (3) GmbHG¹²⁹ schadeplichtig worden gehouden voor de uit de inbreuk op § 30 GmbHG voortvloeiende schade. Dit geldt overigens niet voor rente- en aflossingsbetalingen op aandeelhoudersleningen voor

124 Zie § 29 (2) GmbHG.

125 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 278-279; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 683, 685; Roth/Altmeyen 2009, p. 493-494.

126 BGH 5 februari 1990, II ZR 114/89, *ZIP* 1990, 451; Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 254; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160.

127 Vetter 2015, p. 478-479.

128 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161.

129 § 43 (3) – Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

zover deze marktconform zijn.¹³⁰ Een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud kan ook resulteren in een strafrechtelijke sanctie voor het bestuur van de vennootschap alsmede voor het bestuur van de aandeelhouder die de inbreuk initieerde (§ 266 *Strafgesetzbuch*).¹³¹

Tot slot kan een inbreuk op § 30 GmbHG problemen geven bij de benodigde accountantsverklaring bij de jaarrekening. De accountant kan de inbreuk opvatten als een *verdeckte Gewinnausschüttung* (verborgen winstuitkering) in de zin van § 8 (3) *Körperschaftsteuergesetz*, met het gevolg dat de aandeelhouder hiervoor kan worden aangeslagen.¹³²

6.4.2.4 § 64 GmbHG

De voorschriften van § 64 GmbHG¹³³ zijn erop gericht de omvang van de boedel te waarborgen en dienen zodoende de belangen van de faillissementsschuldeisers. Het artikel stelt grenzen aan ‘*Zahlungen*’ die bestuurders mogen doen aan derden en aandeelhouders. Het woord ‘*Zahlungen*’ in de zin van § 64 GmbHG is in deze studie vertaald met de term uitkering(en). Het begrip moet extensief worden geïnterpreteerd. De scherpere van de aansprakelijkheidsnorm vloeit hier deels uit voort. De reikwijdte van de bepaling betreft niet enkel uitkeringen in de vorm van (contant of giraal) geld, maar ook alle prestaties die ten kosten gaan van het vennootschapsvermogen en die de (toekomstige) boedel kunnen verkleinen.¹³⁴ Dit betekent dat het verlenen van zekerheden in concernverband ook kan vallen onder het bereik van de bepaling.¹³⁵

In zin één en in zin drie van het artikel zijn twee normen geformuleerd ter bescherming van de belangen van de schuldeisers. Op grond van § 64 (eerste zin) GmbHG worden bestuurders¹³⁶ verplicht om de vennootschap te compenseren voor uitkeringen die zijn gedaan nadat de vennootschap *Zahlungsunfähig* (betalingsonmachtig)

130 Zie derde zin § 30 GmbHG. Zie ook: § 135 InsO.

131 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161; Vetter 2015, p. 479, 507-509.

132 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161.

133 § 64 – Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

134 BGH 6.6.94, II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 194.

135 Zie § 6.6.2.3. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1488; Roth/Altmeppen 2009, p. 1106.

136 Of de feitelijke bestuurder. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1477.

is geworden of in een toestand van *Überschuldung* raakt. Het is bestuurders wel toegestaan om in deze situatie betalingen te verrichten die verenigbaar zijn met *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns*. Het gaat hier om een objectieve toetsing, de vaardigheden van de concreet handelende bestuurder worden hierbij niet in acht genomen. Het is ook aan de betreffende bestuurder om te stellen en te bewijzen dat hij conform deze norm heeft gehandeld. Bestuurders worden zo bewogen om in een vroeg stadium, doch uiterlijk binnen drie weken na feitelijke insolventie, een faillissementsaanvraag in te dienen wanneer de onderneming in (te) zwaar weer verkeert.¹³⁷

Het BGH vindt dat er sprake is van betalingsonmacht wanneer de vennootschap niet binnen drie weken de noodzakelijke financiering kan aantrekken, of als de vennootschap 10% of meer van haar opeisbare schulden niet kan voldoen.¹³⁸ De toets op betalingsonmacht is in essentie een liquiditeitstoets. *Überschuldung* wordt vastgesteld aan de hand van een door het bestuur opgestelde balans. Hieruit blijkt of de vennootschap een negatief eigen vermogen heeft. De activa op de balans worden gewaardeerd tegen liquidatiewaarde, tenzij de omstandigheden van het geval de (hogere) going concern waarde rechtvaardigen. Deze omstandigheden liggen besloten in de waarschijnlijkheid dat de onderneming kan worden voorgezet. Of dit ook het geval is, moet volgen uit een zogenaamde *Fortbestehungsprognose*.¹³⁹

In § 64 (derde zin) GmbHG is een norm neergelegd die toeziet op uitkeringen die het bestuur doet aan aandeelhouders en die leiden tot betalingsonmacht van de vennootschap. Bestuurders zijn in het geval dat aandeelhoudersuitkeringen leiden tot betalingsonmacht gehouden om de schade (het aan de aandeelhouder(s) uitgekeerde bedrag) te vergoeden aan de vennootschap. De omvang van de kapitaaldeelname van de aandeelhouder speelt ter zake geen rol. De schadevergoedingsverplichting vervalt als de betalingsonmacht niet te voorzien was, ondanks de in achtname van *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns*.

Het is niet noodzakelijk dat de uitkering de enige oorzaak is van de betalingsonmacht. Bestuurders zijn eveneens aansprakelijk wanneer ook andere oorzaken hebben bijgedragen aan het ontstaan van de betalingsonmacht van de vennootschap. Tegelijkertijd leidt niet iedere uitkering aan een aandeelhouder tot aansprakelijkheid. Dit betreft alleen die uitkering die de liquide middelen van de vennootschap

137 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820; Roth/Altmeppen 2009, p. 1075-1078;

138 BGH 24 mei 2005, IX ZR 123/04, *NJW* 2005, 3062, r.o. 3 en 4b. Wanneer de vennootschap wel binnen drie weken aan deze criteria kan voldoen is er sprake van een *Zahlungsstockung*. Baumbach & Hueck 2010, p. 1640-1641.

139 Roth/Altmeppen 2009, p. 1081; Baumbach & Hueck 2010, p. 1647-1650; BGH *ZIP* 2006, 2171 Tz 3. Een dergelijke prognose bestaat uit een op feiten gebaseerde beoordeling of de onderneming op middellange termijn aan haar verplichtingen kan voldoen. Daarnaast moet de schuldenaar er blijf van geven om de onderneming te continueren en moet er een financieelplan zijn.

zodanig aantast dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen.¹⁴⁰ Om die causaliteit verder te concretiseren is in de literatuur geopperd om als ondergrens de situatie te hanteren waarin het voor meer dan 50% waarschijnlijk is dat de uitkering tot betalingsproblematiek leidt.¹⁴¹

6.4.3 Het BGH en het GmbH-concernrecht

Het BGH heeft in een serie uitspraken eigenhandig GmbH-concernrecht ontwikkeld. Het startpunt van deze jurisprudentiële ontwikkeling is het Autokran-arrest.¹⁴² Het BGH stelde in dit oordeel uitdrukkelijk de noodzaak van GmbH-concernrecht vast:

‘Während bei der selbständigen Gesellschaft von einem gewissen Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und selbst der Gesellschaftsgläubiger – nämlich an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft – gesprochen werden kann, ist dieses für den Rechtsverkehr wesentliche Regulativ nicht mehr ohne weiteres vorhanden, wenn einer der Gesellschafter noch anderweite Unternehmensinteressen verfolgt und innerhalb der Gesellschaft die Einwirkungsmöglichkeiten besitzt, um deren Geschäftstätigkeit an seinen anderen unternehmerischen Interessen auszurichten.’¹⁴³

Het BGH stelt dat de bij het GmbH-concern betrokken deelbelangen bescherming behoeven. Deze deelbelangen ontleen enige bescherming aan algemeen vennootschappelijke normen, maar niet in voldoende mate. De (meerderheids)aandeelhouder heeft zich bijvoorbeeld te houden aan *Treuepflichten* (zorgplichten) ten opzichte van de andere aandeelhouders. Als de meerderheidsaandeelhouder instructies uitvaardigt die de GmbH duperen, kan daaruit aansprakelijkheid voor hem ontstaan jegens de minderheidsaandeelhouders. In voorkomend geval is de aandeelhoudersvergadering bevoegd om een vertegenwoordiger aan te wijzen die de belangen van de minderheidsaandeelhouders behartigt.¹⁴⁴ De meerderheidsaandeelhouder is ten aanzien van dit besluit uitgesloten van stemming.¹⁴⁵

140 Lutter & Hommelhof 2009, p. 1490-1491.

141 Knof, *DSiR* 2007, p. 1536-1542, p. 1540; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820.

142 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran).

143 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 11.

144 § 46 GmbHG.

145 § 47 (4) GmbHG; Wirth 2010, p. 217.

Omdat de *Treuepflichten* grenzen stellen aan hetgeen een meerderheidsaandeelhouder kan doen met het vermogen van de vennootschap, beschermen zij indirect de belangen van crediteuren.¹⁴⁶ Toch moet aan deze indirecte bescherming van crediteuren niet te veel gewicht worden toegekend. Aandeelhouders moeten een beroep doen op de *Treuepflichten* om bescherming af te dwingen. Wanneer aandeelhouders dit niet doen, dan zal de indirecte beschermende werking voor crediteuren afwezig zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de AVA uit één aandeelhouder bestaat of wanneer de AVA unaniem tot een besluit komt dat nadelig is voor de vermogenspositie van de GmbH.

In de ogen van het BGH konden belangen van de outside aandeelhouders en crediteuren van een GmbH-groep geschonden worden door een onevenwichtige waardering van het belang van de meerderheidsaandeelhouder. Om de verschillende belangen met elkaar in evenwicht te brengen riep het BGH het '*Qualifiziert faktischer Konzern*' (gekwalificeerd feitelijk concern) in het leven. Het BGH stelde dat er sprake is van een 'gekwalificeerd feitelijk concern' wanneer de heersende vennootschap de '*Geschäftsführung [...] dauernd und umfassend [...]*' uitoefent op de ondergeschikte vennootschap.¹⁴⁷

Bij een gekwalificeerd feitelijk concern kan de aandeelhouder (de heersende onderneming)¹⁴⁸ aansprakelijk zijn jegens de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschappen. Het (weerlegbare) vermoeden dat '*auf die eigenen Belange der einzelnen Gesellschaften der Unternehmensgruppe keine Rücksicht genommen worden ist und das Konzerninteresse ihre Geschäftstätigkeit entscheidend bestimmt hat [...]*' is hierbij maatgevend.¹⁴⁹ Het BGH zag parallellen met het AktG en oordeelde tot een analoge aanwending van de in het AktG beschreven regels voor het contractuele concern, in het bijzonder § 302 en § 322 AktG. Hiermee is het gekwalificeerd feitelijk concern niet zozeer een beschrijving van een concerntype, maar een beschrijving van een aansprakelijkheidsconcept.

Het oordeel leidde in de literatuur tot discussie over de aard van 'Autokran-aansprakelijkheid'. Vloeide de aansprakelijkheid voort uit de mogelijke risico's die (outside) schuldeisers liepen als gevolg van de aard en structuur van de groep (*Zustands-/Strukturhaftung*)? Of was de aansprakelijkheid het resultaat van de werkelijke schade die de aandeelhouder (de heersende vennootschap) had berokkend aan

146 BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, *NJW* 1976, 191 (ITT).

147 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 25.

148 In de onderhavige zaak was de heersende vennootschap een natuurlijk persoon, zie BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 17.

149 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 25.

de ondergeschikte vennootschap en daarmee indirect aan (verhaalsmogelijkheden van) de schuldeiser (*Verschuldenshaftung*)?¹⁵⁰ Uit de arresten van het BGH die zouden volgen bleek dat het wel degelijk ging om aansprakelijkheid die voortkwam uit de aard en structuur van de groep. De jurisprudentie na Autokran bouwde voort op de ingeslagen weg en breidde de aansprakelijkheid in een gekwalificeerd feitelijk concern uit.

In het Tiefbau-arrest¹⁵¹ bevestigt het BGH de analoge toepassing van de regels van het contractuele AG-concern. Alleen wanneer de heersende vennootschap kon aantonen dat de betreffende schade buiten haar invloed om was opgetreden, kon de aansprakelijkheid voor de schulden van de ondergeschikte vennootschap worden afgewend. Verder leek het BGH de criteria te verruimen die bepalen wanneer er sprake was van een gekwalificeerd feitelijk concern. In het Tiefbau-arrest bepaalde de heersende vennootschap alleen het financiële beleid van de ondergeschikte vennootschap. Dit was volgens het BGH voldoende om het bestaan van een gekwalificeerd feitelijk concern aan te nemen.

Ook in het Video-arrest stond het aansprakelijkheidsvraagstuk bij een gekwalificeerd feitelijk concern centraal. Het BGH meende dat:

‘Der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig deren alleiniger Geschäftsführer ist und sich außerdem als Einzelkaufmann unternehmerisch betätigt, haftet grundsätzlich nach den Haftungsregeln im qualifizierten faktischen Konzern.’¹⁵²

De dga werd gezien als een heersende onderneming ex § 17 (1) AktG. Met het gevolg dat de relatie tussen de enig dga en de vennootschap werd vermoed een concernverhouding te zijn in de zin van § 18 (1) AktG. Ofwel: wanneer de enige aandeelhouder alsmede enige bestuurder naast deze betrekkingen andere ondernemingsactiviteiten ontplooidde, kon hij, behoudens ontkrachting van het concernvermoeden, aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. De bestuurder is alleen dan niet aansprakelijk voor het verlies wanneer bij zijn ontstaan, het concernbelang geen rol gespeeld heeft. Deze aansprakelijkheidsgedachte baseert het BGH op het idee dat aansprakelijkheid berust op de plicht van het overnemen van het risico van de ondergeschikte vennootschap, dat voortkomt uit het dienstbaar maken van de ondergeschikte vennootschappen aan het concernbelang.¹⁵³

150 Buchner & Weigl, *DNotZ* 1994, p. 580-606; Roth/Altmeyen 2009, p. 331-332. Voor een Nederlandse beschrijving van de materie zie Bartman 1989, p. 58-68; Lennarts 1999, p. 82-85; Barneveld 2014, p. 295.

151 BGH 20 februari 1989, II ZR 167/88, *NJW* 1989, 1800 (Tiefbau).

152 BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, *NJW* 1991, 3142 (Video), Leitsatz.

153 BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, *NJW* 1991, 3142 (Video), nr. 12.

Het BGH kwam in de TBB-uitspraak deels op zijn schreden terug. De persoonlijke aansprakelijkheid van de heersende vennootschap ligt na deze uitspraak niet meer besloten in het geven van *dauernde und umfassende* leiding aan een ondergeschikte vennootschap. Het argument hiervoor is dat een dergelijke leiding geen grond vormt om te vermoeden, dat er niet in redelijkheid rekening is gehouden met de belangen van de ondergeschikte vennootschap. De aansprakelijkheid dient het gevolg te zijn van het schade berokkend verkwanselen van de individuele belangen van de ondergeschikte vennootschap. Hierbij ligt er een zwaardere bewijslast bij de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap. Zij moeten stellen en bewijzen dat de ondergeschikte vennootschap is benadeeld en dat een beroep op de algemene vennootschapsrechtelijke en privaatrechtelijke regels geen soelaas biedt in het opheffen van dit nadeel.¹⁵⁴ Deze uitspraak roept een halt toe aan de uitdijende aansprakelijkheid van heersende vennootschappen, maar benadrukt tegelijkertijd de noodzaak van concernrechtelijke regelgeving ter bescherming van de deelbelangen in een (GmbH-)concern.

6.4.3.1 Bremer vulkan: Existenzvernichtungshaftung 1.0

Het leerstuk van aandeelhoudersaansprakelijkheid op grond van het gekwalificeerde feitelijke GmbH-concern werd in 2001 door het BGH verlaten. In Bremer Vulkan oordeelde het BGH dat de bescherming van een ondergeschikte vennootschap tegen haar enig aandeelhouder, niet volgt uit een analoge toepassing van het AG-concernrecht, maar uit de kapitaalbeschermingsregels en de aansprakelijkheid van de aandeelhouder(s) bij ongeoorloofde vermogensonttrekking. Wanneer de aandeelhouder bij vermogensonttrekking geen rekening hield met het belang van de ondergeschikte vennootschap, kon hij aansprakelijk worden gehouden. In het bijzonder wanneer de aandeelhouder met de vermogensonttrekking het voortbestaan van de vennootschap in gevaar bracht. Een dergelijke handeling wordt aangeduid als een *existenzvernichtender Eingriff* en de aansprakelijkheid die dit oplevert wordt aangeduid als *Existenzvernichtungshaftung*.

De grondslag voor deze aansprakelijkheid werd gevonden in de *Durchgriffshaftung*. Hoewel de koerswijziging van het BGH met instemming in de literatuur werd ontvangen, was niet alles even duidelijk. Het was onduidelijk of de aandeelhouder die een *existenzvernichtender Eingriff* pleegde intern aansprakelijk was jegens de ondergeschikte vennootschap of extern aansprakelijk was jegens de crediteuren. Verder was het onduidelijk of de nieuwe regelgeving alleen van toepassing was op een GmbH-concern met één aandeelhouder of ook gold in andere hoedanigheden.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BGH 29 maart 1992, II ZR 265/91, *NJW* 1993, 1200 (TBB).

¹⁵⁵ Barneveld 2014, p. 297.

In de uitspraken die op het Bremer Vulkan arrest volgden, werd het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* verder ontwikkeld. Uit het L-Kosmetik oordeel¹⁵⁶ bleek dat medeaandeelhouders die het onttrokken vermogen niet ten goede was gekomen, desalniettemin aansprakelijk konden worden gesteld wanneer met hun medeweten en goedkeuring de vermogensonttrekking de continuïteit van de onderneming in gevaar had gebracht.

In de KBV-uitspraak¹⁵⁷ werd besloten dat de aansprakelijkheid vanwege *Existenzvernichtung* gegrond was op misbruik van rechtspersoonlijkheid. De aandeelhouder die een *existenzvernichtender Eingriff* deed werd ontvankelijk voor *Durchgriffshaftung*. Dit is het geval wanneer de aandeelhouder de bescherming van de aansprakelijkheid tot zijn eigen inleg verliest en zich niet meer achter de rechtspersoon kan verschuilen. De aandeelhouder heeft immers met zijn vermogensonttrekking vermogen uit de vennootschap weggehaald dat voor de crediteuren was bestemd in het geval van een deconfiture. Derhalve is de aandeelhouder ook aan te spreken door de crediteuren.

6.4.3.2 Trihotel: Existenzvernichtungshaftung 2.0

Al enkele jaren na het Bremer Vulkan oordeel, stapt het BGH in zijn Trihotel-uitspraak¹⁵⁸ af van de *Durchgriffshaftung* als grondslag voor de *Existenzvernichtungshaftung*. Het BGH oordeelt:

‘Der Senat gibt jedoch das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.’¹⁵⁹

De *Existenzvernichtungshaftung* wordt door het BGH gebaseerd op het leerstuk van de onrechtmatige daad (§ 826 BGB)¹⁶⁰ en dient als een interne aansprakelijkheidsnorm tegenover de vennootschap. Verder is de *Existenzvernichtungshaftung*

156 BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00, *NJW* 2002, 1803 (L-Kosmetik).

157 BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00, *NJW* 2002, 3024 (KBV).

158 BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel).

159 BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel), nr. 20.

160 § 826 BGB – Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

niet subsidiair aan de kapitaalbeschermingsregels §§ 31, 30 GmbHG, er bestaat tussen beide bepalingen *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz*.¹⁶¹ Met het Trihotel-oordeel is de aansprakelijkheid van de aandeelhouder die ongeoorloofd vermogen onttrekt aan het vennootschapsvermogen, verworven van een toestandsaansprakelijkheid (*qualifizierten faktischen Konzerns*) tot een gedragsaansprakelijkheid (§ 826 BGB).

