



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 204/00

Verkündet am:
4. November 2002
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

GmbHG § 11

Scheitert die Gründung einer GmbH, die im Einverständnis ihrer Gesellschafter schon vor der Eintragung in das Handelsregister die Geschäfte aufgenommen hat, finden die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung allein dann Anwendung, wenn die Geschäftstätigkeit sofort beendet und die Vorgesellschaft abgewickelt wird. Werden dementsprechend die Geschäfte nach diesem Zeitpunkt fortgeführt, haben die Gründer für sämtliche Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft, auch für die bis zum Scheitern entstandenen, nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen einzustehen (Ergänzung zu BGHZ 134, 333, 341).

BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 204/00 - OLG Bremen

LG Bremen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 8. Juni 2000 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bremen vom 9. Dezember 1999 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagten zu 1 und zu 2 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Baugesellschaft hat aufgrund Vertrages vom 19./20. November 1997 als Subunternehmerin für die C. Deutschland GmbH i.Gr. (C.) Bauarbeiten durchgeführt. Lediglich die erste Abschlagsrechnung von gut 116.000,00 DM hat C. bezahlt, der von der Klägerin mit 522.121,94 DM errechnete Restwerklohn ist unbezahlt geblieben. Über das

Vermögen der C. ist Ende Juli 1998 das Konkursverfahren eröffnet worden. Wegen des offenen Rechnungsbetrages nimmt die Klägerin die - ursprünglich fünf - Beklagten in Anspruch.

Die beiden jetzt noch am Rechtsstreit beteiligten Beklagten zu 1 und zu 2 haben zusammen mit drei weiteren Personen am 16. Dezember 1996 die mit einem Stammkapital von 200.000,00 DM ausgestattete C. gegründet. Jeder Gesellschafter übernahm eine Stammeinlage von 40.000,00 DM. In dem Gesellschaftsvertrag ist u.a. bestimmt:

"Die Gesellschafter leisten ihre Stammeinlage durch Einzelübertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter ihres bisher betriebenen Personenunternehmens, an dem alle Gesellschafter mit je 20 vom Hundert beteiligt sind, mit allen Aktiven und Passiven nach dem Stand vom 31.12.1996 gegen Gewährung von Gesellschafterrechten in Höhe von insgesamt 200.000 DM. Ein übersteigender Betrag wird als Gesellschafterdarlehen gewährt. Erreicht der Betrag nicht die Höhe des Stammkapitals der GmbH, sind die Gesellschafter verpflichtet, den Unterschiedsbetrag durch Geldeinlage - ihren Anteilen entsprechend - zu erbringen."

Bei dem genannten Personenunternehmen handelt es sich um eine BGB-Gesellschaft, der unstreitig die früheren Beklagten zu 3 bis 5 angehören, während umstritten ist, ob die beiden jetzt noch am Rechtsstreit beteiligten Beklagten später beigetreten sind. Bestimmungsgemäß nahm die C. am 1. Januar 1997 ihre Geschäftstätigkeit auf. Ein Antrag auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wurde zu keiner Zeit gestellt. Die Erstellung eines Sachgründungsberichts unterblieb, weil sich die Gründungsgesellschafter nicht über die Bewertung der zu erbringenden Sacheinlage einigen konnten. Die Geschäftsführer holten auch keine Stellungnahme der IHK für das Eintragungsverfahren ein. Bareinlagen leisteten die Gründungsgesellschafter nicht.

Im Rahmen eines von den jetzigen Beklagten betriebenen Verfahrens auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung schlossen die Gesellschafter am 5. März 1998 einen gerichtlichen Vergleich, nach welchem die C. liquidiert werden und die früheren Beklagten zu 3 bis 5 sich jeder weiteren Geschäftstätigkeit zu enthalten hatten. Im Anschluß daran teilten die beiden Beklagten der Klägerin am 9. März 1998 mit, die C. werde ihre Geschäftstätigkeit "kontrolliert einstellen und abwickeln".

