

## B 12 KR 10/98 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
12

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

18.07.1996

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

-

Datum

29.01.1998

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 12 KR 10/98 R

Datum

08.12.1999

Kategorie

Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 29. Januar 1998 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Streitig ist die Haftung eines Gesellschafters für Beitragsschulden der Vor-GmbH.

Der Kläger ist selbständiger Steuerberater und war als solcher für das Einzelunternehmen der Baubranche C. W. tätig. Am 11. August 1992 schloß er mit dessen Alleininhaber C. W. einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag über die Gründung der C. W. GmbH. Vom Stammkapital in Höhe von 50.000 DM übernahmen C. W. 37.000 DM und der Kläger 13.000 DM. C. W. wurde zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Er beantragte am 13. August 1992 die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Der Eintragungsantrag wurde durch Beschluss vom 2. April 1993 mit der Begründung zurückgewiesen, die bereits jetzt stark verschuldete Gründungsfirma habe den Nachweis der Einzahlungen auf das Stammkapital nicht fristgemäß erbringen können. Trotz Erinnerung sei das Eintragungshindernis nicht behoben worden.

Die Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) Darmstadt-Dieburg (Rechtsvorgängerin der Beklagten) stellte am 3. Dezember 1992 anlässlich einer Betriebsprüfung beim Kläger fest, daß das Einzelunternehmen C. W. zum 1. Oktober 1992 in die GmbH überführt worden war und damit die Beschäftigungen der Arbeitnehmer H., S ... und M. W. der GmbH zuzurechnen sind. Für den Arbeitnehmer S. bestand Versicherungspflicht in der Rentenversicherung der Arbeiter, für die Arbeitnehmer H. und M. W. in der Angestelltenversicherung. Sie berechnete anhand der ihr vorliegenden Kontounterlagen die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge für Oktober 1992 nach und setzte die Beiträge für November 1992 fest, insgesamt 9.448,60 DM. Am 12. Januar 1993 versuchte sie vergeblich, diese Beiträge zuzüglich Mahngebühr und Säumniszuschlägen, insgesamt 9.687,40 DM, bei der GmbH in Gründung (iGr) beizutreiben.

Am 9. März 1993 beantragte die AOK die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH iGr. Das Amtsgericht bestellte am 10. März 1993 einen Sequester und eröffnete am 6. April 1993 das Konkursverfahren. Der Konkursverwalter stellte fest, daß eine Trennung der Forderungen und Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens C. W. und der GmbH iGr wegen Vermischung und unzureichender Mitwirkung des Geschäftsführers nicht möglich und mit weiteren Geldeingängen nicht zu rechnen sei. Daraufhin wurde das Konkursverfahren durch Beschluss vom 8. Dezember 1993 mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse eingestellt (§ 204 der Konkursordnung (KO)).

Die AOK nahm mit Haftungsbescheid vom 25. Januar 1993 den Kläger als Gesellschafter auf Zahlung der von der GmbH iGr geschuldeten Beiträge für Oktober und November 1992 im Gesamtbetrag von 9.448,60 DM zuzüglich Mahngebühr, Säumniszuschlägen und Vollstreckungskosten, insgesamt 9.756 DM, in Anspruch. Die Beitragsforderung beziehe sich auf die Arbeitnehmer H., S. und M. W. Den Widerspruch des Klägers wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 27. Mai 1993 zurück.

In dem anschließenden Klageverfahren hat das Sozialgericht (SG) die Landesversicherungsanstalt Hessen (Beigeladene zu 1), die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (Beigeladene zu 2) und die Bundesanstalt für Arbeit (Beigeladene zu 3) beigeladen. Der Konkursverwalter hat dem SG auf Nachfrage mitgeteilt, daß der Kläger an ihn auf seine restliche Stammeinlage 4.500 DM gezahlt und 2.000 DM für durchgeführte Buchungsarbeiten im Dezember 1992 abgezogen habe. Die Berechtigung des Abzugs sei nicht mehr geklärt worden.