Sinds de Trihotel-uitspraak hebben opvolgende oordelen de nieuwe dogmatische koers bevestigd en op onderdelen verder ontwikkeld. De Gamma-uitspraak¹⁶² en de Sanitary-uitspraak¹⁶³ bevestigen de ingeslagen weg en concretiseren de grenzen van het nieuwe aansprakelijkheidsconcept.

In de Gamma-beslissing oordeelt het BGH dat de *existenzvernichtender Eingriff* losstaat van het leerstuk van de *materieller Unterkapitalisierung* (materiële onderkapitalisatie).¹⁶⁴ Bij *existenzvernichtender Eingriff* gaat het om vermogen dat wordt onttrokken aan het doelgebonden vermogen dat de vennootschap aanhoudt ten behoeve van de belangen van de schuldeisers. Bij materiële onderkapitalisatie gaat het om een wanverhouding tussen de ondernemingsactiviteiten en de financiering van de onderneming. Het BGH benadrukt dat het geen ruimte ziet voor een algemene vennootschappelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders op grond van materiële onderkapitalisatie. Het BGH laat een persoonlijke aansprakelijkheid vanwege materiële onderkapitalisatie op grond van § 826 BGB echter open.¹⁶⁵

Met de Sanitary-uitspraak geeft het BGH te kennen dat in faillissement een vennootschap een zelfstandig vermogensbelang heeft in de zin van het Trihotel-oordeel. Ook wanneer na datum faillissement vermogensonttrekking plaatsvindt, is de *existenzvernichtender Eingriff* van toepassing.¹⁶⁶ Het leerstuk bevindt zich thans in een fase van verdere inkleuring. Zo bepaalde het BGH in 2012 dat de vordering uit *Existenzvernichtungshaftung* verjaart volgens de algemene regels voor verjaring (§§ 195, 199 BGB) en niet conform de bijzondere voorschriften uit het GmbHG.¹⁶⁷ Met het concretiseren van de *Existenzvernichtungshaftung* sinds 2007, lijkt het BGH te kiezen voor het gebruik van meer civielrechtelijke instrumenten ter lediging van GmbH-concernproblematiek.

161 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04, *NJW* 2007, 2689 (Trihotel), nr. 43.

162 BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (Gamma).

163 BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary).

164 Materiële onderkapitalisatie: de financiering van de vennootschap (eigen vermogen plus vreemd vermogen) staat in een wanverhouding tot haar ondernemingsactiviteiten. Dit begrip is te onderscheiden van nominale onderkapitalisatie waarbij het eigen vermogen te gering is ten opzichte van het totale vermogen. Barneveld 2014, p. 312.

165 BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (Gamma), r.o. 29.

166 BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary).

167 BGH 24 juli 2012, II ZR 177/11, *NJW* 2012, 3231.

6.5 Persoonlijke zekerheden

In deze paragraaf is er aandacht voor persoonlijke zekerheden en de rechtsrelatie tussen (hoofdelijke) schuldenaren onderling. In § 6.5.1 zal een korte algemene beschouwing worden gegeven over zekerheden in het Duitse recht. Daarna wordt in § 6.5.2-6.5.4 ingegaan op verschillende persoonlijke zekerheden, te weten: de *Bürgschaft*, de *Schuldbeitritt* en de *Patronatserklärung*. In § 6.5.5 volgt een uiteenzetting van het onderwerp concurrentie tussen zekerheidsgevers.

6.5.1 Zekerheden in het Duitse recht

Bij het aangaan van een kredietfaciliteit of een lening dient een concern zekerheden te verschaffen. De schuldenaar kan hiertoe gebruikmaken van verschillende typen zekerheden. Het palet aan zekerheden dat het Duitse recht biedt omvat *Real- en Personalsicherheiten* (zakelijke- en persoonlijke zekerheden). Afhankelijk van de zekerheid zijn deze zekerheden wettelijk of buitenwettelijk geregeld en hebben een accessoir of een niet-accessoir karakter.

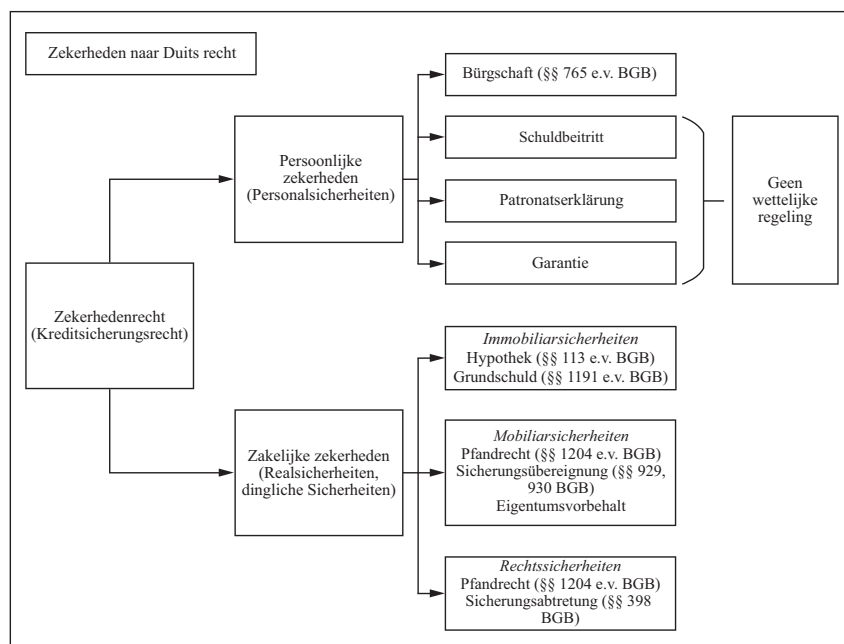
Realsicherheiten zijn te onderscheiden in: *Mobiliarsicherheiten*, zekerheden op roerende zaken, *Immobiliarsicherheiten*, zekerheden op onroerende zaken en *Sicherheiten an Rechten*, zekerheden op vermogensrechten. Hierbij zijn accessoire zekerheden voor hun ontstaan, omvang en voortbestaan, van de gecureerde vordering afhankelijk. Accessoire zekerheden zijn, net zoals in het Nederlandse recht: *Bürgschaft*, *Hypothek* en *Pfandrecht*. De niet-accessoire zekerheden zijn onafhankelijk van de aan de zekerheid ten grondslag liggende vordering. Tot de niet-accessoire zekerheden behoren: *Schuldbeitritt*, *Sicherungsgrundschuld*, *Sicherungsübereignung* en *Sicherungszeession*.

Tot de persoonlijke zekerheden behoren de *Bürgschaft*, de *Schuldbeitritt*, de Garantie en de *Patronatserklärung*. Voor zover deze zekerheden hoofdelijke aansprakelijkheid bewerkstelligen in de zin van § 421 BGB, is het regressysteem van § 426 BGB van toepassing op de interne verdeling van de schuld.¹⁶⁸ Wanneer de persoonlijke zekerheidsverlening geen hoofdelijkheid tot gevolg heeft, wordt er desalniettemin dikwijls een op § 426 BGB geïnspireerde regeling toegepast om de onderlinge verhouding tussen schuldenaren vorm te geven.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Zie § 6.5.3 waar het regres bij *Schuldbeitritt* wordt behandeld.

¹⁶⁹ Bijvoorbeeld bij de patronaatsverklaring of de borgtocht.

Figuur 6.2 Schematische weergave van zekerheden naar Duits recht



Onderstaand worden achtereenvolgens de *Bürgschaft*, de *Schulbeitritt* en de *Patronatserklärung* besproken. Hierbij is aandacht voor het betreffende leerstuk en met dit leerstuk samenhangende rechtsverhouding tussen de schuldenaren onderling. Deze paragraaf dient als achtergrond voor § 6.6 waar de betreffende zekerheden worden geduid binnen upstream zekerheidsverlening in concernverband.

6.5.2 Bürgschaft

Het Duitse rechtstelsel regelt de borgtocht in de bepalingen §§ 765 e.v. BGB. Banken vragen gewoonlijk borgtocht als zekerheid bij een kortlopende lening of een lening van geringe omvang.¹⁷⁰ De Duitse regelgeving kan in beginsel als overeenkomstig met de Nederlandse borgtochtregeling worden gezien. De borg verbindt zich middels een overeenkomst van borgtocht met de schuldeiser voor de schuld van de hoofdschuldnaar. Het wezenskenmerk van de borgtochtovereenkomst is de risico-overname door de borg bij betalingsonmacht van de hoofdschuldnaar. De borg is hiermee een eigen schuld overeengekomen met de schuldeiser. Hij is aansprakelijk voor het

¹⁷⁰ Rippert 1982, p. 28.

nakomen van de schuld van een ander, zonder hiervoor een tegenprestatie te ontvangen. De Duitse wetgever heeft vanwege het ‘altruïstische’ karakter van de borgtocht verschillende regelingen getroffen ter bescherming van de borg. De particuliere borgtocht kan alleen schriftelijk overeen worden gekomen¹⁷¹ terwijl de zakelijke borgtocht, ingevolge § 350 HGB¹⁷², vormvrij is. Toch zal ook de zakelijke borgtocht gewoonlijk op schrift worden gesteld.¹⁷³

De borgtocht is een afhankelijk recht. Verandert de omvang van de hoofdvordering dan verandert de omvang van de borgtocht evenredig.¹⁷⁴ In de Duitse financieringspraktijk wordt dikwijls een maximumbedrag afgesproken dat gedekt wordt door de borg, een *Höchstbetragsbürgschaft*.¹⁷⁵ Dit maximum is inclusief rentes en aan de borgtocht gerelateerde kosten. Zogenaamde *Erweiterungsklauseln*, die als doel hebben de werking van een *Höchstbetragsbürgschaft* te beperken door rentes en kosten die het gemaximeerde bedrag overschrijden voor rekening van de borg te laten komen, zijn niet toegestaan.¹⁷⁶

Het contractueel vastleggen van het doel van de borgtocht wordt de *Zweckerklärung* of de *Sicherungszweckerklärung* genoemd. Een dergelijke verklaring kent twee typen: een *weite Zweckerklärung*, die bestaande en toekomstige vorderingen omvat, en een *enge Zweckerklärung* die alleen zekerheid biedt voor een concrete bestaande vordering. In de Duitse financieringspraktijk wordt dikwijls gebruikgemaakt van een *weite Zweckerklärung*. Hierbij is de borg aansprakelijk voor alle bestaande en toekomstige vorderingen van de hoofdschuldenaar. Deze vorm van borgtocht wordt aangeduid als *Globalbürgschaft* of als *Kredit- oder Kontokorrentbürgschaft*.

Bij het sluiten van de overeenkomst van borgtocht moet zowel de persoon van de schuldenaar als de kern van de te verrichten prestatie bepaald zijn. De ratio achter dit bepaalbaarheidsvereiste is het bieden van duidelijkheid over de essentialia van de overeenkomst, zodat de (potentiële) borg het risico van het aangaan van de borgtochtovereenkomst kan inschatten. Daarom lijkt een *Globalbürgschaft* op gespannen voet te staan met het bepaalbaarheidsvereiste. Immers, door het gebruik van een *weite Zweckerklärung* is het voor de (potentiële) borg moeilijk om het risico af te wegen dat hij loopt met het aangaan van de borgtocht.

171 § 766 BGB.

172 § 350 HGB: Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1 und 2, des § 780 und des § 781 Satz 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

173 Bülow 2012, p. 276.

174 § 767 BGB.

175 Krüger 2011, 6.

176 BGH 18 juli 2002, IX ZR 294/00 *NJW* 2002, 3167; § 307 (1), (2) nr. 2 BGB.

Ditzelfde volgt uit de zogenaamde *Anlassrechtsprechung*¹⁷⁷ waarin het BGH oordeelt dat *Globalbürgschaften* in beginsel strijdig zijn met het ‘*Gebot von Treu und Glauben*’ omdat het afwijkt van de grondgedachte van § 767 (1) BGB¹⁷⁸, het verbod van *Fremddisposition*. Hetgeen betekent dat de hoofdschuldenaar na het sluiten van de borgtocht de verplichtingen van de borg niet kan vergroten door zelf extra verplichtingen aan te gaan. Het uitgangspunt is de borgstelling voor de schuld zoals die ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst bekend was. Afwijkingen moeten worden gesteld en bewezen door degene die van het uitgangspunt wil afwijken.¹⁷⁹

Vanwege het subsidiaire karakter van de borgtocht heeft de Duitse wetgever aanvaard dat de schuldeiser geen voordeel mag verkrijgen uit de overeenkomst van borgtocht. Dit uitgangspunt vormt de leidraad voor regelgeving die de borg beschermt tegen onredelijke eisen van de crediteur. Een voorbeeld van dergelijke regelgeving is § 774 BGB jo § 776 BGB. § 774 BGB cedeert de vordering van de schuldeiser aan de borg evenredig aan de mate van de door de borg betaalde schuld. Hierbij gaan ook de rechten over op de borg die de schuldeiser ter beschikking staan ten behoeve van het verhaal van de vordering. Ingeval de schuldeiser onverplicht afstand doet van een met de schuld verbonden zekerheidsrecht, wordt de borg, ingevolge § 776 BGB, bevrijd van zijn schuld voor zover hij krachtens § 774 BGB verhaal had kunnen halen.¹⁸⁰

6.5.2.1 Typen borgtocht

De Duitse borgtocht kan verschillende vormen aannemen. Onderscheidende elementen zijn hierbij: (I) de voorwaarden waaronder de schuldeiser de borgtocht kan inroepen en (II) bij meerdere borgen, hun onderlinge verhouding en hun verhouding tot de schuldeiser. De voorwaarden waaronder de schuldeiser de borgtocht kan inroepen, is uitgesplitst in vier groepen: (1) de *Ausfallbürgschaft*; (2) de *Bürgschaft*; (3) de *Selbstschuldnerische Bürgschaft*; en (4) de *Bürgschaft auf erstes Anfordern*. Het onderscheid tussen deze typen is de verhaalsdrempel die door de schuldeiser moet worden genomen om een beroep te kunnen doen op nakoming van de borgtochtovereenkomst. Hierbij is de regelgeving van de *Bürgschaft* het wettelijke uitgangspunt en wijken de overige typen borgtocht hiervan contractueel af. De *Ausfallbürgschaft* wijkt af in het voordeel van de borg. Dat wil zeggen dat bij

¹⁷⁷ BGH 28 oktober 1999, IX ZR 364/97, *NJW* 2000, 658.

¹⁷⁸ § 767 (1) BGB: Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

¹⁷⁹ Krüger 2011, p. 8; Bülow 2012, p. 280-281.

¹⁸⁰ Krüger 2011, p. 5-6.

Ausfallbürgschaft de hoogste drempel opgeworpen wordt voor een schuldeiser om verhaal te kunnen halen op de borg. Bij de *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* is de drempel voor een schuldeiser om zich te kunnen verhalen op de borg lager dan het wettelijk uitgangspunt. Indachtig het voorgaande zullen onderstaand de verschillende typen borgtocht worden besproken.

Bij *Ausfallbürgschaft* kan de schuldeiser de borg pas aanspreken wanneer de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is en daarnaast alle andere zekerheden uitgewonnen zijn. Bij de wettelijke borgtocht kan de schuldeiser de borg aanspreken in geval van betalingsonmacht van de hoofdschuldenaar. Andere zekerheden hoeven niet eerst te gelde te worden gemaakt. De *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* hebben tot doel om de kredietgever in staat te stellen verhaal te halen zonder eerst de hoofdschuldenaar te moeten aanspreken. Hiermee dienen deze vormen van borgtocht uitsluitend het economisch belang van de schuldeiser en zadelen de borg op met behoorlijke risico's.

Een kenmerk van de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* is dat de borg afstand doet van de 'Einrede der Vorausklage' (§ 773 (1) nr. 1 BGB). Na afstand is de schuldeiser niet verplicht om eerst te proberen de schuld op de hoofdschuldenaar te verhalen voordat hij de borg aanspreekt. Op grond van de rechtspraak wordt een *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* opeisbaar wanneer de hoofdvordering opeisbaar is.¹⁸¹ Hiermee wordt de hoofdschuld en de verplichting uit borgtocht in zekere mate gelijkgesteld aan elkaar. Praktisch gezien benadert de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* de hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van § 421 BGB.

Bürgschaft auf erstes Anfordern biedt de schuldeiser in vergelijking met de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* een nog effectievere mogelijkheid om de borg aan te spreken voor de hoofdschuld. De borg doet namelijk niet alleen afstand van het subsidiaire karakter van de borg, maar ziet tevens af van mogelijke verweren. De schuldeiser hoeft zelfs niet aan te tonen dat de hoofdschuld bestaat en opeisbaar is. Hiermee lijkt ook de accessoire natuur van de borgtocht verloren te zijn gegaan en lijkt de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* meer op een garantie.

De borg is tegelijkertijd niet geheel weerloos in zijn verhouding tot de schuldeiser. Stel de hoofdschuld is reeds tenietgegaan en de borg heeft toch betaald aan de schuldeiser. De borg heeft dan de mogelijkheid om via een afzonderlijk *Rückforderungsprozess* de schuldeiser aan te spreken voor het betaalde bedrag. Ook kan de borg zich in evidente gevallen van misbruik verweren op het moment dat hij door de schuldeiser wordt aangesproken tot nakoming van de borgtochtovereenkomst. Desalniettemin is de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* risicovol voor de borg, maar ook voor de hoofdschuldenaar. Bijvoorbeeld wanneer de hoofdschuldenaar

181 BGH 29 januari 2008, XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729.

zich tegen de vordering van de schuldeiser had kunnen verweren, maar buitenspel wordt gezet door de betaling van de borg aan de schuldeiser en zich vervolgens geconfronteerd ziet met de regresvordering van de borg.¹⁸²

Vanwege de beperkingen van de subsidiariteit en het accessoire karakter van de *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern*, wordt er in de literatuur soms getwijfeld of deze typen zekerheden nog te kwalificeren zijn als borgtocht in de zin van §§ 765 e.v. BGB.¹⁸³ Dit laat onverlet dat beide zekerheden veelgebruikte instrumenten zijn in de Duitse financieringspraktijk. Opgemerkt wordt dat gezien het nadelige karakter van deze typen borgtochten, de borg met de financierende partij – vaak een bank – afspraken maakt, dikwijls in de vorm van een *Höchstbetragsbürgschaft*. De aansprakelijkheid van de borg is dan beperkt tot een bepaald bedrag, vermeerderd met rente en aanvullende kosten. De bank, op haar beurt, zal ook nog aanvullende eisen hebben. Zo wordt dikwijls overeengekomen dat: de borgtocht niet beperkt wordt door tijd¹⁸⁴; de aansprakelijkheid uit borgtocht blijft bestaan, ook al worden andere zekerheden opgegeven; de borgtocht niet vervalt bij voldoende dekking van het saldo van de schuld; de aanspraken van de bank jegens de schuldenaar, niet geheel of gedeeltelijk op de borg overgaan voordat het krediet volledig afgelost is en tot slot; wanneer meerdere personen borg staan, hun borgtocht een *Mitbürgschaft* is en zij zich op een hoofdelijke wijze verplichten.¹⁸⁵

6.5.2.2 De vordering die geseceerd is door meerdere borgen

Het komt voor dat meerdere borgen zich verbinden voor dezelfde schuld. In dat geval bepalen zekerheidsgevers en -nemer, of *Mitbürgschaft*, *Nachbürgschaft* of *Rückbürgschaft* van toepassing is op hun rechtsrelatie. Van *Mitbürgschaft* (medeborgen) wordt gesproken als meerdere borgen in staan voor dezelfde hoofdschuld, hetzij gemeenschappelijk, hetzij onafhankelijk.¹⁸⁶ Daarbij maakt het niet uit of ze gelijktijdig of op verschillende momenten, of met kennisgeving of zonder kennisgeving jegens elkaar de borgtocht zijn aangegaan.¹⁸⁷ De medeborgen worden geacht hoofdelijk aansprakelijk te zijn in de zin van § 421 BGB. Dit betekent dat de schuldeiser naar eigen inzicht een medeborg kan aanspreken voor de gehele schuld of een deel daarvan. Door middel van de schakelbepaling § 774 (2) BGB wordt de interne verhouding tussen de medeborgen beheerst door § 426 BGB.¹⁸⁸

182 Krüger 2011, p. 18.

183 Rippert 1982, p. 30. In het Franse recht zijn bij een cautionnement solidaire de bepalingen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van toepassing (art. 2298 CC [...] se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires).

