

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG § 30; AktG 1965 §§ 16, 17, 18, 302

- a) Zu den Voraussetzungen, unter denen die Beteiligung, die das Vorstandsmitglied eines Bankunternehmens an einem Schuldnerunternehmen hält, der Bank als Treugeberin zuzurechnen ist.
- b) Eine abhängige GmbH hat gegen das herrschende Unternehmen in entsprechender Anwendung des § 302 AktG einen Anspruch auf Verlustausgleich, wenn dieses die Geschäfte der GmbH im finanziellen Bereich dauernd und umfassend geführt hat und nicht dartun und beweisen kann, daß die entstandenen Verluste nicht auf der Geschäftsführung beruhen.

BGH, Urt. v. 20. Februar 1989 - II ZR 167/88 - OLG Hamm

LG Dortmund

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 167/88

URTEIL

Verkündet am:
20. Februar 1989
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Walter van B[REDACTED], Sp[REDACTED]gasse [REDACTED],
G[REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen der
Sch[REDACTED] Bauunternehmung GmbH, In der W[REDACTED], H[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

BA[REDACTED] Bankaktiengesellschaft H[REDACTED], N[REDACTED] Bah[REDACTED]straße [REDACTED]
H[REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Vorstandsmitglie-
der Bernd M. M[REDACTED], R[REDACTED] und Hans W. V[REDACTED],
ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 1988 durch den Vorsitzenden Richter Boujong und die Richter Dr. Bauer, Brandes, Röhricht und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. März 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte - damals eine Genossenschaft - war seit längerer Zeit die Hausbank des Tiefbauunternehmers Sch[REDACTED]. Dieser geriet seit Anfang oder Mitte der siebziger Jahre in zunehmende wirtschaftliche Schwierigkeiten. Das führte spätestens 1982/83 zur Gefährdung der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Kredite. Am 7. September 1983 wurde die Sch[REDACTED] Bauunternehmung GmbH (im folgenden: Gemeinschuldnerin) gegründet; der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen dieser Gesellschaft. Gesellschafter und Geschäftsführer waren Sch[REDACTED] mit einer Einlage von 20.000 DM sowie A[REDACTED] und B[REDACTED] mit je 240.000 DM. Bei A[REDACTED] handelte es sich um einen Angestellten der Beklagten, der dort das Ressort "Mitglieder- und Kundenförderung" leitete. Die Beklagte hatte ihn bereits 1978 bis 1980 als Angestellten des Einzelunternehmens Sch[REDACTED] zu dessen kaufmännischer Leitung eingesetzt. B[REDACTED], der inzwischen verstorben ist, war ein Nachbar und Freund des damaligen Vorsitzenden des Vorstands der Beklagten, Schu[REDACTED]; er war Mitinhaber eines Bauunternehmens, das ebenfalls in erheblichem Umfang Kredite der Beklagten in Anspruch genommen hatte und sich bereits zu jener Zeit in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand; später geriet B[REDACTED] in Konkurs. Die zu 50 % eingezahlten Stammeinlagen der Gemeinschuldnerin wurden von der SG[REDACTED]-Sa[REDACTED]-Gesellschaft mbH (im folgenden: SG[REDACTED]) finanziert; deren alleiniger Gesellschafter war damals Schu[REDACTED].

Die Gemeinschuldnerin übernahm nach und nach den gesamten Tätigkeitsbereich und Teile der Betriebsausstattung des

Einzelunternehmens Sch[REDACTED]; dieser stellte seinen Betrieb am 1. August 1984 ein. Die Beklagte gewährte der Gemeinschuldnerin ebenfalls Kredite, die zuletzt ein Gesamtvolumen von rd. 7 Mio.DM gehabt haben sollen. Am 2. Mai 1985 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet.

Der Kläger verlangt von der Beklagten unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten Zahlung von 2.884.665,54 DM. Er stützt sich dabei auf eine Reihe von Maßnahmen, durch die die Gemeinschuldnerin geschädigt worden sein soll. Noch im Gründungsstadium übernahm diese von Sch[REDACTED] den zu dessen Einzelunternehmen gehörenden Maschinen- und Fuhrpark für 3 Mio.DM; die Geräte sollen einen tatsächlichen Wert von allenfalls 1 Mio.DM gehabt haben. Im November 1983 trat sie in die zwischen Sch[REDACTED] und der SG[REDACTED] bestehenden Pachtverträge über die beiden Betriebsgrundstücke ein; die SG[REDACTED] hatte die Grundstücke im Jahre 1977 zu nach der Behauptung des Klägers überhöhten Preisen von Sch[REDACTED] und dessen Ehefrau erworben. Der Kläger hat behauptet, der monatliche Gesamtpachtzins von 28.094 DM sei weit überhöht gewesen; angemessen gewesen seien 6.000 DM. Ferner führte die Gemeinschuldnerin die noch von Sch[REDACTED] übernommenen Aufträge zu Ende; die Erlöse dafür, die der Kläger mit 944.832,01 DM beziffert hat, wurden auf einem Konto des Einzelunternehmens vereinbart und zur Rückführung der Verbindlichkeiten Sch[REDACTED]s bei der Beklagten verwandt. Schließlich gewährte die Gemeinschuldnerin im Jahre 1983 der H[REDACTED]-G[REDACTED]sgesellschaft mbH (im folgenden: HB), einer Enkelgesellschaft der Beklagten, einen Kredit von 300.000 DM und im Jahre 1984 dem Gesellschafter Sch[REDACTED] zur Abdeckung eines weiteren

