BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 56/10

Verkündet am:
6. März 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

GmbHG § 7 Abs. 2 und 3, § 8 Abs. 2, § 9c, § 16 Abs. 2; GmbHG idF bis 31. Oktober 2008 § 16 Abs. 3

a) Unterbleibt die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit einer wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, haften die Gesellschafter im Umfang einer Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt (Klarstellung zu BGH, Beschlüsse vom 26. November 2007 - II ZA 14/06 Rn. 4 und II ZA 15/06 Rn. 4).

b) Bei fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung in Anspruch genommenen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.

c) Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils haftet.

BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 56/10 - OLG München
LG Traunstein

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. März 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der U. Vertriebs GmbH (Schuldnerin). Die Schuldnerin wurde am 28. Dezember 1993 mit Sitz in N. bei M. unter der Firma M. GmbH (im Folgenden: M. GmbH) im Handelsregister eingetragen; Gegenstand des Unternehmens war der Vertrieb von medizinischen Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln sowie der Handel mit Waren aller Art. Nach dem Jahresabschluss zum 31. Dezember 2004 verfügte die Schuldnerin Ende des Jahres 2003 über keine Aktiva. Am 21. Juli

2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma in U. Vertriebs GmbH, verlegte den Sitz der Gesellschaft nach Mü. , änderte den Unternehmensgegenstand, berief den bisherigen Geschäftsführer ab und bestellte an dessen Stelle eine neue Geschäftsführerin. Die neue Geschäftsführerin nahm ab diesem Zeitpunkt die Geschäfte auf entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand, dem Vertrieb von schlüsselfertig herzustellenden Gebäuden als Generalübernehmerin. Die Änderungen wurden auf die am 30. Juli 2004 eingegangene Anmeldung am 17. September 2004 in das Handelsregister eingetragen.

2 Die Beklagte erwarb am 30. Dezember 2005 den einzigen Geschäftsanteil an der Schuldnerin mit einem Nennbetrag von 50.000 DM gegen Zahlung eines Betrages von 7.500 €. Am 1. und am 21. März 2006 zahlte sie auf das Stammkapital insgesamt 25.000 € ein.

3 Mit Beschluss vom 8. Februar 2007 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger stellte bis zur Klageerhebung Forderungen in Höhe von 36.926,53 € zur Tabelle fest. Diesen Betrag beansprucht er unter dem Gesichtspunkt der Verlustdeckungshaftung von der Beklagten.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr in vollem Umfang stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 I. Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2010, 579) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Bei der Aufnahme der operativen Tätigkeit innerhalb des durch Gesellschafterbeschluss vom 21. Juli 2004 erweiterten Geschäftszwecks handele es sich um eine Mantelverwendung, die dem Registergericht als wirtschaftliche Neugründung hätte offengelegt werden müssen. Die unterbliebene Offenlegung führe grundsätzlich zu einer zeitlich unbeschränkten Gesellschafterhaftung. Ob es der Beklagten eröffnet sei, sich durch den Nachweis der vollständigen Deckung des statutarischen Stammkapitals zum Zeitpunkt der Revitalisierung der Gesellschaft zu entlasten, oder ob es ausreiche, den Gesellschafter lediglich auf die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich vorhandenen Gesellschaftsvermögen haften zu lassen, könne offen bleiben. Denn die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe sich insoweit auf den pauschalen Vortrag beschränkt, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen. Die auf die Stammeinlage im März 2006 erfolgten Einzahlungen führten nicht zu einer Haftungsbefreiung. Die wirtschaftliche Neugründung löse keine neue Einlagepflicht aus; die Erfüllung einer solchen mache der Kläger auch nicht geltend. Die Beklagte hafte als Erwerberin der Geschäftsanteile für die Ansprüche aus der Unterbilanzhaftung.

7 II. Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte haftet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Höhe der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 8. Februar 2007 zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen von insgesamt 36.926,53 €. Die Haftung der Gesellschafter einer GmbH bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung ist vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt. Die Revision hat dagegen keinen Erfolg, soweit sie geltend macht, eine Haftung der Beklagten scheide (insgesamt) schon deshalb aus, weil diese selbst nicht gegen die Verpflichtung zur Offenlegung der

wirtschaftlichen Neugründung verstoßen habe. Bei dem Unterbilanzhaftungsanspruch im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung handelt es sich um eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber eines Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung (vgl. jetzt § 16 Abs. 2 GmbHG) einstehen muss.

8 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Aufnahme der Geschäfte mit geändertem Unternehmensgegenstand am 21. Juli 2004 eine wirtschaftliche Neugründung darstellt.

