

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 302, 303

- a) 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 (Ergänzung zu BGHZ 95, 330 und BGHZ 107, 7).
- b) Im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern ist auch der Einmannesgesellschafter zum Verlustausgleich verpflichtet.
- c) Aus § 303 Abs. 1 AktG kann sich ein unmittelbar auf Zahlung gerichteter Anspruch ergeben, wenn feststeht, daß der Gläubiger mit seiner Forderung gegen die beherrschte Gesellschaft ausfällt (Bestätigung von BGHZ 95, 330).
- d) Zu den Forderungen, für die das herrschende Unternehmen nach § 303 AktG einzustehen hat, gehört der Kostenerstattungsanspruch aus einem gegen die beherrschte Gesellschaft geführten Rechtsstreit auch dann, wenn dieser erst nach dem Zeitpunkt begonnen worden ist, bis zu dem die Forderung als solche begründet sein muß.

BGH, Urt. v. 23. September 1991 - II ZR 135/90 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 135/90

URTEIL

Verkündet am:
23. September 1991
Boppel
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Brandes, Dr. Henze, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Mai 1990 wird auf Kosten des Beklagten zu 1 zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin, die die Vervielfältigung von Videofilmen betreibt, stand mit der G. Gesellschaft mbH (im folgenden: G.) in Geschäftsverbindung. Sie erwirkte gegen diese im Jahre 1988 ein rechtskräftiges Urteil über eine Forderung von 1.396.255,44 DM nebst Zinsen sowie einen Kostenfestsetzungsbeschluß über 36.675,25 DM, ebenfalls nebst Zinsen. Die Hauptforderung beruhte auf Werkleistungen der Klägerin aus den Jahren 1984, 1985 und Anfang 1986. Die Zwangsvollstreckung aus jenen Titeln blieb erfolglos. Gesellschafter der im Jahre 1980 gegründeten G. waren zunächst zu je gleichen Teilen der Beklagte zu 1 (im folgenden: Beklagter), dessen Ehefrau und zwei weitere Personen. Nachdem einer dieser beiden letzteren Gesellschafter seinen Anteil auf den Beklagten übertragen hatte, erwarb am 31. August 1983 die Gesellschaft selbst den Anteil der Ehefrau des Beklagten. Am 15. Februar 1985 übertrug der letzte Mitgesellschafter seinen Anteil auf den Beklagten. Dieser war in der Zeit vom 31. August 1983 bis zum 30. Mai 1986 alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft. An diesem letzteren Tag wurde Ge. W. zum Geschäftsführer bestellt; dieser erwarb durch Vertrag vom 20. Oktober 1986 alle Anteile der Gesellschaft. Die G. wurde am 23. Dezember 1988 wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften im Handelsregister gelöscht. Der Beklagte, der auch als Einzelunternehmer tätig war, war außerdem an weiteren Gesellschaften mit beschränkter Haftung beteiligt. Er war u.a. Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten zu 2, die Ende 1985 den Geschäftsbetrieb der G. übernommen haben soll

und über deren Vermögen am 9. Mai 1989 das Konkursverfahren eröffnet worden ist.

Die Klägerin, die der G. gegen den Beklagten zustehende "Ausgleichs- und Schadensersatzansprüche gem. § 302 AktG analog" hat pfänden und sich überweisen lassen, nimmt beide Beklagten auf Erfüllung der von der G. nicht beglichenen Forderungen in Anspruch. Sie hat Zahlung der Geldbeträge in erster Linie an sich, hilfsweise an die G. beantragt. Das Landgericht hat durch Teilurteil (abgedruckt in ZIP 1989, 1565 = EWIR § 302 AktG 1/90, 5 [Decher]) den Hauptantrag der gegen den Beklagten gerichteten Klage abgewiesen und dem Hilfsantrag stattgeben. Das Berufungsgericht (sein Urteil ist abgedruckt in ZIP 1990, 1075 m. Anm. Altmeppen = EWIR § 302 AktG 2/90, 733 [Heckschen] = WuB II C § 13 GmbHG 1.91 [Marsch-Barner]) hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und diesen auf die Anschlußberufung der Klägerin zur Zahlung an sie selbst verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat die Verurteilung des Beklagten auf eine entsprechende Anwendung des § 303 AktG gestützt. Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe sind unbegründet.

1. Zwischen der G. und dem Beklagten bestand ein Konzernverhältnis im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG.