Teils seiner Schulden bei der Beklagten einen Kredit von 1,68 Mio.DM. Die Mittel für diese beiden Darlehen wie auch für die Anschaffung des Maschinen- und Fuhrparks stellte die Beklagte ihrerseits der Gemeinschuldnerin zur Verfügung. Nach der Darstellung des Klägers beruhten all diese Maßnahmen auf Weisungen der Beklagten; die Gemeinschuldnerin soll schon bei ihrer Gründung überschuldet gewesen sein. Der Kläger hat daraus einen Gesamtschaden der Gemeinschuldnerin von rd. 5 Mio.DM errechnet; davon macht er den Teil geltend, der nach seiner Behauptung zur Befriedigung der Konkursforderungen benötigt wird, soweit sie anderen Gläubigern als der Beklagten selbst zustehen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht hat Ansprüche nach den §§ 30, 31 GmbHG nicht geprüft. Nach dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt kann die Klage unter diesem Gesichtspunkt teilweise begründet sein.

1. Die Beklagte selbst war zwar nicht Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin. Es ist aber nach dem jetzigen Prozeßstand nicht auszuschließen, daß sie sich wie eine solche behandeln lassen muß.

a) Der Kläger hat behauptet, die Gesellschafter A [REDACTED] und B [REDACTED] hätten ihre Anteile treuhänderisch für die Beklagte gehalten. Die Einzeltatsachen, die er hierzu vorgebracht hat, lassen diesen Schluß im Ergebnis in der Tat zu. Danach war es so, daß jene beiden Gesellschafter die Anteile auf Veranlassung und unter Druck des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, Schu [REDACTED], nicht im eigenen Interesse übernommen, sondern sich als Strohmänner für eine Übergangszeit "zur Verfügung gestellt" hatten. Die Einlagen wurden allerdings nicht von der Beklagten, sondern von der SG [REDACTED] aufgebracht; mit ihr soll auch eine "Freistellungsvereinbarung" getroffen worden sein, nach der A [REDACTED] und B [REDACTED] so zu stellen gewesen seien, daß ihnen aus der Übernahme der Anteile keine finanziellen Nachteile entstünden. Außerdem waren sie, wie der Kläger weiter vorgetragen hat, der SG [REDACTED] gegenüber verantwortlich; ihnen soll verboten gewesen sein, ohne deren Zustimmung über ihre Anteile zu verfügen oder einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen.

b) Auf der Grundlage dieses Sachverhalts hatten A [REDACTED] und B [REDACTED] zunächst die Stellung von Treuhändern der SG [REDACTED]. Diese befand sich aber ihrerseits in der Hand Schu [REDACTED]; unstreitig war er damals ihr alleiniger Gesellschafter. Das Berufungsgericht hat freilich festgestellt, Schu [REDACTED] habe die Anteile an der SG [REDACTED] nicht "als Vertreter der Beklagten",

sondern im eigenen Interesse gehalten. Diese Feststellung beruht aber auf einem Verfahrensfehler, wie die Revision zu Recht rügt. Der Kläger hat dazu unter Beweisantritt vorge-
tragen, Schulte habe, um der Banken- und Konzernaufsicht zu entgehen, die SG■ als mittelbare "Vorschaltgesellschaft" der Beklagten gegründet; das erforderliche Gesellschaftskapital habe die Beklagte kreditiert. Diese habe sich u.a. der SG■ bedient, um bei ihr entstandene Verluste "bilanztechnisch auszulagern"; sie habe der SG■ auch die Geldmittel zur Verfügung gestellt, mit denen diese aus notleidenden Krediten der Beklagten Immobilien zu utopischen Preisen habe übernehmen müssen. Der Kläger hat allerdings eingeräumt, daß Schu■ mit seinem Vorgehen wohl auch das persönliche Interesse verfolgt habe, unter seiner Verantwortung begangene Verstöße gegen das Kreditwesengesetz zu verdecken. Das schließt es aber nicht aus, daß insoweit ein Treuhandverhältnis zwischen Schu■ und der Beklagten begründet worden ist.

Voraussetzung für die Annahme eines solchen Verhältnisses ist, daß Schu■ entsprechende rechtliche Bindungen zwischen sich als Gesellschafter der zu gründenden GmbH und der Beklagten herbeiführen wollte und konnte. Das ist der Fall, wenn alle Vor- und Nachteile aus der Gesellschaftsgründung der Beklagten zufallen sollten und Schu■ die Rechtsmacht hatte, dies rechtlich zu bewirken. Für ersteres würde es sprechen, wenn sich die vom Kläger behauptete Tatsache als richtig erweisen sollte, daß Gesellschaften mit ähnlicher Zwecksetzung in der ersten Zeit als unmittelbare Tochtergesellschaften der Beklagten gegründet worden seien