9 a) Als wirtschaftliche Neugründung ist es anzusehen, wenn eine durch Eintragung in das Handelsregister als juristische Person (§ 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GmbHG) bereits entstandene GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine bewusst für eine spätere Verwendung „auf Vorrat" gegründete Gesellschaft mit einem Unternehmen ausgestattet wird und erstmals ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 16. März 1992 - II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 331 f. für die AG) oder ob der „alte Mantel" einer im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstands tätig gewesenen, dann aber unternehmenslos gewordenen GmbH wiederverwendet wird (BGH, Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322). Auf die wirtschaftliche Neugründung sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161; Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321).

10 b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Vorgänge im Juli 2004 als eine wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung des leer gewordenen Mantels der M. GmbH beurteilt.

11 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine als wirtschaftliche Neugründung anzusehende Mantelverwendung vor, wenn eine GmbH eine „leere Hülse" geworden ist, also kein aktives Unternehmen mehr 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. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung sollen im Interesse des Geschäftsverkehrs Vorkehrungen dagegen getroffen werden, 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 (BGH, Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324; Beschluss vom 18. Januar 2010 - II ZR 61/09, ZIP 2010, 621 Rn. 6).

12 bb) Nach den - nicht angegriffenen - Feststellungen der Vorinstanzen war der vormalige Geschäftsbetrieb der Schuldnerin eingestellt worden. Im Sommer 2004 änderten die Gesellschafter den Unternehmensgegenstand, die Firma und den Gesellschaftssitz, bestellten eine neue Geschäftsführerin und nahmen unter Verwendung des leer gewordenen Geschäftsmantels der Schuldnerin eine neue Geschäftstätigkeit entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand auf. Es ist nicht erkennbar, dass dabei in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise an die vormalige Tätigkeit angeknüpft wurde.

13 2. Die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes auf die wirtschaftliche Neugründung führt dazu, dass die Tatsache der Wiederverwendung eines inzwischen leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offenzulegen und damit die - am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtende - Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden ist (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f.). Diese Offenlegung ist bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin im Juli 2004 nicht erfolgt.

14 3. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die entsprechende Anwendung der die Kapitalaufbringung betreffenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes führe bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht grundsätzlich zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger. Unterbleibt die (ordnungsgemäße) Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt.

15 a) Bei der rechtlichen Gründung einer GmbH haften die Gesellschafter der vor der Eintragung bestehenden Vor-GmbH für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft der Höhe nach unbeschränkt. Nach dem vom erkennenden Senat entwickelten Haftungsmodell besteht eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der GmbH andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs-(Unterbilanz-)haftung (BGH, Urteil vom 27. Januar 1997 - II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 337 f.). Kommt es zur Eintragung, haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus der mit ihrer Zustimmung vor der Eintragung aufgenommenen Geschäftstätigkeit für die Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital abzüglich des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands und dem Wert des Gesellschaftsver-

mögens im Zeitpunkt der Eintragung (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 141; Urteil vom 24. Oktober 1988 - II ZR 176/88, BGHZ 105, 300, 303; Urteil vom 29. September 1997 - II ZR 245/96, ZIP 1997, 2008) entsprechend ihrer Beteiligungsquote (BGH, Urteil vom 17. Februar 2003 - II ZR 281/00, ZIP 2003, 625, 627; Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 395). Unterbleibt die Eintragung der GmbH, haften die Gesellschafter (der Vor-GmbH) ebenfalls unbeschränkt für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Verluste. Im Gegensatz zur Unterbilanzhaftung bedarf es keiner Auffüllung des Stammkapitals (BGH, Urteil vom 27. Januar 1997 - II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 334 ff.). Beide Haftungsinstrumente sind als Innenhaftung ausgestaltet. Bei der Verlustdeckungshaftung ist eine Durchbrechung des Innenhaftungsprinzips im Einzelfall anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1997 - II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 341; Urteil vom 24. Oktober 2005 - II ZR 129/04, ZIP 2005, 2257).

16 b) Dieses Haftungsmodell für die rechtliche Gründung einer GmbH lässt sich nicht uneingeschränkt auf die Situation der wirtschaftlichen Neugründung übertragen. Anders als bei der rechtlichen Gründung einer GmbH besteht im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung bereits eine eingetragene GmbH als ein von seinen Gesellschaftern zu trennender Rechtsträger, für den grundsätzlich die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG gilt.

17 aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die wirtschaftliche Neugründung in vollem Umfang in die mit den Gründungsvorschriften verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers einzubeziehen, die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds sicherzustellen. Das Registergericht hat daher entsprechend § 9c GmbHG in eine Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu be-

ziehen hat (§ 7 Abs. 2 und 3, § 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidender verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist die auch anlässlich einer wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich - weiterhin oder jedenfalls wieder - endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162; Beschluss vom 7. Juli 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f.; Urteil vom 12. Juli 2011 - II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rn. 9).