184 Vgl. § 777 BGB.

185 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192b (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

186 § 769 BGB.

187 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1191 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

188 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1191 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016); Bülow 2012, p. 350-351, 358-359.

Vervult een medeborg de prestatie aan de schuldeiser geheel of deels, dan verkrijgt hij samen met de hoofdvordering op de schuldenaar ook de rechten die de schuldeiser heeft tegen de (andere) medeborgen (§§ 412, 401 (1) BGB). De medeborgen zijn echter alleen aan te spreken voor hetgeen medeborgen onderling moeten bijdragen, gelijk aan de interne verhouding bij hoofdelijke schuldenaren (§§ 774 (2), 426 BGB).¹⁸⁹ Dat wil zeggen dat de draagplicht voor gelijke delen in beginsel wordt geacht te gelden.

Stel: twee borgen, A en B, zijn ieder voor de volledige vordering ad € 100.000 aan te spreken. Borg A betaalt de vordering aan de schuldeiser. A heeft nu een vordering op de hoofdschuldenaar van € 100.000 en bij betalingsonmacht van de hoofdschuldenaar op borg B een vordering van € 50.000. Borg A mag dan verhaal halen op borg B voor zover hij boven zijn aandeel heeft betaald. Eén en ander zolang er geen alternatieve draagplichten zijn afgesproken. Wil Borg B een afwijkende verdeling dan moet hij dit stellen en bewijzen.¹⁹⁰ Daarnaast kan een borg ook bij deelbetalingen regres nemen op zijn medeborgen. Wanneer een medeborg een deel van de borgtocht betaalt aan de schuldeiser, kan hij van zijn medeborgen regres verlangen, zelf wanneer zijn deelbetaling onder zijn aandeel blijft. Voorwaarde is wel dat de hoofdschuldenaar nog betalingsmachtig is en er nog niet is vastgesteld in welke omvang de borgen definitief worden aangesproken.¹⁹¹ Is de hoofdschuldenaar daarentegen betalingsonmachtig, dan beperkt de regresaanspraak zich tot het gedeelte dat het aandeel van de borg overstijgt.¹⁹²

Naast de *Mitbürgschaft* worden ook de *Nachbürgschaft* en de *Rückbürgschaft* dikwijls toegepast bij de borgtocht. Om te voorkomen dat de schuldeiser zijn vordering niet kan verhalen wanneer (ook) de borg in betalingsonmacht verkeert, kan een *Nachbürgschaft*-overeenkomst (achter borgtochtovereenkomst) worden afgesloten. De schuldeiser komt met de achterborg een zekerheidstelling overeen waarbij de achterborg zich verbindt om in voorkomend geval de verbintenis van de borg na te komen. Bij betaling van de achterborg aan de schuldeiser, komt hem ingevolge § 774 (1) BGB diens vordering toe.¹⁹³

Waar de *Nachbürgschaft* het belang van de schuldeiser dient, wordt de *Rückbürgschaft* overeengekomen ten behoeve van de borg. De *Rückbürgschaft* is een vorm van borgtocht waarbij de borg zekerheid verkrijgt voor zijn regresvordering (§ 774 BGB) op de hoofdschuldenaar. Wanneer de hoofdschuldenaar niet betaalt en de borg wordt aangesproken door de schuldeiser, krijgt de borg een regresvordering

189 BGH WM 1986, 1550.

190 BGH WM 1982, 186; BGH WM 1983, 1386 (1387). Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1193a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

191 BGH WM 1957, 517, (519); BGH WM 1982, 610 (611).

192 BGH WM 1986, 363 (364).

193 Vgl. art. 7:870 BW.

op de hoofdschuldenaar. Dikwijls blijft de borg met lege handen achter omdat de hoofdschuldenaar failliet is. De borg kan zekerheid creëren door met een *Rückbürge* overeen te komen dat hij, in een dergelijk geval, op hem regres mag nemen.¹⁹⁴

6.5.2.3 Höchstbetragsbürgschaft variaties

Bij een *Höchstbetragsbürgschaft* wordt de borgtocht gemaximeerd. Wanneer meerdere borgen een *Höchstbetragsbürgschaft* aangaan, kunnen vragen ontstaan over de externe en de interne aansprakelijkheid. Tussen medeborgen met gemaximeerde borgtochten zijn de borgen hoofdelijk aansprakelijk. Stel: de hoofdschuld bedraagt € 100.000. A en B stellen zich ieder borg voor een maximumbedrag van € 50.000. In beginsel zijn A en B als medeborgen hoofdelijk aansprakelijk tot een bedrag van € 50.000 (§ 769 BGB). Schuldeiser C kan conform § 422 (1) BGB de borgen niet cumulatief kan aanspreken. Betaalt borg A de (hoofdelijke)schuld ad € 50.000 aan de schuldeiser, dan is borg B bevrijd van zijn verplichting jegens C.¹⁹⁵ Bij onderscheidenlijke maximumbedragen zijn de borgen medeborgen tot het bedrag van het laagste maximum.¹⁹⁶

Wanneer de omvang van de borgtocht de hoofdschuld niet dekt zullen kredietgevers proberen de borgen te bewegen om § 769 BGB uit te sluiten en een *Nebenbürgschaft* eisen. Hun verplichtingen zijn dan onafhankelijk van elkaar. Betaalt A dan is B niet bevrijd van zijn verplichtingen jegens C. Aangezien beide borgen in een dergelijk geval cumulatief aansprakelijk zijn, is de gehele schuld ad € 100.000 geseceureerd. Het staat de schuldeiser vrij om zelf te bepalen in welke volgorde hij de borgen aanspreekt.¹⁹⁷

Aangezien er bij *Nebenbürgschaft* geen hoofdelijkheid bestaat tussen de borgen, lijkt § 426 BGB niet van toepassing. Het is goed om te realiseren dat de interne verhouding tussen de borgen losstaat van een eventueel gewenste cumulatieve aansprakelijkheid van de borgen. Echter, het is in de praktijk gebruikelijk om in borgtochtovereenkomsten uitdrukkelijk te bepalen dat door het doen van afstand van de hoofdelijkheid, de regresmogelijkheden niet worden beperkt en dat het wettelijke regime conform §§ 769, 426 BGB van toepassing blijft.¹⁹⁸ Ook in de rechtspraak wordt een regresmogelijkheid overeenkomstig aan de medeborgtocht voor mogelijk gehouden.¹⁹⁹

194 Krüger 2011, p. 16.

195 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

196 Bülow 2012, p. 359-360.

197 Horn, *DZwir* 1997, p. 265-271, p. 266-267; Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

198 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192c (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016); BGH 14 juli 1983, IX 40/82, *NJW* 1983, 2442.

199 BGH 14 juli 1983, IX 40/82, *NJW* 1983, 2442; BGH 4 juni 1987, IX 31/86, *NJW* 1987, 3126; Horn, *DZwir* 1997, p. 265-271, p. 266.

Hoe moet de interne draagplicht worden bepaald bij *Höchstbetragsbürgschaften* met verschillende maxima? Aan de hand van een voorbeeld volgt een toelichting. Stel bij een hoofdschuld van € 100.000 staat A borg voor € 60.000 en staat B borg voor € 40.000. De hoofdschuldenaar verricht een deelbetaling en de openstaande schuld bedraagt nog € 60.000 die door A geheel wordt voldaan. Hoe moet in dit geval de interne draagplicht worden verdeeld? Het Reichsgericht meende in 1913²⁰⁰ dat de verdeling niet in verhouding moet staan tot de gestelde maxima. Schuldennaren zijn tot het bedrag van hun onderscheiden maxima in absolute zin gelijk draagplichtig.

Toepassing van de redenering van het Reichsgericht op het voorbeeld leidt tot het volgende: de openstaande schuld wordt gedeeld tussen A en B. A kan B aanspreken voor € 30.000. Dit staat haaks op de notie dat A en B slechts voor een bedrag van € 40.000 hoofdelijk aansprakelijk zijn en dat over dit bedrag regres kan worden verrekend. Bij een strikte toepassing van § 426 (1) BGB op het voorbeeld, zou A een regresvordering van € 20.000 hebben op B. Het BGH heeft de uitgangspunten van het Reichsgericht verworpen en bepaald dat een verhoudingsgewijze benadering – een quotummodel – van beide borgmaxima als een redelijk uitgangspunt dient voor het bepalen van de onderlinge draagplicht.²⁰¹ De *Höchstbeträgen* van A en B staan in een 3/5, 2/5 (60.000 + 40.000/5) verhouding tot elkaar. Conform deze verhouding en bij een (resterende) hoofdschuld van € 60.000 is A voor € 36.000 en B voor € 24.000 intern aansprakelijk.²⁰²

Door het afspreken van onderscheidenlijke maxima van de borgtochten, zijn de individuele borgen in de externe verhouding verschillende risico's aangegaan. In het overeenkomen van een hoger maximum in vergelijking tot de andere borgen, wordt de wil tot uitdrukking gebracht om een groter risico te lopen in verhouding tot de andere borgen. De wilsuitingen van de borgen om de individuele aansprakelijkheid op verschillende hoogten te begrenzen is volgens de Duitse rechtspraak voldoende kenmerkend dat het gerechtvaardigd is om deze verhoudingen als maatstaf te gebruiken bij de interne verdeling van de draagplicht. Het overeenkomen van maxima van de borgtochten leidt tot de aanname dat deze aansprakelijkheidsverdeling in de externe verhouding, al dan niet stilzwijgend, ook geldt voor de interne aansprakelijkheid.²⁰³

Het BGH dicht deze maatstaf relatief veel gewicht toe. Dit blijkt uit rechtspraak van het BGH. Het BGH heeft zich uitgesproken over de verhouding tussen de voorgaande maatstaf en de maatstaf waarbij de interne draagplicht is gebaseerd op de

200 RG 27 februari 1913, Rep. VI 309/12, RGZ 81, 414.

201 BGH 11 december 1997, IX ZR 274/96, *NJW* 1998, 894.

202 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614; Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1198c (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

203 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0. Vgl. de theorie van de veruiterlijkte wil, § 2.5.6.1.

kapitaaldeelname van vennoten/aandeelhouders in de vennootschap waar zij borgtocht voor hebben verleend. De afspraken die aandeelhouders als medeborgen hebben gemaakt inzake de onderscheidenlijke maxima van hun borgtochten, zijn volgens het BGH doorslaggevend bij het bepalen van de interne draagplicht. Deze maatstaf heeft dus voorrang boven een verdeling van de interne draagplicht in verhouding tot de kapitaaldeelname.²⁰⁴

Het BGH motiveert het oordeel met het argument dat de borgtochtovereenkomst is overeengekomen na het sluiten van de vennootschapsovereenkomst. Als de vennoten bij een borgtochtovereenkomst onderscheidenlijke maxima afspreken die afwijken van de onderlinge kapitaalverhoudingen, dan hebben de vennoten, ook zijnde medeborgen, blijk gegeven, met het oog op de borgtocht, een andere risicoverdeling voor te staan dan een verdeling die in overeenstemming is met de kapitaaldeelname.²⁰⁵

6.5.3 *Schuldbeitritt*

De *Schuldbeitritt* wordt in de Duitse financieringspraktijk veel gebruikt. De rechtsfiguur is niet opgenomen in het BGB²⁰⁶ en is vooral in de praktijk en de rechtspraak ontwikkeld.²⁰⁷ De rechtsfiguur komt gewoonlijk tot stand door medeondertekening van de kredietovereenkomst door de bijtredeende ter zekerheid van de schuld. *Schuldbeitritt* kan worden aangegaan voor bestaande vorderingen als ook voor toekomstige vorderingen, mits deze laatsten maar voldoende zijn bepaald.²⁰⁸

De praktijk kent verschillende varianten van de *Schuldbeitritt*. Deze verschillende vormen hebben soms een vaste naam, maar de betreffende terminologie wordt ook wel gebruikt als synoniem voor elkaar. Termen als: *Sicherungsgesamtschuld*, *Sicherungsschuldbeitritt*, *Übernahmeschuldbeitritts*, *Schuldmitübernahme* of *kumulatieve Schuldübernahme* zijn hiervan een paar voorbeelden.

De Duitse rechtsliteratuur heeft getracht deze varianten te ordenen, om een gedifferentieerde juridische behandeling mogelijk te maken.²⁰⁹ Veelal wordt aan de hand van de onderscheidenlijke belangen van de bijtredeende getracht om tot een indeling te komen. Hierbij worden de uiterste zijden van de schaal gevormd door

204 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0, r.o. 11.

205 BGH 27 september 2016 XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0, r.o. 19.

206 Rippert 1982, p. 36. Vgl. het Oostenrijkse rechtsstelsel waar de *Sicherungsgesamtschuld* onder de noemer *Mitschuldner* is gecodificeerd in § 1347 ABGB.

207 RG 20 maart 1902, Rep. VI. 409/01, RGZ 51, 120; RG 14 november 1904, Rep. VI. 12/04, RGZ 59, 232; RG 23 november 1906, II. 200/06, RGZ 64, 318.

208 BGH 27 april 2004, XI ZR 49/03, *WM* 2004, 1381.

209 Madaus 2001, p. 12.

enerzijds de *Sicherungsschuldbeitritt*, waarbij alleen de zekerheidstelling aan de schuldeiser wordt beoogd en anderzijds de *Übernahmeschuldbeitritt*, die een overname van de verbintenis met ontslag van de eerste schuldenaar moet bewerkstelligen.²¹⁰

Tussen beide polen ligt een keur aan mogelijkheden die door partijen kan worden gebruikt om de overeenkomst naar hun behoeften te vormen. Om te bepalen of de bijgetreden schuldenaar gekwalificeerd moet worden als enkel een medeaansprakelijke schuldenaar of als een schuldenaar die naast aansprakelijkheid ook deelneemt in de lening, hangt volgens de rechtspraak niet af van de formele relaties in de zekerheidsovereenkomst. Volgens het BGH zijn de interne belangenverdeling en de omstandigheden van het geval maatgevend.²¹¹ In het vervolg van deze studie verwijst de term *Schuldbeitritt* specifiek naar de situatie waarbij de bijtreedende zekerheid wil verlenen.

De *Übernahmeschuldbeitritt* heeft overeenkomsten met de schuldovername, § 414 BGB. Bij andere vormen van *Schuldbeitritt* is het onderscheid met § 414 BGB duidelijk. Bij de *Schuldbeitritt* komt de nieuwe schuldenaar naast de oude schuldenaar te staan en is hij hoofdelijk aansprakelijk voor de hoofdschuld. De schuldeiser heeft dan twee hoofdschuldenaren en kan vrijelijk kiezen wie hij aanspreekt. Bij een schuldovername treedt een nieuwe schuldenaar, met toestemming van de schuldeiser, in plaats van de oude schuldenaar.

De *Schuldbeitritt* moet ook worden onderscheiden van de *Vertragsbeitritt*, in die zin dat bij *Schuldbeitritt* de medeondertekenaar geen recht heeft op een tegenprestatie van de schuldeiser. Bij *Vertragsbeitritt* is dit wel zo. Een dergelijk onderscheid heeft verder geen gevolgen voor het verhaalsrecht van de schuldeiser. Het 'bijtrede' leidt in beide situaties tot hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van § 421 BGB. Hierbij heeft de hoofdelijkheid, analoog aan § 417 BGB, de aard en inhoud zoals die bestond op het moment van medeondertekening. De schuldeiser krijgt dus te maken met een extra schuldenaar, terwijl de vordering onveranderd blijft.²¹²

Het onderscheid tussen de *Schuldbeitritt* en de borgtocht is soms dun, maar wel van belang. Aanname van de wettelijke borgtocht zorgt dat de schuldeiser eerst verhaal moet zoeken bij de hoofdschuldenaar voordat hij zich kan wenden tot de medeondertekenaar. De schuldeiser kan in dit geval geen gebruik maken van de keuzemogelijkheid die hoofdelijkheid biedt om ieder van de schuldenaren aan te spreken voor de gehele schuld.

210 Madaus 2001, p. 12-14.

211 BGH 06 oktober 1998, XI ZR 244/97, *NJW* 1999, 135; BGH 09 december 2008, XI ZR 513/07, *WM* 2009, 262.

212 Krüger 2011, p. 23-24, 26; Bülow 2012, p. 583; zie ook § 425 BGB. Piekenbrock & Ludwig, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1390a, 4/1391 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

De schuldeiser zou er daarom een belang bij hebben om een mondeling afgesproken borgtocht te heretiketteren tot een vormvrije *Schuldbeitritt*.²¹³ Bij het vaststellen of er sprake is van een borgtocht of een *Schuldbeitritt* speelt aanvankelijk de inmiddels verlaten *Interessentheorie* een rol van betekenis. Volgens de *Interessentheorie* is het persoonlijk economisch belang van de bijtredende bij het door de eerste schuldenaar aangegane krediet doorslaggevend. Hierbij wordt de *Schuldbeitritt*, in tegenstelling tot de borgtocht, gezien als een vorm van zekerheid waarbij de bijgetreden schuldenaar een persoonlijk belang heeft bij de schuld. Dit persoonlijk belang blijkt volgens de *Interessentheorie* uit het al dan niet in acht nemen van de vormvoorschriften bij borgtocht. Deze vormvoorschriften zijn bedoeld om de altruïstisch handelende borg niet overhaast een voor hem belastende overeenkomst te laten aangaan. Als deze vormvoorschriften niet in acht worden genomen, dan wordt gedacht dat de bijtredende wel een persoonlijk economisch belang moet hebben bij de schuld waarvoor de zekerheid was verleend en wordt uitgegaan van een *Schuldbeitritt*.