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 18. Juli 1996). Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des SG und den Bescheid der AOK vom 25. Januar 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. Mai 1993 aufgehoben (Urteil vom 29. Januar 1998). Die Beitragsforderung bestehe zwar gegenüber der GmbH iGr als Arbeitgeberin zu Recht; sie sei hinsichtlich der betroffenen Arbeitnehmer und der Höhe der zu den einzelnen Versicherungszweigen geschuldeten Beiträge von der AOK anlässlich der Betriebsprüfung am 3. Dezember 1992 festgestellt worden und damit ausreichend bestimmt. Dies gelte auch gegenüber dem Kläger; er habe die Beitragspflicht und die Beitragshöhe nicht in Zweifel gezogen. Der Kläger hafte der Beklagten jedoch nicht unmittelbar. Der Senat folge der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH). Danach hafte der Kläger für die Verbindlichkeiten der C. W. GmbH iGr, einer sog Vor-GmbH, zwar grundsätzlich unbeschränkt, jedoch nur im Innenverhältnis zur Gesellschaft. Die Voraussetzungen, unter denen der BGH ausnahmsweise die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter in Erwägung gezogen habe, lägen nicht vor. Nach dem Vorbringen des Klägers sei davon auszugehen, daß die Gesellschaft im Zeitpunkt der Gründung nicht überschuldet gewesen sei. Dies sei erst nach dem Konkursantrag offenbar geworden. Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse zwingt nicht zu dem Schluß, daß die Gesellschaft bereits ein Jahr zuvor vollständig vermögenslos gewesen sei.

Die Beklagte hat Revision eingelegt. Sie rügt eine Verletzung des § 11 und des § 13 Abs 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), des § 128 des Handelsgesetzbuchs (HGB) und des § 103 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Nach ihrer Auffassung ist an der früheren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) festzuhalten, nach der die Gesellschafter einer Vor-GmbH für die kraft Gesetzes entstehenden Beitragsverpflichtungen zur Sozialversicherung unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch haften. Der neueren Rechtsprechung des BGH zur Innenhaftung sei nicht zu folgen. Die Schutzmechanismen des GmbH-Rechts knüpften an die Eintragung der Gesellschaft an, weshalb eine vorgezogene Haftungsbeschränkung zugunsten der Vorgesellschafter eine systemwidrige Verletzung von Gläubigerinteressen darstelle. Es sei der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 25. Juli 1997 ([L 4 Kr 1317/96 = ZIP 1997, 1651](#)) zu folgen, die zutreffend bei Scheitern der Eintragung von der Regelung des § 128 HGB ausgehe. Es fehle eine Rechtsnorm, die eine Ausnahme vom Regelfall der solidarischen Haftung der Gesellschafter rechtfertige. Der BGH und ihm folgend das LSG unterschätzten die sich aus der Innenhaftung für die Gläubiger ergebenden praktischen Schwierigkeiten. Die Praxis einer Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zeige, daß fehlerhafte GmbH-Gründungen und Mißbrauchsfälle nicht selten seien. Ein außenstehender Gläubiger könne nicht einschätzen, ob etwa weitere Gläubiger die Verlustdeckungshaftung geltend machen könnten und ob die Vorgesellschaft insolvent sei. Er wisse im Regelfall auch nicht, wie viele Vorgesellschafter vorhanden seien, da es eine entsprechende Liste beim Handelsregister vor Anmeldung und Eintragung nicht gebe. Jedenfalls habe das LSG die Voraussetzungen, unter denen auch nach dem neuen Haftungskonzept eine unmittelbare Haftung des Gesellschafters in Betracht komme, zu eng gesehen. Die Außenhaftung setze weder eine "vollständige" Vermögenslosigkeit voraus noch sei erforderlich, daß Vermögenslosigkeit bereits bei der Gründung der Gesellschaft bestanden habe. Es sei ausreichend, daß das Konkursverfahren nicht zum Erfolg geführt habe oder mangels Masse eingestellt worden sei. Es sei einem Gläubiger nicht zuzumuten und unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten unvertretbar, die vermeintlichen Restansprüche einer insolventen Vor-GmbH zu pfänden und im Zivilrechtsweg geltend zu machen. Denn die Drittschuldner, denen der Vermögensverfall bekannt sei, würden Schlechtleistung und Gegenansprüche geltend machen. Unzumutbar sei ein solches Vorgehen insbesondere, wenn wie hier von einer mangelnden Mitwirkung des Geschäftsführers auszugehen sei. Praktische Folge sei ein Rechtsverlust für den Gläubiger, der mit dem von § 11 GmbHG verfolgten Gesetzeszweck nicht vereinbar sei. Das LSG habe sich auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Kläger der Aufnahme des Geschäftsbetriebes zugestimmt habe. Insoweit werde ein Verstoß gegen § 103 SGG gerügt.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des LSG vom 29. Januar 1998 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG vom 18. Juli 1996 zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