und daß Schu[REDACTED] erst dann zur Zwischenschaltung anderer Personen (einschließlich seiner selbst) übergegangen sei, als die Bankenaufsichtsbehörde konzernrechtliche Konsequenzen gefordert habe. Was die Vertretungsmacht betrifft, ist dem bisherigen Sachvortrag nicht zu entnehmen, daß Schu[REDACTED] nach dem Statut der Beklagten Alleinvertretungsmacht hatte (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 GenG) und vom Verbot des § 181 BGB befreit war; das Statut ist nicht vorgelegt. Sollte sich daraus eine Vertretungsmacht nicht ergeben, käme eine Ermächtigung gemäß § 25 Abs. 3 GenG und, soweit es um das Selbstkontrahierungsverbot geht, eine (auch stillschweigend mögliche, BGH, Urt. v. 17. Mai 1971 - III ZR 53/68, WM 1971, 1082, 1084) Gestattung durch die Generalversammlung, möglicherweise auch durch den Aufsichtsrat (vgl. Lang/Weidmüller, GenG, 32. Aufl. § 25 Rdnr. 17) sowie durch die übrigen Vorstandsmitglieder in Betracht, wobei es nach der Rechtsprechung des Senats nicht erforderlich ist, daß die gestattenden Mitglieder des Vertretungsorgans für sich allein - ohne Mitwirkung desjenigen, dem die Vertretung erlaubt werden soll - (gesamt-)vertretungsberechtigt sind (BGHZ 64, 72, 75 ff, zu § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB); auf die hiergegen in einem Teil des Schrifttums geäußerte Kritik (Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 12. Aufl. § 35 Rdnr. 18; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 35 Rdnr. 76; Hachenburg/Mertens, GmbHG 7. Aufl. § 35 Rdnr. 228 m.w.N.) ist im gegenwärtigen Stadium des Rechtsstreits nicht einzugehen.

Das Berufungsgericht hat sich mit dem Vorbringen des Klägers unter den genannten rechtlichen Gesichtspunkten

nicht auseinandergesetzt. Mangels einwandfreier Feststellungen ist daher für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß Schu[REDACTED] die Anteile an der SG[REDACTED] treuhänderisch für die Beklagte hielt. Unter diesen Umständen ist die Beklagte selbst als mittelbare Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin zu behandeln (vgl. BGHZ 81, 311, 315 ff); als solche haftet sie wie ein Gesellschafter für die Rückzahlung von Geldern, die ihr entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG zugeflossen sind (vgl. BGHZ 31, 258, 266 f; BGHZ 75, 334, 335 f).

2. Auf dieser tatsächlichen Grundlage lassen sich die denkbaren Ansprüche nach den §§ 30, 31 GmbHG wie folgt beurteilen:

a) Die Gemeinschuldnerin hat - unstreitig - die von dem Einzelunternehmen Sch[REDACTED] übernommenen halbfertigen Arbeiten fortgeführt, ohne dafür, sei es von diesem, sei es von den Auftraggebern, eine Gegenleistung zu erhalten. Diese haben den Werklohn an Sch[REDACTED] gezahlt, der die Gelder zur Rückführung seiner Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten verwandte; ein Erstattungsanspruch gegen Sch[REDACTED] soll wegen dessen Überschuldung nicht durchzusetzen sein. Insgesamt soll es sich dabei, wie der Kläger unter Hinweis auf ein von ihm vorgelegtes, insoweit von der Beklagten nicht substantiiert angegriffenes Gutachten der Partner Co[REDACTED] Unternehmensberatung GmbH vom 12. November 1984 behauptet hat, um 944.832,01 DM handeln. Da nach seinem weiteren Vortrag bei der Gemeinschuldnerin praktisch seit Gründung eine Unterbilanz bestand (vgl. die in jenem Gutachten enthaltenen Staten auf den 30. September 1983, den 31. März 1984 und den

30. September 1984), verstießen die Leistungen gegen § 30 GmbHG.

Empfänger der (nach dem in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Sachverhalt) unter Vertiefung einer bereits bestehenden Überschuldung erbrachten Leistungen war zum einen Sch[REDACTED], weil dessen Verbindlichkeit gegenüber der Beklagten getilgt wurde. Zum anderen hat aber auch die Beklagte selbst die Leistungen in ihrer Eigenschaft als mittelbare Gesellschafterin erhalten, denn die Gemeinschuldnerin hat, ohne eine Gegenleistung zu bekommen, die Forderung der Beklagten gegen Schiwiek erfüllt (vgl. BGHZ 13, 49, 54 f). Bei dieser Sachlage braucht der weiteren Frage, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen die Haftung eines Gesellschafters wegen schuldhafter Veranlassung von gegen § 30 GmbHG verstoßenden Auszahlungen in Betracht kommt (vgl. BGHZ 93, 146, 149 f; dazu Ulmer, ZGR 1985, 598, 605 f; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, § 37 III 3 c), hier nicht nachgegangen zu werden.

b) Nach der Behauptung des Klägers war der monatliche Pachtzins von 28.094 DM, den die Gemeinschuldnerin an die SG[REDACTED] zu zahlen hatte, überhöht; angemessen sollen nur 6.000 DM gewesen sein. Tatsächlich hat die SG[REDACTED] den Pachtzins ab Januar 1985 auf 6.000 DM ermäßigt. Die übersteigenden Beträge (Differenz von 22.094 DM für die Zeit von Dezember 1983 bis Dezember 1984) von zusammen 287.222 DM sind auf dieser Grundlage, soweit sie das Stammkapital angegriffen oder eine bereits bestehende Überschuldung vertieft haben, gegen § 30 GmbHG verstoßende Auszahlungen. Für ihre Rück-

zahlung haftet nach § 31 GmbHG die Beklagte als mittelbare Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin und der SG. Ihre Behauptung, die Pachtzahlungen seien aus von ihr gewährten Krediten geleistet worden, ändert daran nichts; diesem Vortrag läßt sich nicht entnehmen, daß es sich insoweit um Geldmittel handelte, die - wie bei den Darlehen der Gemeinschuldnerin an Sch. und die HB - zweckgebunden hierfür bereitgestellt wurden.

c) Was den Ankauf des Maschinen- und Fuhrparks zu überhöhtem Preis sowie die Darlehen an Schiwiek (1,68 Mio.DM) und die von der Beklagten beherrschte HB (300.000 DM) betrifft, lassen sich dagegen Ansprüche wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften nur in sehr begrenztem Umfang begründen.