Het BGH hanteert de *Interessentheorie* niet meer. Of de afgesproken zekerheid gekwalificeerd moet worden als borgtocht of *Schuldbeitritt* hangt af van de interpretatie van de partijbedoeling. Hierbij speelt met name de intentie van de medeonder-tekenaar een rol. Zo kan de afspraak duiden op borgtocht en geen *Schuldbeitritt* ingeval subsidiaire aansprakelijkheid is beoogd. Ook het belang van de medeonder-tekenaar bij het aangaan van het krediet kan uitsluitel geven over het soort zekerheid dat is aangegaan.²¹⁴ Hoewel de *Schuldbeitritt* anders dan de borgtocht geen afhankelijk recht is, kent de *Schuldbeitritt* wel *Entstehungsakzessorietät*. De bijgetreden schuldenaar, treedt bij in de schuld zoals deze op het tijdstip van bijtreden bestaat. Wanneer de schuldeiser bijvoorbeeld niets meer van de schuldenaar kan eisen, wegens nietigheid van de kredietovereenkomst, dan kan de schuldeiser ook niets van de bijgetreden schuldenaar eisen.²¹⁵

6.5.3.1 Schuldbeitritt en regres

Als de bijgetreden schuldenaar of de hoofdschuldenaar presteert aan de schuldeiser, dan krijgt de presterende hoofdelijk schuldenaar een regresvordering op zijn mede-schuldenaren. Deze regresvordering kan voortvloeien uit de aan de *Schuldbeitritt* ten grondslag liggende rechtsverhouding. Uit deze rechtsverhouding blijkt de reden waarom de bijgetreden schuldenaar zich naast de hoofdschuldenaar heeft verplicht.

213 Zie Madaus 2001, p. 86 e.v. Vgl. HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (*Van Regteren/VGK*).

214 Krüger 2011, p. 25-26; BGH 21 april 1998, IX ZR 258/97, *NJW* 1998, 1939.

215 Piekenbrock & Ludwig, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1391 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

Dergelijke rechtsverhoudingen kunnen voortkomen uit een *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB), een *Sicherungsauftrag* (§ 662 BGB), een *Schenkung* (§ 516 BGB) of een *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 677 e.v. BGB). Uit een *Sicherungsauftrag*, een *entgeltlichen Geschäftsbesorgung* of een *berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag*, volgen wettelijke regresaanspraken ten behoeve van de presterende bijgetreden schuldenaar (§ 670 BGB). Met uitzondering van een rechtsrelatie die beheerst wordt door een schenkingsovereenkomst, kunnen partijen interne aansprakelijkheid contractueel overeenkomen.

Bij gebrek aan een concrete lastenverdeling wordt deze vermoed op grond van de interne rechtsverhouding.²¹⁶ Afhankelijk van mogelijke partijafspraken kan de interne aansprakelijkheid van een medeschuldenaar variëren tussen de 0% en de 100%. Zo wordt bij een *Übernahmeschuldbeitritts* aangenomen dat de interne draagplicht volledig bij de bijgetreden schuldenaar ligt. Afwijking van deze regel moet worden gesteld en bewezen door de schuldenaar die een andere draagplichtverdeling voorstaat.

Er ontstaat een andere situatie in het geval van een 'klassieke' *Schuldbeitritt* die alleen als zekerheid is bedoeld.²¹⁷ Zonder afspraken over de interne draagplicht, is de hoofdschuldenaar volledig aansprakelijk in de interne verhouding tussen de schuldenaren. De bijgetreden schuldenaar kan bij prestatie aan de schuldeiser, voor het volledige bedrag regres nemen op de eerste schuldenaar. Deze regresvordering kan zijn grondslag hebben in hun onderlinge rechtsverhouding, maar komt de bijgetreden schuldenaar in ieder geval toe op grond van § 426 (1) BGB. Daarnaast gaat ter versterking van het regres, de vordering van de schuldeiser inclusief de daarbij behorende nevenrechten²¹⁸ over op de presterende schuldenaar.²¹⁹ Wanneer de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is, kan de presterende bijgetreden schuldenaar de schuld omslaan naar eventuele andere bijgetreden schuldenaren.²²⁰

Hiermee is er een verschil in het bepalen van de interne draagplicht bij een regresvordering jegens de hoofdschuldenaar voortvloeiend uit borgtocht of uit *Schuldbeitritt*. In het laatste geval moet de volledige interne draagplicht van de schuldenaar ten behoeve van wie het krediet is afgesloten, voortvloeien uit de partijafspraken. Anders gesteld: de presterende bijgetreden schuldenaar dient dit aan te tonen. Dit in tegenstelling tot de borgtocht, waar de volledige interne draagplicht van de hoofdschuldenaar volgt uit deze rechtsfiguur. Uitzondering op deze regel bij borgtocht is de regresaansprakelijkheid tussen medeborgen.²²¹

216 Madaus 2001, p. 305-306.

217 Vgl. *Sicherungsgesamtschuld*, Bülow 2012, p. 596.

218 §§ 401, 412 BGB.

219 § 426 (2) BGB.

220 Analoog §§ 774 (2), 426 BGB.

221 Krüger 2011, p. 15, 26.

6.5.4 De Patronatserklärung

De *Patronatserklärung* is niet in de Duitse wet gedefinieerd²²² en is ontwikkeld door de rechtspraak en de rechtsleer. Het in Duitsland gebruikte rechtsfiguur is in grote mate overeenkomstig aan de in § 3.4.4 besproken patronaatsverklaring. Zie de voornoemde paragraaf voor een uiteenzetting van de algemene eigenschappen van de *Patronatserklärung*. Onderstaand wordt indachtig het onderzoeksobject ingegaan op specifieke aspecten van de *Patronatserklärung* in het Duitse recht.

6.5.4.1 De Patronatserklärung en regres

Wanneer de patroon er direct of indirect voor zorgt dat de protegé aan zijn betalingsverplichtingen jegens de kredietgever kan voldoen, ontstaat de vraag of hij voor zijn vermogensoffers regres kan nemen op zijn protegé. Dikwijls zal deze vraag in de praktijk zonder wezenlijke gevolgen zijn omdat de kredietnemer geen vermogen meer heeft. Ook als er restvermogen voorhanden is, zal in concernverband de patroon doorgaans niet op conventionele wijze regres nemen. De patroon staan namelijk concernrechtelijke instrumenten ter beschikking om inbreuk te maken op het vermogen van de kredietnemer. Als gevolg hiervan zijn schuldrechtelijke regresinstrumenten overbodig.²²³ De mogelijkheid om inbreuk te maken op het vermogen van de kredietnemer vloeit bijvoorbeeld voort uit een *Beherrschungsvertrag* in de zin van § 291 AktG. Hierdoor kan de patroon gebruikmaken van het instructierecht ex § 308 AktG en worden de uitkeringsregels §§ 57, 58 en 60 AktG buiten werking gesteld.²²⁴ Als een dergelijk concernverband ontbreekt of het concernrechtelijke instrumentarium niet toereikend is om een bijdrage te kunnen vorderen, dan is de patroon aangewezen op de algemene regresbepalingen.²²⁵

Bij afwezigheid van een specifieke wettelijke regresregeling tussen de patroon en de protegé, zijn in de literatuur pogingen gedaan om in deze leemte te voorzien.²²⁶ Hierbij is veel aandacht besteed aan de grondslag waarop een eventuele regresvordering berust. De verdeling van de draagplicht tussen de patroon en de protegé en de relevante criteria daartoe, zijn veel minder uitgebreid besproken. De toepasselijke grondslag en de draagplicht variëren afhankelijk van de onderscheidenlijke

222 Rippert 1982, p. 1; Koch 2005, p. 13.

223 Rippert 1982, p. 13; Kohout 1984, p. 209; Koch 2005, p. 313, 614.

224 § 291 AktG wordt analoog toegepast bij het contractuele GmbH-concern.

225 Koch 2005, p. 314.

226 Kohout 1984; Koch 2005.

situaties waarin de patroon, de protegé en de kredietgever de *Patronatserklärung* zijn aangegaan. Onderscheidenlijke situaties zijn: (I) de patroon komt het verklaarde na of (II) de patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever. Hierbij moet onder ad (I) onderscheid worden gemaakt tussen het geval dat de patroon direct aan de kredietgever presteert of dit indirect doet via de protegé.²²⁷ Ook het belang dat een patroon heeft bij het afgeven van de patronaatsverklaring en bij het voldoen van het verklaarde, hebben invloed op de grondslag van een regresvordering en op de verdeling van de draagplicht.

6.5.4.1.1 De patroon komt het verklaarde na

De primaire verplichting van de patroon richt zich op de kredietnemer, de protegé. De verplichting van deze laatste richt zich op de kredietgever. De verplichting van de patroon is erop gericht zijn verklaring gestand te doen jegens de protegé en is er niet primair op gericht dat de protegé van zijn schuld wordt bevrijd.²²⁸ Aangezien § 421 BGB hoofdelijkheid veronderstelt wanneer schuldenaren zijn aan te spreken voor dezelfde schuld, zal er wanneer de patroon het verklaarde nakomt, geen sprake zijn van hoofdelijkheid op grond van deze bepaling. Dit betekent dat § 426 BGB ook niet van toepassing is op hun interne verhouding.

De interne verhouding tussen de patroon die, in het belang van de protegé, het verklaarde presteert aan de protegé of direct presteert aan de kredietgever, kan worden ingekleurd met de overeenkomst van opdracht of de zaakwaarneming (*Geschäftsführung ohne auftrag*).²²⁹ De aanname van zaakwaarneming als grondslag voor de interne verhouding tussen de patroon en de protegé is niet onomstreden. Zo is in de literatuur geopperd dat betaling van de zaakwaarnemer (*Geschäftsführer*) aan de kredietgever van de belanghebbende (*Geschäftsherr*) niet in het belang is van de belanghebbende. De redentie is dat er in een dergelijk geval alleen een crediteurenwisseling plaatsvindt en de belanghebbende niet bevrijd is van zijn verplichting tot betaling. Hier kan tegenin worden gebracht dat de zaakwaarneming reeds is begonnen met het aangaan van de patronaatsverklaring en niet pas met betaling aan de kredietgever.²³⁰

Een sterker argument tegen het gebruik van de zaakwaarneming als grondslag voor regres, vormt het in § 677 e.v. BGB neergelegde uitgangspunt dat de zaakwaarnemer een zaak voor een ander heeft behartigd. Hieraan wordt in de literatuur getwijfeld omdat de patroon zijn eigen verbintenis uit hoofde van de *Patronatserklärung* heeft volbracht. Als tegenargument wordt gesteld dat het aangaan van een

227 Koch 2005, p. 314.

228 Koch 2005, p. 322-323.

229 §§ 677-687 BGB; Koch 2005, p. 315.

230 Koch 2005, p. 315.

patronaatsverklaring in het belang van de kredietnemer wordt afgegeven. In de literatuur wordt een vergelijking gemaakt met de borgtocht. In de staande rechtspraak van het BGH wordt gesteld dat het behartigen van de zaak voor een ander niet pas plaatsvindt bij het bijspringen van de borg, maar reeds bij het aangaan van de borgtocht.²³¹

In concreto gaat het om de toets of de zaakwaarnemer (de patroon) in het belang heeft gehandeld van de belanghebbende (de protegé). Zo ja, dan heeft de zaakwaarnemer een zaak voor een ander behartigd. Indien het belang van de belanghebbende niet gediend is met de handeling van de zaakwaarnemer dan heeft dit gevolgen voor de kwalificatie van de interne verhouding, de regresmogelijkheid en de verdeling van de draagplicht. In de literatuur is in dit geval betoogd dat de patroon zijn regresaanspraak kan baseren op de onrechtvaardige verrijking §§ 812, 684 BGB.²³²

Een andere situatie ontstaat als de protegé aan de patroon de opdracht heeft gegeven om zekerheid te stellen ten behoeve van kredietopname en de zekerheidsgever deze opdracht aangaat. In dit geval is er sprake van een *Auftragsverhältnis* in de zin van § 662 BGB. Wanneer de zekerheidsverlener dan bij voorbaat afziet van regres, kan een schenking in de zin van § 516 BGB ten grondslag liggen aan de interne verhouding. Wanneer de zekerheidsgever een tegenprestatie vordert zal vaak een *Geschäftsbesorgungsvertrag* ten grondslag liggen aan de interne verhouding.²³³

6.5.4.1.2 De patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever

De patroon en de protegé zijn mogelijk hoofdelijk verbonden als de patroon zijn oorspronkelijke verplichting verzaakt. In dit geval wordt hij aangesproken tot schadevergoeding. Het uitgangspunt voor hoofdelijkheid is dat meerdere schuldenaren voor dezelfde prestatie zijn aan te spreken. Volgens de heersende mening is hiervan sprake wanneer de prestatie van partijen gericht is op bevrijding van dezelfde schuld. Hiervoor is het noodzakelijk dat de prestaties op dezelfde rechtsgrond berusten. De prestaties moeten berusten op een inhoudelijke gelijke verwantschap.²³⁴ Ditzelfde blijkt ook uit de rechtspraak van het BGH die de reikwijdte van de hoofdelijkheid de laatste decennia continu heeft opgerekt.²³⁵

In de literatuur is de vraag gesteld of de positie van de patroon accessoir is ten opzichte van de positie van de protegé. Hoofdelijkheid in de zin van § 421 BGB veronderstelt *gleichstufigkeit*. De ene schuldenaar moet niet nauwer met de schuld zijn verbonden dan de andere schuldenaar. Nu wordt betoogd dat de schuldenaar

231 Koch 2005, p. 318-319.

232 Koch 2005, p. 324.

233 Koch 2005, p. 315.

234 BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, *NJW* 1965, 1175.

235 BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, *NJW* 1965, 1175; BGH 19 december 1968, VII ZR 23/66, *NJW* 1969, 653; BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, *NJW* 1972, 1802.

door het moeten betalen van schadevergoeding niet meer voor de kredietnemer presteert, maar voor zichzelf. Hierdoor staat hij op 'gelijke voet' ten opzichte van de schuld als de kredietnemer.²³⁶

Een dergelijke situatie is niet van toepassing op het voldoen van de primaire verplichting uit hoofde van de patronaatsverklaring. Echter, bij betaling van schadevergoeding wel. De patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever, gelijk de kredietnemer de schuld moet betalen aan de kredietgever. Deze verwantschap levert hoofdelijke aansprakelijkheid op. Dit heeft tot gevolg dat § 426 BGB toegepast kan worden op hun interne verhouding. Uit het bepaalde in § 426 BGB volgt een draagplichtverdeling voor gelijke delen, tenzij een andere verdeling van de draagplicht preferentie eist. Dit kan bijvoorbeeld voortvloeiën uit de reden waarom de patroon de patronaatsverklaring heeft afgegeven.²³⁷ Een tweede gevolg van § 426 BGB is de overgang van de hoofdvordering naar de patroon.²³⁸

6.5.4.1.3 Het belang van de protégé

Voor het vaststellen van de interne verhouding tussen de patroon en de protégé wordt in de literatuur de nadruk gelegd op de vraag of de patroon in het belang van de protégé handelt. Het standpunt wordt gehuldigd dat in het belang van de protégé is gehandeld, wanneer het krediet niet zou zijn verkregen zonder de patronaatsverklaring.²³⁹ Mijns inziens gaat dit argument in concernverband voorbij aan de vraag of de protégé überhaupt behoefte had aan het krediet.

Het in de literatuur geopperde criterium is in zoverre gebrekkig dat het onvoldoende recht doet aan de invloed die bijvoorbeeld de moedervereniging heeft uitgeoefend om de dochter te bewegen tot het nemen van een krediet. Ook wordt niet helder wie het krediet ten goede is gekomen. Het kan zijn dat een concernvennootschap alleen krediet krijgt met een patronaatsverklaring van de moeder. Als dat krediet vervolgens op instructie van diezelfde moeder wordt doorgesluisd naar andere concernvennootschappen, is het maar de vraag of het aangaan van het krediet werkelijk het belang dient van de dochter.

Deze gedachte is des te problematischer omdat de zaakwaarneming uitgaat van een belanghebbende die zijn wil soeverein kan vormen. Dit principe stoelt op de grondgedachte van het *Recht auf der Privatautonomie* van het rechtssubject. Dit betekent dat een rechtssubject zelfstandig bepaalt of en op welke wijze hij verbintenissen aangaat.²⁴⁰ Deze eigenschap zou onder omstandigheden beperkt of afwezig

236 Koch 2005, p. 331-332.

237 Koch 2005, p. 317.

238 § 426 (2) BGB; Koch 2005, p. 333-334.

239 Koch 2005, p. 321-322.

240 Koch 2005, p. 320.

kunnen zijn wanneer de belanghebbende een dochtervennootschap van de zaakwaarnemer is. De onafhankelijke wilsvorming van de ondergeschikte vennootschap zou in het gedrang kunnen komen en worden beïnvloed door andere gemotiveerde belangen van de zaakwaarnemer.²⁴¹ Hier kan tegenin worden gebracht dat het lastig te bepalen is op welk moment de afhankelijkheid van een *Geschäftsherr* zo groot is dat het in weerspraak is met de regels van de zaakswaarneming.²⁴²

Naar mijn mening biedt het Duitse concernrecht in bepaalde gevallen juist heldere regels voor het bepalen van de invloed van de heersende vennootschap. Regels van het Duitse concernrecht lijken zelfs op gespannen voet te staan met de zaakswaarneming. Het concernrecht biedt de heersende vennootschap instrumenten die de dochter dermate afhankelijk maken, dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de zelfstandigheid van de ondergeschikte vennootschap, c.q. belanghebbende in zaakswaarneming. Te denken valt aan vennootschappen die een *Beherrschungsvertrag* zijn aangegaan of *Eingliederung* zijn overeengekomen.²⁴³ De aanname dat de ondergeschikte vennootschap onzelfstandig is, heeft tot gevolg dat de heersende vennootschap – de zaakwaarnemer/patroon – feitelijk presteert voor een eigen verplichting.²⁴⁴

6.5.5 Concurrentie tussen zekerheidsgevers

Het is gewoonlijk gunstig voor zowel de zekerheidsnemer als de zekerheidsgevers, als een vordering wordt gecureerd door meerdere zekerheidsgevers. Mocht één van de zekerheidsgevers betalingsonmachtig zijn, dan kan de omslag over een grotere groep verdeeld worden, met als gevolg minder schade per zekerheidsgever.²⁴⁵ Zolang zekerheidsgevers met gelijksoortige zekerheden de schuld secureren, kan aan de hand van de Duitse wet de interne verhouding relatief makkelijk worden bepaald. Zie bijvoorbeeld de regeling bij medeborgen. Op grond van §§ 769, 774 (2), 426 BGB verhouden zij zich tot elkaar als hoofdelijke schuldenaren, die behoudens andersluidende afspraken intern voor gelijke delen bijdragen in de schuld.

Echter, in de situatie dat meerdere zekerheidsgevers met ongelijksoortige zekerheden een vordering secureren, voorziet de Duitse wet niet in een regeling. Dit kan leiden tot conflicten bij het bepalen van de interne verhouding. In de literatuur wordt naar deze situatie verwezen met de aanduiding *Wettlauf der Sicherungsgeber*.²⁴⁶ Ter illustratie volgt een voorbeeld.

241 Koch 2005, p. 320.

242 Kohout 1984, p. 214; Koch 2005, p. 321.

243 Bij *Eingliederung* zal de patronaatsverklaring geen grote rol spelen, aangezien partijen in dit geval hoofdelijk zijn verbonden.

244 Koch 2005, p. 315.

245 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612.