a) Das Berufungsgericht hat den Beklagten als Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG angesehen, weil er neben seiner Beteiligung an der G. sowohl als Einzelkaufmann ein anderweitiges Gewerbe betrieben habe als auch an anderen Gesellschaften mit beschränkter Haftung maßgebend beteiligt gewesen sei. Dazu hat es in tatsächlicher Hinsicht - unangegriffen - festgestellt, der Beklagte habe seit dem 1. April 1983 ein Gewerbe betrieben, das die Errichtung von Videotheken, die Vermittlung von Anzeigen und den Einzelhandel mit Damenwäsche zum Gegenstand gehabt habe; ferner sei er Ende 1985 Geschäftsführer und beherrschender Gesellschafter von vier weiteren im Videogeschäft tätigen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (unter ihnen die Beklagte zu 2) gewesen. Der Beklagte war damit in der Lage, seine wirtschaftlichen Interessen nicht nur in der G., sondern außerdem auch sowohl in seinem Einzelunternehmen als auch in jenen anderen Gesellschaften zu verfolgen. Das macht ihn für die Zeit, in der er Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der G. war, zum herrschenden Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG; ein solches kann, wie der Senat entschieden hat, auch eine Einzelperson sein (BGHZ 69, 334, 337 f.; BGHZ 95, 330, 337). Die Revision greift diese Rechtsprechung unter Hinweis auf kritische Stimmen im Schrifttum an (vgl. Wiedemann, ZGR 1986, 656, 671; Priester, ZIP 1986, 137, 141 f.; Ehlke, DB 1986, 523, 524 f.; K. Schmidt, ZIP 1986, 146, 147). Sie meint, in Fällen, in denen der Alleingesellschafter unternehmerische Tätigkeiten außerhalb der GmbH betreibe, möge es gerechtfertigt sein, deren Gläubigern den Zugriff auf die jenen anderweitigen Betätigungen dienenden Vermögensmassen, nicht aber auch auf das Privatvermögen des Gesellschafters zu ermöglichen; die Gläubiger könnten auch dadurch gefährdet

werden, daß der Gesellschafter eigene private Interessen auf Kosten der Gesellschaft fördere, ohne daß daran allein Haftungsfolgen geknüpft seien.

Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt. Der letztgenannte Einwand läßt außer acht, daß das Aktiengesetz gerade deswegen zwischen Unternehmens- und anderen Aktionären unterscheidet, weil von einem Großaktionär, dessen wirtschaftliche Tätigkeit sich auf das eine Unternehmen beschränkt, erwartet wird, er werde im Regelfall das Interesse dieses Unternehmens als sein eigenes betrachten und keine ihm zuwiderlaufenden Sonderinteressen verfolgen; bei einem Aktionär, der sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, wird dagegen die Gefahr, daß er seine Einwirkungsmöglichkeiten in der Gesellschaft dazu benutzen könnte, seine unternehmerischen Eigeninteressen zu Lasten der Gesellschaft zu fördern, typischerweise vorausgesetzt (BGHZ 69, 334, 337). Diese Bewertung der Interessenlage und der daraus hervorgehenden Gefahren kann nicht anders ausfallen, wenn die beherrschte Gesellschaft eine GmbH ist, und sie kann auch nicht anders ausfallen, wenn es sich bei dem Gesellschafter um eine Einzelperson handelt. Die Ansicht, es sei nicht gerechtfertigt, den Gläubigern den Zugriff auf das gar nicht für die anderweitigen unternehmerischen Betätigungen eingesetzte Privatvermögen zu gestatten, hat die Fälle im Auge, in denen jene sonstigen Aktivitäten ausschließlich durch die Beteiligung an weiteren Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds betrieben werden. Es wird geltend gemacht, es stelle einen Wertungswiderspruch zur Selbständigkeit der juristischen Person und zur Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) dar, wenn ein Gesellschafter, der seine unternehmerische

Betätigung auf mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung aufteile, unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten den Gesellschaftsgläubigern persönlich mit seinem Privatvermögen haften müsse. Um dies zu vermeiden, wird nach Wegen gesucht, einen Haftungsverbund zwischen den Einzelgesellschaften unter Schonung des Privatvermögens des Gesellschafters herbeizuführen oder dessen Haftung auf sein Beteiligungsvermögen zu beschränken (K. Schmidt, ZIP 1986, 146, 147 f.; Ehlke, DB 1986, 523, 526; Ziegler, WM 1989, 1077, 1078 ff.). Dazu ist hier nicht Stellung zu nehmen, weil der Beklagte nicht nur an weiteren Gesellschaften beteiligt war, sondern unabhängig davon auch ein eigenes Einzelunternehmen betrieben hat. Bei einem solchen sind Geschäfts- und Privatvermögen nicht getrennt. Die Unternehmenseigenschaft desjenigen, der selbst als Einzelkaufmann ein Gewerbe betreibt, läßt sich deshalb mit dem Hinweis auf die Legitimität haftungsbegrenzender Unternehmensaufspaltung nicht verneinen. Ein solcher Gesellschafter ist jedenfalls Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG (vgl. Zöllner, ZGR 1976, 1, 10; Koppensteiner, KK z. AktG 2. Aufl. § 15 Rdn. 20 m.w.N.; differenzierend Würdinger, GroßKomm. z. AktG, 1973, § 16 Anm. 6).

b) Der Beklagte war seit dem 31. August 1983 Mehrheits- und seit dem 15. Februar 1985 Alleingesellschafter der G.; in der Zeit vom 31. August 1983 bis zum 30. Mai 1986 war er außerdem ihr alleiniger Geschäftsführer. Die Gesellschaft war damit nicht nur nach der Vermutung des Absatzes 2, sondern bereits nach Absatz 1 des § 17 AktG vom Beklagten abhängig. Das begründet nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG die Vermutung, daß die G. mit dem Beklagten als herrschendem