Die Mittel für diese Ausgaben hat unstreitig die Beklagte darlehensweise der GmbH zur Verfügung gestellt. In den beiden ersten Fällen soll das nach der Behauptung des Klägers durch "einfache Umbuchung" in der Weise geschehen sein, daß unter Ablösung der Verbindlichkeiten Schiwieks an dessen Stelle in entsprechender Höhe die Gemeinschuldnerin als Schuldnerin belastet wurde. Die "Auszahlung" i.S. des § 30 GmbHG bestand danach insoweit in der Belastung der Gemeinschuldnerin mit den Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten. Diese sind nach § 31 GmbHG nicht zu erfüllen, solange dazu durch die Stammkapitalziffer gebundenes Gesellschaftsvermögen benötigt oder es zur - weiteren - Überschuldung führen würde. Darin erschöpft sich die Rückgewährpflicht der Beklagten. Das ist der zutreffende Kern des von

ihr eingenommenen Standpunkts, sie könne mit ihren Darlehensrückzahlungsansprüchen aufrechnen. Die Argumentation des Klägers, die Kredite könne die Beklagte, da sie eigenkapitalersetzenden Charakter hätten, unbeschadet ihrer Pflicht zur Erstattung der für Rechnung der Gesellschaft ausgegebenen Gelder nicht zurückverlangen, wird dem wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den beiden Vorgängen nicht gerecht. Aus diesem Grund kommt auch wegen der schon vor Eintragung der Gesellschaft eingetretenen Belastung mit den Mitteln für den Kauf des Maschinen- und Fuhrparks nach den in BGHZ 80, 129, 141 ff aufgestellten Grundsätzen (Unterbilanzhaftung) eine Rückzahlungspflicht der Beklagten nicht in Betracht.

Bei dem Darlehen an die HB ist im übrigen eine Minderung des Gesellschaftsvermögens nicht dargetan. Der Kläger hat nicht behauptet, der Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die HB sei wertlos. Tatsächlich hat diese inzwischen 54.000 DM zurückgezahlt. Zu ihren Verpflichtungen gehört es auch, die an die Beklagte zu zahlenden Kreditzinsen aufzubringen; diese hat sich außerdem für die Rückzahlungsverpflichtung der HB verbürgt.

Anders sind dagegen die Zinsen zu beurteilen, die die Gemeinschuldnerin für die Kredite der Beklagten gezahlt hat, soweit diese den durch den Wert des Maschinen- und Fuhrparks nicht gedeckten Teil des Kaufpreises hierfür und das Darlehen an Schiwek betreffen. Wenn und soweit die Belastung der Gemeinschuldnerin mit jenen Verbindlichkeiten das Stammkapital berührte, verstießen auch die Zinszahlungen gegen § 30 GmbHG; soweit Zinsen gezahlt worden sind, muß die

Beklagte sie nach § 31 GmbHG erstatten. Um welche Beträge es sich dabei handelt, ist im einzelnen nicht vorgetragen; nach dem bereits erwähnten Gutachten der Partner Consult Unternehmensberatung GmbH betrug der Zinssatz jeweils 8,5 %. Soweit allerdings die Gemeinschuldnerin die Zinsen nicht tatsächlich gezahlt haben, sondern damit wiederum nur belastet worden sein sollte, besteht der Rückgewähranspruch gegen die Beklagte ebenfalls nur in der Rückgängigmachung auch dieser Verbindlichkeiten.

II. Da die Beklagte, wie oben ausgeführt, als mittelbare Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin anzusehen ist, stellt sich die Frage, ob sie sich wegen Verstoßes gegen die gesellschaftlicherliche Treuepflicht schadensersatzpflichtig gemacht hat. Indessen würden sich, soweit sich das bejahen ließe, daraus im vorliegenden Fall keine über die Haftung nach den §§ 30, 31 GmbHG hinausgehenden Ansprüche ergeben. Die Frage braucht daher im jetzigen Prozeßstadium, in dem davon auszugehen ist, daß die einzelnen Auszahlungen das Stammkapital angegriffen haben, nicht entschieden zu werden.

III. Der Kläger stützt die Klage auch auf einen Anspruch auf Verlustausgleich analog § 302 AktG. Nach dem Sachverhalt, der in der Revisionsinstanz der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist, sind die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs gegeben.

