

19
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG § 11

Zu den Fragen, ob und wann nach Auflösung einer
Vor-GmbH

- a) der Geschäftsführer Aufwendungsersatzansprüche
gegen die Gesellschafter persönlich hat und
- b) zwischen den Gesellschaftern durch die Einlagen
nicht gedeckte Verluste auszugleichen sind.

BGH, Urt. v. 13. Dezember 1982 - II ZR 282/81 - OLG Köln
LG Köln

19

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 282/81

URTEIL

Verkündet am

13. Dezember 1982

Kaufmann

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Karl-Heinz F e [REDACTED] ,
H [REDACTED] straße [REDACTED] , K [REDACTED] [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

Herrn Helmuth S [REDACTED] , Ki [REDACTED] weg [REDACTED] ,
St. A [REDACTED] [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

19

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1982
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck,
Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 20. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Köln vom 10. Juli 1981
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung - auch über die
Kosten der Revision - an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 17. November 1978 schlossen der Sohn des Klägers,
die Schwiegertochter des Beklagten und Jürgen Ar[REDACTED]
einen Vertrag zur Gründung einer Gesellschaft mit
beschränkter Haftung, die sich mit Klima- und Lüftungs-
technik befassen und ein Stammkapital von 20.000 DM
haben sollte. An Einlagen zahlten der Sohn des Klägers



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und Ar[REDACTED] je 5.000 DM und die Schwiegertochter des Beklagten 10.000 DM. Noch vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister kam man wegen Schwierigkeiten mit dem Gesellschafter Ar[REDACTED] überein, eine neue Gesellschaft zu gründen, die die Geschäfte der alten fortführen sollte. Am 30. März 1979 gründeten der Sohn des Klägers, die Schwiegertochter des Beklagten und die Parteien eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, an deren Stammkapital von 20.000 DM alle gleichmäßig beteiligt waren. Einlagen zahlten sie nicht erneut ein. Die an die frühere Gesellschaft gezahlten wurden "umgebucht". Geschäftsführer wurde der Beklagte.

Bereits die ursprüngliche Gesellschaft hatte bei der Kreissparkasse ein Konto eingerichtet, auf das im November 1978 die Einlagen eingezahlt worden waren. Dieses Konto, das am 30. März 1979 einen Debetsaldo von rund 24.500 DM auswies, wurde von der zweiten Gesellschaft fortgeführt. Als der Debetsaldo Mitte April 1979 auf rund 42.000 DM angewachsen war, verlangte die Sparkasse dessen Rückführung. Der Kläger überwies am 23. April 1979 auf das Konto 42.000 DM. Auf dem Überweisungsträger war als Empfänger die Fe[REDACTED] GmbH und als Verwendungszweck "Darlehen" angegeben. Am 12. Mai 1979 übernahm der Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zu 42.000 DM für alle Ansprüche des Klägers gegen die Gesellschaft. Diese hat den Geschäftsbetrieb inzwischen eingestellt, ohne daß sie ins Handelsregister eingetragen worden wäre.

Mit der Begründung, er habe die 42.000 DM dem Beklagten als Darlehen gewährt, verlangt der Kläger von jenem die Rückzahlung. Gleichzeitig stützt er seinen Anspruch auf die Bürgschaft. Der Beklagte hat sich unter anderem damit verteidigt, daß der Kläger 1/4 (10.500 DM) des geltend gemachten Betrages als Verlustanteil zu tragen habe. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage nur noch in Höhe von 10.500 DM weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Der Beklagte wendet sich nicht mehr gegen seine Verpflichtung aus der am 12. Mai 1979 abgegebenen selbstschuldnerischen Bürgschaft. Er beanstandet lediglich, daß das Berufungsgericht die Forderung in Höhe von 42.000 DM nicht um einen auf den Kläger entfallenden Verlustanteil in Höhe von 10.500 DM gekürzt hat. Diese Rüge hat Erfolg.

Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Kläger das Darlehen nicht, wie dieser behauptet, dem Beklagten, sondern der Gesellschaft gewährt hat, und den Beklagten deshalb verurteilt, weil er für die so entstandene