Er äußert Bedenken gegen das neue Haftungskonzept des BGH. Im übrigen habe er keine Kenntnis von der Geschäftsaufnahme durch die Vor-GmbH gehabt. Diese sei außerdem nicht vermögenslos. Nach dem Bericht des Konkursverwalters seien tatsächlich Außenstände von 160.000 DM vorhanden gewesen. Sie seien bisher nicht eingebracht worden.

Die Beigeladenen zu 1) bis 3) haben sich dem Antrag der Beklagten angeschlossen und hierfür im wesentlichen die schon von der Beklagten vorgetragenen Gründe angeführt.

II

Die Revision der Beklagten ist in der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

1. Der gegenüber dem Kläger erlassene Haftungsbescheid der AOK ist inhaltlich hinreichend bestimmt und somit nach § 33 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Verwaltungsverfahren (SGB X) rechtmäßig. Er stellt die Verpflichtung des Klägers als Gesellschafter der GmbH iGr fest, deren Schulden an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (§ 28e Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV), hier noch anzuwenden idF vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 2330](#))) für Oktober und November 1992 zuzüglich Nebenforderungen zu zahlen. Mit der Bezeichnung der Beitragsschuldnerin und der Aufschlüsselung der Beitragsforderung nach Zeitraum und Beschäftigten wird dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Einer personenbezogenen Aufschlüsselung der Beitragsforderung bedurfte es nicht; denn der Bescheid enthält keine Entscheidung über die Versicherungspflicht und Beitragspflicht der einzelnen Arbeitnehmer und der auf sie entfallenden Beitragsteile (vgl hierzu das Urteil des Senats vom 8. Dezember 1999 - [B 12 KR 18/99 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen). Die Beitragsforderung war hier nach den Feststellungen des LSG schon bindend gegenüber der GmbH iGr festgestellt. Das LSG ist daher auch zutreffend davon ausgegangen, daß die Arbeitnehmer und die GmbH iGr nicht nach [§ 75 Abs 2 Halbsatz 1 SGG](#) notwendig beizuladen sind.

2. Der Senat vermag jedoch auf Grund des vom LSG festgestellten Sachverhalts nicht abschließend zu entscheiden, ob der Kläger mit dem angefochtenen Haftungsbescheid zu Recht unmittelbar und in voller Höhe auf Zahlung der Beitragsforderung in Anspruch genommen worden ist. Die Rechtmäßigkeit des Haftungsbescheides scheidet zwar entgegen der Auffassung des LSG hier nicht daran, daß die

Gründergesellschafter einer Vor-GmbH, deren Eintragung im Handelsregister unterbleibt, grundsätzlich für die Verluste der Gesellschaft nur im Innenverhältnis haften (a). Es liegt jedenfalls Vermögenslosigkeit der GmbH iGr vor, bei der ausnahmsweise eine unmittelbare anteilige Haftung der Gesellschafter in Betracht kommt; für die Entscheidung hierüber fehlt aber die Feststellung, daß der Kläger mit der Geschäftsaufnahme der Vor-GmbH vor Eintragung in das Handelsregister einverstanden war (b). Schließlich kann nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht ausgeschlossen werden, daß es sich bei der GmbH iGr um eine sog unechte Vor-GmbH handelte, für deren Verbindlichkeiten Gesellschafter wie der Kläger in vollem Umfang gesamtschuldnerisch haften (3.).

a) Der Senat folgt im Grundsatz der vom LSG seiner Entscheidung zugrunde gelegten neueren Rechtsprechung des BGH. Danach können Gesellschafter einer Vor-GmbH bei Scheitern der Eintragung in der Regel von den Gläubigern der Gesellschaft nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden, wie hier der Kläger mit dem angefochtenen Haftungsbescheid.