Unternehmen einen Konzern bildete. Diese Vermutung ist nach dem Prozeßstoff nicht widerlegt. Es ist bisher nicht abschließend geklärt, welche tatsächlichen Umstände zur Widerlegung der Konzernvermutung tauglich sind. In einem Teil des Schrifttums wird als Kriterium des qualifizierten faktischen Konzerns die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit oder Branchennähe genannt (vgl. Priester, ZIP 1986, 137, 142). Im Konzernrecht der Personengesellschaften soll dieser Gesichtspunkt für die Widerlegung der Konzernvermutung eine Rolle spielen (Staub/Ulmer, HGB 4. Aufl. Anh. § 105 Rdn. 31). Auf der anderen Seite sind Konzernzusammenschlüsse auch zwischen branchenfremden Unternehmen, insbesondere bei einheitlicher Leitung im finanziellen Bereich, möglich (BGHZ 107, 7, 20; vgl. auch Koppensteiner aaO § 18 Rdn. 34); konzernspezifische Gefährdungen sind auch bei ganz unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen der einzelnen Unternehmen denkbar (Stimpel, ZGR 1991, 144, 157).

Die Frage braucht hier nicht vertieft zu werden. Nach der insoweit von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts befaßte sich der Beklagte in seinem Einzelunternehmen u.a. mit der Errichtung von Videotheken. Die G. verkaufte Videokopien, die sie u.a. durch die Klägerin herstellen ließ, an Videotheken. Zwischen beiden Unternehmensgegenständen bestand damit ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang; die Unternehmen waren von ihrem Betätigungsfeld her aufeinander bezogen. Aus einer solchen Interessenverbindung können sich konzernspezifische Gefahren ergeben. Dafür, daß der Beklagte die G. unter Wahrung finanzieller Selbständigkeit geführt hätte, gibt es in seinem Tatsachenvortrag keine Anhaltspunkte. Das von der Revisionserwiderung zu Recht herangezogene Fernschreiben des Be-

klagten vom 28. (nicht 8.) Februar 1986 deutet auf das Gegenteil hin. Der Beklagte hat dort angeboten, Schulden der G. durch Übertragung von Fernsehrechten "aus einer meiner anderen Firmen" abzudecken.

2. Das Berufungsgericht hat auf die Beherrschung der G. durch den Beklagten zu Recht die Haftungsregeln im qualifizierten faktischen Konzern angewandt.

a) Der Senat hat § 302 AktG (BGHZ 107, 7, 15 ff.) und § 303 AktG (BGHZ 95, 330, 346 ff.) auf die abhängige GmbH bei Vorliegen eines sog. qualifizierten faktischen Konzerns auch ohne Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages entsprechend angewandt. Daran ist festzuhalten. Die grundlegenden Bedenken, die gegen diesen (Teil-) Analogieschluß in jüngerer Zeit Koppensteiner vorgetragen hat (Rowedder, GmbHG 2. Aufl. Anh. § 52 Rdn. 60 ff.), sind nicht gerechtfertigt. Dieser begründet seinen ablehnenden Standpunkt u.a. - mit weiteren Argumenten hat sich der Senat in den früheren Entscheidungen bereits auseinandergesetzt - damit, daß es im faktischen Konzern anders als beim Beherrschungsvertrag an der Zustimmung der Gesellschafterversammlung des herrschenden Unternehmens fehle (aaO Rdn. 61 a). Daran ist richtig, daß entgegen der Schutzvorschrift des § 293 Abs. 2 AktG, die nach der Rechtsprechung des Senats entsprechend anzuwenden ist, wenn die herrschende Gesellschaft eine GmbH ist (BGHZ 105, 324), deren Minderheitsgesellschafter mit Verlustausgleichsansprüchen belastet werden können, ohne daß dies eine Grundlage und Rechtfertigung in einem Zustimmungsbeschuß findet. Indessen werden die sich

daraus ergebenden Probleme im Verhältnis der Minderheitsgesellschafter zu ihrer Gesellschaft oder dieser zur Geschäftsführung ausgetragen werden müssen. Die fehlende Zustimmung rechtfertigt es jedenfalls nicht, der von der Einbeziehung in die Konzerngeschäftsführung betroffenen abhängigen Gesellschaft, d.h. deren Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern, den Ausgleich zu versagen. Übrigens zieht Koppensteiner selbst diese Konsequenz nicht; nach seiner Ansicht kann der abhängigen Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen ein nach § 287 ZPO als Verlustausgleich zu pauschalierender Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Herbeiführung des qualifizierten Konzernzustands zustehen (aaO Rdn. 61 b, 37). Auch bei Zubilligung eines solchen Anspruchs würden die Minderheitsgesellschafter mit der sich daraus ergebenden Verbindlichkeit des herrschenden Unternehmens belastet werden.

b) Ein qualifizierter faktischer Konzern liegt nach der Rechtsprechung des Senats im Ausgangspunkt dann vor, wenn das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH dauernd und umfassend geführt hat (BGHZ 95, 330, 344; BGHZ 107, 7, 17). Ist das der Fall, so ist dies zunächst ein ausreichendes Indiz dafür, daß der gleiche die etwaigen Minderheitsgesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger gefährdende Zustand eingetreten ist, an den im aktienrechtlichen Vertragskonzern die Haftung geknüpft ist. Dieses Indiz kann allerdings - anders als dort - entkräftet werden. Denn anders als dem an einem Beherrschungsvertrag beteiligten Unternehmen (vgl. § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG) ist es den Gesellschaftern einer GmbH trotz ihrer gesetzlichen Weisungsbefugnis nicht erlaubt, die abhängige Gesellschaft im