1. Die Gemeinschuldnerin war danach von der Beklagten abhängig (§ 17 AktG). Wie oben ausgeführt, waren die bei der Gemeinschuldnerin über die Mehrheit verfügenden Gesellschafter Arendt und Böninghaus Treuhänder der SGH. Da weiter zu unterstellen ist, daß deren Alleingesellschafter die Anteile treuhänderisch für die Beklagte hielt, war die Gemeinschuldnerin nicht nur von der SGH, sondern auch von der Beklagten abhängig (§ 16 Abs. 4 AktG; vgl. auch Koppensteiner, KölnKomm. 2. Aufl. § 17 Rdnr. 27). Damit wird vermutet, daß die Beklagte mit der SGH und der Gemeinschuldnerin einen Konzern bildete (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG). Das würde übrigens auch gelten, wenn nur Arendt als Treuhänder der SGH anzusehen sein sollte. Da Schiwiek wegen seiner hohen Verschuldung wirtschaftlich von der Beklagten abhängig war, reichten die 48 % des Stammkapitals, mit denen Arendt beteiligt war, aus, um der Beklagten einen beherrschenden Einfluß auf die Gemeinschuldnerin zu ermöglichen (§ 17 Abs. 1 AktG).

2. Der Senat hat in einem Fall, in dem ein herrschendes Unternehmen die Geschäfte der von ihm abhängigen GmbH dauernd und umfassend leitete, die Vorschriften über den aktienrechtlichen Vertragskonzern grundsätzlich für entsprechend anwendbar erklärt (BGHZ 95, 330, 341 ff). Die Entscheidung hat im Schrifttum, in dem seit längerem die Regelungsbedürftigkeit der GmbH-Konzernstatbestände überwiegend bejaht und Lösungsmöglichkeiten vorgezeichnet worden waren, bis auf wenige Ausnahmen im Grundsatz Zustimmung gefunden (vgl. die Zusammenstellung bei Emmerich, GmbHR 1987, 213). An der ihr zugrundeliegenden Grundkonzeption ist trotz der vereinzelt Kritik (Heinsius, AG 1986, 99; Ehlke, DB 1986, 523; Gäbelein, GmbHR 1987, 221) festzuhalten.

In jener Entscheidung hat sich der Senat nur mit der entsprechenden Anwendung des § 303 AktG befaßt und für den dort zu beurteilenden Sachverhalt eine Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber den Gesellschaftsgläubigern angenommen. Er hat darüber hinaus angedeutet, daß bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gegenüber einer mehrgliedrigen GmbH auch eine Verlustausgleichspflicht entsprechend § 302 AktG in Betracht kommen könne. Diese dort letztlich offen gelassene Frage ist zu bejahen. Beide Vorschriften sind Teil einer zusammengehörigen Regelung und lassen sich daher nicht trennen (vgl. Ulmer, NJW 1986, 1579, 1582 f; Assmann, JZ 1986, 928, 937; Fleck, WM 1986, 1205, 1213; Stimpel, FS Goerdeler, 1987, S. 601, 618). Ob das entgegen den vom Senat seinerzeit geäußerten Zweifeln (BGHZ 95, 330, 345 f) auch für die Einmanngesellschaft gilt, ist hier nicht zu entscheiden. Neben den beiden Gesellschaftern Arendt und Böninghaus, deren Beteiligungen letztlich der Beklagten zuzurechnen sind, gehört der Gemeinschuldnerin auch Schiwiek als weiterer Gesellschafter an. Wenngleich ihm einzelne der die Gemeinschuldnerin belastenden Maßnahmen zugute gekommen sind, können seine Interessen nicht in jeder Hinsicht mit denen der Beklagten gleichgesetzt werden; die Lage ist daher insoweit anders als in der Einmanngesellschaft. Nicht zu entscheiden ist auch die Frage, ob der Verlustausgleich auf den Betrag beschränkt ist, um den das Gesellschaftsvermögen unter die Stammkapitalziffer abgesunken ist (so Ulmer, AG 1986, 123, 129 und NJW 1986, 1579, 1584), und ob in dieser Hinsicht Unterschiede zwischen der mehrgliedrigen GmbH und der Einmanngesellschaft bestehen (vgl. dazu Stimpel a.a.O. S. 614). Auszugleichen ist jedenfalls

nicht nur der Verlust des Stammkapitals, sondern darüber hinaus auch eine eingetretene Überschuldung; das ist nicht anders als im Fall des § 31 GmbHG (dazu BGHZ 60, 324, 331).

3. Unter welchen Voraussetzungen im einzelnen die entsprechende Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den faktischen GmbH-Konzern in Betracht kommt, ist bisher nicht abschließend geklärt.

a) Ausgangspunkt ist der Vergleich mit der Sachlage, wie sie im aktienrechtlichen Vertragskonzern besteht. Dieser ist durch die Gefährdung der Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Gesellschafter und ihrer Gläubiger gekennzeichnet, die sich aus der dort unwiderleglich vermuteten umfassenden Ausübung der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ergibt. Es kommt daher darauf an, unter welchen Voraussetzungen im faktischen GmbH-Konzern von einer ähnlichen Gefährdung ausgegangen werden muß. Der Senat hat in dem erwähnten Urteil vom 16. September 1985 den Eintritt der Rechtsfolgen der §§ 302, 303 AktG an die dauernde und umfassende Ausübung der Leitungsmacht geknüpft, dem herrschenden Unternehmen jedoch die Möglichkeit eingeräumt, der Haftung durch den Beweis zu entgehen, daß der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbständigen GmbH deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders geführt hätte (BGHZ 95, 330, 344). Das hat in einem Teil des Schrifttums Zustimmung gefunden, wobei aber teilweise befürwortet wird, die Vermutung der fehlerhaften Konzernleitung an den Nachweis zu knüpfen, daß die abhängige Gesellschaft durch Eingriffe des herrschenden Unternehmens wiederholt