Der 2. Senat des BSG hatte in zwei Urteilen vom 28. Februar 1986 ([2 RU 21/85](#) = [BSGE 60, 29](#) = SozR 2200 § 723 Nr 7 und [2 RU 22/85](#)) entschieden, daß Gesellschafter einer Vor-GmbH, die nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist, für deren Beitragsverpflichtungen zur Sozialversicherung unmittelbar gesamtschuldnerisch und unbeschränkt haften. Das Fehlen einer Haftungsbegrenzung ist damit begründet worden, daß die Beitragsforderungen eines Sozialversicherungsträgers unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Geschäftsführers der Vor-GmbH kraft Gesetzes entstehen und darüber hinaus der Deckung eines ebenfalls gesetzlich entstandenen Versicherungsrisikos dienen ([BSGE 60, 29](#), 32/33 = SozR 2200 § 723 Nr 7 S 18). Diese Rechtsprechung des BSG stand, soweit sie eine gesamtschuldnerische Außenhaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH annahm, mit der damaligen Rechtsprechung des BGH in Einklang ([BGHZ 65, 378](#), 382; [BGHZ 72, 45](#), 48/49). Anders als das BSG ging der BGH allerdings grundsätzlich von einer Haftung nur bis zur Höhe der Einlageverpflichtung aus (vgl [BGHZ 65, 378](#), 382; [BGHZ 72, 45](#), 49; [BGHZ 80, 129](#), 144 und [BGHZ 80, 182](#), 184). Diese Haftungsbegrenzung, die auf ein rechtsgeschäftliches Handeln abstellte, hielt das BSG bei den kraft Gesetzes entstandenen Beitragsverpflichtungen nicht für gerechtfertigt ([BSGE 60, 29](#), 33 = SozR 2200 § 723 Nr 7 S 18).

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) vermochte sich der Auffassung des BSG zum Fehlen einer Haftungsbegrenzung nicht anzuschließen und legte die Frage, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vor (Beschluss vom 23. August 1995, [BAGE 80, 335](#)). Noch bevor hierüber entschieden war, rief der für Fragen des Gesellschaftsrechts zuständige II. Zivilsenat des BGH seinerseits den Gemeinsamen Senat zur Entscheidung der Frage an, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt und grundsätzlich nur im Verhältnis zur Vorgesellschaft haften (Beschluss vom 4. März 1996, [NJW 1996, 1210](#)). Der in diesem Beschluss dargelegten Rechtsauffassung zur Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH für sowohl rechtsgeschäftliche als auch sonstige Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft schlossen sich der 2. Senat des BSG (Beschluss vom 31. Mai 1996 - [2 S \(U\) 3/96](#)) und das BAG an (Beschluss vom 10. Juli 1996, [NZA 1996, 1101](#)). Die Vorlageverfahren wurden daraufhin für erledigt erklärt bzw eingestellt (vgl WiB 1996, 934).

Die nunmehr vom BGH vertretene Haftungsverfassung der Vor-GmbH zielt auf einen weitgehenden Gleichlauf der Haftung vor und nach der Eintragung der GmbH. Der BGH ist bereits seit seiner Entscheidung vom 9. März 1981 ([BGHZ 80, 129](#)) davon ausgegangen, daß mit der Eintragung sämtliche Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft auf die GmbH übergehen (Aufgabe des sog Vorbelastungsverbots; [BGHZ 80, 129](#), 140). Um die Unversehrtheit des Stammkapitals im Augenblick der Eintragung zu gewährleisten, nimmt der BGH seither eine Differenz- oder Unterbilanzhaftung (Vorbelastungshaftung) der Gründergesellschafter an, wie sie in [§ 9 GmbHG](#) für die Sacheinlage ausdrücklich normiert ist. Die Gesellschafter, die es zugelassen haben, daß die Vorgesellschaft die Geschäftstätigkeit aufnimmt, haften der GmbH entsprechend dem Verhältnis ihrer Anteile für die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ([BGHZ 80, 129](#), 141), wenn infolge der Geschäftsaufnahme das bei der Eintragung vorhandene Gesellschaftsvermögen hinter dem Stammkapital (abzüglich der Gründungskosten) zurückbleibt. Zu dieser anteiligen, der Höhe nach unbeschränkten Haftung nach Eintragung der GmbH stand die bisherige Rechtsprechung zur beschränkten Außenhaftung der Gründergesellschafter bei Scheitern der Eintragung in Widerspruch. Der BGH hält es nunmehr für geboten, von einer einheitlichen Gründerhaftung auszugehen, die sich in eine Verlustdeckungshaftung (bei Scheitern der Eintragung) und eine Vorbelastungshaftung (nach Eintragung) aufspaltet, jedoch auf den gleichen, der jeweiligen Gründungsphase angepaßten Anspruchsvoraussetzungen beruht ([BGHZ 134, 333](#), 338 unter II 2 d). Der weitgehende Gleichlauf der Verlustdeckungshaftung mit der Vorbelastungshaftung hat den BGH auch dazu bewogen, dieses Rechtsinstitut als Innenregreß auszuformen (aaO S 339 unter III 2 a). Der BGH hat zur Begründung ausgeführt, den Gläubigern entstünden dadurch keine unzumutbaren Nachteile, weil sie den Verlustdeckungsanspruch der Vorgesellschaft gegen die Gründer im Wege der Pfändung verwerten könnten (aaO). Zwar könne dieses Haftungskonzept im Vergleich zu einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung den Gläubigern die Durchsetzung ihrer Ansprüche erschweren. In Abwägung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter seien diese Erschwernisse jedoch für die Gläubiger nicht unzumutbar (aaO S 340). Dabei sei zu berücksichtigen, daß dem Gläubiger dann der unmittelbare Zugriff auf das Vermögen der Gründergesellschafter gestattet werden könne, wenn keine Abwicklungsschwierigkeiten zu befürchten seien.

