

Zur Kontinuität der Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht

ZHR 172 (2008) 127–132

I. Der Grundsatz des Großen Senates für Zivilsachen

Die Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts, der Richter sei nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden¹, veranlasste den Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofes² im Jahre 1982, eine Lanze für die Rechtssicherheit zu brechen und der über den Wortsinn einer gesetzlichen Regelung hinausreichenden Rechtsprechung ein Korsett anzulegen. Sei die Auslegung älterer Gesetzesbestimmungen im Laufe der Zeit durch eine gefestigte Rechtsprechung ausgeformt worden, verlangten die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung. Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung könne nur ausnahmsweise und nur dann hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprächen.³ Dieser Grundsatz ist nicht nur für die Auslegung maßgebend, sondern beansprucht auch Geltung für die rechtsfortbildende Rechtsprechung, die vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes im Zusammenwirken mit der Rechtswissenschaft im Gesellschaftsrecht entwickelt worden und zu verantworten ist.⁴

II. Beachtung des Grundsatzes in der Rechtsprechung des II. Zivilsenates

Die Rechtsprechung des II. Zivilsenates hat diesen Grundsatz im Allgemeinen beachtet, wenn sich auch die eine oder andere Rechtsprechungslinie nicht gänzlich ohne Reibungsverluste entwickelt hat. In neuester Zeit ist jedoch ein Urteil gefällt worden, dessen Inhalt Zweifel daran aufkommen lässt, ob dem Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes hinreichend Rechnung getragen worden ist.

1 BVerfGE 34, 269, 287.

2 Vgl. § 132 Abs. 1 GVG.

3 BGH, Beschl. v. 4. 10. 1982 – GSZ 1/82, BGHZ 85, 64, 66; vom Großen Senat für Zivilsachen bestätigt durch Beschl. v. 24. 11. 1994 – GSZ 1/94, BGHZ 128, 85, 90 f.

4 Vgl. die Analysen von *Ulmer*, FS 50 Jahre BGH, Bd. 2, 2000, S. 273 ff.; zum Aktienrecht vgl. *Lutter*, FS 50 Jahre BGH, Bd. 2, 2000, S. 273 ff.; Übersicht zum Personengesellschaftsrecht bei *K. Schmidt*, ZHR 171 (2007), 2, 5 f.

Aus der großen Zahl der vom II. Zivilsenat entwickelten Grundsätze, die bis zum heutigen Tage beibehalten, allenfalls rechtlich ergänzt oder fortentwickelt worden sind, seien einige herausgegriffen:

Mit einem Grundsatzbeschluss aus dem Jahre 1988 anerkannte der II. Zivilsenat den GmbH-Vertragskonzern.⁵ Er entwickelte die Voraussetzungen für sein Zustandekommen⁶ und befasste sich mit den Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung.⁷ Diese Rechtsprechung, deren Grundlagen im Schrifttum eingehend vorbereitet worden waren, besteht unangefochten fort. An der Entscheidung *Holz Müller*, die das Erfordernis einer im Gesetz nicht vorgesehenen Zuständigkeit der Hauptversammlung im Innenverhältnis auf Maßnahmen der Geschäftsführung erstreckt hat, die einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte und Interessen der Aktionäre darstellen⁸, hat der Senat trotz der im Schrifttum geübten Kritik⁹ unter Präzisierung seiner Aussagen und der Reichweite seiner Entscheidung¹⁰ sowie der Korrektur ihrer dogmatischen Grundlage an der eingeschlagenen Rechtsentwicklung festgehalten.¹¹ Die Kontinuität der Rechtsprechung währt bereits über 25 Jahre. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Doppelverpflichtungslehre zugunsten einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter aufgegeben¹² und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft anerkannt worden, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.¹³ Diese Rechtsprechungsänderung, die sich aus Gründen des Gläubigerschutzes und wegen des Bedürfnisses der Praxis nach der Anerkennung einer (Teil-) Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als notwendig erwiesen hatte und damit den Anforderungen der Entscheidungen des Großen Senates für Zivilsachen genügt, ist seit 1999 nicht nur beibehalten, sondern kontinuierlich ergänzt worden. Die Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz, zu der verdeckten Sacheinlage, der Rechtsmissbräuchlichkeit des

5 BGH, Beschl. v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (Supermarkt).

6 BGH, Beschl. v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324; BGH, Beschl. v. 30. 1. 1992 – II ZB 15/91, WM 1992, 524 (Nuklearrohr).