geschädigt oder existenziell gefährdet worden ist (Lutter, ZIP 1985, 1425, 1433 f; Rehbinder, AG 1986, 85, 96; K. Schmidt, ZIP 1986, 146, 149; Schwarck, JuS 1987, 443, 449 f); es wird auch die Ansicht vertreten, daß unter diesen Voraussetzungen ein Gegenbeweis nicht mehr möglich sei (Timm, NJW 1987, 977, 982). Die Gegenmeinung begnügt sich mit dem Vorhandensein einer gewissen Leitungsdichte oder der Führung des abhängigen Unternehmens nach Art einer eigenen Betriebsabteilung und den schon damit verbundenen Gefahren vor allem für die Gläubiger, insbesondere wegen der dann nicht mehr wirksamen Kapitalerhaltungsvorschriften (Zöllner a.a.O. Rdnrn. 29, 30; Wiedmann, ZGR 1986, 656, 664; Priester, ZIP 1986, 137, 142; Ulmer, AG 1986, 123, 127 f und NJW 1986, 1579, 1584; Assmann, JZ 1986, 928, 936; vgl. auch Emmerich, AG 1987, 1, 5 und GmbHR 1987, 213, 216 sowie Scholz/Emmerich, GmbHG 7. Aufl. Anh. nach § 40 KonzernRdNr. 207), läßt dafür aber teilweise den Gegenbeweis zu, daß die im Konzerninteresse ausgeübte Geschäftsführung für die eingetretenen Verluste nicht ursächlich geworden ist (Ulmer, AG 1986, 123, 128 und NJW 1986, 1579, 1585; hierfür aber auch Rehbinder a.a.O.; ferner schon Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 223, 227; jetzt auch Stimpel a.a.O. S. 618 f; vgl. ferner K. Schmidt, BB 1985, 2074, 2078, der meint, die vom Senat gefundene Lösung laufe auf einen Kausalitätsgegenbeweis hinaus).

Die Verlustübernahmepflicht dient zumindest auch dazu, die Außerkraftsetzung der Kapitalsicherungsvorschriften auszugleichen. Sie kann daher entgegen der bisherigen Annahme des Senats nicht davon abhängen, ob das herrschende Unter-

nehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH pflichtgemäß wie der Geschäftsführer einer selbständigen Gesellschaft geführt hat; Kapitalerhaltungsgrundsätze und ordnungsmäßige Geschäftsführung haben, soweit es um die Gesellschafterhaftung geht, grundsätzlich nichts miteinander zu tun. Deshalb besteht unter dem hier erörterten Gesichtspunkt ein entscheidender Unterschied zum aktienrechtlichen Vertragskonzern auch nicht deswegen, weil es dem GmbH-Mehrheitsgesellschafter im Gegensatz zum herrschenden Aktionär nicht schlechthin verboten ist, die Ausübung der Leitungsmacht am Konzerninteresse auszurichten (so Stimpel, AG 1986, 117, 122 und ZGR Sonderheft 6, 1986, S. 39, 47 f; Fleck, WM 1986, 1205, 1212). Trotzdem ist es geboten, die Haftung des herrschenden Unternehmens einzuschränken. Sie besteht in Übereinstimmung mit der insoweit in der Literatur vertretenen, oben bereits erwähnten Ansicht nicht, soweit die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben. Die Beweislast dafür trägt jedoch auf Grund der vom Senat im Urteil vom 16. September 1985 niedergelegten Erwägungen (BGHZ 95, 330, 344) das herrschende Unternehmen.

Die gesetzlichen Vorschriften für den aktienrechtlichen Vertragskonzern lassen jedenfalls nach ihrem Wortlaut die Haftung des herrschenden Unternehmens freilich nicht davon abhängen, ob die Ausübung der Leitungsmacht die entstandenen Verluste verursacht hat. Das hindert es aber nicht, dies für den faktischen GmbH-Konzern anders zu beurteilen. Beherrschungsverträge sind in vielen Fällen mit Gewinnabführungsverträgen gekoppelt. Dann stellt die Pflicht zur Verlust-

übernahme den Ausgleich für die Verpflichtung des beherrschten Unternehmens zur Gewinnabführung dar. Im übrigen besteht zwischen der rein tatsächlichen Beherrschung und der Ausübung der Leitungsmacht aufgrund eines besonderen Vertrages ein Unterschied, der es nicht geboten erscheinen läßt, die entsprechende Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Bestimmungen weiter auszudehnen, als es nach den zugrundeliegenden Wertungen erforderlich ist.

b) Der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt läßt den Schluß zu, daß die Beklagte durch ihren, wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist, in ihrem Auftrag handelnden Vorstandsvorsitzenden Schulte und über diesen durch die Gesellschafter-Geschäftsführer Arendt und Böninghaus die Geschäfte der Gemeinschuldnerin seit deren Gründung umfassend beeinflußt hat. Die bloße Tatsache, daß jene Vertrauensleute Schultes zu Geschäftsführern der Gemeinschuldnerin bestellt waren, reicht freilich als solche nicht aus (vgl. Zöllner a.a.O. Rdnr. 30). Es wird auch davon auszugehen sein, daß die fachliche, mit dem Baubetrieb zusammenhängende Geschäftsführung in der Hand Schiweks lag, zumal Arendt und Böninghaus davon ohnehin nichts verstanden haben dürften (vgl. auch die Ausführungen in dem vom Kläger vorgelegten, oben erwähnten Gutachten, wonach Schiwek "alle wichtigen Entscheidungen sowohl im kaufmännischen als auch im technischen Bereich" traf). Der Vortrag des Klägers ist aber immerhin so zu verstehen, daß die Beklagte alle finanziellen Entscheidungen an sich gezogen hatte und durch Arendt ausüben ließ; Schecks und Überweisungen durften danach ausschließlich mit dessen Unterschrift ausgestellt werden.