Diesem Haftungskonzept, das von einer anteiligen, der Höhe nach unbeschränkten und im Grundsatz nur im Innenverhältnis zur Vor-GmbH bestehenden Haftung der Gründer ausgeht, haben sich der 10. und der 9. Senat des BAG angeschlossen (Urteil vom 22. Januar 1997 - [10 AZR 908/94](#), [BAGE 85, 94](#), 99 unter II 1 aE; Urteil vom 27. Mai 1997 - [9 AZR 483/96](#), [BAGE 86, 38](#), 41 unter I 2 b). Dieser Rechtsprechung ist der Bundesfinanzhof (BFH) trotz der im Schrifttum und in der Rechtsprechung vorgetragenen Kritik schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte gefolgt (Urteil vom 7. April 1998, [BFHE 185, 356](#), 360). Dem schließt sich der erkennende 12. Senat wie vor ihm schon der 2. Senat des BSG (Beschluss vom 31. Mai 1996) an. Die grundsätzlich unbeschränkte Gründerhaftung für die Anlaufverluste der Vor-GmbH entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BSG zur Haftung für Beitragsforderungen der Sozialversicherungsträger ([BSGE 60, 29](#), 32/33). Sie ist inzwischen allgemein anerkannt (vgl Lutter, JuS 1998, 1073, 1077 mwN; Ulmer, ZIP 1996, 733, 734 mwN; LAG Köln vom 21. März 1997, [ZIP 1997, 1921](#); LSG Baden-Württemberg vom 25. Juli 1997, [ZIP 1997, 1651](#)). Dagegen hat das Konzept der Innenhaftung neben Zustimmung (Kort, ZIP 1996, 109, 116; Lutter, JuS 1998, 1073, 1077; Ulmer, ZIP 1996, 733, 739) auch Kritik erfahren (Altmeppen, NJW 1997, 1509 und 3272; Flume, DB 1998, 45; Hauck, NZS 1997, 262, 267; Michalski/Barth, [NZS 1998, 525](#); Karsten Schmidt, ZIP 1997, 671; Wilhelm, DB 1996, 461 und DStR 1998, 457; LAG Köln vom 21. März 1997, [ZIP 1997, 1921](#); LSG Baden-Württemberg vom 25. Juli 1997, [ZIP 1997, 1651](#)). Die vorgebrachten dogmatischen Bedenken, auf die sich auch die Revision stützt, hat der BGH jedoch bereits erwogen und ist ihnen nicht gefolgt (vgl dazu Goette, [DStR 1998, 178](#), 180; Ulmer, ZIP 1996, 733, 737 ff). Aus sozialrechtlicher Sicht ergeben sich gegen das Konzept der Innenhaftung im Grundsatz keine Bedenken.