7 BGH, Urt. v. 11. 11. 1991 – II ZR 287/90, BGHZ 116, 37 (Stromlieferungsvertrag).

8 BGH, Urt. v. 25. 2. 1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 (Holzmüller).

9 Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Habersack* in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl. 2005, vor § 311 Rdn. 33 mit Fn. 163.

10 Vgl. dazu bereits BGHZ 83, 122, 140 f. sowie BGHZ 159, 30, 38 f., 43 ff.

11 BGHZ 159, 30; BGH, Urt. v. 26. 4. 2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001 (Gelatine).

12 BGH, Urt. v. 27. 9. 1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315; BGH, Urt. v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; vgl. auch BGH, Beschl. v. 3. 12. 2001 – II ZR 331/00, veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de; zur Haftung der Gesellschafter für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der GbR vgl. BGHZ 154, 88.

13 BGH, Urt. v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; vgl. bereits BGHZ 116, 86 (GbR als Mitglied einer Genossenschaft) und BGHZ 136, 254 (Scheckfähigkeit); darüber hinaus muss sie sich zu Schadenersatz verpflichtendes Handeln ihrer (geschäftsführenden) Gesellschafter zurechnen lassen; zu ihrer Eigenschaft als Grundstückseigentümerin vgl. BGH, Urt. v. 25. 9. 2006 – II ZR 218/05, ZIP 2006, 2128.

Anfechtungsrechts, der wirtschaftlichen Neugründung durch Mantelkauf, der Beweislast bei der Organhaftung, der Grenzen für Beratungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Aktiengesellschaft oder zu dem Aktienkurs als Untergrenze der Abfindung beim Unternehmensvertrag seien nur beispielhaft aufgeführt.

Die Entwicklung anderer Rechtsprechungsgrundsätze ist zwar nicht reibungslos verlaufen, widerspricht aber nicht den Vorgaben des Großen Senates. Dazu gehört die Entwicklung der Treupflicht im Kapitalgesellschaftsrecht. Die Übertragung des für das GmbH-Recht als maßgeblich erachteten Kernsatzes, die für eine Gesellschaftermehrheit bestehende Möglichkeit, die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, verlange als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen¹⁴, in das Aktienrecht hat der II. Zivilsenat 1976 mit der nicht haltbaren Begründung abgelehnt, unter Aktionären bestehe keine über die allgemeinen Rechtsgrundsätze der §§ 226, 242 und 826 BGB hinausgehende Bindung.¹⁵ Zwölf Jahre später gab er diese Rechtsprechung auf und übertrug den für das GmbH-Recht ausgesprochenen Grundsatz auf die zwischen den Aktionären bestehenden gesellschaftsrechtlichen Beziehungen.¹⁶ Das war die Korrektur einer in der Wissenschaft stark kritisierten Fehlentwicklung, die einen Vertrauensschutz nicht verdiente. Eine solche Entwicklung hat sich auch im Kapitalerhaltungsrecht vollzogen. Der II. Zivilsenat entschied 1987, eine nachhaltige Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe der Kapitalziffer führe wegen anderweitiger Zweckerreichung zum Wegfall des Erstattungsanspruchs nach § 31 Abs. 1 GmbHG.¹⁷ Diese auf berechtigte Kritik gestoßene Rechtsprechung gab der Senat im Jahre 2000 auf.¹⁸ Die Fehlentwicklung der Rechtsprechung war ein zwingender Grund für ihre Änderung. Die Entscheidung zu den materiellrechtlichen Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Rahmen des genehmigten Kapitals¹⁹ war rechtlich zwar unangreifbar, hatte jedoch dazu geführt, dass die Ausnutzung genehmigten Kapitals mangels Durchführbarkeit in der Praxis zum Erliegen gekommen war.²⁰ Dem trug der II. Zivilsenat durch eine Änderung seiner Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass er die Anforderungen an die Beschlussvoraussetzungen den Bedürfnissen der Praxis anpasste, wobei er jedoch bemüht war,

14 BGH, Urt. v. 5. 6. 1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 19 (ITT).

15 BGH, Urt. v. 16. 2. 1976 – II ZR 61/74, JZ 1976, 561, 562 (Audi/NSU).

16 BGH, Urt. v. 1. 2. 1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184, 195 (Linotype); BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 137 (Girmes) sprach 7 Jahre nach Linotype aus, dass auch den Minderheitsaktionären eine Treupflicht gegenüber der Mehrheit obliege.