246 Krüger 2011, p. 120.

Stel: de A-bank verschaft een krediet aan schuldenaar B. Ter securering van de vordering staat C borg voor het krediet (persoonlijke zekerheid) en geeft D een hypotheekrecht (zakelijke zekerheid) aan de bank. Ingeval de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is en C op grond van de borgtochtovereenkomst de schuld aan de bank betaalt, gaat krachtens §§ 774, 412, 401 BGB de vordering van de bank op B over op C. Tegelijk gaat ook het hypotheekrecht over op C, dat als afhankelijkrecht verbonden is met de vordering. De borg kan zich vervolgens verhalen op D zonder dat deze zich kan bevrijden van de aanspraak door betaling aan de bank. Wanneer nu de hypotheekgever de schuld aan de bank aflost, geldt een gelijke uitkomst. Allereerst vervalt het hypotheekrecht. Bovendien gaat als gevolg van de betaling, krachtens §§ 1143, 412, 401 BGB, de vordering op B alsmede de aanspraak op voldoening van de schuld tegen de borg over op D. De hypotheekgever kan de borg nu aanspreken voor de gehele schuld, zonder dat de borg zich kan bevrijden door betaling aan de bank en daarmee een aanspraak te verwerven op de hoofdschuldenaar en zijn mede zekerheidssteller. Conclusie: de eerste presterende zekerheidsgever kan de schuld op de andere zekerheidsgever verhalen, zonder dat deze laatste de mogelijkheid heeft om bijdragen te vorderen van de hoofdschuldenaar of een andere zekerheidsgever. De *Wettlauf der Sicherungsgeber* is eigenlijk een wedstrijd om de beste regresmogelijkheid.²⁴⁷

Deze 'regresconcurrentie' komt voor bij drie onderscheidenlijke groepen: (I) gelijksoortige accessoire zekerheden; (II) gelijksoortige niet-accessoire zekerheden; en (III) ongelijksoortige zekerheden. Zoals vermeld zijn er in het geval van groep I en groep II, bij gelijksoortige zekerheden, dikwijls wettelijke bepalingen waarop teruggevallen kan worden om tot een redelijke oplossing te komen.

Zo voorziet de wet in een regeling bij gelijksoortige accessoire zekerheden zoals de medeborgtocht in de zin van § 769 BGB, maar ook bij meerdere pandrechten of *Gesamthypothecken*. Bij meerdere pandrechten wordt, op grond van § 1225 BGB, aan de presterende pandgever de geseceerde vordering gecedeerd. Hierbij geldt op grond van §§ 1225, 774, 426 BGB bij pandrechten van gelijke waarde een interne verdeling voor gelijke delen van de schuld. Bij pandrechten van onderscheidenlijke waarde geldt een verhoudingsgewijze verdeling van de schuld op basis van het quotamodel.²⁴⁸ De wet voorziet eveneens in een wettelijke regeling bij de *Gesamthypothek*, namelijk dat bij een hypotheek op grond van § 1173 (1) BGB er geen regres mogelijk is, behoudens de uitzondering beschreven in het tweede lid.²⁴⁹

247 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612; Krüger 2011, p. 120.

248 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614. Zie § 6.5.2.3.

249 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614.

Ook bij de gelijksoortige niet-accessoire zekerheden geeft de wet duidelijkheid over de (on)mogelijkheid tot het nemen van regres. Zo is eenzelfde type regeling als bij de *Gesamthypothek* geldig bij de *Gesamtgrundschuld*. Deze is in principe ook regresloos.²⁵⁰ Bij de *gesamtschuld* bestaat wel de mogelijkheid van regres op grond van § 426 BGB, hierbij gaat de vordering ex § 426 (2) BGB over op de presterende schuldenaar voor zover hij regres van zijn medeschuldenaren kan verlangen.

Bij concurrentie tussen ongelijksoortige zekerheden biedt de wet geen regeling en zijn de rechtsgebruikers aangewezen op in de literatuur en de rechtspraak verzonden oplossingen. Deze stoelen dikwijls op een aan § 426 BGB analoge verdeling. Ook bespreekt de literatuur en de rechtspraak het gebruik van het cederen van de gecureerde vordering, samen met de eventueel bijbehorende nevenrechten (*Mitlaufgebot*)²⁵¹, aan de presterende zekerheidsgever.²⁵² Hierbij verwerft de presterende zekerheidsgever ook de nevenrechten van de hoofdvordering op grond van het *Mitlaufgebot*.²⁵³ Vervolgens kan de presterende zekerheidsgever eveneens naar analogie met § 426 BGB regres nemen.

Bij de concurrentie tussen ongelijksoortige zekerheden kan het voorkomen dat een *Realsicherheit* in botsing komt met een *Personalsicherheit*. Bij een conflict tussen bijvoorbeeld een hypotheekrecht en een borgtocht, dringt zich de vraag op welke interne verhouding billijk is tussen de borg met zijn onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid en de hypotheekgever wiens aansprakelijkheid begrensd is.

In de literatuur is aangevoerd dat de borg een bevoorrechte positie moet toekomen: in die zin dat als de borg presteert het hypotheekrecht op hem moet overgaan. Als de hypotheekgever presteert zou de borgtocht moeten vervallen. Dit wordt gerechtvaardigd met het argument dat de borg een groter risico draagt en dat hem daarom meer bescherming toekomt. In dit licht wordt verwezen naar het vermeende altruïstische karakter van de borgtocht. Ook wordt verwezen naar § 776 BGB dat als voorbeeld dient van de bevoorrechte positie van de borgtocht ten opzichte van andere zekerheidsrechten. Dit artikel stelt dat bij afstand van een zekerheidsrecht door de schuldeiser, de omvang van de borgtocht verminderd wordt. De mate waarin de omvang verminderd wordt, is gelijk aan de bijdrage die de borg had kunnen vorderen op grond van het zekerheidsrecht waarvan afstand is gedaan. De borg wordt begünstigd bij het afstand doen van andere zekerheden, terwijl bij afstand van borgtocht andere zekerheden hier niet van profiteren.

250 § 1192 (1) BGB.

251 Op grond van §§ 412, 401 BGB of een zekerheidsspecifieke bepaling zoals in geval van hypotheek § 1153 BGB.

252 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612.

253 § 1153 BGB, § 1250 BGB.

Het BGH kan zich niet vinden in de voorgaande argumentatie. Het Hof overweegt dat § 776 BGB niet is te veralgemeniseren. Daarnaast regelt de bepaling niet de interne verhouding tussen onderscheidenlijke zekerheidsgevers, maar alleen de relatie tot de schuldeiser. Eventuele interne bijdrageplichten moeten worden toegekend overeenkomstig de bepalingen voor de hoofdelijkheid. Zodoende kan naar analogie met § 426 BGB een overgang van zekerheden worden bewerkstelligd naar de presterende zekerheidsgever. Deze rechten gaan over tot het bedrag dat de presterende zekerheidsgever kan vorderen van zijn medezekerheidsgevers in hun interne verhouding.²⁵⁴

Bij een botsing tussen een ongelijksoortige accessoire zekerheid en een niet-accessoire zekerheid, zoals bij concurrentie tussen borgtocht en *Grundschild*, kan een probleem ontstaan. Bij een niet-accessoir recht kunnen er geen rechten overgaan naar de presterende zekerheidsgever. Stel: A heeft een schuld bij B waarvoor C zekerheid stelt middels een *Grundschild* en waar D borg voor staat. Wanneer C de schuld betaalt, kan hij op grond van de zekerheidsovereenkomst van de schuldeiser de overdracht van de gecureerde hoofdvordering verlangen. Met het verkrijgen van deze vordering gaat de accessoire borgtocht eveneens over op C. Op basis van de verkregen rechten kan C nu D aanspreken. De bijdrage die C van D kan eisen is naar analogie met § 426 begrensd. Bij betaling van de schuld door D gaat de hoofdvordering ex § 774 (1) BGB op hem over. D verkrijgt op basis van deze overgang niet de *Grundschild*, aangezien dit een niet-accessoir zekerheidsrecht is. In de literatuur is betoogd dat naar de rechtsgedachte van § 401 BGB D van A de overdracht van de *Grundschild* kan eisen. Dogmatisch zal D dit moeten baseren op de onderliggende zekerheidsovereenkomst.²⁵⁵

Het BGH heeft een andere oplossing voor ogen. Hierbij wordt als uitgangspunt genomen dat de borgtocht en de *Grundschild* zekerheidsmiddelen van gelijke rang zijn. Wanneer hiervan sprake is en wanneer partijafspraken afwezig zijn, moeten zekerheidsgevers zich ten opzichte van elkaar als hoofdelijke schuldenaren gedragen. Dit heeft tot gevolg dat in de interne verhouding het regres voortvloeit uit § 426 BGB.²⁵⁶ De hoogte van de interne draagplicht moet volgens het BGH, bij afwezigheid van partijafspraken daarover, worden afgemeten aan de aansprakelijkheid die ieder van de schuldenaren heeft aanvaard in zijn relatie tot de schuldeiser. Ofwel: ieders externe aansprakelijkheid werkt ook door in de interne verhouding tussen

254 BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, *NJW* 1992, 3228, nr. 7.

255 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 616.

256 BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, *NJW* 1992, 3228.

schuldenaren.²⁵⁷ Het is overigens niet helder hoe de interne draagplicht moet worden bepaald als niet voor iedere zekerheidsgever een grens aan de externe aansprakelijkheid is te bepalen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer borg A zich ook verbindt voor toekomstige vorderingen en borg B alleen voor één specifieke verbintenis. Duidelijk is wel dat wanneer alternatieve maatstaven falen om ieders interne draagplicht te bepalen, terug wordt gevallen op de draagplicht voor gelijke delen.

Een volgende probleemsituatie is te vinden bij zekerhedenconcurrentie tussen de borg en de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar (dikwijls als gevolg van *Schuldbeitritt*). Om de interne verhouding tussen beiden te bepalen, moet eerst worden bekeken wie van hen aan de schuldeiser presteert. Als dit de hoofdelijke schuldenaar is, verwerft hij ex § 426 (2) BGB de hoofdvordering en op grond van het *Mitlaufgebot* in de zin van §§ 412, 401 BGB, de borgtocht. Betaalt de borg de schuld aan de schuldeiser dan gaat de gecureerde hoofdvordering op hem over. Vervolgens rijst de vraag in welke mate de borg een regresaanspraak toekomt op de andere schuldenaren. Stel: A sluit een lening af bij B, waarvoor C zich hoofdelijk aansprakelijk voor stelt en D borg voor staat. Vervolgens betaalt D de schuld aan schuldeiser B. Hoewel er nu twee hoofdelijke schuldenaren zijn, A en C, heeft D zich als borg alleen verbonden voor de schuld van A. Ook zijn de borg en de *Schuldbeitretende* onderling geen hoofdelijke schuldenaren. Daarom heeft borg D op grond van § 774 (1) BGB een regresvordering op A en niet op C. Op grond van § 774 (1) BGB is slechts de hoofdvordering overgegaan op D, de vordering die de schuldeiser had op hoofdschuldenaar A. Het lijkt aannemelijk dat ook de vordering van de schuldeiser op C, overgaat op D. In een dergelijk geval moet de vordering een nevenrecht zijn van de hoofdvordering.

Uit § 401 BGB volgt dat het aansprakelijkheidsrisico redelijkerwijs over alle zekerheidsgevers verdeeld moet worden. Deze gedachte hoeft zich niet slechts te beperken tot accessoire zekerheden. Het BGH heeft in het bovenstaande geval niettemin een overgang van nevenrechten geweigerd.²⁵⁸ De borg werd gezien als een verlengstuk van de hoofdschuldenaar. Ingeval hoofdschuldenaar A de hoofdvordering betaalt, heeft hij ook geen regresaanspraak op C. In die redeneertrant heeft borg D dus ook geen regresaanspraak op C. Het gevolg van een dergelijke opzet is dat de sterker beschermde borg accessoir is ten opzichte van de hoofdschuld en er slechter voor staat dan de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar C. Want als de hoofdelijke schuldenaar C de hoofdvordering betaalt, verkrijgt hij op grond van §§ 426 II, 412, 401 BGB ook de vordering jegens de borg. Er is in dit geval niet

257 BGH 9 december 2008, XI ZR 588/07, *NJW* 2009, 437. Vgl. met het Belgisch recht: de theorie van de veruiterlijkte wil, § 2.5.6.1.

258 BGH 17 juni 1966, VIII ZR 229/64, *NJW* 1966, 1912; Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 616.

eens meer sprake van een wedstrijd om de beste regrespositie: C wint altijd, ongeacht wie als eerste betaalt. Een dergelijke verhouding is onwenselijk. Ter lediging van deze evidente onredelijkheid is in de literatuur geopperd dat de borg op grond van § 774 (1) BGB de hoofdvordering krijgt en als nevenrecht de vordering van de schuldeiser op C. In dit geval zal de borgtochtovereenkomst dogmatisch zo moeten worden uitgelegd, dat de schuldeiser verplicht is de hoofdelijke vordering jegens C over te dragen aan de borg zodat hij regres op C kan nemen.²⁵⁹

6.6 Upstream en cross-stream zekerheidsverlening in concernverband

In de voorgaande paragrafen zijn delen van het concernrecht, het vennootschapsrecht en het zekerhedenrecht behandeld. In deze paragraaf komen deze rechtsgebieden samen en wordt de wijze besproken waarop deze rechtsgebieden inwerken op zekerheidsverlening in concernverband. Welke regelgeving precies van toepassing is in een gegeven situatie, is afhankelijk van de soort zekerheidsverlening, de rechtsvorm die de zekerheid verleent en het type concern waarbinnen de betrokken vennootschappen opereren.

Om de regelgeving goed te kunnen duiden, worden met betrekking tot de verschillende varianten van het AG- en het GmbH-concern, de grenzen belicht die het civiel recht, het vennootschapsrecht en het concernrecht stellen aan zekerheidsverlening in concernverband. Immers, de zekerheidsverlenende AG in een contractueel concern is deels aan andere regelgeving onderworpen dan de zekerheidsverlenende GmbH in een feitelijk concern.

Wegens het onderzoeksobject van deze studie – een analyse van de interne verhouding tussen concernvennootschappen die (persoonlijke) zekerheid bieden voor de concernschuld – wordt met name aandacht besteed aan upstream zekerheidsverlening. Daarnaast wordt cross-stream zekerheidsverlening besproken vanwege de ‘opwaartse’ implicaties die een dergelijke zekerheidsverlening kan hebben voor de rechtsbetrekking tussen de heersende vennootschap en de zekerheidsverlenende vennootschap.

Upstream zekerheden worden doorgaans verschaft aan een GmbH. De relatief ruime mogelijkheid om de statuten vorm te geven, de in vergelijking met de AG lage oprichtingskosten en de wettelijke mogelijkheid om als aandeelhouder instructies te geven aan het bestuur, maakt de GmbH een geliefde rechtsvorm om te gebruiken als concernvennootschap. Het feitelijke GmbH-concern wordt door rechtsgebruikers het meest toegepast.²⁶⁰

²⁵⁹ Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 617.

²⁶⁰ Lutter & Hommelhoff 2009, p. 412-413.

Upstream zekerheidsverlening vindt plaats tegen de achtergrond van een driezijdige rechtsverhouding waarbij de moedervennootschap de hoofdschuldenaar is, de concernvennootschap de zekerheidsgever en de kredietgever van de moedervennootschap de zekerheidsnemer. Tussen de moeder en haar kredietgever, doorgaans een bank, bestaat gewoonlijk een kredietovereenkomst. De vormgeving van de rechtsrelatie tussen de moeder, de dochter en de kredietgever is mede afhankelijk van de zekerheidsverstrekking. Hoewel deze rechtsverhouding voortvloeit uit het algemene civiel recht, wordt hun onderlinge relatie gedomineerd door de kapitaaldeelname van de hoofdschuldenaar in het kapitaal van de zekerheidsgevende dochter. De moedervennootschap is zowel aandeelhouder in het kapitaal van de zekerheidsgever als hoofdschuldenaar.²⁶¹

Upstream zekerheidsverlening kan theoretisch alle mogelijk denkbare vormen van zekerheid aannemen. Zowel persoonlijke zekerheden als zakelijke zekerheden komen in de praktijk voor. Toch lijkt de financieringspraktijk bij upstream zekerheidsverlening een voorkeur te hebben voor het gebruik van zakelijke zekerheden.²⁶² De relatief courante aard en goede uitwinningmogelijkheden van zakelijke zekerheden liggen hieraan ten grondslag.

Bij persoonlijke zekerheden hangt de waarde van de zekerheid af van de financiële kracht van de zekerheidsgever, die uiteraard aan fluctuatie onderhevig kan zijn. Met name in concernverband kan dit risico's meebrengen voor de kredietgever.²⁶³ De moeder kan maatregelen nemen die het vermogen van de dochter beïnvloeden en daarmee tevens haar kracht als verlener van een persoonlijke zekerheid.²⁶⁴ Bij zakelijke zekerheden wordt de zekerheidsnemer beschermd tegen vermogensverschuivingen door de werking van zaaksgevolg. Verder is het voor een bank soms moeilijk de financiële draagkracht, de liquiditeit en de winstgevendheid van een dochter te beoordelen.²⁶⁵

Het is voor een bank helemaal lastig om de financiële situatie van een dochter te beoordelen bij toepassing van centrale concernfinanciering. De moedervennootschap heeft dan vaak als enige toegang tot het concernkrediet. Zij kan deze middelen doorsluizen naar haar dochters. Dit kan naar de zekerheidsstellende dochter zijn, maar dit hoeft niet. Ook kan de zekerheidsverlenende dochter rente moeten betalen aan de moeder of de interne bank voor het krediet dat zij zelf mogelijk maakt. De keuze die partijen maken bij het inrichten van een financieringssysteem heeft niet alleen juridische gevolgen, maar ook feitelijke gevolgen die partijen voor een *fait accompli* kunnen stellen.

261 Möller 2015, p. 23-24.

262 Möller 2015, p. 28; Merkel 1998, p. 557.

263 Desalniettemin heeft de praktijk bij downstream-zekerheidsverlening een voorkeur voor persoonlijke zekerheden. Merkel 1998, p. 557.

264 Mede vanwege deze problematiek eisen banken in het Nederlandse rechtstelsel gewoonlijk hoofdelijke aansprakelijkheid van de concernvennootschappen voor het verleende concernkrediet.

265 Möller 2015, p. 28-29.

Zo wordt in de Duitse financieringspraktijk doorgaans gekozen voor een vrij ‘agressieve’ vorm van cash pooling, namelijk zero balancing. Dit betekent dat aan het eind van een werkdag door middel van overschrijvingen van en naar de cashpool-operator, de saldi van de leden op nul komen te staan. Het bedrag dat overblijft nadat de rekeningen van de cashpoolleden op nul staan, wordt gestort bij de bank. Bij een tekort wordt er geleend van de bank. Wanneer de groep in zwaar weer raakt en faillieert, zullen de concernvennootschappen mede als gevolg van dit systeem van cash pooling geen (liquide) middelen meer hebben. Eventuele regresvorderingen tussen de groepsleden zijn nu feitelijk zinledig.