Schon zu einer Zeit, als noch Sch[REDACTED] Alleininhaber des Unternehmens war, sollen die damals bereits in die Betriebsleitung entsandten Bankangestellten den gesamten Zahlungsverkehr kontrolliert haben. Arendt hatte, wie dieser nach einem vom Kläger vorgetragenen Zitat in einem Ermittlungsverfahren ausgesagt hat, in den Jahren 1978 bis 1980 als Angestellter der Firma Sch[REDACTED] dort im Auftrag der Beklagten "auf besondere Weisung Schu[REDACTED]" die kaufmännische Leitung ausgeübt. Zwar sind die Verhältnisse vor Gründung der Gemeinschuldnerin im hier interessierenden Zusammenhang an sich ohne Bedeutung; sie können aber Schlüsse auf das Ausmaß der späteren Einflußnahme auf die Geschäfte der Gemeinschuldnerin zulassen. Nach der weiteren Aussage Arendts war seit Gründung der Gemeinschuldnerin noch ein anderer Angestellter der Beklagten (St[REDACTED]) als förmlicher Angestellter der Gemeinschuldnerin und unter zeitweiliger Auflösung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten in den Betrieb der Gemeinschuldnerin abgestellt. Sollte sich ergeben, daß die Beklagte im finanziellen Bereich die Leitung der Gemeinschuldnerin vollständig an sich gezogen hatte, würde dies unter den hier gegebenen Umständen für die Anwendung des § 302 AktG ausreichen (vgl. zur Bedeutung der Leitungsübernahme in einem zentralen unternehmerischen Bereich Emmerich, GmbHR 1987,, 213, 216). Wie weit tatsächlich in die Führung des Unternehmens eingegriffen worden ist, zeigen die einzelnen, oben unter dem Gesichtspunkt der Ansprüche nach den §§ 30, 31 GmbHG erörterten, die Gemeinschuldnerin benachteiligenden Maßnahmen, die im wesentlichen unstreitig sind. Daß solche schädigenden Eingriffe feststehen, ist zwar entgegen der oben erwähnten, in einem Teil des Schrifttums ver-

tretenen Ansicht nicht Voraussetzung der Verlustübernahmepflicht, kann aber bei der Feststellung des Ausmaßes der ausgeübten Leitungsmacht ein wichtiges Indiz sein.

Sollte danach grundsätzlich eine Haftung der Beklagten zu bejahen sein, müßte - gegebenenfalls nach Ergänzung des Tatsachenvortrags - der Frage nachgegangen werden, ob die bei der Gemeinschuldnerin eingetretenen Verluste andere Ursachen als die im Interesse der Beklagten ausgeübte Geschäftsführung hatten, insbesondere auf branchenspezifische Einbrüche zurückzuführen waren. Ein gewisser Anhalt dafür könnte sich aus dem oben erwähnten Gutachten ergeben, wo von einer schwierigen Situation in der Tiefbaubranche die Rede ist, andererseits allerdings auch davon, daß die Gemeinschuldnerin wegen der "enorm hohen Kostenbelastungen aus der Einzelfirma Schiwek und zu hoher Kosten im Gemeinkostenbereich insbesondere für Miete und Personalgemeinkosten... trotz guten Auftragsbestandes nicht überlebensfähig" sei.

IV. Unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB ist die Klage auf der Grundlage des Tatsachenvorbringens des Klägers nur teilweise begründet.

Durch die oben erwähnten Einzelmaßnahmen sind der Gemeinschuldnerin in sittenwidriger Weise Geldmittel entzogen worden; das mußte wegen deren Überschuldung zur Schädigung der Gläubiger führen. Dies läßt den Schluß auf zumindest bedingten Vorsatz zu. Soweit die Maßnahmen vom Vorstandsvorsitzenden der Beklagten veranlaßt worden sind, muß die

Beklagte sich dessen Verhalten gemäß § 31 BGB zurechnen lassen, sofern es noch in einem inneren Zusammenhang mit seiner Organstellung stand. Das war nach dem Sachverhalt, von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, der Fall. Das Berufungsgericht hat den Anspruch auch unzutreffend mit der Begründung verneint, die zum Schaden führenden Handlungen habe nicht Schulte, sondern hätten die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin vorgenommen. Das wird dem beherrschenden Einfluß nicht gerecht, den jener nach dem Sachvortrag des Klägers, von dem für die Revisionsinstanz mangels gegenteiliger einwandfreier Feststellungen auszugehen ist, auf die Gemeinschuldnerin ausgeübt hat.

Den Anspruch auf Ersatz des den Gläubigern entstandenen Gesamtschadens kann der Kläger als Konkursverwalter aus eigenem Recht verfolgen (BGH, Urt. v. 24. Oktober 1973, VIII ZR 82/72, WM 1973, 1354, 1355; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1985 - II ZR 276/84, WM 1986, 237, 238). Zu den durch § 826 BGB geschützten Gläubigern gehört freilich nicht die SGH, die an den schädigenden Handlungen selbst beteiligt war. Ob der Anspruch auf Beseitigung des durch die Einzelmaßnahmen verursachten Schadens dem Umfang nach über die Rückgewähranprüche nach den §§ 30, 31 GmbHG hinausgeht, ist zweifelhaft; an einem Schaden fehlt es jedenfalls, soweit es um das Darlehen an die HB geht.