17 BGH, Urt. v. 11. 5. 1987 – II ZR 226/86, ZIP 1987, 1113, 1114.

18 BGH, Urt. v. 29. 5. 2000 – II ZR 118/98, BGHZ 144, 336; bestätigt durch BGH, Urt. v. 22. 9. 2003 – II ZR 229/02, ZIP 2003, 2068.

19 BGH, Urt. v. 19. 4. 1982 – II ZR 55/81, BGHZ 83, 319 (Holzmann).

20 Vgl. dazu *Martens*, ZIP 1992, 1677.

auch unter den neu entwickelten Voraussetzungen einen angemessenen Minderheitenschutz sicherzustellen.²¹ Es ist schlechthin als zwingender Grund für eine Rechtsprechungsänderung anzusehen, wenn eine gesetzliche Regelung durch Auslegung der Rechtsprechung in der Praxis nicht mehr angewandt werden kann.

III. Der Übergang von *Autokran* und *Video* zu *TBB*, von *TBB* zum existenzvernichtenden Eingriff und von der Durchgriffshaftung zur Haftung aus § 826 BGB

Für die Änderung der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff²² scheinen mir keine deutlich überwiegenden Gründe zu sprechen – von schlechthin zwingenden Gründen ganz zu schweigen –. Bereits der Übergang von *Autokran*²³ und *Video*²⁴ zu *TBB*²⁵ ist kritisch zu sehen. Denn man muss sich fragen, ob den Bedenken der Praxis²⁶ nicht schon dadurch hätte Rechnung getragen werden können, dass man die stringente Haftungsvoraussetzung von *Autokran*²⁷ und ihre Verschärfung in *Video*²⁸ auf die moderatere Voraussetzung zurückführte, dass eine zur Haftung führende Gefahrenlage „bei hinreichender Intensität und Breite der Einwirkung auf die Belange der abhängigen GmbH durch die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens“ gegeben sei²⁹, diese Formel durch Fallgestaltungen mit Leben erfüllt und als Kerngedanken der Fallbeurteilung die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft durch einen von dem herrschenden Unternehmen – sachlich umfassend und zeitlich andauernd – ausgeübten Einfluss zugrunde gelegt hätte.³⁰ Der Übergang zur Missbrauchsformel von *TBB*³¹ wäre bei moderater Handhabung der Einflussformel wohl nicht erforderlich gewesen.

21 BGH, Urt. v. 23. 6. 1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133 (Siemens v. Nold); später ergänzt durch BGH, Urteile v. 10. 10. 2005 – II ZR 148/03, BGHZ 164, 241 und II ZR 90/03, BGHZ 164, 249.

22 BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552.

23 BGH, Urt. v. 16. 9. 1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (Autokran).

24 BGH, Urt. v. 23. 9. 1991 – II ZR 135/90, BGHZ 115, 187 (Video).

25 BGH, Urt. v. 29. 3. 1993 – II ZR 265/91, BGHZ 122, 123 (TBB).

26 Vgl. dazu *Hommelhoff/Stimpel/Ulmer* (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifizierte faktische Konzern, 1992.

27 Als ausreichend wurde die „dauernde und umfassende Ausübung der Geschäftsführung“ der abhängigen GmbH angesehen, vgl. BGHZ 95, 330, 338, 343 f.

28 Es genügte, dass der Alleingesellschafter zugleich alleiniger Geschäftsführer der abhängigen GmbH war, BGHZ 115, 187, 195.

29 So der *Arbeitskreis GmbH-Reform*, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, 1972, S. 49 ff.

30 So ebenfalls der *Arbeitskreis GmbH-Reform*, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, 1972, S. 49 ff.

31 BGHZ 122, 123, 125 f., 129 f.

Für den Übergang von *TBB* zum existenzvernichtenden Eingriff³² sprachen deswegen überwiegende Gründe, weil einmal die *TBB*-Formel daran scheiterte, dass das Tatbestandsmerkmal des Nachteilsausgleichs durch Einzelmaßnahmen, das die Missbrauchshaftung ausschließen sollte, als Abgrenzungsmerkmal nicht tauglich war und zum anderen die Haftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns von der weiter gefassten Existenzvernichtungshaftung umfasst wurde.