b) Die Innenhaftung wird den berechtigten Gläubiger- und Gesellschafterinteressen jedoch nur bei geordneten Verhältnissen der Gesellschaft gerecht, solange also die Vor-GmbH noch besteht und die Eintragung weiterhin betrieben wird oder sie sich zwar in Liquidation oder im Konkurs befindet, aber nicht masselos ist (vgl auch [BGHZ 134, 333](#), 340 unter III 2 a; Ensthaler, BB 1997, 1209, 1211; Ulmer, ZIP 1996, 733, 736). In diesem Fall ist für den Gläubiger noch erkennbar, an wen er sich halten und wie er seine Ansprüche durchsetzen kann (Pfändung von Ansprüchen der Vor-GmbH oder Anmeldung der Forderung im Konkurs). Die Verweisung auf eine Innenhaftung ist dem Gläubiger jedoch unzumutbar, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist. Der Senat stimmt daher der Rechtsprechung des BAG und des BFH zu, die unter Bezugnahme auf Erwägungen des BGH (vgl BGH [NJW 1996, 1210](#), 1212 unter II 2 aE und 3 und [BGHZ 134, 333](#), 341, 342 unter III 2 b und III 4) entschieden haben, daß dem Gläubiger ausnahmsweise der unmittelbare Zugriff auf das Vermögen der Gründergesellschafter gestattet ist, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist, insbesondere keinen Geschäftsführer mehr hat und auch ein Konkursantrag keine Aussicht auf Erfolg verspricht oder wenn weitere Gläubiger nicht vorhanden sind ([BAGE 85, 94](#), 100 unter II 2; [BFHE 185, 356](#), 360/361, 362/363 unter II 2 b und 3 a). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor.

Die GmbH iGr war vermögenslos in dem genannten Sinne. Entscheidend für diese Feststellung ist die Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mangels einer kostendeckenden Masse. Der BFH hat bereits entschieden, daß Vermögenslosigkeit anzunehmen ist, wenn ein Konkursverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden kann ([BFHE 185, 356](#), 362/363 unter II 3 a). Dieses muß erst recht gelten, wenn ein Konkursverfahren eingeleitet worden war, die Ermittlungen des Konkursverwalters aber nicht zur Feststellung verwertbaren Vermögens geführt haben und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Das BAG hat allerdings bei einem Sachverhalt, bei dem die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt worden war, aber geltend gemacht wurde, der Betrieb der Vor-GmbH sei im wesentlichen vom Vater eines Mitgesellschafter geführt und dann an einen anderen Ort verlegt worden, den Rechtsstreit zur Überprüfung der Vermögenslosigkeit an die Vorinstanz zurückverwiesen. Solche Zweifel an dem Vorliegen von Vermögenslosigkeit sind nach Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dessen Einstellung mangels Masse allenfalls ausnahmsweise gerechtfertigt. Hier besteht für eine solche Annahme kein Anlaß. Die Revision bringt allerdings vor, es seien noch Außenstände in Höhe von 160.000 DM vorhanden. Diesem vom Kläger schon im Berufungsverfahren erhobenen Einwand ist das LSG von seinem Standpunkt aus zu Recht nicht nachgegangen. Er ist aber auch nicht geeignet, die Annahme der Vermögenslosigkeit auszuräumen. Wie die Revision selbst vorträgt, waren die behaupteten Außenstände dem Konkursverwalter bekannt. Dieser hat nach den Feststellungen des LSG wegen Vermischung der Forderungen und Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens C. W. und der GmbH iGr sowie wegen der fehlenden Mitwirkung des Geschäftsführers W. kein verwertbares Vermögen der GmbH iGr aufdecken können. Wenn ein Gesellschafter wie der Kläger der Auffassung ist, die Ermittlungen des Konkursverwalters seien unzureichend oder das Ergebnis (Masselosigkeit) sei unzutreffend, ist es seine Sache, für die Weiterführung oder eine erneute Eröffnung des Konkurs- (Insolvenz-)verfahrens zu sorgen, ggf durch Zahlung eines Kostenvorschusses (vgl § 107 Abs 1 Satz 2, § 204 Abs 1 Satz 2 KO; jetzt [§ 26 Abs 1 Satz 2](#), [§ 207 Abs 1 Satz 2](#) der Insolvenzordnung). Er kann bei offensichtlicher Masselosigkeit (Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dessen Einstellung mangels Masse) nicht zur Abwehr seiner Außenhaftung den Gläubiger auf diesen Weg verweisen.