Naast de invloed van wettelijke bepalingen kunnen partijafspraken ook grote invloed uitoefenen op de aard en werking van de verleende zekerheid. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van *Limitation Language* bij zekerheidsovereenkomsten. Dit type clause beperkt de uitwinbaarheid van de zekerheid indien uitwinning ten koste gaat van het gebonden kapitaal van de vennootschap. De invloed van deze afspraken wordt besproken § 6.6.3. In de onderstaande paragrafen worden de grenzen van upstream zekerheidsverlening verkend naar civielrechtelijke en vennootschaps- en concernrechtelijke regelgeving en de algemeen voorkomende gebruiken in de Duitse financieringspraktijk.

6.6.1 Algemeen civielrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening

Civielrechtelijke overwegingen inzake de toelaatbaarheid van upstream zekerheidsstelling zijn interessant omdat de algemeen civielrechtelijke rechtsfiguren zich ook op de zekerheidsnemer richten. Dit in tegenstelling tot vennootschapsrechtelijke geboden en verboden die in principe een vennootschapsvreemde derde niet adresseren. De bij de zekerheidsstelling betrokken partijen zijn in beginsel vrij om de inhoud van (zekerheids)overeenkomsten zelf te bepalen. De contractsvrijheid van partijen wordt begrensd door § 134 BGB.²⁶⁶ Inbreuk op deze bepaling heeft tot gevolg dat de betreffende rechtshandeling nietig is, voor zover niets anders uit de wet blijkt.²⁶⁷

Wanneer upstream zekerheidsverlening in strijd is met de regels voor kapitaalbehoud, kan de vraag opkomen of dit ex § 134 BGB leidt tot nietigheid van de zekerhedenovereenkomst. Hoewel dit in de oudere literatuur is beaamd, wordt in de hedendaagse literatuur en rechtspraak aangenomen dat een inbreuk op de regels

²⁶⁶ § 134 BGB – Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

²⁶⁷ Möller 2015, p. 38-39.

voor kapitaalbehoud niet leidt tot een nietige rechtshandeling.²⁶⁸ Het BGH meent dat § 134 BGB niet van toepassing is bij het overtreden van de kapitaalregels in de zin van § 30 GmbHG en stelt dat haar standpunt [...] *in Übereinstimmung (ist) mit der ganz herrschenden Meinung im neueren, die jedenfalls im Ergebnis für eine Anwendbarkeit des § 134 BGB und der §§ 812 ff. BGB neben den GmbH-rechtlichen Kapitalschutzvorschriften keine Notwendigkeit sieht.*²⁶⁹ Hiernaast is in de literatuur geopperd om de regels voor kapitaalbehoud te zien als een *lex specialis* die regels uit het algemene civiel recht ter zijde schuift.²⁷⁰

6.6.1.1 Onrechtmatigheid wegens kneveling van de zekerheidsgever

Wanneer de zekerhedenovereenkomst, op grond waarvan de dochter zekerheid verleent voor het krediet aan de moeder, tot economische kneveling leidt van de dochter, kan de overeenkomst onrechtmatig zijn in de zin van § 134 BGB. Hiervan is sprake wanneer de dochter na het verlenen van de zekerheid geen economische speelruimte meer heeft. Bijvoorbeeld wanneer de dochter geen onbelast te vergeven zekerheden meer heeft om zekerheid te stellen ten behoeve van haar eigen schuldeiser, of wanneer de waarde van de zekerheden het verleende krediet overstijgt.²⁷¹

De omstandigheid dat de zekerheidsverlenende dochter haar vrije vermogen in het kader van zekerheid belast, kan echter niet automatisch leiden tot onrechtmatige kneveling. Dikwijls is er bij kneveling sprake van een samenspel van elementen. Wanneer het krediet ook aan de dochter wordt doorgeleid, is haar economische speelruimte niet volledig beperkt. De mate waarin een dochter profiteert van de zekerheidsverlening is daarom een onderscheidenlijk criterium. Wanneer binnen het kader van centrale concernfinanciering zekerheid wordt verleend, wordt aangenomen dat de dochter vroeg of laat ook van het krediet profiteert. Door de vervlechting van het concern heeft de kredietgever een legitiem belang om ook zekerheden te krijgen van de dochter. Dit gegeven kan kneveling weerspreken. Hierbij kan worden afgewogen of de zekerheidsnemer maathoudt in relatie tot het te verzekeren krediet en geen oversecuring eist.

6.6.1.2 Onrechtmatigheid wegens schuldeisersbenadeling van de dochter

Kredietverstrekkers kunnen verregaande invloed hebben op de wijze en mate van zekerheidsverlening. Daarom is in de literatuur gepleit om de kring van adressanten van het vennootschappelijk gebod tot behoud van het kapitaal krachtens § 30 GmbHG, ook tot hen uit te breiden. De zekerheidsnemer heeft rekening te houden

268 BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, *NJW* 1997, 2599; BGH 13 februari 2003, IX ZR 62/02 BGH, *WM* 1997, 1621; OLG Düsseldorf *GmbHR* 2012, 753.

269 BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, *NJW* 1997, 2599, nr. 19.

270 Möller 2015, p. 41.

271 Möller 2015, p. 42.

met de overige schuldeisers van de vennootschap.²⁷² In dit licht is geopperd om middels § 138 (1) BGB²⁷³ (verbod op de inbreuk op de goede zeden) aansprakelijkheid te creëren voor de zekerheidsnemer van een upstream zekerheid. Schuldeisersbenadeling zou in dit geval mede op het conto van de zekerheidsnemer kunnen komen, wanneer hij bij aanvaarding van de zekerheid wist of behoorde te weten dat de zekerheid gevende vennootschap hierdoor in *Unterbilanz* raakt.

Bij aanvaarding van deze norm wordt er een indirecte plicht gecreëerd voor de zekerheidsnemer. Hij dient te toetsen of de zekerheidsverlening niet tot een inbreuk leidt op het gebonden vermogen van de vennootschap. Het is de vraag of deze ontwikkeling wenselijk is in een vrije economie. De literatuur is hier verdeeld over.²⁷⁴ Dat zekerheidsverlening onrechtmatig kan zijn wanneer er sprake is van schuldeisersbenadeling is wel aanvaard in de literatuur. Bijvoorbeeld als de zekerheidsnemer, in samenwerking met de kredietbegunstigde, de kredietverlening bewust ten nadele van de andere vennootschappelijke schuldeisers vormgeeft.²⁷⁵

6.6.2 Vennootschaps- en concernrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening

In de onderstaande paragrafen worden de grenzen besproken die het Duitse vennootschaps- en het concernrecht stelt aan upstream zekerheidsverlening. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen het AG-concern en het GmbH-concern en tussen het feitelijke – en het contractuele concern. Als eerste worden vennootschaps- en concernrechtelijke aspecten bij upstream zekerheidsverlening besproken voor het feitelijke AG-concern, gevolgd door een uiteenzetting van deze aspecten voor het contractuele AG-concern, het feitelijke GmbH-concern en het contractuele GmbH-concern.

6.6.2.1 Het feitelijke AG-concern en upstream zekerheidsverlening

Het feitelijke concern bestaat bij aanwezigheid van een afhankelijkheidsrelatie en bij afwezigheid van een *Beherrschungsvertrag*. Dit heeft gevolgen voor de instructies die een heersende vennootschap kan geven aan een ondergeschikte vennootschap. Zekerheidsverlening op grond van instructie van de heersende vennootschap, waarbij de ondergeschikte AG de schuld van een andere concernvennootschap secureert, kan bij afwezigheid van een redelijke tegenprestatie of een *Beherrschungsvertrag* worden gekwalificeerd als een nadelige rechtshandeling in de zin van § 311 AktG.

272 Möller 2015, p. 44-46.

273 § 138 BGB – (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

274 Schneider 1998, p. 811; Möller 2015, p. 46.

275 BGH 19 maart 1998, IX ZR 22/97, *NJW* 1998, 2592. Möller 2015, p. 44.

Wanneer in een dergelijk geval ook wordt voldaan aan de voorwaarden van § 317 AktG, is de heersende vennootschap schadeplichtig jegens de ondergeschikte vennootschap. Overigens wordt in de praktijk een potentiële schadevordering ex § 317 AktG bij voorbaat verpand aan de kredietverlener. Een dergelijke verpanding heeft echter alleen zin als de heersende vennootschap niet heeft deelgenomen aan het krediet. Anders kan de schuldeiser de heersende vennootschap direct aanspreken in zijn hoedanigheid als hoofdschuldenaar.²⁷⁶

Om de aansprakelijkheidsrisico's voor de heersende vennootschap te beperken, is het belangrijk om te weten of concernfinancieringsmaatregelen mogelijk kwalificeren als nadelige rechtshandelingen in de zin van § 311 AktG. In de eerste plaats verruimt § 311 AktG de financieringsmogelijkheden van een concern, omdat het de kapitaalbeschermingsregels²⁷⁷ buiten werking stelt. Zo stelt § 57 AktG: '*Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden. [...] Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind [...]*'. § 311 AktG concretiseert de abstracte vermogens- en liquiditeitsbescherming die geboden wordt door de zinsnede: '*durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind*'.²⁷⁸

Op grond van het voorgaande is het door de ondergeschikte vennootschap upstream verstrekken van een niet geseceerde, kortetermijnlening aan de heersende vennootschap niet noodzakelijkerwijs een nadelige rechtshandeling in de zin van § 311 AktG of § 57 AktG. Zolang de terugbetalingsvordering maar volwaardig is op het moment van het verstrekken van de lening. Dit laat onverlet de verplichting van het dochterbestuur om conform § 93 (1) AktG haar zorgplicht te betrachten en de kredietrisico's te toetsen op het moment van het verstrekken van de lening, alsmede gedurende de looptijd. Ook zal het dochterbestuur, waar nodig, adequate maatregelen moeten treffen. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit het eisen van extra zekerheden of het intrekken van de lening.²⁷⁹ Blijkt uit een maatgevend ex ante perspectief de lening in voldoende mate gedekt, dan is de lening niet nadelig in de zin van § 311 AktG wanneer op een later moment betalingsproblematiek ontstaat.²⁸⁰

Bij omvangrijke langetermijnkredieten en/of deelname aan een systeem van centraal kasbeheer is het bestuur verplicht om zich doorlopend te vergewissen van de kredietwaardigheid van de kredietontvanger of het concern. Wanneer het bestuur van

276 Schneider 1998, p. 821; Liao 2012, p. 265.

277 §§ 57, 62 AktG.

278 Emmerich & Habersack 2013, p. 559-563.

279 BGH 1 december 2008, II ZR 102/07, *NJW* 2009, 850. Emmerich & Habersack 2013, p. 560-561.

280 BGH 01 december 2008, II ZR 102/07 *NJW* 2009, 850. Anders: Altmeppen, *ZIP* 2017/1977.

de ondergeschikte vennootschap afstand doet van monitoringsmaatregelen of maatregelen om de eigen kredietwaardigheid te waarborgen in het licht van deelname aan het concernkrediet, dan kan dit worden aangemerkt als een nadeel in de zin van § 311 AktG.²⁸¹ Ook dient bij het verstrekken van concerninterne leningen de mogelijkheid te bestaan om rente te vragen. Wanneer deze mogelijkheid niet wordt geboden, heeft de lening een nadelig karakter.²⁸²

Bij het verlenen van zekerheid voor de verplichtingen van andere concernvennootschappen, moet worden afgewogen of op het moment van zekerheidsverstrekking de kans niet onwaarschijnlijk is dat de zekerheidsgevende vennootschap wordt aangesproken. Wanneer deze kans niet onwaarschijnlijk is, dient de zekerheidsverlenende vennootschap een volwaardige regresvordering ter compensatie van de uitwinning van haar zekerheid te hebben. Bij afwezigheid van zo'n volwaardige regresvordering, wordt verlenen van zekerheden als nadelig gekwalificeerd in de zin van § 311 AktG. Ook kan de zekerheidsverlening als nadelig beschouwd worden als de zekerheidsverlenende vennootschap de verstrekte zekerheden niet zelf meer kan inzetten ter securering van de eigen verbintenissen.²⁸³

De omstandigheden die tot potentieel nadeel kunnen leiden, moeten worden afgezet tegen het profijt dat de zekerheidsverlenende ondergeschikte vennootschap heeft van de kredietverlening. Wederzijdse krediet- en/of zekerhedenverschaffing door concernvennootschappen kan de kredietwaardigheid van de enkelvoudige concernvennootschap verbeteren. In een dergelijk geval is het nadeel door krediet- en/of zekerheidsverlening afwezig. De zekerheidsverlening voor krediet aan de moeder dat doorgesluit wordt naar de zekerheidsverstreckende dochter, is evenmin problematisch.²⁸⁴

Tevens is de deelname van een ondergeschikte vennootschap in een systeem van centraal kasbeheer of een cash pool niet noodzakelijkerwijs nadelig. Zolang het liquiditeitsbeheer van het concern er maar niet toe leidt dat de betreffende ondergeschikte vennootschap met de liquiditeitsproblemen van andere concernvennootschappen wordt opgezaald. Verder moet er een mogelijkheid zijn dat de ondergeschikte vennootschap zijn deelname opschort wanneer andere leden van het systeem dermate grote problemen hebben dat dit het gehele systeem aantast. Op deze manier kan worden geprobeerd mogelijk besmettingsgevaar te beperken. Tot slot moeten met de centralisering samenhangende synergie-effecten ook ten goede komen aan de ondergeschikte vennootschap.²⁸⁵

281 Hentzen, *ZGR* 2005, p. 480-527, p. 501; Emmerich & Habersack 2013, p. 561.

282 BGH 01 december 2008, II ZR 102/07 *NJW* 2009, 850.

283 Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

284 Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

285 Hentzen, *ZGR* 2005, p. 480-527, p. 502; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 610-611; Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

Het vereiste van *einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch* geldt ook bij centraal kasbeheer/cash pool, evenals de verplichting van het bestuur van de ondergeschikte vennootschap om de regels van § 93 (1) AktG in acht te nemen. Daarnaast mag de ondergeschikte vennootschap niet volledig worden afgesneden van de toegang tot een eigen kredietlijn met een bank.²⁸⁶

Bij het feitelijke concern ontbreekt het aan een bepaling als § 291 AktG, die de toepasbaarheid van de kapitaalbeschermingsregels uitsluit. De heersende vennootschap is niet aansprakelijk wegens een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud wanneer er sprake is van nadelige invloed van de moedervernootschap en zij het hieruit voortvloeiende nadeel bijpast in de zin van § 311 AktG. Dit geldt ook bij zekerheidsstelling door de dochter ten bate van de moeder. Zolang de moeder het bij de dochter ontstane nadeel vergoed, is zij niet aansprakelijk voor een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud. Ook niet uit hoofde van *Treuepflichtverletzung* of op grond van § 117 AktG. Na het compenseren van het ontstane nadeel kan de dochter op grond van dat nadeel niet insolveren, zodat er ten aanzien van deze nadelige handeling geen ruimte is voor *Existenzvernichtungshaftung*.²⁸⁷

Als de heersende vennootschap het nadeel van de ondergeschikte vennootschap niet vergoedt, dan is zij schadelijkelijk jegens de ondergeschikte vennootschap. In deze situatie bestaat er geen legitimatie voor de nadelige invloed van de moedervernootschap en gelden de regels voor het kapitaalbehoud, het *Treuegebots* en § 117 AktG. Deze rechtsfiguren concurreren met elkaar voor verhaal op de moeder en de dochtervennootschap kan kiezen waar ze haar vordering op baseert. Mocht de zekerheidsverlening tot de insolventie van de dochter leiden dan is ook de *Existenzvernichtungshaftung* naast de voornoemde regelingen van toepassing.²⁸⁸

6.6.2.2 Het contractuele AG-concern en upstream zekerheidsverlening

In het contractuele concern worden mogelijk nadelige instructies van de moeder, zoals het instrueren van de dochtervennootschap tot het afgeven van zekerheid ten behoeve van de concernfinanciering, gelegitimeerd door het instructierecht ex § 308 (1) AktG. Ter bescherming van de schuldeisers en de outside aandeelhouders van de dochter, is de moeder op grond van de regeling §§ 302, 303 AktG aan te spreken voor het verlies als gevolg van haar instructie. De kredietgever kan, als zijnde zekerheidsnemer, wanneer hij persoonlijke zekerheden heeft ontvangen van de dochter, bij beëindiging van het ondernemingsverdrag een beroep doen op § 303 AktG. Dit in tegenstelling tot het geval waarbij de dochter zakelijke zekerheden vestigt ten gunste van de kredietgever. De bescherming die § 303 AktG biedt, is ook

²⁸⁶ Emmerich & Habersack 2013, p. 562-563.

²⁸⁷ Liao 2012, p. 207-208.

²⁸⁸ Liao 2012, p. 208; Emmerich & Habersack 2013, p. 584-585.

van toepassing bij cross-stream zekerheidsverlening. Bijvoorbeeld wanneer zuster-vennootschap A krediet krijgt van de kredietgever en zustervennootschap B hier op verzoek van de heersende vennootschap borg voor staat. In deze constructie kan de schuldeiser ook de heersende vennootschap aanspreken.²⁸⁹

De schuldeiser kan op grond van § 303 AktG de heersende vennootschap direct aanspreken. De heersende vennootschap moet op jaarbasis de tekorten van de ondergeschikte vennootschap bijpassen. Een eventuele *Anspruch auf Verlustübernahme*, § 302 AktG, staat alleen open voor de ondergeschikte vennootschap. De schuldeiser kan verlangen dat deze vordering aan hem wordt verpand ter additionele securering van het krediet. De mate waarin een dergelijke verpanding bescherming biedt, is echter discutabel. Immers, de kredietgever moet concurreren met de andere schuldeisers van de dochter. Daarnaast kan de heersende vennootschap verdragings-tactieken toepassen ter afweer van de vordering, bijvoorbeeld door de vaststelling van de jaarrekening te retarderen. Eigenlijk biedt de verpanding de kredietgever meer van hetzelfde; namelijk nog een vordering op de heersende vennootschap. Verder kan als gevolg van de *Verlustübernahmepflicht* van de heersende vennootschap, de dochter in beginsel niet insolveren, hetgeen betekent dat de *Existenzvernichtungshaftung* niet van toepassing is.²⁹⁰

Prestaties van de ondergeschikte AG aan haar aandeelhouder, zoals zekerheids-verlening op instructie van de moeder, moeten worden gedaan met in achtneming van de uitkeringsregels §§ 57, 58 en 60 AktG. Echter, bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* mag er zonder toepassing van voornoemde artikelen uitgekeerd worden aan de heersende onderneming, als zijnde de aandeelhouder in de ondergeschikte onderneming. De heersende vennootschap is in voorkomend geval niet aansprakelijk op grond van de uitkeringsregels, maar op grond van §§ 302, 303, 305 AktG.

Een uitkering, die in strijd is met de regels voor kapitaalbehoud, is te kwalificeren als misbruik van de vertegenwoordigingsbevoegdheid door het bestuur van de ondergeschikte vennootschap. De aansprakelijkheid hiervoor ligt primair bij het bestuur van de dochter. De heersende vennootschap kan niet aansprakelijk zijn op grond van dit rechtsfiguur. Ook niet wanneer de heersende vennootschap, als aandeelhouder, het bestuur opdraagt om een handeling te verrichten die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van dit bestuur te buiten gaat. Het is een aandeelhouder op grond van het *Beherrschungsvertrag* toegestaan om ook nadelige instructies te geven.²⁹¹ Hierbij is § 117 AktG, dat de schadevergoeding voor de nadelige invloed van de aandeelhouder op de vennootschap regelt, niet van toepassing bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* of in geval van *Eingliederung*.²⁹²

289 Liao 2012, p. 263.

290 Liao 2012, p. 207, 263.

291 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 433-434; Liao 2012, p. 206.