Konzerninteresse zu benachteiligen (insofern mißverständlich BGHZ 107, 7, 18). Die Lage im faktischen GmbH-Konzern, in dem das herrschende Unternehmen die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft umfassend an sich gezogen hat, deckt sich wegen dieses Unterschiedes nicht voll mit derjenigen im durch einen Beherrschungsvertrag begründeten Konzern (vgl. auch Stimpel, ZGR 1991, 144, 150 ff., 154). Den aus diesem Grunde zugelassenen, die Haftung ausschließenden Gegenbeweis hat der Senat zunächst dahin formuliert, es müsse feststehen, daß der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbständigen GmbH deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders geführt hätte (BGHZ 95, 330, 340). Das hat zu Mißverständnissen geführt; ein Teil des Schrifttums hat jene Formulierung im Sinne einer auf schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten beruhenden Haftung verstanden (so zuletzt K. Schmidt, ZIP 1989, 545, 547 m.w.N.). In Wirklichkeit geht es indessen bei der vom Senat praktizierten Teilanalogie zu den Haftungsregeln im aktienrechtlichen Vertragskonzern nicht um eine Haftung wegen schuldhaft nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung (so aber Lutter, ZIP 1985, 1425, 1429, 1433 f., und AG 1990, 179, 182; Timm, NJW 1987, 977, 982), sondern um die Pflicht zur Übernahme des Risikos (vgl. Stimpel, ZGR 1991, 144, 154), das sich aus der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in die übergeordneten Konzerninteressen ergibt. Zwischen den beiden Urteilen des Senats vom 16. September 1985 (BGHZ 95, 330) und vom 20. Februar 1989 (BGHZ 107, 7) besteht insoweit entgegen der Interpretation von K. Schmidt (ZIP 1989, 545 ff.) kein grundsätzlicher Unterschied (vgl. auch Stimpel, ZGR 1991, 144, 156). Nach der letzteren Entscheidung sind die Haftungsvoraussetzungen als ausgeräumt anzusehen, soweit die eingetretenen

Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben (BGHZ 107, 7, 18). Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, daß Grundlage der Verlustübernahmepflicht im GmbH-Konzern lediglich die Vermutung ist, bei umfassender Führung der Geschäfte der abhängigen GmbH sei auf deren Belange zugunsten des Konzerninteresses nicht ausreichend Rücksicht genommen worden und darin liege der Grund für die eingetretenen Verluste. Eine solche Vermutung ist nicht mehr berechtigt, wenn feststeht, daß die tatsächlich entstandenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben (ähnlich bereits Ulmer, AG 1986, 123, 128; ders., NJW 1986, 1579, 1585; für die konzernierte Personengesellschaft auch Staub/Ulmer aaO Anh. § 105 Rdn. 75; vgl. ferner Decher, DB 1989, 965, 968).

c) Daraus folgt für den vorliegenden Fall:

aa) Der Beklagte war, seitdem er Mehrheits- und später Alleingesellschafter der G. war, bis zum 30. Mai 1986 auch deren alleiniger Geschäftsführer. Schon hieraus ergibt sich, daß er die Gesellschaft dauernd und umfassend geleitet hat. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so braucht zwar die Besetzung eines Teils dieser Positionen mit Vertrauensleuten oder Mitgliedern der Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens noch nicht ohne weiteres für die Annahme einer umfassenden Einflußnahme auszureichen (BGHZ 107, 7, 19; Semler, FS Stiefel [1987], S. 747, 755; Hoffmann-Becking in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 68, 83; Lutter, AG 1990, 179, 183; a.A. wohl Schäcker, ZHR 151 [1987], 59, 65). Führt aber der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter

einer GmbH deren Geschäfte als alleiniger Geschäftsführer, dann ist das eine Art der Ausübung der Leitungsmacht, wie sie intensiver kaum vorstellbar ist (zu Unrecht a.A. Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. Anh. § 13 Rdn. 18). Das hat freilich zur Folge, daß bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung der mindestens mehrheitlich beteiligte Gesellschafter, der gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer ist, schon immer dann persönlich für die Verluste der Gesellschaft einzustehen und - wegen der entsprechenden Anwendung des § 303 AktG - unter Umständen den Gläubigern zu haften hat, wenn er sich noch anderweit unternehmerisch betätigt. Darin liegt aber nicht, wie geltend gemacht worden ist (Altmeppen, ZIP 1990, 1079), ein Wertungswiderspruch zum gesetzlichen Ausschluß der persönlichen Haftung des GmbH-Gesellschafters (§ 13 GmbHG). Betreibt der die GmbH beherrschende Mehrheits- oder Alleingesellschafter-Geschäftsführer gleichzeitig ein eigenes Unternehmen, so begründet dies die typischen Gefahren für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, denen das Konzernrecht mit seinen Schutzinstrumenten entgegenwirken soll. Dem Gläubiger einer GmbH kann dieser Schutz nicht mit der Begründung versagt werden, er pflege, wenn er mit einer solchen Gesellschaft Geschäftsbeziehungen aufnehme, nicht auf die Solvenz des geschäftsführenden Mehrheits- oder Alleingesellschafters zu vertrauen; er müsse immer damit rechnen, daß dieser noch anderweitig unternehmerisch tätig sei und die Gesellschaft kraft seiner umfassenden Herrschaft über sie schädigen könne (so aber Altmeppen aaO). Ein grundlegender Unterschied zum aktienrechtlichen Vertragskonzern ist insoweit nicht ersichtlich. Das Schutzbedürfnis der Gläubiger von derart beherrschten kleineren Gesellschaften