18 Dem Umstand, dass eine wirtschaftliche Neugründung auch bei Anmeldung damit einhergehender eintragungspflichtiger Veränderungen für das Registergericht als solche nicht immer ohne weiteres zu erkennen ist, trägt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dadurch Rechnung, dass sie die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht verlangt. Dadurch wird gewährleistet, dass die wirtschaftliche Neugründung in der gebotenen Weise offenkundig gemacht wird, und zugleich die Effektivität des unverzichtbaren registergerichtlichen Präventivschutzes vor einer gläubigergefährdenden wirtschaftlichen Verwendung der Rechtsform der GmbH verstärkt (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324 f.; Urteil vom 12. Juli 2011 - II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rn. 10).

19 Auf der materiell-rechtlichen Haftungsebene wird das Modell der Unterbilanzhaftung im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung nach der Rechtsprechung des Senats, mit der Maßgabe zur Anwendung gebracht, dass maßgeblicher Stichtag für die Haftung der Gesellschafter die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung gegenüber dem Handelsregister ist. Eine Gewährleistung der Unver-

sehrtheit des Stammkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus ist bei der ordnungsgemäß offengelegten wirtschaftlichen Neugründung nicht veranlasst. Anders als bei der rechtlichen Gründung, die erst mit der Eintragung vollzogen ist (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG), bedarf bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder eines leeren Gesellschaftsmantels der bereits früher als GmbH wirksam entstandene Rechtsträger zu seiner weiteren rechtlichen Existenz keiner zusätzlichen „konstitutiven" Eintragung mehr. Außerdem ist dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung hinreichend genügt, so dass die Gesellschafter solcher Rechtsträger nunmehr tatsächlich das neue Unternehmen als werbende GmbH ohne Zeitverlust in Vollzug setzen und mit der bestimmungsgemäßen Verwendung des Stammkapitals zu dessen Betrieb beginnen können (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162; Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327; Urteil vom 12. Juli 2011 - II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rn. 10).

20 bb) Unterbleibt demgegenüber die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist. Dies ist im Streitfall der 21. Juli 2004, als - nach dem unstreitigen Sachverhalt - die neu bestellte Geschäftsführerin der Schuldnerin im Rahmen des erweiterten Unternehmensgegenstands tätig wurde. Sofern in den beiden Entscheidungen des Senats vom 26. November 2007 (II ZA 14/06, ZIP 2008, 217 Rn. 4 und II ZA 15/06, DStR 2008, 933 Rn. 4) etwas anderes zum Ausdruck gekommen sein sollte, wird hieran nicht festgehalten.

21 (1) Von einem Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die Gesellschafter ebenso wie in der Situation der unterbliebenen Ersteintragung der GmbH bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung unterliegen (vgl. OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125; OLG Jena, NZG 2004, 1114, 1115; Bachmann, NZG 2011, 441, 443 ff.; Hüffer, NJW 2011, 1772, 1773; Krolop, ZIP 2011, 305, 306; Melchior, EWiR 2010, 249, 250; Wachter, BB 2010, 1242, 1243; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rn. 13b; Schäfer in Bork/Schäfer, GmbHG, § 3 Rn. 19; Schäfer in Henssler/Strohn, GmbHG, § 3 Rn 17; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rn. 14, 19 f.; ders., Festschrift Goette, 2011, S. 15, 22; Limmer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 23 Rn. 45a; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 26 Rn. 36).

22 Hiergegen werden mit unterschiedlichen Begründungs- und Lösungsansätzen durchgreifende Einwände erhoben (vgl. KG, ZIP 2010, 582, 583; Adolff, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 49, 87 f.; Altmeppen, DB 2003, 2050, 2052; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1653, 1658 f.; Habersack, AG 2010, 845, 849 f.; Heidenhain, NZG 2003, 1051, 1053; Heidinger, ZGR 2005, 101, 129 f.; Hermanns, ZNotP 2010, 242, 244 f.; Herresthal/Servatius, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; Peetz, GmbHR 2011, 178, 181; Podewils, GmbHR 2010, 684, 688; Priester, ZHR 168 [2004], 248, 262; Schall, NZG 2011, 656; K. Schmidt, ZIP 2010, 857, 861, 862 f.; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 613; Werner, GmbHR 2010, 804, 807; Wicke, NZG 2005, 409, 411; MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 32; Emmerich in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 3 Rn. 34; Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 3 Rn. 140; Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. Fn. 591).

