



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZR 61/09

vom

18. Januar 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 11

- a) Eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. "wirtschaftlichen Neugründung" anwendbar sind, kommt nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine "leere Hülse" ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs - sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets - in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.
- b) Eine "leere Hülse" in diesem Sinne liegt dann nicht vor, wenn die Gesellschaft nach Gründung und Eintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des statutarischen Unternehmensgegenstandes entfaltet (Fortführung von BGHZ 155, 318).

BGH, Beschluss vom 18. Januar 2010 - II ZR 61/09 - LG Berlin

Kammergericht

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 18. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

beschlossen:

1. Der Antrag des Klägers auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren wird abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.
2. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 5.001,00 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die Rechtsverfolgung bietet keine Aussicht auf Erfolg. Die Revision ist zwar vom Berufungsgericht zugelassen worden. Jedoch müsste der Senat die vom Kläger eingelegte Revision durch Beschluss gemäß § 552 a ZPO zurückweisen, weil die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen und sie auch keine Aussicht auf Erfolg hätte (st.Rspr.; vgl. nur Sen.Beschl. v. 26. November 2007 - II ZA 14/06, ZIP 2008, 217 Tz. 2 m.w.Nachw.).
- 2 I. Ein Grund, die Revision gegen das angefochtene Urteil wegen einer höchst-richterlich zu klärenden Rechtsfrage zuzulassen, besteht weder im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Vorratsgründung noch hinsichtlich der Kriterien einer Mantelverwendung. Der Senat hat bereits entschieden, dass von einer Vorratsgründung dann nicht auszugehen ist, wenn die Gründer einer GmbH - wie unstreitig hier - die Absicht

haben, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, wobei die üblichen Anlauf- und Vorlaufzeiten außer Betracht zu bleiben haben (Senat, Beschl. v. 16. März 1992 - II ZB 17/91, NJW 1992, 1824, 1826). Die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen eine Mantelverwendung vorliegt, hat der Senat ebenfalls hinreichend geklärt (Senat, BGHZ 155, 318, 324). Der vorliegende Fall wirft zu diesen Problemkreisen keine höchstrichterlich klärungsbedürftigen neuen Rechtsfragen auf. Auch der vom Berufungsgericht der Zulassung der Revision zugrunde gelegte Gesichtspunkt des Kriteriums der "Leere des Geschäftsmantels" ist hier - selbst nach Auffassung des Berufungsgerichts - nicht entscheidungserheblich. Es lag zu keiner Zeit ein "leerer Geschäftsmantel" vor.

3                   II. Das Berufungsgericht hat die Sache auch im Ergebnis zutreffend entschieden.

4                   1. Da die Gründer auch nach dem Vortrag des klagenden Insolvenzverwalters bei der Gründung der Insolvenzschuldnerin die Absicht hatten, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, kommt eine entsprechende Anwendung der vom Kläger geltend gemachten Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung nach den dargelegten Grundsätzen des Senats zur Vorratsgründung nicht in Betracht.

5                   2. Auch die Grundsätze der Mantelverwendung finden hier keine Anwendung.

6                   a) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. "wirtschaftlichen Neugründung" anwendbar sind, nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine "leere Hülse" ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs - sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets - in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Die vom Senat

entwickelten Regeln sollen Vorkehrungen im Interesse des Geschäftsverkehrs dagegen schaffen, dass ein leer gewordener Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb seinen - neuen oder alten - Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung mit ihren präventiv wirkenden gläubigerschützenden Regeln einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit - gegebenenfalls wieder - aufzunehmen (Senat, BGHZ 155, 318, 324).