292 § 117 (7) AktG.

De nadelige effecten van een instructie tot zekerheidstelling aan de dochter zijn ook niet in strijd met *Treuepflicht*. Wederom legitimeert het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* en de bijbehorende wettelijke bescherming van de belangen van de schuldeisers en minderheidsaandeelhouders, het verrichten van een dergelijke handeling. Echter, wanneer de nadelige rechtshandeling berust op een onrechtmatige instructie, kan de heersende vennootschap wel worden aangesproken op grond van de *Treuepflicht*.²⁹³

§ 308 AktG verschafft de heersende maatschappij bij een contractueel concern een instructierecht. Dit mogen ook nadelige instructies zijn. De wet verlangt niet dat nadeel ontstaan als gevolg van nadelige instructies direct gecompenseerd moet worden. In navolging van § 302 AktG moet het tekort bij de ondergeschikte vennootschap op jaarbasis worden bijgepast, of er moeten op grond van § 303 AktG zekerheden worden geboden aan de schuldeisers van de dochter.

Wanneer een dochter op instructie van de moeder, in de zin van § 308 AktG, zekerheden verleent voor het concernkrediet, is de moeder in beginsel niet aansprakelijk voor het daardoor ontstane nadeel. Zolang het concernbelang is gediend bij de zekerheden die de dochter verschafft, is dergelijk nadeel toegestaan. Bij het toepassen van centraal kasbeheer is dit doorgaans het geval. De moeder is wel aansprakelijk wanneer de zekerheidsverlening op grond van een onrechtmatige instructie tot stand is gekomen.²⁹⁴

Bij *Eingliederung*, § 319 e.v. AktG, hebben de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap de mogelijkheid om krachtens § 322 AktG de heersende vennootschap direct aan te spreken voor de schuld van de ondergeschikte vennootschap. Dit vooruitzicht biedt de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap soelaas wanneer de heersende vennootschap niet mede het krediet is aangegaan. Wanneer dit wel het geval is, hebben de schuldeisers reeds een directe vordering op de heersende vennootschap en verliest de aansprakelijkheid ex § 322 AktG zijn toegevoegde waarde.²⁹⁵

De belangen van de schuldeisers van een ondergeschikte en geïntegreerde vennootschap, komen ook na beëindiging van de *Eingliederung* bescherming toe op grond van §§ 322 jo 327 (4) AktG. Uitgaand van de bewoording van § 322 (1) AktG lijkt de heersende vennootschap als *Gesamtschuldner* aansprakelijk voor de verbindenissen tussen de geïntegreerde vennootschap en haar schuldeisers die zijn ontstaan voor of tijdens de *Eingliederung*. Ogenschijnlijk gaat het hier om een *Gesamtschuld* in de zin van § 421 BGB. Echter, bij lezing van § 323 (2) en (3) AktG wordt duidelijk dat een accessoire aansprakelijkheid aan de regeling ten grondslag ligt.²⁹⁶

293 Liao 2012, p. 263.

294 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 610-611; Liao 2012, p. 207.

295 Liao 2012, p. 264.

296 Singhof 2004, p. 261-262. Vgl. de accessoire aansprakelijkheid van § 129 HGB.

Het accessoire karakter van § 323 (2) en (3) AktG, in de zin van een eenzijdige afhankelijkheid van de verbintenis van de hoofdennootschap van de verbintenis van de geïntegreerde vennootschap, staat haaks op de in § 425 BGB neergelegde *Einzelwirkung*.²⁹⁷ Aannee van een accessoire aansprakelijkheid volgt ook uit het doel van de regeling. De medeaansprakelijkheid van de heersende vennootschap heeft tot doel zekerheid te geven aan de schuldeisers van de geïntegreerde vennootschap, vanwege de vergaande mogelijkheden om in te grijpen op haar vermogen.²⁹⁸

Het accessoire karakter van de aansprakelijkheid moet niet worden verward met een subsidiaire aansprakelijkheid. Het staat de schuldeiser vrij om te kiezen welke vennootschap hij aanspreekt. Dit correspondeert met de regeling van § 421 BGB. Aan de andere kant, de schuldeiser kan zich niet verhalen op het vermogen van de hoofdennootschap wanneer hij zich niet kan verhalen op het vermogen van de geïntegreerde vennootschap. Deze zienswijze sluit aan bij andere vormen van accessoire aansprakelijkheden die in het kader van zekerheid worden afgegeven en waarbij de heersende vennootschap voor de verbintenissen van de ondergeschikte vennootschap heeft in te staan. Deze gedachtegang sluit in het licht van § 322 AktG het bestaan van een hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van §§ 421-426 BGB uit.²⁹⁹

De aansprakelijkheidsnorm van § 322 AktG dient ervoor te zorgen dat de heersende vennootschap preventief zorgt dat de ondergeschikte vennootschap voldoende vermogen heeft om een insolventie te voorkomen en daarmee feitelijk een regresloze medeaansprakelijkheid te voorkomen. Welke betrokken vennootschappen het economisch risico na de beëindiging van de *Eingliederung* moeten dragen, is niet in een wettelijke regeling bepaald. Voor de duur van de *Eingliederung* is het regresvraagstuk van ondergeschikt belang, omdat de heersende vennootschap kan beschikken over het vermogen van de geïntegreerde vennootschap. Dit verandert na beëindiging van de *Eingliederung*. Op grond van § 327 (4) AktG blijven beide vennootschappen verbonden aan een risicogemeenschap, hoewel de heersende vennootschap niet of nauwelijks invloed kan uitoefenen op de ondergeschikte vennootschap.³⁰⁰

Wanneer de heersende vennootschap wordt aangesproken op grond van § 322 AktG, kan deze vennootschap regres nemen op de geïntegreerde vennootschap. Aangezien er geen bijzondere wettelijke regeling is getroffen voor de bijdrageplicht

297 § 425 BGB – (1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. (2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil.

298 Singhof 2004, p. 262.

299 Singhof 2004, p. 263-264.

300 Singhof 2004, p. 668-669.

inzake § 322 AktG zou bij aanneming van hoofdelijkheid in de zin van § 421 BGB, § 426 BGB van toepassing zijn. Hierbij zou een draagplicht voor gelijke delen niet volstaan, aangezien de maatstaf volgt uit § 322 BGB. Wanneer er vanuit gegaan wordt dat § 322 AktG een accessoire aansprakelijkheid is, is er geen wettelijke grondslag om § 426 BGB toe te passen.³⁰¹

De voormalige hoofdvennootschap dient de voor- en nadelen van een regresaanspraak goed af te wegen. Iedere bijdrage die de voormalige geïntegreerde vennootschap doet, gaat ten koste van haar vermogen. Een succesvolle regresaanspraak heeft een 'uithollende werking' op de financiële positie van deze vennootschap. Hierdoor wordt de kans groter dat de voormalige geïntegreerde vennootschap betalingsonmachtig is jegens haar schuldeisers door vorderingen ontstaan in de Eingliederungsperiode. Deze schuldeisers zullen dan de voormalige hoofdvennootschap aanspreken op grond van §§ 322 jo 327 (4) AktG.³⁰²

In overeenstemming met de algemene principes van regres bij accessoire aansprakelijkheid, wordt het regres vormgegeven op basis van de tussen regrespartijen bestaande onderlinge rechtsverhouding.³⁰³ De vergaande instructiemogelijkheid die de heersende vennootschap heeft, dient te worden verdisconteerd in de verdeling van draagplicht. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt is dat een op instructie van de heersende vennootschap door de geïntegreerde vennootschap aangegane verbintenis, vermoedelijk profijt geeft aan de hoofdvennootschap. De hoofdvennootschap is met haar instructie er hoe dan ook de oorzaak van dat de schuldverhouding is ontstaan. Daarom dient in beide gevallen het economisch risico te worden gedragen door de voormalige hoofdvennootschap.

Dit heeft tot gevolg dat de voormalige geïntegreerde vennootschap zich kan verweren tegen een regresvordering van de voormalige hoofdvennootschap met het argument dat de betreffende verbintenis is ontstaan op instigatie van de voormalige hoofdvennootschap en dat een regresloze aansprakelijkheid op zijn plaats is. Anders gesteld; de hoofdvennootschap is volledig draagplichtig. De gedachte hierbij is dat een op instructie van de heersende vennootschap door de geïntegreerde vennootschap aangegane verbintenis, vermoedelijk profijt geeft aan de hoofdvennootschap. De hoofdvennootschap is met haar instructie er hoe dan ook de oorzaak van dat de schuldverhouding is ontstaan. Daarom dient in beide gevallen het economisch risico te worden gedragen door de voormalige hoofdvennootschap.

Bij verbintenissen die niet op grond van een instructie door de hoofdvennootschap zijn aangegaan ligt de verdeling van de bijdrageplicht anders. In een dergelijk geval kan de ondergeschikte vennootschap wel worden aangesproken voor regres.

301 Singhof 2004, p. 669.

302 Singhof 2004, p. 672.

303 Vgl. § 774 BGB – (1) [...] Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis bleiben unberührt.

Overigens is het ook voorstelbaar dat betrokken vennootschappen na beëindiging van de *Eingliederung* verbonden blijven, bijvoorbeeld als verbonden ondernemingen in een feitelijk concern. In een dergelijk geval kan er samenloop zijn tussen het regres en een vergoeding krachtens §§ 311, 317 AktG.³⁰⁴

6.6.2.3 Het feitelijke GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening

In het feitelijke GmbH-concern mag de heersende vennootschap niet instrueren tot nadelige rechtshandelingen of maatregelen op straffe van het overtreden van de vennootschappelijke *Treuepflicht*. Omdat § 311-318 AktG niet analoog van toepassing is, kan een nadelige rechtshandeling niet worden gelegitimeerd met behulp van *Nachteilsausgleich*.³⁰⁵ De heersende vennootschap is op grond van inbreuk op de *Treuepflicht* schadelijkt, wanneer zij een *Treuwidrige*, aanwijsbare en schadelijke invloed uitoefent op de ondergeschikte vennootschap. Deze constatering kan gevolgen hebben voor het geven van instructies aan de ondergeschikte GmbH tot het verlenen van zekerheid voor de schuld van een ander.

Wanneer als gevolg van een dergelijke instructie het faillissement van de zekerheidsstellende GmbH wordt veroorzaakt of verergerd, is de heersende vennootschap aansprakelijk op grond van inbreuk op de *Treuepflicht* alsmede op grond van een *existenzvernichtender Eingriff* en § 826 BGB.³⁰⁶

Verder moet ook het bestuur van GmbH bij het opvolgen van een instructie tot zekerheidsverlening waarborgen in acht nemen. Het bestuur moet in ieder geval de kapitaalbeschermingsregels respecteren bij het verlenen van zekerheden en de eventuele uitwinning daarvan. Onderstaand wordt ingegaan op de rol die de kapitaalbeschermingsregels, § 30 GmbHG en § 64 GmbHG, spelen bij upstream zekerheidsverlening.

6.6.2.3.1 § 30 GmbHG en upstream zekerheidsverlening

Wanneer binnen een stelsel van centraal kasbeheer, door een GmbH zekerheden worden verschaft aan de bank van de moedervenootschap, dient de verstrekte zekerheid getoetst te worden aan § 30 GmbH.³⁰⁷ Probleemloos is in dit geval de situatie waarbij de zekerheidsgevende vennootschap een deel van het aangetrokken vreemde vermogen gebruikt en de verstrekte zekerheid begrensd is tot de hoogte van dat deel.

Los van deze situatie kan er met het oog op de uitwinning van de gestelde zekerheid sprake zijn van een inbreuk op § 30 GmbHG. Immers, het stellen van de zekerheid zorgt voor een potentiële verplichting jegens de zekerheidsnemer.

304 Singhof 2004, p. 673.

305 Liao 2012, p. 265-266.

306 Liao 2012, p. 267.

307 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Roth/Altmeppen 2009, p. 518.

Tegelijkertijd ontstaat er een potentiële regresvordering op de heersende vennootschap ten bate van wie de zekerheid is verstrekt. Als de kans niet onaanzienlijk is dat de zekerheid wordt uitgewonnen, dan moet de verplichting op de balans worden gepassiveerd. Daarnaast moet de regresvordering op de heersende vennootschap op de balans worden geactiveerd.

Wanneer de regresvordering niet volwaardig is en uitwinning van de zekerheid het eigen kapitaal van de GmbH aantast en leidt tot *Unterbilanz*, dan is de zekerheidsverschaffing in strijd met § 30 GmbHG.³⁰⁸ Op het moment van zekerheidsverschaffing moet de bestuurder toetsen of de zekerheidstelling voldoet aan de eisen van § 30 GmbHG. Een niet-voorzienbare verslechtering van de potentiële regresvordering na verlening van de zekerheid leidt achteraf niet tot een ontoelaatbare uitkering in de zin van § 30 GmbHG.³⁰⁹

In de literatuur is kritiek geuit op dit toetsingsmoment. Beargumenteerd wordt dat, in geval van upstream zekerheid, het moment van uitwinnen een geschikter moment is om te bezien of met het uitwinnen de kapitaalregels worden geschonden. Ook wordt erop gewezen dat de balanswaarborgen die de heersende vennootschap/aandeelhouder verschaft, in de praktijk geen soelaas bieden. Wanneer de zekerheden van de dochter worden uitgewonnen, zal de heersende vennootschap/aandeelhouder dikwijls reeds in betalingsonmacht verkeren. Daarom wordt in de literatuur betoogd dat de heersende vennootschap de zekerheidstellende dochter zekerheden moet bieden voor haar regresvordering. Ook wordt geopperd om bij aansprakelijkheid van het dochterbestuur voor schending van de kapitaalregels, die aansprakelijkheid door te trekken naar het bestuur van de heersende vennootschap.³¹⁰

De kritiek in de literatuur heeft evenwel nog geen postgevat. Daarom proberen bestuurders van een zekerheidsverlenende GmbH hun aansprakelijkheidsrisico te verkleinen door uitwinningsmogelijkheden contractueel te beperken tot het bedrag dat resulteert in *Unterbilanz* of betalingsonmacht van de zekerheidsgever (de zogenaamde *Limitation Language*).³¹¹ Eveneens zullen bestuurders monitoringsmaatregelen willen nemen om de kredietwaardigheid van de heersende vennootschap en van het concern in de gaten te kunnen houden. Indien nodig zal het bestuur van de GmbH extra maatregelen willen treffen met als *ultimum remedium* het opzeggen van de zekerheidsovereenkomst.³¹²

De situatie waarbij de zekerheidsverlenende vennootschap zich in een stadium van *Unterbilanz* bevindt en deze vennootschap toch zekerheden verleent, wordt gekwalificeerd als een inbreuk op § 30 GmbHG. Deze inbreuk ontstaat onafhankelijk van

308 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1819; Vetter 2015, p. 488.

309 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1819; Roth/Altmeppen 2009, p. 519; Möller 2015, p. 118-119.

310 Altmeppen, *ZIP* 2017/1977, §§ III.3-5, IV.

311 § 6.6.3.

312 Roth/Altmeppen 2009, p. 519-520.

het bestaan van een volwaardige regresvordering op de heersende vennootschap en onafhankelijk van de vraag of de zekerheidstelling leidt tot een verdieping van de *Unterbilanz*. Evenmin wordt de kans op uitwinning van de zekerheid meegewogen. Overigens zal een regresvordering op de heersende vennootschap doorgaans niet inbaar zijn, als de schuldeiser overgaat tot het uitwinnen van de zekerheden. Immers, de heersende vennootschap zal in een dergelijke situatie in betalingsonmacht verkeren.³¹³

Bij een inbreuk op § 30 GmbHG kan de aandeelhouder, lees de heersende vennootschap, ex § 31 GmbHG tot restitutie worden aangesproken, terwijl het bestuur het risico loopt om aansprakelijk te worden gehouden op grond van § 43 (3) GmbHG. § 30 GmbHG ziet toe op het beschermen van de liquiditeit van de GmbH en § 64 GmbHG waarborgt de solvabiliteit van de GmbH.

6.6.2.3.2 § 64 GmbHG en upstream zekerheidsverlening

Het verlenen van een upstream zekerheid kan gekwalificeerd worden als een betaling aan de aandeelhouder in de zin van § 64 GmbHG. Ondanks dat de directe prestatie jegens een derde gericht is (de financier), kan de aandeelhouder hiervan indirect profijt genieten. Hierbij is niet alleen de zekerheidsverlening voor de verbintenissen van de moeder relevant, maar ook de zekerheidsverlening die tot stand komt op instructie van de moeder voor de verbintenissen van zustermaatschappijen en andere verbonden ondernemingen.³¹⁴

In relatie tot § 64 GmbHG wordt met betrekking tot upstream zekerheidsverlening in de literatuur dikwijls onderscheid gemaakt tussen zakelijke zekerheden en persoonlijke zekerheden. Voor beide vormen van zekerheden is het de vraag welk moment maatgevend is voor de beoordeling of de prestatie van de zekerheidsverlenende vennootschap tot betalingsonmacht leidt. Thans is hier in beperkte mate helderheid over. De volgende uitgangspunten zijn in ieder geval in acht te nemen.³¹⁵

Twee momenten lijken logischerwijs in aanmerking te komen als toetsmoment: (I) het moment van het geven van de zekerheid of (II) het moment van de uitwinning van de zekerheid. Wat betreft zakelijke zekerheden is de heersende mening, dat het maatgevende moment het verlenen van de zekerheid is. Dan wordt getoetst of de mogelijkheid zich kan aandienen dat de zekerheid wordt uitgewonnen en de mate van waarschijnlijkheid dat er geen volwaardige regresaanspraak bestaat. Hierbij wordt ook in ogenschouw genomen dat een verleende niet-liquide zekerheid, niet meer door de vennootschap gebruikt kan worden om op korte termijn te vervreemden en zo liquide middelen te vergaren. In de praktijk zal deze beperking

313 Vetter 2015, p. 489.

314 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820; Vetter 2015, p. 494-495.

315 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821; Vetter 2015, p. 494.

bij het vergaren van liquide middelen niet snel tot problemen leiden. Al was het maar omdat een bank er niet happig op is om krediet te verlenen aan een concern met een slechte liquiditeits- of solvabiliteitspositie.³¹⁶

Bij het geven van een persoonlijke zekerheid, zou volgens enkele auteurs het beslissende toetsmoment, het moment zijn van het verlenen van de zekerheid. Hierbij wordt het verlenen van de zekerheid gezien als een 'uitbetaling' aan de schuldeiser. Een tweede argument voor dit toetsmoment is dat het moment van uitwinning niet bepaald wordt door de dochtervennootschap of de moedervennootschap. De beslissing om tot uitwinning over te gaan is aan de schuldeiser.³¹⁷

Dit standpunt wordt door een groot aantal auteurs betwist. Deze auteurs menen dat het toetsmoment samen dient te vallen met het moment van de uitwinning van de persoonlijke zekerheid. Immers, het tot stand komen van een zekerheidsovereenkomst, leidt niet automatisch tot de uitwinning. Op het moment van uitwinning kan pas goed worden beoordeeld of deze uitwinning tot betalingsonmacht leidt bij de vennootschap.³¹⁸ Deze discussie in de literatuur maakt het voor bestuurders belangrijker om bij zekerheidsverlening gebruik te maken van *Limitation Language*, teneinde hun aansprakelijkheidsrisico te verkleinen. Te meer ook omdat het overeenkomen van een *Beherrschungsvertrag* § 64 (derde zin) GmbHG niet buiten werking zet. *Limitation Language* kan in dit licht dienen als een contractueel *Leistungsverweigerungsrecht*.