Die hier durch die Einstellung des Konkursverfahrens belegte Vermögenslosigkeit der GmbH iGr ist für die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Haftungsbescheids nicht deshalb bedeutungslos, weil dieser Bescheid bereits am 25. Januar 1993 erlassen worden ist, also vor Zurückweisung des Eintragungsantrages am 2. April 1993 und Einstellung des Konkursverfahrens am 8. Dezember 1993, und weil der Widerspruchsbescheid vom 27. Mai 1993 während des laufenden Konkursverfahrens ergangen ist. Dahingestellt bleiben kann, ob die Verlustdeckungsansprüche der Vor-GmbH und damit die Innenhaftung der Gründer erst mit dem Scheitern der Eintragung entstehen (so [BGHZ 134, 333](#), 341 unter III 2 b; Ulmer in Hachenburg, aaO, § 11 RdNr 95 (Stand 1. September 1989); aA Ulmer, ZIP 1996, 733, 738) und ob frühestens ab diesem Zeitpunkt auch eine Außenhaftung der Gründer bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft in Betracht kommt. Die Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der unmittelbaren Inanspruchnahme der Gesellschafter muß jedenfalls vorliegen, wenn die Außenhaftung geltend gemacht wird. Auf "vollständige Vermögenslosigkeit" zur Zeit der Gründung, wie das LSG angenommen hat, kommt es hingegen nicht an. Maßgebend waren hier die Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung der AOK, dh bei Erlaß des Widerspruchsbescheides am 27. Mai 1993. Zu dieser Zeit war die Eintragung der GmbH bereits gescheitert. Es lag rückblickend auch Vermögenslosigkeit vor. Die GmbH iGr hatte ihre Geschäftstätigkeit eingestellt. Die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft am 12. Januar 1993 war erfolglos geblieben. Dem Registergericht wurde der geforderte Nachweis der Einzahlungen auf das Stammkapital bis zum 2. April 1993 nicht erbracht. Das Konkursverfahren deckte kein verwertbares, der GmbH iGr zurechenbares Vermögen auf. Daß zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung das Konkursverfahren noch anhängig war, steht der Annahme von Vermögenslosigkeit in diesem Zeitpunkt nicht entgegen. Die Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder wie hier die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse sind zwar die entscheidenden Indizien für die Vermögenslosigkeit, nicht aber deren Tatbestandsmerkmal.

Die Vermögenslosigkeit rechtfertigt allerdings die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter nur im Verhältnis ihrer Anteile ([BAGE 85, 94](#), 100 unter II 2; [BFHE 185, 356](#), 361 unter II 2 b aE; ebenso Ulmer, ZIP 1996, 733, 737; Wiegand, BB 1998, 1065, 1069; offengelassen vom 9. Senat des BAG, [BAGE 86, 38](#), 41 unter I 2 b; aA LAG Frankfurt [NZA-RR 1998, 339](#); Ensthaler, BB 1997, 1209, 1211 aE). Hiervon geht auch der Senat aus; denn die Außenhaftung kann nicht weiter gehen als die nach der Rechtsprechung des BGH zwar der Höhe nach unbeschränkte aber anteilige Haftung im Innenverhältnis der Gesellschafter zur Vor-GmbH. Der Kläger haftet demnach wegen der Vermögenslosigkeit der GmbH iGr für die Beitragsforderung der Beklagten allenfalls anteilig entsprechend seiner Beteiligung am Stammkapital von 26 vH, also auf Zahlung von 2.536,56 DM (26 vH von 9.756 DM). Gegen diese Forderung könnte er nicht, wie in der Berufungsinstanz geschehen, einwenden, er habe bereits andere Gläubiger der GmbH iGr über seinen Anteil an der Haftung für deren Ansprüche hinaus befriedigt. Die quotale Haftungsbeschränkung führt zu Teilschulden iS des [§ 420](#) des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Befriedigt ein Gesellschafter einen der Gesellschaftsgläubiger über seine anteilige Haftung hinaus, hat das keine Erfüllungswirkung zugunsten der anderen Gesellschafter. Er kann sich daher auch nicht zum Ausschluß seiner anteiligen Haftung für andere Gesellschaftsverbindlichkeiten auf eine Entschuldung der Mitgesellschafter im übrigen berufen. Da aber jedenfalls in Höhe von 2.536,56 DM eine unmittelbare Haftung des Klägers für die Beitragsforderung der Beklagten in Betracht kommt, wird das LSG zu prüfen haben, ob der Kläger mit der Geschäftsaufnahme der GmbH iGr einverstanden war (vgl [BGHZ 134, 333](#), 342 unter IV). Er hat dies schon im Berufungsverfahren bestritten. Die bei der Betriebsprüfung erteilten Auskünfte und der von ihm im Eintragungsverfahren geführte Schriftwechsel, wie er sich insbesondere aus den beigezogenen Handelsregister-Akten ergibt, könnten aber einen anderen Schluß zulassen.