23 (2) Der die Rechtsprechung des Senats zur Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes auf die wirtschaftliche Neugründung tragende

Zweck, der Umgehung einer den Kapitalaufbringungsregeln unterliegenden Gründung durch die Verwendung eines bereits existenten, unternehmenslosen Rechtsträgers entgegen zu wirken, rechtfertigt es nicht, die (Neu-)Gründer über den Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung durch die Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt, hinaus für die Aufbringung des Stammkapitals persönlich haften zu lassen. Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften ist es, die Kapitaldeckung der Gesellschaft zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung sicherzustellen. Die mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Gefahren für einen wirksamen Gläubigerschutz bestehen sowohl im Anschluss an eine Vorratsgründung als auch im Zusammenhang mit der „Wiederbelebung" eines leeren Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen. In beiden Fällen besteht die Gefahr einer Umgehung der Gründungsvorschriften mit der Folge, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung beim Neustart, der regelmäßig mit der Anmeldung eventueller durch die wirtschaftliche Neugründung bedingter Satzungsänderungen und der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen in Erscheinung tritt, nicht gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161; Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322). Hieran haben sich sowohl die registergerichtliche Kontrolle als auch das materiell-rechtliche Haftungskonzept auszurichten. Die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht kann dabei nicht mit der die rechtliche Existenz der GmbH begründenden (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und die Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 GmbHG bewirkenden Ersteintragung gleichgesetzt werden (aA etwa Bachmann, NZG 2011, 441, 445; Bayer, Festschrift Goette, 2011, S. 15, 23; Hüffer, NJW 2011, 1772, 1773, 1777).

24 Es besteht keine Veranlassung, die Haftung der Gesellschafter auch auf den Ausgleich von Verlusten zu erstrecken, die das Gesellschaftsvermögen nach dem Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung vermindert haben. Die spezifischen, aus der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers folgenden Gefahren für die Gesellschaftsgläubiger entsprechen nicht denjenigen, denen mit den Gründungsvorschriften im Verfahren der Gesellschaftsgründung entgegen getreten werden soll. In beiden Fällen soll zwar das Fehlen oder der Verlust des Stammkapitals der Gesellschaft vermieden werden. Im Verfahren der Ersteintragung der Gesellschaft geht es allerdings um die Risiken, die sich aus einer dem rechtlichen Entstehen der Gesellschaft vorgelagerten, über den eigentlichen Zweck der Vorgesellschaft hinausgehenden Geschäftsaufnahme für den Rechtsverkehr ergeben, nachdem das zuvor geltende Vorbelastungsverbot durch den Senat aufgegeben worden ist (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 133 ff.). Im Falle der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung ergibt sich eine potentielle Gläubigergefährdung dagegen nicht aus etwaigen Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens aus dem Zeitraum zwischen dem Entschluss der Gesellschafter, den schon entstandenen Rechtsträger wieder oder erstmals für unternehmerische Zwecke einzusetzen und dem Abschluss der Prüfung des Registergerichts. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften mit der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht soll vielmehr verhindert werden, dass zum Zeitpunkt der (Wieder-)Aktivierung der Gesellschaft die Kapitaldeckung - z.B. wegen möglicher Verluste aus der früheren Existenz des Rechtsträgers - nicht gewährleistet ist (vgl. Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1129, 1133).

25 (3) Dem kann nicht erfolgreich mit dem Argument begegnet werden, erst das durch die (Pflicht zur) Offenlegung ermöglichte (zeitnahe) staatliche Kon-

trollverfahren legitimiere den Betrieb eines haftungsbeschränkten Unternehmens (aA Bachmann, NZG 2011, 441, 444 f.; Goette, DStR 2004, 461, 464 f.). Diese Sicht berücksichtigt die strukturellen Unterschiede des der Ersteintragung vorausgehenden registergerichtlichen Prüfungsverfahrens gegenüber dem Prüfungsverfahren im Fall der wirtschaftlichen Neugründung nicht in dem gebotenen Maß. Ersteres zielt in erster Linie auf den Erwerb der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, auch wenn die Aufbringung (eines Teils) des Stammkapitals eine Voraussetzung für die diese Haftungsbeschränkung bewirkende Eintragung ist (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG). Maßgeblicher Zweck der aufgrund der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung veranlassten registerrechtlichen Prüfung ist dagegen die Aufdeckung einer etwaigen Kapitallücke, die von den (Neu-)Gründern für die Verwendung des (bereits existenten und) haftungsbeschränkten Rechtsträgers auszugleichen ist. Der Absicherung der Kapitaldeckung dient zum einen die Abgabe der nach § 9a GmbHG haftungsbewehrten Einzahlungsversicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und zum anderen das Nachforschungsrecht des Registergerichts gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Gegenüber dem Verfahren der Ersteintragung besteht nur ein eingeschränkter Präventivschutz (Heinze, GmbHR 2011, 962, 964, 967; Herresthal/Servatius, ZIP 2012, 197, 202), weil die Nutzung des haftungsbeschränkten Rechtsträgers für unternehmerische Zwecke durch das Registergericht außerhalb eines Verfahrens nach § 395 Abs. 1 FamFG nicht unterbunden werden kann (vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 1992, 456).