Für die Annahme, die Beklagte habe schon bei Gründung der Gemeinschuldnerin die Schädigung der späteren Gläubiger in Kauf genommen, reicht das tatsächliche Vorbringen des Klägers nicht aus. Er hat dazu behauptet, die Gesellschaft

sei "hauptsächlich zur Übernahme und Ansammlung von Schulden" gegründet worden; das Unternehmen sei "mit solchen Vorgaben" nicht lebensfähig gewesen. Das ist so zu verstehen, daß die Beklagte, um den beim Einzelunternehmen Schiwiek entstandenen Wertberichtigungsbedarf zu beseitigen, dessen Schulden auf die zu diesem Zweck gegründete Gemeinschuldnerin habe übertragen wollen und deren Konkurs von vornherein in Kauf genommen habe. Hätte sie dieses angebliche Vorhaben tatsächlich so durchgeführt, daß infolge der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages und der Vertragsbeziehungen der Gemeinschuldnerin zu dem Einzelunternehmen und zu ihr selbst als Hauptgläubigerin alle Gewinnchancen der Gesellschaft ihr hätten zugute kommen und alle Risiken sich zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger hätten auswirken müssen, käme diesen gegenüber eine Haftung nach § 826 für den gesamten ihnen entstandenen Ausfallschaden in Betracht (vgl. Sen.Urt. v. 30. November 1978 - II ZR 204/76, WM 1979, 229 f). Der Gesellschaftsvertrag ist aber nicht so gestaltet, daß notwendigerweise Gläubigerinteressen gefährdet gewesen wären. Vertragliche Vereinbarungen zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Inhaber des Einzelunternehmens, Schiwiek, die zu einer Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger hätten führen müssen, sind nicht vorgetragen. Der zwischen Schiwiek und der Gründungsgesellschaft geschlossene "Rahmenvertrag" vom 7. September 1983 sieht sowohl eine ordnungsgemäße Abwicklung der damals bereits erteilten Aufträge als auch eine Übernahme der Arbeitsgerätschaften zu einem angemessenen Preis (grundsätzlich Buchwert zzgl. stiller Reserven) vor. Wenn später insoweit anders verfahren worden ist, so hat das damit in der Vertragsgestaltung keine Grundlage. Zur Über-

nahme der Schulden des Einzelunternehmens gegenüber der Beklagten hat sich die Gemeinschuldnerin nicht allgemein verpflichtet.

Der Kläger hat weiter behauptet, das von der Gemeinschuldnerin betriebene Unternehmen sei - abgesehen von den nachteiligen Einzelmaßnahmen - unter den gegebenen Umständen von vornherein nicht lebensfähig gewesen. Er bezieht sich, um dies darzulegen, auf das bereits erwähnte Gutachten. In der Tat heißt es dort, wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, die Gesellschaft sei wegen der "enorm hohen Kostenbelastungen aus der Einzelfirma Sch[REDACTED] und zu hoher Kosten im Gemeinkostenbereich, insbesondere für Miete und Personalgemeinkosten ... trotz guten Auftragsbestandes nicht lebensfähig". Das erklärt aber nicht ohne weiteres die Verluste, die verbleiben, wenn man die zugunsten des Einzelunternehmens eingegangenen Verbindlichkeiten, das im Zusammenhang mit den halbfertigen Arbeiten "verschenkte" Geld und den nicht gerechtfertigten Teil der Pachtzinszahlungen abzieht. Immerhin wird in dem Gutachten an anderer Stelle, wie ebenfalls bereits erwähnt, von einer schwierigen Situation in der Tiefbaubranche gesprochen; großes Angebot bei rückläufigem Markt belaste das Preisgefüge, so daß nur unter strengsten wirtschaftlichen Kontrollen Aufträge mit ausreichender Rentabilität zu erhalten seien.

V. Ansprüche aus Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, auf die der Kläger die Klage schließlich auch stützt, hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision zu Recht verneint.

Für einen auf ein Auftragsverhältnis gerichteten Vertragsschluß sind keine Tatsachen vorgetragen. Wenn Schul[REDACTED] die Kreditgewährungen veranlaßt hat, beruht das darauf, daß er nach dem sonstigen Tatsachenvortrag des Klägers für die Beklagte als mittelbare Gesellschafterin Weisungen an die Geschäftsführer erteilt hat; ein Vertragsschluß liegt darin nicht.

Soweit die Beklagte infolge von Leistungen der Gemeinschaftschuldnerin an Schul[REDACTED] Befriedigung wegen ihrer Forderungen gegen diesen erlangt hat, fehlt es an einem Leistungsverhältnis zwischen ihr und der Gemeinschaftschuldnerin.

VI. Damit das Berufungsgericht den Sachverhalt - gegebenenfalls nach Ergänzung des Parteivortrags - unter den

erörterten rechtlichen Gesichtspunkten weiter aufklären und, soweit erforderlich, die angetretenen Beweise erheben kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Röhricht

Dr. Bauer

Stodolkowitz

Brandes