Die Gründe, die für den Übergang von der Durchgriffshaftung zur Schadenersatzhaftung aus vorsätzlich sittenwidriger unerlaubter Handlung in dem neuesten, zum existenzvernichtenden Eingriff ergangenen Urteil³³ angeführt werden, kann man als Umstände, die „deutlich überwiegend“ im Sinne der Entscheidung des Obersten Senates für Zivilsachen für eine Rechtsprechungsänderung sprechen, nur schwerlich anerkennen. Die bisher maßgebende Durchgriffshaftung ist die angemessene Reaktion der Rechtsordnung auf die Außerachtlassung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens. Soweit beklagt wird, die Gläubiger hätten die Durchgriffshaftung aus der bloßen Tatsache hergeleitet, dass eine GmbH ihre Schulden nicht bezahlt habe³⁴, hat es die Rechtsprechung in der Hand, dem klarstellend entgegenzuwirken. Unangemessen harte Ergebnisse der Durchgriffshaftung kann man mit Billigkeitserwägungen auf ein angemessenes Haftungsmaß reduzieren.³⁵ Die Innenhaftung bringt eine Verschlechterung der Gläubigersituation im Liquidationsverfahren, dem Insolvenzverwalter bringt sie gegenüber der Anwendung des Rechtsgedanken aus § 93 InsO bei der Durchgriffshaftung keinen Vorteil. Ein Innenhaftungskonzept auf das Recht der unerlaubten Handlung zu stützen, ist ein Widerspruch in sich. Man kann es nicht damit rechtfertigen, dass man die Haftung zu einer besonderen Fallgruppe der sittenwidrig vorsätzlichen Schädigung erhebt. Die auf dem Rückgewähranspruch nach § 31 Abs. 1

32 Vgl. dazu die Entscheidungen BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); BGHZ 150, 61 (Ausfallhaftung); BGHZ 151, 181 (KBV); BGH, Urt. v. 20. 9. 2004 – II ZR 302/02, ZIP 2004, 2138; BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, ZIP 2005, 117; BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 256/02, ZIP 2005, 250; BGH, Urt. v. 25. 7. 2005 – II ZR 390/03, ZIP 2005, 1734.

33 BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552.

34 Goette, DStR 2007, 1593, 1594.

35 In den Entscheidungen wird von „begrenztem Nachteil der Gesellschaft“ im Vergleich zu ihrer Vermögenslage bei redlichem Verhalten des Gesellschafters gesprochen, der zu einer Beschränkung der Haftung des Gesellschafters führen kann, vgl. BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 256/02, ZIP 2005, 250, 252; BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02, ZIP 2005, 117, 118; entgegen Schwab, ZIP 2008, 341, 342f. und Kleindiek, ZGR 2007, 276, 301f. hat das mit einer Anreicherung der Durchgriffshaftung mit einer Figur aus dem Schadensrecht nichts zu tun. Mit seinen Ausführungen im Urteil v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552, 1555 meint der Senat nichts anderes, wenn er dort von einem Schaden bei der Gesellschaft spricht, der „nur in diesem Umfang“ auszugleichen sei, d.h. der Umfang des Gläubigerdurchgriffs ist an diesem Schaden (Nachteil) zu orientieren.

GmbHG als „Basisschutzkonzept“ aufbauenden „Kollateralschäden“³⁶ lassen sich weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgende leichter bestimmen als bei der Durchgriffshaftung die angemessene Höhe des Haftungsbetrages. Die Beschränkung der Schadenersatzhaftung auf Vorsatz wird vom II. Zivilsenat nicht begründet, sondern wirkt gegriffen. Es sind mithin keine deutlich überwiegenden Gründe erkennbar, die diese Änderung der Rechtsprechung rechtfertigen. Sie erfüllt also nicht die vom Großen Senat für Zivilsachen für eine solche Änderung geforderten Voraussetzungen.

Hartwig Henze

36 BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552, 1555, 1556.