26 Ein der Neueintragung entsprechender staatlicher Verleihungsakt, der die Verwendung des Rechtsträgers erst legitimiert, erfolgt bei der wirtschaftlichen Neugründung nicht. Richtig ist zwar, dass regelmäßig erst die pflichtgemäße Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Verbindung mit der Abgabe der Erklärung nach § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Prüfung des Registergerichts ermöglicht (OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125; Heinze, GmbHR

2011, 962, 967). An den erfolgreichen Abschluss der registergerichtlichen Prüfung sind aber - anders als im Verfahren der Ersteintragung - bezogen auf die Unterbilanzhaftung keine Konsequenzen geknüpft, und zwar selbst dann nicht, wenn das Registergericht nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG weitere Nachforschungen anstellt und diese ergeben, dass die entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgegebenen Versicherungen fehlerhaft sind (Heinze, GmbHR 2011, 962, 964). Jedenfalls dann, wenn die wirtschaftliche Neugründung sich ohne Satzungsänderungen oder einen Geschäftsführerwechsel vollzieht, ist es dem Registergericht auch nicht eröffnet, die unterlassene Offenlegung nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch die Ablehnung einer Eintragung zu sanktionieren.

27 (4) Die Annahme einer zeitlich und der Höhe nach unbeschränkten Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter ist auch nicht etwa deshalb als Sanktionsmittel bei einer Verletzung der Offenlegungspflicht geboten, weil die Gesellschafter andernfalls die Offenlegungspflicht bei der Aktivierung des leeren Mantels gefahrlos ignorieren könnten (in diesem Sinn aber Bachmann, NZG 2011, 441, 443 f.; Bayer, Festschrift Goette, 2011, S. 15, 22; Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1129, 1132; Krolop, ZIP 2011, 305, 309 f.). Die unterlassene Offenlegung ist zwar wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbewehrt (vgl. Bachmann, NZG 2011, 441, 444; Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1129, 1132; Heinze, GmbHR 2011, 962, 967; Krafka, ZGR 2003, 577, 584; Thaeter, DB 2003, 2112, 2113; Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 3 Rn. 28; MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 38; aA Schall, NZG 2011, 656, 657). Dies rechtfertigt es aber nicht, den Gläubiger besser zu stellen, als er bei ordnungsgemäßer Offenlegung stünde (Giedinghagen/Rulf, EWiR 2010, 291, 292; Habersack, AG 2010, 845, 850; Hermanns, ZNotP 2010, 242, 244 f.; Herresthal/Servatius, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; Peetz, GmbHR 2011, 178, 181; K. Schmidt, ZIP 2010, 857, 861, 862 f.; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 613).

28 (5) Mit der Nichtanwendung der Grundsätze der Verlustdeckungshaftung steht kein Wechsel des Haftungsmodells im Raum. Die Gesellschafter der wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft haben im Rahmen der Unterbilanzhaftung (anteilig) den - gegebenenfalls auch negativen - Wert des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des zugesagten Stammkapitals auszugleichen, mithin die Kapitaldeckung zu gewährleisten. Der Übergang zu einer Differenzhaftung in dem Sinne, dass in Anlehnung an § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Haftung auf die (gegebenenfalls erneute) Zuführung des Stammkapitals begrenzt ist, ist damit nicht verbunden.

29 4. Ein Anspruch des Klägers scheitert entgegen der Auffassung der Revision nicht schon insgesamt daran, dass die Beklagte nicht an der wirtschaftlichen Neugründung beteiligt war, sondern sämtliche Geschäftsanteile der Schuldnerin erst nach der Aufnahme der Geschäfte zum 21. Juli 2004 am 30. Dezember 2005 erworben hat. Für eine eventuelle, zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Unterbilanzhaftung des Veräußerers müsste die Beklagte gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung einstehen.

30 a) Auf den Streitfall findet § 16 Abs. 3 GmbHG aF Anwendung. Die Vorschrift regelt die Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils für auf den Geschäftsanteil rückständige Leistungen und damit eine mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb verknüpfte Rechtsfolge. Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts - § 3 EGGmbHG sieht insoweit keine spezielle Übergangsregelung vor - untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt, Art. 170, Art. 229 § 5, Art. 232 § 1 EGBGB analog (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 19 f. - Gut Buschow), mithin hier dem im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils durch die Beklagte im Jahr 2005 geltenden Recht.