- 7            b) Nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Insolvenzschuldnerin bei der vom Kläger geltend gemachten Geschäftsaufnahme im November 2003 keine solche "leere Hülse", erst Recht war die später aufgenommene Geschäftstätigkeit nicht "gänzlich neu".
- 8            aa) Die Insolvenzschuldnerin war kein leerer Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb, sondern seit ihrer Gründung (April 2003) und Eintragung (Mai 2003) damit befasst, die Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit vorzubereiten. Der darlegungs- und beweisbelastete (BGH, Sen.Urt. v. 29. September 1997 - II ZR 245/96, NJW 1998, 233, 234) Kläger hat den entsprechenden unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht substantiiert bestritten. Vielmehr ergibt sich bereits aus dem eigenen Vortrag des Klägers, dass die Gemeinschuldnerin im Zeitraum zwischen ihrer Gründung und Eintragung im April bzw. Mai 2003 und dem vom Kläger geltend gemachten Datum 15. November 2003 Vorbereitungstätigkeiten zur Verwirklichung der mit der Gründung angestrebten Geschäftstätigkeit entfaltet hat. Der Kläger selbst stützt sich im Rahmen der Berechnung seiner "Vorbelastungsbilanz" auf den auch im Übrigen unstreitigen Umstand, dass die Gemeinschuldnerin am 21. Mai 2003, also weniger als eine Woche nach ihrer Eintragung, den Anwaltsberatungsvertrag mit dem zweiten Gesellschafter der Gemeinschuldnerin, G. K. , geschlossen hat. Weiter stützt der Kläger die Berechnungen in seiner Vorbelastungsbilanz auf angebliche Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin gegenüber dem

Beratungsunternehmen K. GmbH aus den Rechnungen vom 2. September 2003, 12. September 2003, 1. und 15. Oktober 2003 sowie vom 14. November 2003. Es liegt nach den Umständen auch nahe und ist deshalb plausibel, dass dem Übernahmevertrag mit der A. GmbH vom 14. November 2003 Planungsaktivitäten und Vertragsverhandlungen sowie Rechtsprüfungen vorausgegangen sein müssen.

9 Zu Unrecht stützt sich der Kläger auf die "Kurzgeschichte" des Geschäftsführers vom 17. Mai 2005. Wenn dort davon die Rede ist, dass "die Geschäftstätigkeit am 15.11.2003" begonnen wurde, dann ergibt sich aus den Umständen und dem Kontext des Schreibens selbst, dass insoweit allein die Aufnahme des Geschäftsbetriebs nach außen gemeint war.

10 bb) Zu Unrecht meint der Kläger ferner, es handele sich hier um die Aufnahme einer gänzlich neuen Geschäftstätigkeit, die nur auf dem Wege einer Neugründung hätte stattfinden können. Es ist unzutreffend anzunehmen, die tatsächliche Geschäftsaufnahme habe am 15. November 2003 in einem völlig anderen, von dem ursprünglichen Geschäftszweck zu unterscheidenden Geschäftsfeld des Betriebs einer kleinen Sprachschule stattgefunden. Das Berufungsgericht hat insoweit im Gegenteil rechtsfehlerfrei festgestellt, dass auch der Betrieb einer kleinen Sprachschule vom im Gesellschaftsvertrag festgelegten und entsprechend am 16. Mai 2003 eingetragenen Unternehmensgegenstand ("*Betreuung von Studenten, Auszubildenden, Schülern aller Art ...; Ausbildung, Fortbildung, Umschulung und Bildung aller Art ...; Betreuung von Kindergärten, Schulen, Fachhochschule*") und sogar der Firma ("L" steht für "languages") gedeckt ist. Entsprechendes gilt auch für den Übernahmevertrag vom 14. November 2003, der u.a. die Übernahme von Mietverträgen vorsah.

Denn der statutarisch festgelegte und eingetragene Unternehmensgegenstand der Gemeinschuldnerin umfasst auch die Gesichtspunkte "*Erwerb, Anmietung, Verwaltung und Betreibung von Gebäuden für die genannten Zwecke der Gesellschaft*".

Goette

Caliebe

Drescher

Löffler

Bender

**Hinweis:** Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 08.04.2008 - 4 O 72/06 -

KG, Entscheidung vom 29.01.2009 - 23 U 116/08 -