Darlehensschuld der Gesellschaft die Bürgschaft übernommen habe. Davon ist auch in der Revisionsinstanz auszugehen. Darüber hinaus ist - vorbehaltlich einer weiteren Sachaufklärung - anzunehmen, daß die inzwischen aufgelöste Gründungsgesellschaft zumindest in Höhe des vom Kläger mit seinem Darlehen abgelösten Bankkredits überschuldet ist, weil sie jedenfalls dem Kläger die Darlehensrückzahlung schuldet; mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist es schließlich möglich, daß der Beklagte, würde er den Kläger befriedigen, diesen Anspruch im Regreßwege gegen die Gesellschaft geltend machen könnte. Unter diesen Umständen ist ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht auszuschließen, daß der Beklagte der restlichen Bürgschaftsforderung des Klägers entgegenhalten kann, er brauche diese nicht zu erfüllen, weil der Kläger seinerseits anteilmäßig am Verlust der Gesellschaft beteiligt sei. Hätte der Kläger nämlich den Verlust mit zu tragen, könnte er, sollte noch eine Schlußrechnung über das Gesellschaftsverhältnis notwendig sein, jedenfalls vorläufig noch nichts verlangen; ist keine Abrechnung mehr nötig, kann sich unter Umständen der Beklagte endgültig weigern, dem Kläger die noch im Streit befindlichen 10.500 DM zu zahlen.

1. Einen Teil des Gesellschaftsverlustes müßte der Kläger ohne weiteres tragen, wenn und soweit er der Vorgesellschaft noch seine Einlage schulden würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Kläger hat zwar die in der (zweiten) Vorgesellschaft übernommene Bareinlage von 5.000 DM unstreitig nicht eingezahlt. Die Gesellschafter

sind aber übereingekommen, die an die erste Vorgesellschaft geleisteten Einlagen auf die Parteien "umzubuchen". Was sie sich auch immer dabei vorgestellt haben mögen (zumal die früheren Einlagen schon verbraucht gewesen sein sollen): vereinbart war damit jedenfalls, daß Einlagezahlungen nicht mehr geleistet werden sollten. Da es nicht um die Haftung der Gesellschafter gegenüber Fremdgläubigern der Gesellschaft geht, die sie mit der "Umbuchungsvereinbarung" nicht hätten ausschließen können, sondern um den Verlustausgleich unter Gesellschaftern, ist die Vereinbarung, soweit der bisherige Sachvortrag das erkennen läßt, insoweit wirksam; haben sich alle an der Vorgesellschaft Beteiligten darauf geeinigt, daß die Einlagen als erbracht gelten sollen, muß sich bei vorzeitiger Beendigung der Gesellschaft und der internen Auseinandersetzung auch der Beklagte in seiner Eigenschaft als Gesellschafter-Geschäftsführer daran festhalten lassen, wenn nicht für diesen Fall den Umständen nach etwas anderes gewollt ist. Das läßt sich aber im Revisionsrechtszug nicht feststellen.

2. Dem Berufungsgericht ist weiter zuzustimmen, daß es eine allgemeine Nachschuß- und Verlustausgleichspflicht der Gesellschafter einer Gründungs-GmbH in dem Sinne, wie das für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geregelt ist (§ 735 BGB), nicht gibt. Die Gesellschafter, die eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gründen, wollen grundsätzlich kein größeres Risiko als das des möglichen Verlusts der übernommenen Einlage eingehen.

Das kommt im Rechtsverkehr nach außen dadurch zum Ausdruck, daß der Geschäftsführer im Gründungsstadium keine Vertretungsmacht besitzt, die Gesellschafter über die versprochene Einlage hinaus zu verpflichten (BGHZ 72, 45, 50). Regelmäßig kann sich daher auch der nach § 11 Abs. 2 GmbHG den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftende Geschäftsführer nur in diesem Umfange bei den Gründer-Gesellschaftern schadlos halten (Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 11 Rdn. 86); das ist auch keine unbillige Härte, denn der Geschäftsführer handelt im Regelfall nur dann im Rahmen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung, wenn er Verbindlichkeiten begründet, für die das Gesellschaftsvermögen aufkommen kann. Was so im Außenverhältnis der Gesellschaft zu Dritten gilt, ist im allgemeinen auch im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander als gewollt anzusehen: Ähnlich wie bei der Kommanditgesellschaft, in der, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Kommanditisten nach Auflösung der Gesellschaft nichts nachzuschießen haben, etwaige Verluste vielmehr bei dem persönlich haftenden Gesellschafter "hängen bleiben" (§ 167 Abs. 3 HGB), versprechen die GmbH-Gründer einander regelmäßig für die Dauer des Gründungsvorgangs und den etwaigen Fall der vorzeitigen Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr, als die in der Satzung festgelegte Einlage zu erbringen. Über diese Leistung hinaus schulden sie der Vorgesellschaft und im Verhältnis zueinander auch dann nichts, wenn einer von ihnen mehr als den Betrag seiner Einlageverpflichtung für die Gesellschaft aufgebracht hat.