mit beschränkter Haftung ist nicht minder groß als dasjenige der Gläubiger einer Aktiengesellschaft, die sich der Leitung eines anderen Unternehmens durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages unterworfen hat (zutreffend Stimpel, ZGR 1991, 144, 156 ff.).

bb) Der Beklagte hat behauptet, die Verluste der G. beruhten allein darauf, daß sie im Jahre 1986 mit Außenständen in Höhe von rund 2 Mio. DM, mindestens aber ca. 1,6 Mio. DM, ausgefallen sei. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand mit der Begründung nicht gelten lassen, uneinbringliche Außenstände besagten als solche nicht, daß dafür nicht die Geschäftsführung ursächlich gewesen sei; daß etwa der wesentliche Geschäftspartner der Gesellschaft in Konkurs gefallen sei, habe der Beklagte nicht vorgetragen. Die Revision hält diesen Standpunkt für zu eng. Sie meint, vom herrschenden Unternehmen könne nicht verlangt werden, daß es die gesamte Geschäftsentwicklung während der Dauer des Konzernverhältnisses darlege und daß es beweise, daß jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme sachgerecht gewesen sei. Damit hat sie im Grundsatz Recht. Ihr Angriff gegen das Berufungsurteil ist in diesem Punkt aber trotzdem im Ergebnis nicht begründet. Das herrschende Unternehmen hat für die Verluste nicht einzustehen, wenn bei deren Entstehung das Konzerninteresse keine Rolle gespielt hat. Dies läßt sich bei Forderungsausfällen nur dann bejahen, wenn sie in außergewöhnlichem Ausmaß infolge eines plötzlichen Vermögensverfalls der betroffenen Schuldner eintreten. Kommt es zu solchen Ausfällen, dann scheitert der Gegenbeweis nicht daran, daß sie für einen sorgfältigen Geschäftsführer vorhersehbar und vermeidbar gewesen wären, solange nicht Anhaltspunkte dafür

vorhanden sind, daß die Vernachlässigung jener Risiken durch Konzerninteressen begründet sein könnte. Dagegen stehen Forderungsausfälle, die sich in dem in der jeweiligen Branche und dem speziellen Kundenkreis üblichen und einkalkulierten Umfang halten, der konzernrechtlichen Haftung nicht entgegen. Sie gehören zu den laufenden Kosten; mit ihnen kann die oben genannte Vermutung ebensowenig wie mit der Entstehung sonstiger laufender Geschäftskosten widerlegt werden.

In der vom Beklagten vorgelegten Vermögensaufstellung auf den 31. Dezember 1985 sind zwar Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von 1.596.259 DM aufgeführt, und die Bilanz zum 31. Dezember 1986 enthält für solche Forderungen nur noch einen Betrag von 118.362,47 DM. Nach der Gewinn- und Verlustrechnung 1986 betrug die Abschreibung auf Forderungen in diesem Jahr aber nur 111.797,28 DM. Bei Umsatzerlösen von rund 3,4 Mio. DM ergibt sich daraus kein außergewöhnlich hoher Abschreibungssatz. Der Beklagte hat sein Vorbringen in diesem Punkt nicht näher erläutert, obwohl die Klägerin ausdrücklich auf die Gewinn- und Verlustrechnung hingewiesen und behauptet hat, die aus der Vermögensaufstellung ersichtlichen Forderungen seien in der Bilanz zum 31. Dezember 1985 nicht enthalten gewesen. Der Vortrag des Beklagten ist daher in diesem Punkt insgesamt nicht schlüssig; der von ihm angebotene Zeugenbeweis brauchte nicht erhoben zu werden.

3. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Recht entsprechend § 303 AktG zur Erfüllung der gegen die G. gerichteten Forderungen der Klägerin verurteilt.