De aansprakelijkheid van de bestuurder uit hoofde van § 64 (derde zin) GmbHG en het daarmee verbonden uitkeringsverbod, moeten voorkomen dat uitkeringen leiden tot betalingsonmacht. Dit doel kan alleen worden bereikt als de bestuurder het doen van een uitkering kan weigeren. In het licht van § 64 (derde zin) GmbHG is de bestuurder daarom niet gebonden de aanwijzingen van de aandeelhouder op te volgen.³¹⁹ Het bestuur kan zich met betrekking tot het te gelde maken van de geboden zekerheid beroepen op een *Leistungsverweigerungsrecht*.³²⁰ Omdat upstream zekerheidsverlening economisch voordeel verschaft aan de aandeelhouder en derhalve als uitkering wordt gezien, moet het bestuur de zekerheidsverlening en/of de uitwinning van de zekerheid weigeren wanneer een dergelijke uitkering leidt tot betalingsonmacht. Uitzondering hierop vormt de uitkering die wordt verricht

316 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 279; Vetter 2015, p. 494.

317 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820.

318 Vetter 2015, p. 496.

319 BGH 9 oktober 2012, II ZR 298/11, *ZIP* 2012, 2391, r.o. 18. Vetter 2015, p. 493.

320 Uit § 64 (eerste zin) GmbHG volgt geen *Leistungsverweigerungsrecht*, wanneer de voorwaarden van deze bepaling zijn vervuld, moet de bestuurder een faillissementsaanvraag indienen. Vetter 2015, p. 493.

mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns.³²¹ Ook is een *Leistungsverweigerungsrecht* uitgesloten wanneer het door de concernleiding opgenomen krediet intern aan de dochter ter beschikking gesteld is.³²² Een *Leistungsverweigerungsrecht* kan ook uit andere bronnen dan § 64 GmbHG voortvloeien, bijvoorbeeld uit *Existenzvernichtungshaftung* of *Limitation Language*.³²³

6.6.2.4 Het contractuele GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening

Naar analogie met het contractuele AG-concern zijn §§ 302, 303 en 308 AktG ook van toepassing op het contractuele GmbH-concern. Gelijk als bij zijn AG tegenhanger, zijn in het contractuele GmbH-concern, nadelige instructies van de heersende vennootschap aan de ondergeschikte vennootschap toelaatbaar op grond van het *Beherrschungsvertrag*. Dit geldt ook voor instructies tot zekerheidstelling voor concernkrediet. De kredietgever kan bij een zekerheidstelling op grond van persoonlijke zekerheden de mogelijke vordering, naar analogie met 302 AktG, aan zich laten verpanden. Ook kan de kredietgever analoog aan § 303 AktG, bij beëindiging van het *Beherrschungsvertrag* en/of *Gewinnabführungsvertrag* zekerheden verlangen van de heersende vennootschap.³²⁴

In het GmbH-contractconcern is overtreding van §§ 30, 31 GmbHG uitgesloten, wanneer de dochter bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrags* voor een krediet aan de moeder zekerheden verleent. Bij uitwinning van de zekerheden kan de zekerheidsgevende dochter namelijk een *Verlustausgleichsanspruch* instellen jegens de heersende vennootschap. In het voorliggende geval is de moeder niet aansprakelijk op grond van de kapitaalbeschermingsregels, maar op grond van analoge toepassing van §§ 302, 303 AktG.

In de praktijk wordt het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* daarom ook gebruikt om de juridische risico's bij upstream zekerheidsverlening te beperken. In de literatuur worden hier vraagtekens bij gezet, aangezien dan voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de upstream zekerheid niet gekeken wordt naar *Unterbilanz*, maar of de heersende vennootschap een volwaardige regresaanspraak biedt.³²⁵ Het lijkt erop dat de risico's voor de heersende vennootschap worden verplaatst. Linksom of rechtsom moet de heersende vennootschap verantwoording afleggen over haar instructies aan de ondergeschikte vennootschap.

321 § 64 GmbHG, tweede zin. Vgl. § 43 GmbHG.

322 Vetter 2015, p. 496.

323 Zie § 6.6.3.

324 Liao 2012, p. 264.

325 Vetter 2015, p. 490.

6.6.2.5 Het GmbH-concern en cross-stream zekerheidsverlening

De zekerheidsverlening van de ene zustermaatschappij ten gunste van kredietverlening aan de andere zustervennootschap, op instructie van de heersende vennootschap, levert eigen (concern)problematiek op. Aangezien de begunstigde ondergeschikte vennootschap jegens de zekerheidstellende (zuster)vennootvennootschap geen vennoot is en daarmee geen beïnvloedingsmogelijkheden heeft, is de concernrechtelijke regelgeving, in het bijzonder, §§ 311, 317 AktG, in beginsel niet van toepassing op deze rechtsbetrekking. Dit geldt eveneens voor het toepassen van de *Treuegebots*. De zekerheidstellende ondergeschikte vennootschap kan de begunstigde vennootschap niet op grond van de *Treuepflichtsverletzung* aanspreken, want deze norm werkt tussen aandeelhouder en vennootschap.

De kapitaalbeschermingsregels bieden de zekerheidsverlenende vennootschap meer mogelijkheden. Zij hebben namelijk niet alleen betrekking op prestaties aan de heersende onderneming (de directe of indirecte aandeelhouder), maar ook aan de met hem verbonden ondernemingen. Dientengevolge kan de zekerheidstelling ten gunste van een zustervennootschap, onder omstandigheden, als een verboden uitkering gekwalificeerd worden. Vervolgens dringt zich de vraag op of de begunstigde concernvennootschap aansprakelijk is conform de kapitaalbeschermingsregels. De vraag is omstreden of ook de aandeelhouder wegens schending van de kapitaalbeschermingsregels tot restitutie aangesproken kan worden.³²⁶

Dergelijke aanspraken hebben in de praktijk een geringe betekenis. Ze ontstaan in de genoemde situatie slechts wanneer de zekerheid wordt uitgewonnen, tegelijk of in samenhang met de verplichting tot restitutie van de verboden uitkering of als schadevergoeding wegens het schenden van de *Treuepflichtsverletzung*. In dit geval is de begunstigde zustervennootschap normaal gesproken betalingsonmachtig. Hiermee komt een insolventieprocedure van de begunstigde zustervennootschap om de hoek kijken, zodat de zekerheidsstellende vennootschap de bovengenoemde vorderingen, met inbegrip van regresaanspraken, alleen overeenkomstig § 39 (1) nr. 5 InsO als achtergestelde schuldeiser te gelde kan maken.³²⁷

Minder problematisch is de aansprakelijkheid van de begunstigde zustermaatschappij op grond van § 117 AktG. Hoewel de begunstigde zustermaatschappij geen invloed heeft op de zekerheidsgevende zustermaatschappij, heeft zij wel voordeel gehad van de zekerheidsverschaffing. Op grond van § 117 (3) AktG kan de zekerheidsverlenende vennootschap aansprakelijk zijn voor zover zij voordeel heeft gehad en dit voordeel beoogd heeft. Hiervan kan sprake zijn wanneer het bestuur van de begunstigde zustermaatschappij weet had van de zekerheidstelling en dit ook nastreefde. Overigens kan aansprakelijkheid op grond van § 117 AktG concurreren met aansprakelijkheid op basis van *Existenzvernichtung*.³²⁸

326 Liao 2012, p. 231.

327 Liao 2012, p. 233-234.

328 Liao 2012, p. 232.

6.6.3 Contractuele grenzen aan upstream zekerheidsverlening: *Limitation Language*

Een inbreuk op § 30 GmbHG kan op grond van § 43 GmbHG leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid voor de bestuurder. Een dergelijke inbreuk kan het gevolg zijn van het in concernverband verlenen van upstream en cross-stream zekerheden aan een directe of indirecte aandeelhouder. Bijvoorbeeld ingeval de heersende vennootschap een krediet afsluit waarvoor de concernvennootschappen instaan. Ook kan het bestuur worden aangesproken ingeval ex § 64 (derde zin) GmbHG de zekerheidsverlening resulteert in betalingsonmacht van de vennootschap. Het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder die voorziet in een upstream of cross-stream zekerheid kan worden gemitigeerd door in de zekerhedenovereenkomst het uitwinningsrecht te beperken ten laste van de zekerheidsnemer.

Dergelijke *Verwertungsbeschränkungen* worden aangeduid als *Limitation Language* en zijn gebruikelijk in de Duitse financieringspraktijk.³²⁹ Partijen zullen bij § 30 GmbHG *Limitation Language* overeenkomen, op grond waarvan uitwinning alleen toelaatbaar is voor zover dit niet leidt tot *Unterbilanz* van de zekerheidsgever of een dergelijke toestand verergert. Bij § 64 (derde zin) GmbHG zullen partijen *Limitation Language* afspreken waarbij uitwinning van de zekerheid toegestaan is voor zover uitwinning niet leidt tot betalingsonmacht van de zekerheidsgever.³³⁰

Limitation Language heeft alleen schuldrechtelijke werking. Het verschaft de vennootschap een *Leistungsverweigerungsrecht* voor de duur van de betalingskrapte. Feitelijk verkrijgt § 30 GmbHG, dat toeziet op uitkeringen aan aandeelhouders, door het overeenkomen van *Limitation Language* quasi externe werking. *Limitation Language* kan in verschillende bewoordingen voorkomen en is afhankelijk van de bewoording die partijen afspreken. In een zaak van het Landgericht Darmstadt waren partijen de onderstaande formulering overeengekomen:

*‘die Inanspruchnahme aus dieser Garantie [...] soweit beschränkt ist, als [...] dass das Nettovermögen der betreffenden deutschen Garantiegeberin bei voller Inanspruchnahme aus dieser Garantie deren Stammkapital unter Verstoß gegen §§ 30 und 31 des deutschen GmbH-Gesetzes unterschreiten würde.’*³³¹

329 Schneider 1998, p. 822; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Roth/Altmeppen 2009, p. 520; Möller 2015, p. 114; Vetter 2015, p. 496-497.

330 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821; Heerma & Bergmann, *ZIP* 2017/803, § I.

331 LG Darmstadt 25 april 2013, Az. 16 O 195/12, nr. 11.

Voor de kredietgever bestaat het risico dat, op grond van de *Limitation Language*, twijfel ontstaat over de uitwinningmogelijkheden van de zekerheden. In het ergste geval moet de kredietgever er rekening mee houden dat hij de gestelde zekerheid niet kan uitwinnen. Dikwijls eist de kredietgever beperkingen aan de *Limitation Language*. Hiertoe is het gebruikelijk dat *Limitation Language* niet van toepassing is voor dat gedeelte van het krediet dat wordt doorgeleid van de hoofdschuldenaar naar de zekerheidstellende vennootschap. Deze gelden hoeven overigens niet letterlijk afkomstig te zijn uit het krediet zelf, maar kunnen ook voortvloeien uit andere financieringsbronnen van de moedervenootschap. Het gaat om het totaalbedrag dat de zekerheidstellende concernvenootschap heeft ontvangen van de hoofdschuldenaar.³³²

Verder kan worden overeengekomen dat *Limitation Language* buiten beschouwing wordt gelaten wanneer de bestuurder door het nemen van maatregelen geen persoonlijke aansprakelijkheid treft. Dit kan het geval zijn bij het overeenkomen van een *Beherrschungsvertrag*. De aansprakelijkheid inzake § 30 GmbHG is dan immers niet van toepassing.³³³ Eventueel verlies dat ontstaat bij de dochtervenootschap wordt dan afgewenteld op haar aandeelhouder.³³⁴

Ook in het kader van § 64 (derde zin) GmbHG wordt gewoonlijk *Limitation Language* toegepast in de zekerhedenovereenkomst. Te meer omdat een *Beherrschungsvertrag* de werking van § 64 (derde zin) GmbHG niet aantast. Voorts is de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder kwetsbaar omdat de stelplicht en de bewijslast bij hem ligt. Hij moet aantonen dat hij met *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns* gehandeld heeft en derhalve niet aansprakelijk is. In de literatuur is ook gesteld dat het niet toepassen van *Limitation Language* en een daarmee samenhangend *Leistungsverweigerungsrecht*, op gespannen voet kan staan met de zorgplicht die een bestuurder in acht moet nemen.³³⁵ Al dit voorgaande pleit voor het toepassen van *Limitation Language*.

Uit de rechtspraak volgt dat *Limitation Language* niet meer relevant zou zijn wanneer de zekerheidsstellende concernvenootschap insolvent is geworden. Door het in werking treden van de insolventieprocedure, bestaat de reden voor de *Limitation Language* niet meer, namelijk het beschermen van de bestuurder tegen aansprakelijkheid voor verboden betalingen aan aandeelhouders.³³⁶ De gedachte is

332 OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.

333 § 30 (1) GmbHG.

334 Analoog aan § 302 AktG.

335 Schneider 1998, p. 822; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821.

336 OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.

dat het uitwinnen van zekerheden, na het in werking treden van de insolventieprocedure, niet ten laste komt van de bestuurder. Deze gedachte is gebaseerd op de veronderstelling dat het uitwinnen van de zekerheid pas kwalificeert als betaling in de zin van § 30 GmbHG. Dit komt in faillissement voor rekening van de curator en niet voor rekening van de bestuurder.

In de literatuur is kritiek geleverd op deze gedachtegang. Door auteurs wordt namelijk gepleit dat niet het uitwinnen, maar het verlenen van zekerheid als betaling wordt gezien. Het aansprakelijkheidsrisico ex § 30 GmbHG bestaat voor de bestuurder reeds vanaf dit moment en werkt door in faillissement. In een dergelijk geval is de bestuurder daarom ook in faillissement aan te spreken voor een inbreuk op § 30 GmbHG. Het is dientengevolge voor de bestuurder noodzakelijk om *Limitation Language* overeen te komen die doorwerkt bij insolventie om zijn aansprakelijkheid in faillissement te beperken.³³⁷

6.7 Conclusie

Sinds de tweede helft van de negentiende eeuw is in het Duitse recht getracht om bij ondernemingsconcentratie te komen tot een redelijke balans tussen enerzijds het bedrijfseconomisch en organisatorisch belang en anderzijds de belangenbescherming van betrokken partijen, zoals minderheidsaandeelhouders en crediteuren. Het huidige systeem van het *'Recht der verbundenen Unternehmen'* gebruikt hierbij geen *'one size, fits all'*-benadering, maar differentieert naar de mate van verwevenheid van de betreffende intravenootschappelijke relatie en de rechtsvormen van de betrokken vennootschappen. De concernverhouding is binnen dit stelsel één van de mogelijke relatievormen.

Het concernrecht voor zowel het contractuele AG-concern als het feitelijke AG-concern, is gecodificeerd in de AktG. Het concernrecht van het contractuele en het feitelijke GmbH-concern is een smeltkroes van rechttersrecht, vennootschappelijke- en civielrechtelijke regelgeving, rechtsbeginselen en analoog toegepast AG-concernrecht. Voor beide rechtsvormen geldt dat de bescherming van de deelbelangen ten opzichte van het concernbelang een centrale plek inneemt. Dit heeft geleid tot een samenspel van enerzijds concernrechtelijke normen en anderzijds civielrechtelijke- en vennootschappelijke normen.

Dit ensemble van regelgeving beïnvloedt de manier waarop upstream zekerheidsverlening plaatsvindt in de Duitse financieringspraktijk. Dit vormt de kern van de verklaring voor het gegeven dat regresproblematiek zoals bedoeld in dit onderzoek

³³⁷ Heerma & Bergmann, ZIP 2017/803, §§ III.2.2, IV.

non-existent is in het Duitse rechtsstelsel. Het blijkt dat bij upstream zekerheidsverlening persoonlijke zekerheden niet vanzelfsprekend worden toegepast. Dikwijls wordt de zekerheidsverlening verricht met behulp van zakelijke zekerheden. In vergelijking met de Nederlandse financieringspraktijk wordt in de Duitse financieringspraktijk minder vaak de hoofdelijke aansprakelijkheid gebruikt om concernvennootschappen zekerheid te laten stellen voor de concernschuld.

Dit is te verklaren vanwege het begrenzen van het verlenen en het uitwinnen van zekerheden in het Duitse recht. Deze werkwijze beperkt de effectiviteit van de hoofdelijkheid als zekerheid. De hoogte van de gegeven zekerheden wordt begrensd, mede om de regels voor kapitaalbehoud (§ 30 GmbHG) en regels ter voorkoming van betalingsonmacht (§ 64 GmbHG) niet te overtreden. Deze problematiek speelt in het bijzonder bij de GmbH-concernvennootschap, de meest gebruikte rechtsvorm in concernverband. Inbreuk op deze regelgeving kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Begrenzing kan worden bereikt door gebruik te maken van bepaalde typen persoonlijke zekerheden, zoals bijvoorbeeld een *Höchstbetragsbürgschaft*. Verder wordt door middel van partijafspraken de bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van inbreuk op §§ 30, 64 GmbHG beperkt. Met *Limitation Language* wordt in de zekerhedenovereenkomst in algemene bewoordingen gestipuleerd, dat de uitwinning van de verstrekte zekerheden niet hoger is dan het bedrag dat resulteert in (verdere) aantasting van het *Stammkapital* of leidt tot betalingsonmacht van de vennootschap.

Het gebruik van *Limitation Language* is volstrekt gebruikelijk in de Duitse financieringspraktijk. In het licht van de onderzoeksvraag is het belangrijk om op te merken dat *Limitation Language* de kans beperkt dat vennootschappen meer dan hun aandeel in de schuld bijdragen. Zie in dit kader ook het *Leistungsverweigerungsrecht*: de plicht van bestuurders niet mee te werken aan onder andere de uitwinning van zekerheden wanneer dit leidt tot een schending van de regels voor het kapitaalbehoud. Een dergelijk recht kan bijvoorbeeld volgen uit § 64 (derde zin) GmbHG, maar ook uit *Limitation Language* of de *Existenzvernichtungshaftung*.

Ook vanuit een praktisch perspectief lijkt een eventuele regresvordering weinig kans van slagen te hebben. Concernvennootschappen hebben als gevolg van het in Duitsland gebruikelijke cashpoolsysteem (zero balancing) weinig tot geen liquiditeit. Verhaal op één van de concernvennootschappen is daarom mogelijk niet zinvol. Daarnaast bieden de activa van de concernvennootschappen ook geen ruimte voor verhaal uit regres omdat deze dikwijls al ter securering zijn gebruikt.

Mocht het dan toch tot een haalbare regresvordering komen dan prevaleren de concernrechtelijke regels boven de algemeen privaatrechtelijke regels. Er zal, wanneer er vermogen is om op te verhalen, doorgaans gebruik worden gemaakt van de concernrechtelijke of vennootschapsrechtelijke regelgeving. Mocht de concernrechtelijke

of vennootschapsrechtelijke regelgeving geen soelaas bieden, dan wordt er gebruikgemaakt van § 426 BGB. In dit geval is het uitgangspunt de draagplicht voor gelijke delen. Echter, op grond van de jurisprudentie is het aannemelijk dat deze verdeelsleutel wordt ingewisseld voor een draagplicht die volgt uit de '*Natur der Sache*' of anderszins.