3. 3. Das LSG wird ferner prüfen müssen, ob es sich bei der GmbH iGr um eine sog unechte Vorgesellschaft handelte; denn dann haftet der Kläger persönlich, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch (also nicht nur anteilig) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine Vor-GmbH wird als unechte Vorgesellschaft behandelt, wenn sie nicht ins Handelsregister eingetragen wird, weil ua die Gründer von vornherein nicht

die Absicht hatten, die Eintragung als GmbH zu erreichen, oder wenn der Eintragungsantrag nicht ernsthaft weiter betrieben wird, insbesondere bestehende Eintragungshindernisse nicht beseitigt oder Eintragungsunterlagen nicht unverzüglich beschafft werden, oder wenn die Eintragung aus anderen Gründen scheitert und die Gesellschaft trotzdem ihre Geschäfte weiter betreibt (vgl. [BFHE 185, 356](#), 359 unter II 2 a mwN; [BAGE 86, 38](#), 42 unter I 2 c; [BGHZ 22, 240](#), 244/245; BGH [BB 1998, 862](#), 863). Die Übertragung von Haftungsprivilegien bei der eingetragenen GmbH auf die Vor-GmbH ist nur gerechtfertigt, wenn die Eintragung angestrebt wird. Ist das nicht der Fall, wird die Geschäftstätigkeit aber fortgesetzt, sind die Regelungen einer zivilrechtlichen Personengesellschaft anzuwenden. Betreibt die (unechte) Vorgesellschaft ein Handelsgewerbe iS des [§ 1 Abs 2 HGB](#) oder hat sie ein solches betrieben, gelten die Grundsätze der Haftung in der offenen Handelsgesellschaft ([§ 123 Abs 2](#), [§ 128 HGB](#)), andernfalls das Haftungsrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ([§ 718](#) iVm [§§ 427, 431 BGB](#); vgl. dazu jetzt BGH, [NJW 1999, 3483](#)). Wird die Eintragungsabsicht erst nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit aufgegeben, werden von dieser Haftung auch die Altschulden erfaßt (vgl. [BAGE 86, 38](#), 43 unter I 2 e mwN).

Hiernach wird das LSG Feststellungen dazu treffen müssen, ob das Eintragungsverfahren ernstlich betrieben worden ist, ob und ggf wann die Eintragungsabsicht aufgegeben und ob gleichzeitig auch die Geschäftstätigkeit beendet oder danach noch fortgesetzt worden ist. Der in den Handelsregister-Akten befindliche Schriftwechsel des Registergerichts und der am Eintragungsverfahren beteiligten Handwerkskammer Rhein-Main mit der GmbH iGr, dem beurkundenden Notar und den beiden Gründergesellschaftern legt einen solchen Sachverhalt nahe. Sollte die GmbH iGr nach den Feststellungen des LSG als unechte Vorgesellschaft zu behandeln sein, hinge die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung des Klägers für deren Verbindlichkeiten wie die Außenhaftung bei Vermögenslosigkeit davon ab, daß er mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft einverstanden war (vgl. [BFHE 185, 356](#), 362 unter II 2 c). Bei Vorliegen auch dieser Voraussetzung ist der Haftungsbescheid insgesamt rechtmäßig.

Da der Senat als Revisionsgericht die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht treffen kann, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das LSG zurückzuverweisen.

Die Kostenentscheidung bleibt der das Verfahren abschließenden Entscheidung vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-22