a) Der Senat hat bisher offengelassen, ob die Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG auch für die Einmann-GmbH gilt (BGHZ 107, 7, 16). Die entsprechende Anwendung des § 303 AktG hat er dagegen bejaht und dazu ausgeführt, sie hänge nicht davon ab, ob man die Verlustausgleichspflicht bejahe oder verneine (BGHZ 95, 330, 346). Letzteres ist im Schrifttum in Zweifel gezogen worden (Rehbinder, AG 1986, 85, 87; Ulmer, AG 1986, 123, 124 f.; Assmann, JZ 1986, 881, 883; Fleck, WM 1986, 1205, 1213; Vonnemann, BB 1990, 217, 221). Es mag auf sich beruhen, ob diese Zweifel berechtigt sind. Denn bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen schuldet auch der Einmann-Gesellschafter einer GmbH Verlustausgleich. Die Verlustübernahmepflicht dient zumindest auch dazu, einen Ausgleich dafür zu schaffen, daß die Kapitalsicherungsvorschriften im Vertragskonzern rechtlich (§ 291 Abs. 3 AktG) und im qualifizierten faktischen Konzern in ihrer tatsächlichen Wirksamkeit außer Kraft gesetzt sind (BGHZ 107, 7, 18). Die Kapitalsicherungsregeln dienen dem Gläubigerschutz und haben deshalb auch in der Einmann-Gesellschaft volle Gültigkeit; diese kann auf die Einhaltung der dafür maßgebenden Vorschriften nicht verzichten. Aus diesem Grunde hat auch im qualifizierten faktischen Einmann-Konzern das herrschende Unternehmen die Verluste der abhängigen Gesellschaft auszugleichen.

Ob die Ausgleichspflicht nur insoweit besteht, als das Gesellschaftsvermögen - während der Dauer der qualifizierten Beherrschung - unter die Stammkapitalziffer abgesunken ist, ist hier ebensowenig zu entscheiden, wie die Frage, ob insoweit zur mehrgliedrigen Gesellschaft ein Unterschied besteht (vgl. dazu Rehbinder, AG 1986, 85, 98; Ulmer,

AG 1986, 123, 129 und NJW 1986, 1579, 1584; Assmann, JZ 1986, 928, 935 f.; Stimpel in: Bilanz- und Konzernrecht [FS Goerdeler], 1987, S. 601, 614; ders. in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 11, 24; ders., ZGR 1991, 144, 158 f.). Entgegen der Ansicht der Revision kommt unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls eine Beschränkung der sich aus der entsprechenden Anwendung des § 303 AktG für das herrschende Unternehmen ergebenden Verpflichtungen nicht in Betracht. § 303 AktG soll die Gesellschaftsgläubiger vor dem Risiko bewahren, mit ihren Forderungen deswegen auszufallen, weil die abhängige Gesellschaft nach Beendigung des Unternehmensvertrages und entsprechend im GmbH-Konzern nach dem Ende des qualifizierten Beherrschungszustands nicht mehr lebensfähig ist (vgl. Koppensteiner, KK z. AktG 2. Aufl. § 303 Rdn. 2). Die Bestimmung greift daher unabhängig davon ein, ob die Verluste der abhängigen Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen tatsächlich ausgeglichen worden sind oder nicht; der auf einen bestimmten Stichtag bezogene Verlustausgleich kann vor oder nach seiner Leistung wieder verwirtschaftet sein (vgl. Fleck, WM 1986, 1205, 1213; Stimpel, FS Goerdeler, S. 617). Ansprüche aus § 303 AktG sind dementsprechend der Höhe nach auch nicht durch einen noch offenstehenden Verlustausgleichsanspruch begrenzt. Das herrschende Unternehmen haftet jedem nach Beendigung des Konzernverhältnisses noch nicht befriedigten Gläubiger unbeschränkt auf Sicherheitsleistung oder - unter bestimmten Voraussetzungen - auf Zahlung (Stimpel, FS Goerdeler, S. 618). Hat danach ein der Höhe nach unbeschränkter Verlustausgleichsanspruch keinen Einfluß auf den Umfang der Gläubigeransprüche nach § 303 AktG, so wäre das bei einem etwa auf die Auffüllung des Stammkapitals beschränkten Verlustausgleichsan-

spruch nicht anders. Eine solche Beschränkung würde lediglich bedeuten, daß die entstandenen Verluste - nur - insoweit auszugleichen sind, wie es im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. Ist die Stammkapitalziffer gedeckt, dann kann unter der Voraussetzung, daß das Bilanzvermögen nicht überbewertet ist, grundsätzlich kein Gläubiger mit seiner Forderung ausfallen. Tritt ein solcher Ausfall nach Beendigung des Beherrschungszustands dennoch ein, dann hat sich gerade hierin eine Gefahr verwirklicht, gegen die § 303 AktG die Gläubiger absichern soll. Das gilt auch für die Einmann-Gesellschaft. Der Gläubigerschutz ist hier nicht schwächer ausgestaltet als in der mehrgliedrigen Gesellschaft.

Auf die von der Revision angeschnittene Frage, ob in jedem Fall auch diejenigen Gläubiger geschützt sind, deren Forderungen bereits vor der Begründung des qualifizierten Beherrschungszustands entstanden sind, kommt es hier nicht an. Sie weist darauf hin, daß nach § 302 Abs. 1 AktG nur die "während der Vertragsdauer", im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern also nur die während dessen Dauer entstehenden Jahresfehlbeträge auszugleichen seien. Der Wortlaut des § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG, der nur Forderungen ausschließt, die nach der Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrages in das Handelsregister entstanden sind, dürfte freilich eher gegen eine solche Einschränkung sprechen. Die Altgläubiger können gerade durch den qualifizierten Beherrschungszustand die Befriedigungsmöglichkeit verloren haben. Auch soweit diese schon vorher nicht mehr bestanden haben sollte, erschiene es kaum praktikabel, auf den Zeitpunkt des Beginns des qualifizierten Beherrschungszustands eine Quote zu errechnen, die auf den einzelnen Gläubiger damals entfal-

len wäre. Im vorliegenden Fall sind jedenfalls die Forderungen der Klägerin nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts in den Jahren 1984 bis Anfang 1986 und damit sämtlich in dem Zeitraum begründet worden, in dem der Beklagte entweder Mehrheits- oder Alleingesellschafter und gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer der G. war.