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagten hafteten ihr bezüglich der von ihr nicht beitreibbaren Forderung als Gründungsgesellschafter der C. persönlich und zwar nicht nur wegen Betruges, sondern auch, weil sie als Gründer der C. niemals die Absicht gehabt hätten, die Gesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen; zumindest ergebe sich die Haftung daraus, daß sie die Eintragungsabsicht lange vor Erteilung des Bauauftrages, aus dem die offene Werklohnforderung herrührt, aufgegeben hätten, gleichwohl aber die einverständlich aufgenommene Geschäftstätigkeit fortgesetzt hätten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht (NZG 2001, 227) hat die Klage gegen die Beklagten zu 1 und 2 auf deren Berufung hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils auch hinsichtlich dieser Beklagten erstrebt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I. Das Berufungsgericht (vgl. ablehnend dazu K. Schmidt, GmbHR 2001, 27 ff. u. 76; Baumann/Müller, NZG 2001, 218; zustimmend aber Münnich, EWiR 2000, 1015) hat seine klageabweisende Entscheidung in erster Linie damit begründet, Gesellschafter einer Vor-GmbH, die ihre Geschäfte sofort nach der Gründung aufgenommen hat, aber nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist, unterlägen ausnahmslos der als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestalteten Verlustdeckungshaftung; selbst dann, wenn die Gesellschafter die Geschäftstätigkeit fortsetzten, nachdem sich das Scheitern der Gründung herausgestellt hat (sog. "unechte Vorgesellschaft"), ändere sich daran nichts. Aus diesem Grunde sei die Klägerin gehindert, die Beklagten zu 1 und zu 2 persönlich für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH in Anspruch zu nehmen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat aber die Klägerin auch nicht in der erforderlichen Weise dargelegt, daß hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 2 überhaupt eine unechte Vorgesellschaft vorliege.

II. Beide Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht zur Abweisung der Klage gelangt ist, halten der revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand.

1. Die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung, die nach dem u.a. auf den Vorlagebeschluß des Senats vom 4. März 1996 an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes (II ZR 123/94, ZIP 1996, 590) entwickelten Konzept (BGHZ 134, 333 ff.; BAGE 85, 94 ff.; BAGE 86, 38 ff.; BAGE 93, 151 ff.; BFHE 185, 356; BSGE 85, 192 ff. u. 85, 200 ff.) eine Erscheinungsform der einheitlichen, regelmäßig als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Vorgesellschaft (Verlustdeckungshaftung) bzw. gegenüber der eingetragenen GmbH (Unterbilanzhaftung) ausgestalteten Gründerhaftung ist, finden keine Anwendung, soweit die Gesellschafter nach Aufgabe der Eintragungsabsicht, also nach dem Scheitern der Gründung, den Geschäftsbetrieb fortführen.

Der Senat hat zwar - worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat - in seinem bereits erwähnten Vorlagebeschluß zur Diskussion gestellt, ob wegen der Schwierigkeiten, das Scheitern der ins Werk gesetzten Gründung festzustellen, die Grundsätze über die Verlustdeckungshaftung auch in den Fällen herangezogen werden sollten, in denen die Gründungsgesellschafter den Geschäftsbetrieb nach Aufgabe der Eintragungsabsicht fortsetzen (ZIP aaO, S. 592 re.Sp.). In seinem den Vorlagefall abschließenden Urteil (BGHZ 134, 333, 341) hat er sich hiervon bereits distanziert; die seinerzeit erwogene, von dem Berufungsgericht nunmehr übernommene Lösung hat in der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes mit Recht keine Gefolgschaft gefunden. Sie hätte nämlich zur Folge, daß die Grundsätze über die GmbH-rechtliche Gründerhaftung - sie führen prinzipiell nur zu einer anteiligen Innenhaftung der Gesellschafter, schließen eine unbeschränkte und gesamtschuldnerische Außenhaftung, wie sie für das personengesellschaftsrechtliche Haftungssystem prägend ist, jedoch aus - auch auf den Zusammenschluß von Personen anwendbar wären, die nicht mehr die Absicht haben, in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Der Sache nach entstünde damit ein neuer Gesellschaftstypus, der zu einer privilegierten Haftung der handelnden Personen führen müßte, obwohl feststeht, daß es zur Entstehung einer GmbH nicht mehr kommen wird.