31 b) Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist ebenso wie die Ansprüche auf Erbringung der Einlage und aus Differenzhaftung bei Überbewertung einer Sacheinlage eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG aF haftet.

32 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats haftet der Erwerber eines Geschäftsanteils, wenn der Veräußerer seine Einlageverpflichtung nicht oder nicht in voller Höhe erfüllt hat (BGH, Urteil vom 14. März 1977 - II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f.; Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f.). Der in der Person eines Gesellschafters einmal entstandene und fällig gewordene Einlageanspruch soll und kann der Gesellschaft durch einen Gesellschafterwechsel nicht mehr entzogen werden (BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f.). Dieselben Grundsätze gelten für den Differenzhaftungsanspruch bei Überbewertung einer Sacheinlage nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (vgl. schon BGH, Urteil vom 14. März 1977 - II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f.).

33 bb) Für den ebenfalls im Dienste der Sicherung der realen Kapitalaufbringung in der rechtlichen Gründungsphase stehenden, den Gründungsgesellschafter aufgrund seiner Mitgliedschaft in die Pflicht nehmenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung gilt im Hinblick auf den vergleichbaren Regelungsgehalt nichts anderes. Der erkennende Senat teilt darüber hinaus die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass gegen den Veräußerer begründete Ansprüche aus Unterbilanzhaftung unter dem Gesichtspunkt einer wirtschaftlichen Neugründung rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil im Sinne des § 16 Abs. 3 GmbHG aF darstellen (OLG Frankfurt, NZG 1999, 450, 451; OLG Düsseldorf, NZG 2004, 380, 381; OLG Celle, GmbHR 2005, 1496, 1497; Böken, GmbHR 2005, 1166, 1167 f.; Hermanns, ZNotP 2010, 242, 245;

Herresthal/Servatius, ZIP 2012, 197, 203; Wachter, BB 2010, 1242, 1243 f.; Wicke, NZG 2005, 409, 414; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 16 Rn. 42; Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 3 Rn. 159; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 16 Rn. 166; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rn. 13, § 16 Rn. 22; Ebbing in Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 137; Pfisterer in Saenger/Inhester, GmbHG, § 16 Rn. 23; Schäfer in Bork/Schäfer, GmbHG, § 3 Rn. 19; Wicke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 12; aA Krolop, ZIP 2011, 305, 311; Podewils, GmbHR 2010, 684, 688; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 612).

34 (1) Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung soll gewährleisten, dass der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlautbarte Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Wert nach unversehrt zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 136 f.). Der Unterbilanzhaftungsanspruch, der gleichermaßen für die Sach- wie für die Bargründung gilt, dient nach Aufgabe des Vorbelastungsverbots der Sicherstellung des Unversehrtheitsgrundsatzes. Er ist grundsätzlich wie der Anspruch auf Leistung fehlender Einlagen zu behandeln und unterliegt deshalb im Hinblick auf Herkunft und Regelungszweck, ebenso wie die für Sacheinlagen geltende Differenzhaftung (§ 9 GmbHG), denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld (BGH, Urteil vom 6. Dezember 1993 - II ZR 102/93, BGHZ 124, 282, 286; Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401). Diese Gemeinsamkeiten machen eine Gleichbehandlung auch im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG aF erforderlich.

35 (2) Nichts anderes gilt, wenn der auf Ausgleich einer Unterbilanz gerichtete Anspruch auf einer entsprechenden Anwendung des Haftungsmodells im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung beruht. Der Einwand, § 16 Abs. 3 GmbHG aF passe nicht in das Haftungskonzept (so OLG Schles-

wig, ZIP 2007, 822, 823; Podewils, GmbHR 2010, 684, 688), trägt nicht. § 16 Abs. 3 GmbHG aF ist keine das Gründungsstadium der Gesellschaft betreffende Vorschrift, so dass sich nicht die Frage stellt, ob ihre Anwendung im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung geboten ist (vgl. Krolop, ZIP 2011, 305, 311). Es geht vielmehr darum, ob es sich bei dem aus der entsprechenden Anwendung des Modells der Unterbilanzhaftung folgenden Anspruch um eine „auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung" handelt. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, den Anspruch auf Ausgleich einer Unterbilanz im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung anders zu behandeln als den entsprechenden, zum Zeitpunkt der Ersteintragung entstandenen Anspruch.

36 (3) Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter infolge von Geschäften, die vor Eintragung der GmbH vorgenommen werden, ist zwar davon abhängig, dass die durch solche Geschäfte bewirkten Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens mit Zustimmung der Gesellschafter begründet worden sind (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 139 f.; Urteil vom 27. Januar 1997 - II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 335). Entsprechend haften die Gesellschafter auch im Falle der wirtschaftlichen Neugründung nur dann, wenn sie der (Neu-)Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Juni 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 326 f.; Bayer, Festschrift Goette, 2011, S. 15, 22 m.w.Nachw.; ders., GmbHR 2011, 1034, 1036). Der Umstand, dass der Anspruch aus Unterbilanzhaftung auch an ein bestimmtes Verhalten des Veräußerers anknüpft, rechtfertigt es allerdings nicht, den Erwerber von dieser Haftung auszunehmen (aA Krolop, ZIP 2011, 305, 311; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 612). Durch das Erfordernis der Zustimmung des Gesellschafters zur Aufnahme der Geschäfte wird der Unterbilanzhaftungsanspruch nicht zu einem von der Mitgliedschaft abgekoppelten Sekundäranspruch. Wegen seiner Zustimmung zur Aktivierung eines Gesellschaftsmantels (oder einer Vor-

ratsgesellschaft) ist der Neugründungsvorgang dem Gesellschafter vielmehr (gerade) als Träger des Mitgliedschaftsrechts objektiv zuzurechnen.

37 III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Geschäfte am 21. Juli 2004 eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Kapital bestanden hat.

38 Für die wiedereröffnete Berufungsverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

39 1. Der Kläger ist nicht aus prozessualen Gründen gehindert, seinen Klageantrag auf den Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung bezogen auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung am 21. Juli 2004 zu stützen. In der Behauptung und Berechnung einer Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital der Schuldnerin und dem Wert des Gesellschaftsvermögens am 21. Juli 2004 liegt gegenüber der Geltendmachung einer vollständigen Verlustdeckung zum 8. Februar 2007 keine Klageänderung durch Einführung eines neuen Klagegrunds. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Der Vortrag des Klägers gibt dabei die Richtung an, in der die Parteien endgültige Rechtsgewissheit erwarten (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1991 - IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6). Die Identität des Klagegrunds wird erst aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhalts verändert wird. Dabei muss es sich um

wesentliche Abweichungen handeln (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2006 - KZR 45/05, NJW 2007, 83 Rn. 11 m.w.Nachw.).

40 Ersichtlich handelt es sich bei den beiden auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellenden Anspruchsberechnungen nur um die Geltendmachung verschiedener Folgen eines einheitlichen Vorgangs der wirtschaftlichen Neugründung, mithin eines einheitlichen Lebenssachverhalts. Die Klage wird weiterhin auf die Verletzung der Kapitalaufbringungsvorschriften bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin gestützt und rückt mit der veränderten Berechnung zeitlich sogar näher an den Kern des zur Entscheidung gestellten haftungsbegründenden Tatsachenkomplexes heran.

41 2. Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unterbilanzhaftungsansprüchen trifft grundsätzlich die Gesellschaft und damit im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen den Insolvenzverwalter, wobei insbesondere letzterer im Einzelfall wegen einer den Gesellschafter treffenden sekundären Darlegungslast Erleichterungen für sich in Anspruch nehmen kann (BGH, Urteil vom 29. September 1997 - II ZR 245/96, ZIP 1997, 2008, 2009; Urteil vom 17. Februar 2003 - II ZR 281/00, ZIP 2003, 625, 627).

42 Diese Beweislastverteilung ist bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung nicht sach- und interessengerecht. Der Begrenztheit der Erkennbarkeit wirtschaftlicher Neugründungen trägt der erkennende Senat dadurch Rechnung, dass er deren Offenlegung gegenüber dem Registergericht verlangt. Unterbleibt die gebotene Offenlegung, wird es den Gesellschaftern ermöglicht, mit einer inaktiven haftungsbeschränkten Gesellschaft, deren Vermögen das statutarische Stammkapital nicht deckt, von einer registergerichtlichen Kontrolle unbehelligt, (wieder) am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Ungeachtet dessen, dass die Offenlegung in den Aufgabenbereich des Geschäftsführers fällt, haben die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt

haben, die haftungsrechtlichen Folgen fehlender Offenlegung zu verantworten. Die Umgehung des der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals - an dem sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs orientiert - dienenden registergerichtlichen Präventivschutzes rechtfertigt eine Beweislastumkehr. In den Fällen fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die Gesellschafter daher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens besteht (vgl. Altmeppen, DB 2003, 2050, 2052; Hermanns, ZnotP 2010, 242, 244 f.; Herresthal/Servatius, ZIP 2012, 197, 203; Peetz, GmbHR 2011, 178, 184; K. Schmidt, ZIP 2010, 857, 862 f.; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 613; Wicke, NZG 2005, 409, 411 f.; Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 3 Rn. 166; enger Podewils, GmbHR 2010, 684, 688; i.E. auch Habersack, AG 2010, 845, 850).

43 Das Berufungsgericht durfte die Behauptung der Beklagten, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen, ungeachtet der von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen schon deswegen nicht als unsubstantiiert behandeln, weil der Kläger seinen Anspruch bislang nicht im Hinblick auf eine zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende Unterbilanz, sondern ausschließlich mit Forderungen begründet hat, die nach dem Zeitpunkt des Erwerbs durch die Beklagte entstanden sind. Es liegt daher zunächst am Kläger, sein Klagebegehren neu auszurichten.

44 3. Ein etwa bestehender Unterbilanzhaftungsanspruch könnte durch die Einzahlung der Beklagten in Höhe von 25.000 € im März 2005 in diesem Umfang erfüllt worden sein.

45 a) Der in der Jahresbilanz zu aktivierende Anspruch aus Unterbilanzhaftung geht zwar - gleichgültig, ob diese bilanztechnische Aktivierung stattgefunden hat oder nicht - ebenso wenig wie der echte Einlageanspruch oder der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG automatisch „durch Zweckerreichung" unter, wenn die Gesellschaft nach dem Stichtag aus anderen Gründen über ein die Stammkapitalziffer deckendes Vermögen verfügt (BGH, Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 400 f.). So dient der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Wiederaufbringung des durch die verbotene Auszahlung verletzten Stammkapitals der Gesellschaft und ist deshalb funktional mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft zu vergleichen, für dessen Bestand es wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung keine Rolle spielt, ob das Stammkapital der Gesellschaft möglicherweise bereits auf andere Weise gedeckt ist (BGH, Urteil vom 29. Mai 2000 - II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 340 f.; Urteil vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 16).

46 Eine derartige Betrachtungsweise gilt erst recht für die vergleichbare Situation bei der Unterbilanzhaftung, wenn die im Zeitpunkt des Stichtages bestehende Unterbilanz später durch Wiederauffüllung des Haftungsfonds auf andere Weise beseitigt worden ist. Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung ist nach der Senatsrechtsprechung grundsätzlich wie ein Anspruch auf Leistung fehlender Bareinlagen zu behandeln und unterliegt deshalb denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld. Nach dem insoweit entsprechend geltenden Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ist damit auch bei der Unterbilanzhaftung - nicht anders bei der für Sacheinlagen geltenden Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) - ein automatisches Erlöschen des Anspruchs durch faktische Zweckerreichung infolge einer anderweitigen Auffüllung des Haftungsfonds ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401).

47 b) Allerdings könnten die Einzahlungen von insgesamt 25.000 € in das Gesellschaftsvermögen im März 2005 bei entsprechender Tilgungsbestimmung geeignet gewesen sein, einen seit dem 21. Juli 2004 etwa bestehenden Anspruch auf Ausgleich der Unterbilanz gemäß § 362 BGB ganz oder teilweise zu erfüllen. Ob die Beklagte bei den entsprechenden Zahlungen eine einen etwa bestehenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung umfassende Tilgungszweckbestimmung (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1977 - II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 198; Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 402; Beschluss vom 15. Oktober 2007 - II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Rn. 6) abgegeben hat, hängt von den Gesamtumständen ab, die zu den Zahlungen geführt haben, und bedarf weiterer Aufklärung. Hierbei werden auch die in der Revisionsbegründung vorgetragenen Umstände sowie eventueller ergänzender Vortrag der Parteien zu würdigen sein. Bei der Auslegung der Erklärungen der Beklagten im Zusammenhang mit den Einzahlungen wird zu berücksichtigen sein, dass auch der Anspruch auf Unterbilanzhaftung der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals dient.

48 Sollte sich eine entsprechende Tilgungszweckbestimmung (im Wege der Auslegung) nicht feststellen lassen, können die Zahlungen gleichwohl (teilweise) zum Erlöschen eines etwaigen Unterbilanzhaftungsanspruchs geführt haben, wenn sie sich dieser Verbindlichkeit eindeutig objektiv zuordnen lassen. Insoweit gilt nichts anderes als bei einer fortbestehenden Einlageverpflichtung

sowie beim Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, 117 f.; Urteil vom 9. Januar 2006 - II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, 356 f.; Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rn. 24 - Cash-Pool; Beschluss vom 15. Oktober 2007 - II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Rn. 6; Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 217/07, BGHZ 179, 285 Rn. 10 f.).

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Traunstein, Entscheidung vom 20.03.2009 - 1 HKO 1743/07 -
OLG München, Entscheidung vom 11.03.2010 - 23 U 2814/09 -