b) Nach § 303 AktG hat das herrschende Unternehmen den Gläubigern Sicherheit zu leisten; einen Zahlungsanspruch der Gläubiger sieht die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht vor. Ein solcher Zahlungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen besteht nach der Rechtsprechung des Senats gleichwohl, wenn die abhängige Gesellschaft vermögenslos ist und deshalb die Forderung nicht mehr erfüllen kann; denn dann hat eine vorherige Sicherheitsleistung keinen Sinn mehr (BGHZ 95, 330, 347). Im Schrifttum ist gegen diese Rechtsprechung eingewandt worden, die gesellschaftsrechtliche Innenhaftung habe Vorrang vor Durchgriffsansprüchen der Gläubiger gegen den herrschenden Gesellschafter; durch solche Ansprüche werde das Konkursverfahren ausgehöhlt und eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger verhindert (Rehbinder, AG 1986, 85, 97), es sei denn, man weise etwaige direkte Gläubigeransprüche im Konkurs der GmbH in entsprechender Anwendung des § 171 Abs. 2 HGB dem Konkursverwalter zu (dazu Wiedemann, ZGR 1986, 656, 667; Assmann, JZ 1986, 928, 937; K. Schmidt, ZIP 1986, 146, 147). Diese Kritik ist nicht berechtigt. Wird Konkurs eröffnet, so besteht nur der Anspruch auf Sicherheitsleistung, solange der Ausfall nicht feststeht (BGHZ 95, 330, 347); ein etwaiger Verlustausgleichsanspruch gehört zur Konkursmasse. Steht der Ausfall fest, dann können die Sicherheiten verwertet werden. Kommt

es gar nicht erst zum Konkurs, weil die Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird, oder wird die vermögenslose Gesellschaft still liquidiert, dann hat Sicherheitsleistung, wie gesagt, keinen Sinn mehr. Das erkennt Werner (FS Goerdeler, 1987, S. 677, 686 f.), der anhand eines Vergleichs mit anderen Sicherheitsleistungsvorschriften darzulegen versucht hat, daß der Gesetzgeber das herrschende Unternehmen nicht zur Zahlung habe verpflichten wollen. In den erwähnten Fällen tritt deshalb anstelle der Sicherheitsleistung der unmittelbare Zahlungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen.

Derartige Zahlungsansprüche dem Konkursverwalter in die Hand zu geben, ließe sich jedenfalls insoweit durch eine analoge Heranziehung des § 171 Abs. 2 HGB nicht rechtfertigen, als das herrschende Unternehmen etwaige Verlustausgleichsansprüche bereits erfüllt hat; denn bei dem Anspruch aus § 303 AktG handelt es sich im Gegensatz zur Kommanditistenhaftung um eine unbeschränkte Haftung, durch die in erster Linie gerade im Konkurs der Gesellschaft ausgefallene Forderungen abgedeckt werden sollen (vgl. Stimpel, FS Goerdeler S. 601, 618). Stehen allerdings noch Verlustausgleichsansprüche offen, so ist insoweit noch Gesellschaftsvermögen vorhanden; der Gläubiger müßte dann eigentlich entweder darauf hinwirken, daß der Konkurs doch noch eröffnet wird, oder er könnte, was die Klägerin auch tatsächlich getan hat, den Verlustausgleichsanspruch pfänden und sich überweisen lassen, um ihn dann gegen das herrschende Unternehmen geltend zu machen. Indessen ist den Gläubigern dieser umständliche Weg nicht zuzumuten, wenn kein anderer Gläubiger bereit ist, das Konkursverfahren gegen die

liquidierte Gesellschaft zu betreiben. So ist es offensichtlich im vorliegenden Fall. Die Klägerin hat zwar in der Klageschrift vorgetragen, gegen die G. seien bei zwei verschiedenen Gerichten Konkursanträge gestellt worden; es müsse zunächst geklärt werden, welches Gericht zuständig sei. Später ist aber keine der Parteien mehr auf diesen Punkt zurückgekommen. Im Handelsregister ist die Gesellschaft am 23. Dezember 1988 wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden. Hier kommt noch hinzu, daß die Klägerin, wie erwähnt, einen etwaigen Verlustausgleichsanspruch der G. gegen den Beklagten - zulässigerweise (Koppensteiner, KK § 302 Rdn. 20 m.w.N.) - hat pfänden und sich überweisen lassen. Er stünde deshalb der Masse in einem etwa jetzt noch zu eröffnenden Konkursverfahren nur noch insoweit zur Verfügung, als er die Ansprüche der Klägerin übersteigen sollte. Reicht er dagegen nicht aus, dann haftet der Beklagte der Klägerin wegen des weitergehenden Forderungsbetrages - wie auch etwaigen sonst noch vorhandenen Gläubigern - unbeschränkt.