Der Fall, daß die Gründer einer GmbH, die vor der Eintragung ihre Geschäfte bereits aufgenommen hat und in diesem Stadium gescheitert ist, die Geschäftstätigkeit nach aufgebener Eintragungsabsicht fortsetzen, steht dagegen den Gestaltungen näher, in denen die handelnden Personen von Anfang nicht die Absicht haben, die GmbH eintragen zu lassen; für sie ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß sie sich so behandeln lassen müs-

sen, als wären sie in einer Personengesellschaft miteinander verbunden (BGHZ 22, 240 ff.; BGHZ 51, 30, 32; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 11 Rdn. 18; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 9. Aufl. § 11 Rdn. 21; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. § 11 Rdn. 11; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 17. Aufl. § 11 Rdn. 29). Nach aufgegebener Eintragungsabsicht ist nämlich der einzige Grund dafür entfallen, den Gläubigern der Vorgesellschaft zu versagen, die Gründer persönlich in Anspruch zu nehmen, der darin liegt, daß die Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muß und deren Gläubiger erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten, notfalls auf dem Wege der Unterbilanzhaftung aufzufüllenden Haftungsfonds halten zu können (vgl. BGHZ 80, 142 f.). Entfällt diese Voraussetzung, müssen die Gründer die Geschäftstätigkeit sofort einstellen und die Vorgesellschaft abwickeln, wenn sie es vermeiden wollen, nicht nur wegen der neuen, sondern auch wegen der bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH persönlich und gesamtschuldnerisch haftend von den Gläubigern in Anspruch genommen werden zu können (vgl. in diesem Sinn z.B. BGHZ 80, 129, 142 f.; BGHZ 149, 273, 276 [Vor-Genossenschaft]; BAGE 93, 151 ff.; BFHE 185, 356; BSGE 85, 192 ff. u. 85, 200 ff.; Hachenburg/Ulmer aaO, § 11 Rdn. 18 f.; Lutter/Hommelhoff aaO, § 11 Rdn. 11; Roth/Altmeyden, GmbHG 3. Aufl. § 11 Rdn. 53; Scholz/K. Schmidt aaO, § 11 Rdn. 143).

In der Regel wird sich die Aufgabe der Eintragungsabsicht und das Scheitern der Gründung aus äußeren Umständen feststellen lassen. Das gilt beispielsweise, wenn die Gesellschafter - wie im vorliegenden Fall (dazu sogleich unter 2) - schon keinen Eintragungsantrag mehr stellen, weil sie sich über die Bewertung der einzubringenden Sacheinlagen nicht einigen können, wenn Beanstandungen des Registergerichts im Eintragungsverfahren nicht um-

gehend abgestellt werden (vgl. BFHE 185, 356 ff.; Scholz/K. Schmidt aaO, § 11 Rdn. 143 i.V.m. Rdn. 140), wenn die Auflösung der Vorgesellschaft beschlossen wird (vgl. BAGE 86, 38 ff.) oder die Geschäftsführer der Vorgesellschaft selbst einen Insolvenzantrag stellen (vgl. dazu BAGE 93, 151 ff.).

2. Soweit das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung angenommen hat, jedenfalls hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 2 könne nicht angenommen werden, daß die Voraussetzungen einer sog. unechten Vorgesellschaft vorlägen, hat es sich von unzutreffenden rechtlichen Annahmen leiten lassen und außerdem unangemessen hohe Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin gestellt.

a) Zu Unrecht will das Berufungsgericht die Beklagten zu 1 und 2 für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche schon deswegen nicht haften lassen, weil diese "unwiderlegt geltend gemacht" hätten, ihnen sei von der Erteilung des Auftrags an die Klägerin nichts bekannt gewesen. Weder bei einer Vor-GmbH, deren Gesellschafter die Eintragung noch anstreben, noch bei einer gescheiterten, die Geschäfte aber fortsetzenden Vorgesellschaft kommt es auf eine solche Kenntnis an. Für die Verpflichtung der Vorgesellschaft und ggfs. ihrer Gründer reicht es vielmehr aus, daß diese mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme einverstanden sind und den Geschäftsführer damit bevollmächtigen, nicht nur die Eintragung der Gesellschaft herbeizuführen, sondern darüber hinaus Verbindlichkeiten einzugehen (vgl. BFHE 185, 356 ff.).

b) Im Ausgangspunkt zutreffend ist zwar noch, daß die u.U. lange Dauer des Eintragungsverfahrens nicht ohne weiteres den Schluß darauf zuläßt, daß die Gesellschafter ihre Eintragungsabsicht aufgegeben haben. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer der Vor-GmbH alles für die Eintragung der

Gesellschaft Erforderliche in die Wege geleitet, einen ordnungsgemäßen Antrag beim Registergericht gestellt und etwaigen Beanstandungen des Registerrichters umgehend nachgekommen ist.