3. Was für den Regelfall gilt, in dem die Gründer-Gesellschafter bis zur Eintragung der GmbH im wesentlichen nur die eigentlichen Gründungsgeschäfte betrieben haben wollen, kann im Einzelfall anders zu beurteilen sein. Unter Umständen gehen die Gesellschafter bereits in diesem Stadium weitergehende Risiken ein und weisen insbesondere den Geschäftsführer an, mit den für die GmbH vorgesehenen Geschäften - etwa durch Fortführung eines eingebrachten oder Einrichtung eines neuen Handelsgeschäfts - zu beginnen. Das geschieht nicht selten in einem so erheblichen Umfange, daß bei ungünstigem Verlauf die Entlastung des Geschäftsführers von seiner Außenhaftung oder sonstigen Aufwendungen durch den satzungsmäßigen Kapitaleinsatz nicht sicher gewährleistet ist. In Fällen dieser Art führt eine interessengerechte Auslegung des Dienstvertrages des Geschäftsführers dazu, daß in seinem Rechtsverhältnis zu den Gesellschaftern nicht nur die allgemeinen Regeln der Vorgesellschaft gelten, sondern die Gesellschafter ihm gegenüber nach den Regeln des Auftragsrechts gemäß §§ 675, 670, 421 BGB unbeschränkt haften, wenn und soweit die Einlagen trotz pflichtgemäßer Geschäftsführung die entstandenen Verluste nicht tragen und der Geschäftsführer deshalb für seine (aus Handelndenhaftung oder anderem Rechtsgrunde herführenden) Aufwendungen für die Gesellschaft keinen Ersatz erhalten würde.

Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hätte das Berufungsgericht den Sachverhalt noch prüfen müssen. Unterstellt man nämlich unter Berücksichtigung der

insoweit wenig klaren Parteibehauptungen, daß der Beklagte im erklärten Einverständnis aller Beteiligten mit der zweiten Gesellschaft die Geschäfte der früheren Gesellschaft unter Übernahme der alten Bankschulden fortgeführt hat und die weiteren Kreditschulden ohne schuldhaft-pflichtwidriges Handeln von seiner Seite entstanden sind, dann kann auch der Abschluß des Darlehnsvertrages mit dem Kläger, um den Bankkredit abzulösen, und die Übernahme der Bürgschaft im Rahmen einer Geschäftsführung des Beklagten für die Vorgesellschaft gelegen haben, die sich innerhalb des ihm von den Gesellschaftern generell erteilten Auftrages und einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung gehalten hat. Dann könnte der Beklagte den Rückgriffsanspruch (§ 774 BGB) nicht nur gegen die Gesellschaft, sondern, wenn das Gesellschaftsvermögen nichts hergibt, auch gegen die Mitgesellschafter geltend machen. Da allerdings nach Auflösung der Vorgesellschaft die Abwicklungsregeln der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft entsprechend anzuwenden sind, ist zunächst nach Begleichung von Schulden und Einziehung etwaiger noch bestehender Ansprüche eine Auseinandersetzungsrechnung aufzumachen, in die alle derzeitigen Ansprüche zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern und die gesellschaftsbezogenen Ansprüche der Gesellschafter untereinander nur noch als unselbständige Rechnungsposten einzubeziehen sind. Das würde hier möglicherweise bedeuten, daß auch der restliche Bürgschaftsanspruch des Klägers nicht mehr selbständig eingeklagt werden kann und die Klage aus diesem Grund abzuweisen ist.

Sollte jedoch die Endabrechnung bereits jetzt zu übersehen sein und feststehen, daß der Kläger letzten Endes im Verhältnis zum Beklagten die noch umstrittenen 10.500 DM auszugleichen hat, dann wäre der Bürgschaftsanspruch deshalb unbegründet, weil niemand zu zahlen braucht, was ihm der andere sogleich zurückerstatten muß.

Der bisherige Parteivortrag läßt es aber ebenso als möglich erscheinen, daß der Beklagte für das vom Kläger der Vorgesellschaft gewährte Darlehen gebürgt hat und bürgen mußte, weil die Befreiung der Gesellschaft von den Kreditschulden im Innenverhältnis der Gesellschafter seine Sache war. Das könnte insbesondere der Fall gewesen sein, wenn die Übernahme und Erweiterung des Kredits durch die zweite Gesellschaft von vornherein durch den Geschäftsführungsauftrag der Mitgesellschafter nicht gedeckt oder eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten war, die er allein zu vertreten hat.

4. Der Sachverhalt bedarf daher der weiteren Aufklärung und erneuten rechtlichen Würdigung. Damit das geschehen kann und die Parteien Gelegenheit haben, ihren Sachvortrag unter den aufgezeigten Gesichtspunkten zu ergänzen, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel Dr. Schulze Fleck Bundschuh Brandes