c) Nach § 303 Abs. 1 AktG bezieht sich die Sicherstellungspflicht des herrschenden Unternehmens auf Forderungen, die vor Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrages in das Handelsregister begründet worden sind. Im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern fehlen Publizitätsvorschriften. Deshalb kann entgegen der Ansicht der Revisionserweiterung hier nicht auf die "Publizierung des Beherrschungsverhältnisses" abgestellt werden; vielmehr tritt an die Stelle der Registereintragung die tatsächliche Beendigung des Beherrschungsverhältnisses (BGHZ 95, 330, 347). Diese trat hier, wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, am 30. Mai 1986 ein. An diesem Tag scheint der Beklagte aus

der Geschäftsführung ausgeschieden zu sein; zu der Behauptung der Klägerin, bei seinem Nachfolger W. habe es sich um einen Strohhalm gehandelt, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Die Revision meint, der Beklagte brauche unter diesen Umständen für die Kosten des Prozesses gegen die G. in Höhe von 36.675,25 DM, deren Erstattung die Klägerin ebenfalls verlangt, nicht einzustehen. In der Tat ist der Prozeßkostenerstattungsanspruch gegen die Gesellschaft - bedingt - erst mit der Klageerhebung am 21. August 1986 und damit nach dem 30. Mai 1986 entstanden.

2.

Gleichwohl haftet der Beklagte auch für die Prozeßkosten. Der Sinn des § 303 AktG besteht darin, die Gläubiger gegen das Risiko der Insolvenz der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich solcher Forderungen abzusichern, die bis zur Beendigung des Beherrschungsverhältnisses begründet worden sind. Die Gläubiger müssen deshalb so gestellt werden, wie wenn ihre Ansprüche rechtzeitig erfüllt worden wären. Der Anspruch gegen das herrschende Unternehmen erstreckt sich aus diesem Grunde auch auf die Zinsen (Peltzer, AG 1975, 309, 311; Koppensteiner, KK § 303 Rdn. 14). Dasselbe gilt für die zur Durchsetzung der Forderungen gegen die abhängige Gesellschaft aufgewandten Prozeßkosten, auch wenn der Prozeß erst nach dem an sich maßgebenden Zeitpunkt begonnen worden ist.

d) § 303 Abs. 1 AktG bestimmt, daß nur solchen Gläubigern Sicherheit zu leisten ist, die sich binnen sechs Monaten melden, nachdem die Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrags bekannt gemacht worden ist. Der Senat hat dazu im Urteil vom 16. September 1985 ausgesprochen, die

Sechsmonatsfrist komme für den faktischen GmbH-Konzern nicht in Betracht, weil diesem eine entsprechende Publizität fehle; an ihre Stelle träten die allgemeinen Verwirkungsgrundsätze (BGHZ 95, 330, 347). Die Revision stellt diese Auffassung zur Überprüfung. Sie weist dazu auf die Ausführungen Werners (FS Goerdeler S. 694 f.) hin, wonach neben anderen, hier nicht in Betracht kommenden Anknüpfungspunkten für den Fristbeginn die Fruchtlosigkeit einer vom einzelnen Gläubiger eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahme treten soll.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Sechsmonatsfrist ist in § 303 AktG in einer Weise geregelt, die sicherstellt, daß für die einzelnen Gläubiger kein Zweifel darüber bestehen kann, wann sie beginnt; denn nach Abs. 1 Satz 2 sind die Gläubiger in der Bekanntmachung der Eintragung der Vertragsbeendigung auf das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, hinzuweisen. Ein solcher Weg ist verschlossen, wo keine Eintragung und damit auch keine Bekanntmachung vorgesehen ist. Kenntnis des Gläubigers von der Insolvenz der Gesellschaft bedeutet noch nicht Kenntnis davon, daß ein qualifizierter faktischer Konzern vorgelegen hat. Der Vorschlag, dem herrschenden Unternehmen die Berufung auf den Ablauf der Frist zu versagen, wenn der Gläubiger das Vorliegen eines qualifizierten faktischen Konzerns auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (Werner aaO), läuft wiederum auf eine - mit Verschuldensmomenten verknüpfte - Verwirkungslösung hinaus, nur mit dem Unterschied, daß die Beweislast dann nicht beim herrschenden Unternehmen, sondern beim Gläubiger liegt. Auch das ginge aber im Hinblick darauf, daß es im Einzelfall außerordent-

lich ungewiß sein kann, ob ein qualifizierter faktischer Konzern vorliegt, zu weit. Vor allem steht einer solchen Lösung die Bestimmung des § 303 Abs. 1 Satz 2 AktG im Wege.

Die Klägerin hat am 6. Juni 1988 das Pfändungsprotokoll des Gerichtsvollziehers erhalten, aus dem sie entnehmen konnte, daß der Vollstreckungsversuch fruchtlos verlaufen war. Am 3. März 1989 ist Klage eingereicht worden. Anhaltspunkte dafür, daß die Klägerin erheblich früher hätte erkennen können, daß eine Haftung des Beklagten unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten in Betracht kommen könnte, sind nicht vorgetragen. Ein Verwirkungstatbestand läßt sich daher nicht feststellen.

Boujong

Brandes

Dr. Henze

Stodolkowitz

Dr. Goette