c) Das Berufungsgericht verkennt jedoch, daß es sich hier nicht um eine solche Fallgestaltung handelt. Vielmehr haben die Gesellschafter zwar den Geschäftsführer ermächtigt, unmittelbar nach der Beurkundung des notariellen Gesellschaftsvertrages mit der Geschäftstätigkeit der Vorgesellschaft zu beginnen, sie haben sich aber nach dem unstreitigen Sachvortrag beider Parteien von Anfang an nicht über die Bewertung der Sacheinlagen einigen können, was offenkundig darin begründet ist, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Vermögen auf dem Wege der Sacheinlage in die neu gegründete Gesellschaft eingebracht werden sollte, nach Ansicht wenigstens eines Teils der Gründer im Zeitpunkt der Errichtung der GmbH überschuldet war. Die vorgesehene Sachgründung hätte unter diesen Umständen nur verwirklicht werden können, wenn die Überschuldung der BGB-Gesellschaft zuvor durch Zufuhr neuer Mittel beseitigt worden wäre. Vor diesem Hintergrund gewinnen die Umstände, daß die Geschäftsführung der Vorgesellschaft weder einen Sachgründungsbericht in Auftrag gegeben noch eine Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer eingeholt und mangels Vorliegens dieser Unterlagen auch den erforderlichen Antrag an das Handelsregister nicht gestellt hat, eine ganz andere Bedeutung, als ihnen das Berufungsgericht beigemessen hat. Bei objektiver Betrachtung muß nämlich unter diesen Gegebenheiten angenommen werden, daß die vorgesehene Errichtung der GmbH unter Aufbringung des Stammkapitals auf dem Wege der Sacheinlage bereits Anfang des Jahres 1997 gescheitert war, als sich herausstellte, daß eine Einigung über die Bewertung der Sacheinlagen nicht zustande kommen würde.

d) Der vorliegende Fall nötigt - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht zu einer genauen zeitlichen Festlegung, wann die vorgesehene Gründung gescheitert war und die Gesellschafter deswegen, sofern sie an der Errichtung der Gesellschaft festhalten wollten, das versprochene Kapital auf dem Wege der Bareinlage zur Verfügung stellen mußten. Denn unzweifelhaft haben sie den werbenden Geschäftsbetrieb der Gesellschaft über den Zeitpunkt des Scheiterns ihrer Gründung hinaus fortgesetzt.

e) Ob auch die Beklagten zu 1 und 2 bereits im Herbst 1997 positive Kenntnis von dem Scheitern der Sachgründung gehabt haben, ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - ohne Bedeutung. Es reicht aus, daß ihnen alle Tatsachen - der Fehlschlag hinsichtlich der Einigung über die Bewertung der Sacheinlagen, die Nichteinholung des Sachgründungsberichts sowie die unterbliebene Stellung des Eintragungsantrages - bekannt waren, die einem zügigen Abschluß des Gründungsverfahrens entgegenstanden. Einem Gründungsgesellschafter, der über diese Kenntnisse verfügt, muß sich die Erkenntnis aufdrängen, daß die Vorgesellschaft gescheitert ist. Gründe, warum dies bei den Beklagten zu 1 und 2 ausnahmsweise anders zu beurteilen sein soll, sind von ihnen nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich. Als gewissenhafte, die Entwicklung der Vorgesellschaft verfolgende Gründer hätten sie deswegen entweder ihr Einverständnis mit der Fortführung der vorzeitigen Geschäftsaufnahme widerrufen und für die sofortige Beendigung der Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH oder aber dafür sorgen müssen, daß die Eintragung der Gesellschaft auf anderem Wege herbeigeführt wurde. Das gilt erst recht, nachdem im Laufe des Jahres 1997, wie die Beklagten selbst vorgebracht haben, wirtschaftliche Schwierigkeiten der Vor-GmbH - verbunden mit Auseinandersetzungen unter den Gesellschaftern - aufgetreten sind und auch

aus diesem Grund nicht mehr erwartet werden konnte, daß es noch zur Vollendung der Gründung der Gesellschaft kommen werde.

III. Da das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht zutreffend das Bestreiten der Höhe der Klageforderung durch die Beklagten für unerheblich gehalten hat, kann der Senat abschließend entscheiden und das erstinstanzliche Urteil auch bezüglich der Beklagten zu 1 und 2 wiederherstellen.

Röhricht

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer