

5

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 19 Abs. 1, 24

Wer zur Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich eines Strohmannes bedient, ist auch hinsichtlich der aus § 19 GmbHG und § 24 GmbHG folgenden Verpflichtungen zur Aufbringung des Stammkapitals wie ein Gesellschafter zu behandeln (Bestätigung von BGHZ 31, 258).

BGH, Urt. v. 13. April 1992 - II ZR 225/91 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

5

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 225/91

URTEIL

Verkündet am:
13. April 1992
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Dr. W. A. [REDACTED] als Konkursverwalter über das
Vermögen der B. [REDACTED] T. [REDACTED] - und P. [REDACTED] gesell-
schaft mbH, B. [REDACTED] Allee [REDACTED], D. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

T. [REDACTED] R. [REDACTED] T. [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch
die Geschäftsführer Herbert B. [REDACTED], Armin J. [REDACTED],
Dr. Wolfgang S. [REDACTED], Dr. Friedrich A. S. [REDACTED], K. [REDACTED]
allee [REDACTED], D. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhrich, Dr. Henze und Gerber

für Recht erkannt:

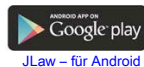
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. August 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der im Jahre 1988 in Konkurs gefallenen B. T. - und P. - gesellschaft mbH (Gemeinschuldnerin). Die Gemeinschuldnerin wurde 1983 gegründet. Von ihrem Stammkapital in Höhe von nominell 50.000,-- DM übernahmen der Kaufmann Bernhard B. eine Einlage von 1.000,-- DM und der Steuerberater S. von 49.000,-- DM. In einem zeitgleich mit der Gründung der Gemeinschuldnerin geschlossenen Treuhandvertrag vereinbarten die Gesellschafter, daß S. seine Gesellschaftsanteile treuhänderisch für B. halte (§ 1), sich seine Tätigkeit aus diesem Vertrag darauf erstrecke, sämtliche Rechte aus den Geschäftsanteilen formell zu halten und die förmlichen Handlungen in der Gesellschaft, "wie z.B. Feststellung der Jahresabschlüsse, Beschlußfassung über die Gewinnverteilung, Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen" nach Weisung der Beklagten solange vorzunehmen, bis die Verbindlichkeiten des Herrn B. gegenüber der Beklagten beglichen seien (§ 2). Zugleich wurde S. unwiderruflich angewiesen, mit den Gewinnen der Gemeinschuldnerin die Steuerschulden von B. sowie dessen Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu tilgen (§ 3). Die Kündigung des Vertrages sollte nur mit Zustimmung der Beklagten erfolgen dürfen (§ 6 Abs. 5). S. erhielt Anspruch auf Kostenersatz und Vergütung (§ 5).

Geschäftsgegenstand der Beklagten ist der Anlagenbau. Aus Geschäften mit dem nichteuropäischen Ausland mußte sie

zum Teil als Bezahlung Bettwäsche hereinnehmen. Für den Vertrieb dieser Kompensationsware bediente sie sich bis 1983 eines kleinen einzelkaufmännischen Unternehmens, das von Frau Josephine B■■■■, der Mutter des Gesellschafters der Gemeinschuldnerin, geführt wurde. Anfang der 80-er Jahre hatte die Beklagte aus diesen Geschäften gegen die Firma B■■■■ un- einbringliche Forderungen in Millionenhöhe. Der Kläger be- ziffert sie mit rund 28 Mio. DM. Bis 1983 erhöhten sich die- se Forderungen um weitere ca. 2,8 Mio. DM. Bei Gründung der Gemeinschuldnerin, die mit der Beklagten Geschäfte gleicher Art abwickelte, erhielt die Gemeinschuldnerin von der Be- klagten über S■■■■ ein Darlehen in entsprechender Höhe, das sie weisungsgemäß an die Firma B■■■■ weiterleitete, die damit ihre Verbindlichkeiten bei der Beklagten beglich. In einem vom Kläger vorgelegten Protokoll einer Besprechung, die am 12. April 1985 im Hause der Beklagten unter Teilnahme von S■■■■ und einer Reihe leitender Mitarbeiter der Be- klagten stattfand, heißt es u.a., das Gespräch habe mit der Erkenntnis geendet, daß man sich zur Zeit keinen Eklat lei- sten könne; das gemeinsame Ziel sei, per 30. September 1985 "zumindest ein sauberes Buchwerk" zu haben. Ferner werde einvernehmlich festgelegt, daß die Gemeinschuldnerin selb- ständig akquiriere, so daß im Markt keinerlei Verbindung zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin hergestellt werden könne; S■■■■ werde beauftragt, dafür Sorge zu tragen, daß einige innerbetriebliche Abläufe bei der Gemeinschuldnerin besser funktionierten.

Nach dem Vortrag des Klägers ist das Stammkapital der Gemeinschuldnerin entgegen den bei Anmeldung der Gesell- schaft abgegebenen Versicherungen zu keinem Zeitpunkt einge-

zahlt worden. Ihre Gesellschafter seien schon 1983 nicht in der Lage gewesen, das Stammkapital aufzubringen; inzwischen seien sie zahlungsunfähig. Sie seien in Wahrheit auch nur formell Gesellschafter der Gemeinschuldnerin gewesen. Die Gründung der Gemeinschuldnerin sei ausschließlich auf Betreiben und für Rechnung der Beklagten erfolgt. Zweck ihrer Gründung sei es gewesen, eine Auffanggesellschaft für die dem Unternehmensgegenstand der Beklagten fremden Textilgeschäfte zu schaffen, um das unangenehme Aufsehen einschließlich eventueller Haftungsfolgen für die Beklagte zu vermeiden, das in der Öffentlichkeit und der eigenen Konzernspitze entstanden wäre, wenn durch einen Millionenkonkurs des kleinen einzelkaufmännischen Unternehmens B. das Ausmaß der von der Beklagten betriebenen Geschäfte mit Kompensationsware und die Höhe der dabei erwirtschafteten Verluste bekannt geworden wären. Aus diesem Grunde habe die Beklagte die Altforderungen gegen die Firma B. aus der Zeit bis 1980 von über 28 Mio. DM auf verschiedenen Wegen aus ihren Büchern entfernt und die neuen Verbindlichkeiten dieses Unternehmens in Höhe von rund 2,8 Mio. DM aus der Zeit danach in eine Darlehensforderung in entsprechender Höhe gegen die Gemeinschuldnerin umgewandelt, die damit sofort überschuldet gewesen sei. Die Gesellschafter der Gemeinschuldnerin hätten sowohl bei der Gründung als auch später nur die Stellung vorgeschobener Strohmänner der Beklagten bekleidet, die aus den genannten Gründen nicht selber als Gesellschafter habe in Erscheinung treten wollen. Wirtschaftlich aber sei die Gemeinschuldnerin, insbesondere über den ihren Weisungen unterliegenden Steuerberater S., allein von der Beklagten beherrscht und gelenkt worden. Die Beklagte habe nicht nur in ihrem Hause über die Besetzung der Geschäfts-

führung der Gemeinschuldnerin entschieden, sondern auch durch Einzelanweisungen in diese eingegriffen. Auch die Mittel zur Finanzierung der Gemeinschuldnerin seien ausschließlich von der Beklagten aufgebracht worden. Allein in den Jahren 1984 und 1985 habe sie zu diesem Zweck S. treuhänderisch einen Betrag von insgesamt 11.672.564,56 DM zur Verfügung gestellt, den dieser weisungsgemäß zur Finanzierung der Gemeinschuldnerin an diese weitergeleitet habe. Die Beklagte hat in Abrede gestellt, daß die Gesellschaft auf ihre Weisung und in ihrem Interesse gegründet worden sei. Der vorgelegte Treuhandvertrag sei ihr nicht bekannt.

Die zunächst auf Zahlung der gesamten ausstehenden Einlage in Höhe von 50.000,-- DM nebst Zinsen gerichtete Klage blieb vor dem Landgericht ohne Erfolg. In der Berufungsinstanz hat der Kläger die Klage, die zunächst auch auf die Gründerhaftung für falsche Angaben bei der Anmeldung gestützt war, im Hinblick auf die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede wegen eines Teilbetrages in Höhe von 25.000,-- DM nebst anteiligen Zinsen zurückgenommen. Seine Berufung blieb auch hinsichtlich des aufrechterhaltenen Teils der Klageforderung ohne Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts fehlt es an einer Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Einlageforderung. Da die Beklagte nicht formell Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin sei, sei sie weder aus § 19 Abs. 1 GmbHG noch aus § 24 GmbHG zu der von ihr verlangten Einzahlung verpflichtet. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen auf den sogenannten Hintermann eines Gesellschafters müsse nach der Systematik des GmbH-Gesetzes ausscheiden. Im übrigen sei es dem Kläger auch nicht gelungen, schlüssig darzulegen, daß die Gemeinschuldnerin auf Rechnung der Beklagten gegründet worden sei. Dies begegnet, wie die Revision im Ergebnis mit Erfolg rügt, unter beiden vom Berufungsgericht angeführten Gesichtspunkten durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

II. 1. Nach der Rechtsprechung des Senats hat derjenige, der als sogenannter Hintermann mittelbar eine Beteiligung an einer GmbH über einen auf seine Rechnung handelnden Mittels- oder Strohmann hält, sowohl für die Aufbringung des Stammkapitals nach den §§ 19, 24 GmbHG (BGHZ 31, 258) als auch für dessen Erhaltung im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG und der §§ 32 a, 32 b GmbHG (BGHZ 75, 334, 335 f.; 95, 188, 193; 107, 7 ff., 12; Urt. v. 8. Juli 1985 - II ZR 269/84, WM 1985, 1224, 1226; v. 14. November 1988 - II ZR 115/88, WM 1989, 60, 61; v. 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, WM 1990, 2112, 2114; v. 18. Februar 1991 - II ZR 259/89, WM 1991, 678, 679; v. 16. Dezember 1991 - II ZR 294/90, WM 1992, 270, 271) wie der unmittelbare Gesellschafter einzustehen. An dieser Rechtsprechung, der sich auch der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes angeschlossen hat (Urt. v. 3. November 1976 - I ZR 156/74, WM 1977, 73), hält der Senat

trotz der dagegen im Schrifttum und von dem Berufungsgericht geäußerten Bedenken (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 2 Rdn. 62 ff. m.w.N.; Rowedder/Rittner, GmbHG 2. Aufl. § 2 Rdn. 27; Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 1 Rdn. 43; Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff.; Pleyer, GmbHR 1960, 44 und 1963, 206; Ehlke, DB 1985, 795; Kuhn, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, S. 98; Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, 1964, S. 40 ff.; jedenfalls im Ergebnis wie der Bundesgerichtshof dagegen OLG Hamburg BB 1984, 1253 = DB 1984, 515; Meyer-Landrut, GmbHG § 1 Rdn. 14, § 9 a Rdn. 13, § 19 Rdn. 17 und § 24 Rdn. 6; Scholz/Emmerich, GmbHG 7. Aufl. § 24 Rdn. 14 sowie § 2 Rdn. 59; ferner in demselben Kommentar U. H. Schneider § 19 Rdn. 56; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 24 Rdn. 8; Nefflin, GmbHR 1963, 41, 44 f.) auch für die Kapitalaufbringung im Ergebnis fest. Die innere Berechtigung der Senatsrechtsprechung ergibt sich aus der Notwendigkeit, im Interesse des Gläubigerschutzes für eine wirksame und praktikable Aufbringung und Erhaltung des Haftungsfonds der Gesellschaft zu sorgen, die unabdingbare Voraussetzung für das Privileg der bei Kapitalgesellschaften auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung sind. Die Wahrung dieses Interesses wäre nicht in gleich effektiver Weise gewährleistet, wenn die Gläubiger der Gesellschaft oder, wie im vorliegenden Fall, der Konkursverwalter als ihr Sachwalter darauf verwiesen würden, mögliche Befreiungsansprüche des Vordermannes gegen seinen Hintermann (aus §§ 669, 670 BGB oder vertraglicher Vereinbarung) geltend zu machen. Zum einen könnte dies, worauf bereits die Ausgangsentscheidung des Senats BGHZ 31, 258, 266 f. hinweist, dazu führen, daß sich die Gesellschaft rein schuld-

rechtlichen Einwendungen aus dem persönlichen Verhältnis zwischen dem vorgeschobenen formalen Gesellschafter und seinem Hintermann ausgesetzt sähe. Infolgedessen bestünde die Gefahr, daß die Gesellschaft, die auf keinen Fall dadurch Abstriche an dem ihr zustehenden Haftkapital erleiden darf, daß es einer der an ihr Beteiligten aus welchen Gründen auch immer vorgezogen hat, nicht selbst als ihr Gesellschafter in Erscheinung zu treten, sondern die wirtschaftlich ihm zuzurechnende Gesellschafterstellung durch eine vorgeschobene andere Person wahrnehmen zu lassen, zu kurz käme. Dieser Gefahr könnte sie im Einzelfall um so schwerer begegnen, als ihr die persönlichen Beziehungen und Abmachungen zwischen den beteiligten Personen häufig jedenfalls nicht im einzelnen bekannt sein werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es den Beteiligten, wie es möglicherweise auch vorliegend, vor allem in bezug auf die zwischen dem Steuerberater Schmitz und der Beklagten getroffenen Abreden der Fall ist, gelingt, diese geheimzuhalten. Selbst wenn diese Schwierigkeiten, wie sich das Schrifttum teilweise darzulegen bemüht hat (vgl. insbesondere Ballerstedt aaO S. 515 ff. und Ehlke aaO S. 799 ff.), nach allgemeinem Zivilrecht, eventuell auch unter Zuhilfenahme der ergänzenden Anwendung einzelner gesellschaftsrechtlicher Regeln auf das Innenverhältnis zwischen den Beteiligten sowie unter Heranziehung von Auskunftsansprüchen, letztlich nicht unüberwindbar sein sollten, bleibt doch der Einwand, daß der Weg über den Zugriff (§§ 828, 857 ZPO) auf Befreiungs- oder Erstattungsansprüche des Strohmannes gegen seinen Auftraggeber zu einer Verdoppelung der Prozesse und der Zwangsvollstreckungen führen würde. Ein berechtigtes schutzwertes Interesse des Hintermanns, die Gesellschaft zwecks Vermeidung seiner

unmittelbaren Heranziehung zur Aufbringung des Stammkapitals auf diesen Weg zu verweisen, ist demgegenüber nicht anzuerkennen. Seinen Belangen ist, sofern das Vorschieben des Strohmannes nicht ohnehin nur dem von der Rechtsordnung mißbilligten Zweck der Haftungsvermeidung dient, genüge getan, wenn ihm durch die rechtliche Anerkennung der Wirksamkeit von Strohmanngründungen die Möglichkeit verschafft wird, über den an seine Weisungen gebundenen Mittelsmann im Ergebnis alle Rechte eines Gesellschafters auszuüben, ohne nach außen hin offen als solcher in Erscheinung treten zu müssen. Ein darüber hinausgehendes Interesse desjenigen, der von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, ist dagegen nicht anzuerkennen. Wer einen anderen statt seiner formalrechtlich zum Gesellschafter einer GmbH macht, gleichzeitig aber die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und wirtschaftlichen Vorteile für sich selbst reserviert, muß grundsätzlich auch die mit der Gesellschafterstellung verbundene Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft auf sich nehmen. Dies muß auch insoweit gelten, als es darum geht, ob er die Gesellschaft auf den umständlichen und schwierigen Weg einer Pfändung der gegen ihn gerichteten Ansprüche seines Vordermannes verweisen darf. Es ist (entgegen Ballerstedt aaO S. 515) in der Sache nicht unangemessen, wenn die mit der Aufspaltung in eine rechtliche und wirtschaftliche Gesellschafterstellung zusätzlich entstehenden Risiken für die Aufbringung des Stammkapitals der Gesellschaft, wie sie etwa auftreten können, wenn der Mittelsmann ihm zu diesem Zwecke treuhänderisch überlassene Beträge abredewidrig nicht der Gesellschaft zuführt oder Absprachen zuwiderhandelt, nach denen er sich für die aufzubringende Einlage in anderer Weise bezahlt machen soll,

nicht von der Gesellschaft, sondern demjenigen getragen werden, der die mit der "Verdoppelung" der Gesellschafterstellung verbundenen Risiken veranlaßt hat.

Die dagegen im Schrifttum (aaO) vor allem aus dogmatischer Sicht erhobenen, zweifellos gewichtigen Bedenken hält der Senat nicht für zwingend. Die Einbeziehung der wirtschaftlich maßgebenden Hintermänner eines von ihnen vorgeschobenen Strohmannes, der die Stellung eines Gesellschafters und die damit verbundenen Rechte nur formalrechtlich, nicht aber wirtschaftlich wahrnehmen soll, in die Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft bedeutet (entgegen Hachenburg/Ulmer aaO § 2 Rdn. 62/63) keinen systemwidrigen Bruch mit dem Grundsatz, daß das Gesetz die verschuldensunabhängige Einstandspflicht für die Aufbringung und Unversehrtheit des Garantiefonds an die Verbandszugehörigkeit der Gesellschafter und die damit verbundene Möglichkeit, für die Erfüllung dieser Pflicht Sorge zu tragen, anknüpft. Die Senatsrechtsprechung führt nicht dazu, verbandsfremde Personen wie Gesellschafter für die Finanzierung der GmbH verantwortlich zu machen. Es geht vielmehr darum, in bezug auf ganz bestimmte Sachverhalte und Rechtsfolgen das Tatbestandsmerkmal der Gesellschafterstellung nicht nach rein formalrechtlichen Kriterien, sondern nach den ihnen innerlich angemessenen funktionalen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Daß dabei, wie auch der vorliegende Rechtsstreit zeigt, bei der Abgrenzung des als Hintermann haftenden Personenkreises sowie bei der Erbringung des Nachweises einer Strohmanngründung Schwierigkeiten auftreten können, steht der grundsätzlichen Richtig-

keit eines solchen Ansatzes entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entgegen. Schwierigkeiten ähnlicher Art treten auch bei der rechtlichen Behandlung anderer Fragekreise auf und können, soweit sie in praktikabler Weise überwindbar sind, einer im übrigen für richtig befundenen rechtlichen Lösung nicht entgegenstehen. Zutreffend ist allerdings der Einwand, daß die Eröffnung des unmittelbaren Zugriffs auf den wirtschaftlichen Hintermann und Auftraggeber eines nur formal die Stellung eines Gesellschafters wahrnehmenden Strohmanns dazu führen kann, daß die Besonderheiten der mittelbaren Stellvertretung außer Betracht bleiben. Die Nichtberücksichtigung bestimmter Folgerungen aus dem Tatbestand einer mittelbaren Stellvertretung rechtfertigt sich jedoch aus dem oben dargelegten vorrangigen Interesse der Gesellschaft an der gesicherten und praktikablen Aufbringung und Gewährleistung der Unversehrtheit ihres gesetzlichen Garantiefonds. Das dem allgemeinen Zivilrecht angehörende, vom Gesetzgeber nicht generell, sondern nur in einigen Sonderfällen (etwa §§ 383 ff., 407 ff. HGB) anerkannte, im übrigen aber außerhalb des Gesetzes entwickelte Rechtsinstitut der mittelbaren Stellvertretung kann insofern keinen Vorrang vor den Grundsätzen des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht für sich in Anspruch nehmen. Auch ein Umkehrschluß aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in der GmbH-Novelle 1980 eine Verantwortlichkeit der Hintermänner nur für bestimmte deliktsähnliche Tatbestände des Gründungsrechts (§ 9 a Abs. 4 GmbHG) ausdrücklich angeordnet, aber keine entsprechende allgemeine Regelung für das übrige Kapitalsicherungsrecht vorgesehen hat, wäre nicht gerechtfertigt. Umkehrschlüsse dieser Art setzen eine systematische und vollständige Durchdringung der Gesamtmaterie seitens des

Gesetzgebers voraus, die nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Im vorliegenden Fall spricht gegen die Zulässigkeit eines solchen Schlusses bereits der Umstand, daß dem Novellen-Gesetzgeber die Senatsentscheidung BGHZ 31, 258 bekannt war, die - wenn auch wohl nur zusätzlich und in zweiter Linie - die Haftung des Hintermannes sogar ausdrücklich auf eine Analogie zu der dem jetzigen § 9 a Abs. 4 GmbHG entsprechenden aktienrechtlichen Regelung des § 39 Abs. 5 AktG (heute § 46 Abs. 5 AktG) stützte. Gleichwohl hat der Novellen-Gesetzgeber eine dieser aktienrechtlichen Bestimmung entsprechende Regelung in Gestalt des § 9 a Abs. 4 GmbHG erstmals auch in das Recht der GmbH eingeführt, ohne in irgendeiner Weise zu verstehen zu geben, daß er die daraus von der Rechtsprechung des Senats gezogenen Konsequenzen für die allgemeine Kapitalaufbringungspflicht mißbillige. Dem bezeichneten Schluß stünde im übrigen auch die Tatsache entgegen, daß es das erklärte Ziel der Novelle war, den schon bisher bestehenden Gläubigerschutz in der GmbH nicht einzuschränken, sondern im Gegenteil auszubauen. Bei dieser Sachlage ist die Existenz des § 9 a Abs. 4 GmbHG jedenfalls nicht dazu geeignet, die Richtigkeit und Zulässigkeit der Senatsrechtsprechung zu widerlegen (a.A. Hueck in Baumbach/Hueck aaO § 1 Rdn. 43; wie hier aber im Ergebnis Ehlke aaO S. 796, während Meyer-Landrut aaO § 1 Rdn. 14 und § 9 a Rdn. 13 in der Einführung des § 9 a Abs. 4 GmbHG sogar eine Bestätigung der Senatsrechtsprechung sehen will). Schließlich erscheint es dem Senat auch nicht berechtigt, den Kreis der verantwortlichen Personen für die Kapitalaufbringung anders abzugrenzen als für die Kapitalerhaltung nach den §§ 30, 31 und §§ 32 a, 32 b GmbHG, wo weitgehend auch von dem der Senatsrechtsprechung kritisch gegenüberstehenden

Schrifttum die Einbeziehung des mittelbaren Gesellschafters für zutreffend und angebracht erachtet wird (vgl. dazu statt aller Hachenburg/Ulmer aaO § 2 Rdn. 64, 65). Der Umstand, daß es bei der Kapitalerhaltung regelmäßig um Leistungen geht, die dem Hintermann aufgrund seiner Eigenschaft als mittelbarer Gesellschafter aus dem zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gebundenen Stammkapital der Gesellschaft zufließen, während es bei der Kapitalaufbringung um die erstmalige Auffüllung dieses Stammkapitals geht, vermag eine solche Unterscheidung nach Ansicht des Senats nicht zu rechtfertigen. In beiden Fällen beruht die (Mit-)Verantwortlichkeit des Hintermannes gleichermaßen auf seiner Stellung als mittelbarer Gesellschafter, die dadurch begründet wird, daß er, indem der formale Rechtsinhaber die Gesellschaftsstellung in seinem Interesse und nach seinen Weisungen hält, besondere Einflußmöglichkeiten, wenn nicht sogar die Möglichkeit der Beherrschung der Gesellschaft besitzt, die eine besondere Beziehung nicht nur zu seinem Mittelsmann, sondern auch zu der Gesellschaft selbst schaffen, die es rechtfertigen, ihn in die Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft einzubinden. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine grundlegende Unterscheidung des verantwortlichen Personenkreises nicht sachgerecht. Wie wenig angemessen eine solche Differenzierung wäre, zeigt der innerlich nicht berechtigte Wertungswiderspruch, der darin läge, den Hintermann wegen seiner angeblich fehlenden Verantwortung für den Haftungsfonds der Gesellschaft haftungsfrei zu lassen, solange er eine Stammeinlage nicht erbracht hat, ihn dagegen haften zu lassen, wenn er sich die von ihm zur Verfügung gestellte Einlage zurückzahlen ließe, obwohl damit wirtschaftlich nur der Zustand wiederhergestellt wäre, der vor Lei-

stung der Einlage bestand. Nach alledem ist daran festzuhalten, daß derjenige, der insbesondere auch im Rahmen eines Treuhandverhältnisses zur Gründung einer GmbH einen Mittelsmann benutzt, der lediglich formal, aber nicht wirtschaftlich die Stellung eines Gesellschafters ausfüllen soll, im Interesse einer effizienten und praktikablen Sicherung des Haftungsfonds der GmbH als mittelbarer Gesellschafter für die ordnungsgemäße Aufbringung des Garantiefonds der GmbH ebenso in die Verantwortung zu nehmen ist wie für dessen spätere Erhaltung.

2. Die Revision muß im Ergebnis auch insoweit Erfolg haben, als sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts wendet, der Kläger habe eine Gründung der Gemeinschuldnerin auf Rechnung der Beklagten nicht schlüssig dargelegt. Nach dem gegenwärtigen Prozeßstand ist nicht auszuschließen, daß sich die Beklagte wie ein Gesellschafter der Gemeinschuldnerin behandeln lassen muß.

Der Kläger hat unter Schilderung des wirtschaftlichen Hintergrundes und der mit der Errichtung der Gemeinschuldnerin verfolgten Zwecke jeweils unter Beweisantritt im einzelnen dargelegt, daß die Gemeinschuldnerin ausschließlich im Interesse und auf Betreiben der Beklagten gegründet und nach ihren Weisungen betrieben worden ist. Trifft dieser Vortrag, wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, zu, so muß die Beklagte die mit der Gründung und dem Betrieb der Gemeinschuldnerin verbundenen Lasten auch insoweit tragen, als es um die Einzahlung der noch ausstehenden Stammeinlagen geht.

Nach dem danach zu unterstellenden Sachverhalt ist die Gemeinschuldnerin ausschließlich als Instrument der Beklagten zur bilanztechnischen Umlagerung und Verschleierung, eventuell auch Abtragung ihrer hohen Außenstände aus der vorangegangenen Verbindung mit dem einzelkaufmännischen Unternehmen B[REDACTED] sowie zur Fortsetzung dieses Geschäftes gegründet und geführt worden. Obwohl S[REDACTED] nach dem Wortlaut des bei Gründung der Gemeinschuldnerin geschlossenen Treuhandvertrages Treuhänder nur seines Mitgesellschafters Blits und nicht der Beklagten war, hatte er nach den konkreten Einzelvorschriften dieses Vertrages seine Gesellschafterstellung allein im Interesse und nach den Weisungen der Beklagten und nicht etwa seines angeblichen Treugebers wahrzunehmen. Im Ergebnis macht diese Konstruktion mithin S[REDACTED] in bezug auf die Ausübung der Gesellschafterrechte zum Treuhänder der Beklagten. Da zudem dem Mitgesellschafter Blits infolge seiner geringen Beteiligung sowie der in dem Treuhandvertrag darüber hinaus festgelegten Wahrnehmung aller Gesellschafterrechte in der Gemeinschuldnerin allein durch Schmitz sämtliche mit der Stellung eines Gesellschafters normalerweise verbundenen Einflußmöglichkeiten genommen waren, beherrschte die Beklagte die Gemeinschuldnerin weit über das Maß der Kontrollrechte, die sich außenstehende Gläubiger zur Sicherung ihrer Kredite einräumen lassen, hinaus wie eine 100 %-ige Tochter (zur Finanzierungsverantwortung in derartigen Fällen vgl. BGHZ 81, 311, 315 f. sowie zuletzt Sen.Urt. v. 16. Dezember 1991 - II ZR 294/90, WM 1992, 270, 272 m. umfangreichen w.N. aus der Senatsrspr.), ohne nach außen hin auch eine diesem wirtschaftlichen Tatbestand entsprechende Gesellschafterstellung zu übernehmen. Von diesem beherrschenden Einfluß hat die Be-

klagte, wie der Kläger des weiteren unter Beweisaustritt vorgetragen hat, in der Folgezeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Darüber hinaus ist die Gemeinschuldnerin entsprechend der mit ihrer Gründung verfolgten Zweckbestimmung auch im wirtschaftlichen Ergebnis allein für Rechnung der Beklagten geführt worden. Nach den Bestimmungen des Treuhandvertrages waren ihre Gewinne im wesentlichen zur Abtragung der Forderungen der Beklagten aus der vorangegangenen Geschäftsverbindung zu der Firma B. zu verwenden. An diesem Tatbestand vermag es substantiell nichts zu ändern, daß aus den Gewinnen der Gemeinschuldnerin zugleich auch die Steuern des Gesellschafters B. berichtigt werden sollten und die Befriedigung der Beklagten mittelbar auch ihm zugute kam, weil er auf Veranlassung der Beklagten im Jahre 1981 eine Bürgschaft für diese Forderungen übernommen hatte. Dagegen entspricht es diesem Tatbestand, daß die Gemeinschuldnerin, die mit ihrem nominellen, zudem niemals eingezahlten Stammkapital von 50.000,-- DM zu keinem Zeitpunkt zur Führung ihres satzungsgemäßen Geschäftsbetriebs imstande gewesen wäre, während ihres gesamten Bestehens ausschließlich von der Beklagten finanziert worden ist, die dafür nach dem unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers allein in den Jahren 1984 und 1985 einen Betrag von insgesamt über 11 Mio. DM aufgewendet und damit auch in jeder Beziehung das unternehmerische Risiko der Gemeinschuldnerin getragen hat.

Demgegenüber fällt es nicht ins Gewicht, daß der von dem Kläger vorgetragene Sachverhalt einige von dem typischen Treuhandvertrag abweichende Besonderheiten aufweist. So hat der Kläger keine Vereinbarung vortragen können, welche die Beklagte dazu verpflichtete, S. von den ihm durch die

Übernahme einer Gesellschafterstellung in der Gemeinschuldnerin, insbesondere auch durch die Leistung einer Stammeinlage, entstehenden Kosten freizuhalten. Nach den Bestimmungen des vorgelegten Treuhandvertrages sollte er Ersatz seiner Auslagen vielmehr von B. und die ihm zugebilligte Vergütung für die Ausübung der Gesellschafterrechte unmittelbar von der Gemeinschuldnerin erhalten. Des weiteren fehlt in dem Vertrag eine Vereinbarung, die der Beklagten das Recht gibt, von S. die Übertragung der von diesem treuhänderisch gehaltenen Gesellschaftsbeteiligung zu verlangen. Diese Besonderheiten sind jedoch nicht dazu angetan, die Beurteilung der Stellung der Beklagten als mittelbarer Gesellschafter der Gemeinschuldnerin in maßgeblicher Weise zu beeinflussen. Das Fehlen der zuletzt genannten Verpflichtung erklärt sich, soweit es nicht lediglich darauf beruhen sollte, daß dem Kläger die internen Abmachungen nicht bekannt sind, aufgrund derer S. in der Gemeinschuldnerin die Stellung eines Sachwalters der Beklagten übernahm, bereits aus der gewählten Konstruktion, als Treugeber von Schmitz entgegen den tatsächlichen und rechtlichen Machtverhältnissen in der Gemeinschuldnerin nicht die Beklagte, sondern dessen völlig einflußlosen Mitgesellschafter Blits auszuweisen, sowie aus dem Umstand, daß der Beklagten nicht daran gelegen sein konnte, in der Gemeinschuldnerin nach Erreichung des mit ihrer Gründung verfolgten Zwecks die offene Stellung eines Gesellschafters zu übernehmen. Das Interesse der Beklagten, ihre beherrschende Stellung in der Gemeinschuldnerin während der Zeit ihres Bestehens nicht gefährdet zu sehen, und die Gemeinschuldnerin ausschließlich für ihre eigenen Zwecke einzusetzen, war hinreichend dadurch gesichert, daß sie die uneingeschränkte Alleinherrschaft ihres

Treuhänders S. [REDACTED] und die Verpflichtung, die Gewinne der Gesellschaft im wesentlichen zur Tilgung ihrer Forderungen zu verwenden, in dem Treuhandvertrag bindend für B. [REDACTED] und seinen Rechtsnachfolger festgeschrieben und eine Kündigung der Gemeinschuldnerin ohne ihre Zustimmung ausgeschlossen hatte. Ebenso wenig kann die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts unter dem in Frage stehenden Gesichtspunkt letztlich davon abhängen, ob die Beklagte S. [REDACTED] eine förmliche Zusage erteilt hat, ihm die auf ihn entfallende Stammeinlage unmittelbar zu erstatten, oder ob S. [REDACTED] sich für diese mittelbar im Laufe der Zeit aus der ihm aus dem (ebenfalls von der Beklagten aufgebrauchten) Vermögen der Gemeinschuldnerin zufließenden Vergütung für die Ausübung der Gesellschafterrechte bezahlt machen sollte. Entsprechendes müßte erst recht gelten, wenn die Beteiligten abgesprochen hätten, die Leistung der als Betriebskapital der Gemeinschuldnerin ohnehin bedeutungslosen Stammeinlagen überhaupt zu unterlassen, wofür sprechen könnte, daß diese, obwohl sie betragsmäßig neben den von der Beklagten zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs aufgebrauchten hohen Summen in keiner Weise ins Gewicht fielen, während des gesamten Bestehens der Gesellschaft nicht eingezahlt worden sind. Entscheidend für die Beurteilung des Streitfalles muß im Ergebnis allein sein, ob die Beklagte entsprechend dem dahingehenden Vortrag des Klägers über die beiden von ihr in die formalrechtliche Stellung von Gesellschaftern vorgeschobenen Strohmänner eine Gesellschaft gegründet hat, die sowohl hinsichtlich ihrer finanziellen Ausstattung und Substanz als auch ihres Ergebnisses wirtschaftlich ganz und gar auf sie bezogen war und deren Betrieb sie über die von ihr gewählte, diese Stellung verdeckende rechtliche Konstruktion mittels des an ihre Wei-

sungen gebundenen Gesellschafter Schmitz in jeder Beziehung wie ein Alleingesellschafter steuerte und beherrschte. Sollte sich erweisen, daß die Gemeinschuldnerin in diesem Sinne letztlich wirtschaftlich wie rechtlich eine Veranstaltung der Beklagten darstellt, so ist es gerechtfertigt, ihr als mittelbarem Gesellschafter ungeachtet der gewählten rechtlichen Konstruktion, durch die sie es vermieden hat, rechtlich offen in der ihrer wirklichen Rolle allein entsprechenden Gesellschafterstellung in Erscheinung zu treten, die Einstandspflicht für die Aufbringung des gesetzlichen Stammkapitals aufzuerlegen.

III. Die Sache ist deshalb, damit das Berufungsgericht die aufgrund seines abweichenden rechtlichen Standpunkts bisher noch fehlenden tatsächlichen Feststellungen treffen kann, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Dr. Henze

Dr. Hesselberger

Gerber

Röhricht