
Datum: 29.05.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 140/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0529.8U140.01.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 43 O 230/00

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 18. Mai 2001 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages ab-zuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

1

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma Q AG i.G. Die Insolvenzschriftnerin wurde zu Protokoll des Notars Dr. S in E2 (UR-Nr. 304/1999 T) am 26. März 1999 gegründet. Gesellschafter waren der Beklagte, der von Beruf Maschinenbauermeister ist, und die Firma U3 GmbH & Co. KG für Wohnungswesen und Denkmalpflege. Das Grundkapital der Gesellschaft betrug 50.000,00 EUR, das die Gesellschafter je zur Hälfte übernahmen. Gegenstand des Unternehmens der Schuldnerin sollte die Herstellung und Vermarktung des von dem Schwiegersohn des Beklagten, des Zeugen M, entwickelten Wassermanagement- und Bodenschutzsystems "Q" sein. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gründungsurkunde vom 26.03.1999 sowie die Satzung vom selben Tage (Bl. 8 bis 20 GA) Bezug genommen. Zu Vorstandsmitgliedern wurden die Zeugen M, S und N bestellt.

2

Ursprünglich war am 03.03.1999 eine Aktiengesellschaft mit gleicher Firmierung errichtet worden, deren Gesellschafter die Firma U GmbH & Co. KG für Wohnungswesen und

3

Denkmalpflege sowie eine Firma N GmbH waren. Geschäftsführende Gesellschafterin der Firma N GmbH war die Tochter des Beklagten, die Zeugin I. Wegen Bedenken gegen die Bonität der Firma N GmbH regte der Geschäftsführer der Gesellschafterin U GmbH & Co. KG die Rückabwicklung jener Geschäftsgründung und die Neugründung unter Beteiligung eines kreditwürdigen Gesellschafters an.

Die Insolvenzschriftnerin nahm unmittelbar nach ihrer Errichtung die Geschäftstätigkeit auf, indem sie den Vertrieb vorbereitete und Personal einstellte. Der Beklagte erfüllte seine Einlageverpflichtung in Höhe von 25.000,00 EUR am 07.04.1999. Bevor es zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kam, stellten die Vorstandsmitglieder M und S am 22.09.1999 Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Zur Insolvenztabelle sind insgesamt Forderungen in Höhe von 4.784.222,96 DM angemeldet worden, von denen der Kläger als Insolvenzverwalter 521.560,64 DM festgestellt und 2.918.791,17 DM vorläufig bestritten hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung der Insolvenztabelle (Bl. 22 bis 41 GA) Bezug genommen. 4

Der Kläger nimmt den Beklagten als Mitgründer auf anteilige Verlustdeckung in Anspruch. Mit der Klage hat er insoweit einen Teilbetrag in Höhe von 20.000,00 DM geltend gemacht, den er in erster Instanz auf die Verbindlichkeiten der Insolvenzschriftnerin gegenüber dem Steuerberater E gestützt hat (Bl. 94 GA). Er hat die Auffassung vertreten, der Beklagte hafte auf Ausgleich der Verluste, die durch die im Einverständnis des Beklagten aufgenommene Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vor Eintragung in das Handelsregister entstanden seien. Hierzu hat er behauptet, daß der Beklagte die Aufnahme der Geschäftstätigkeit bereits vor Eintragung gekannt und gebilligt habe. 5

Hilfsweise hat der Kläger seinen Anspruch auf eine angebliche Haftung des Beklagten wegen unzulässiger Rückgewähr von Einlagen nach §§ 57, 62 Aktiengesetz gestützt und zur Begründung behauptet, die Insolvenzschriftnerin habe eine Abfindungszahlung in Höhe von 726.641,50 DM als Darlehen an ihre Gesellschafterin U GmbH & Co. KG gegeben. Diese wiederum habe in Höhe eines Teilbetrages von 168.000,00 DM dem Zeugen M und seiner Ehefrau ein Darlehen gewährt, wovon ein Betrag von 50.000,00 DM an den Beklagten gezahlt worden sei. 6

Der Kläger, der den Beklagten mit Schreiben vom 26.01.2000 unter Fristsetzung zum 28.02.2000 zur Zahlung von 2.394.698,03 DM aufgefordert hatte, hat beantragt, 7

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 20.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29.02.2000 zu zahlen. 8

Der Beklagte hat beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Er hat bestritten, von der Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch die Schuldnerin vor Eintragung in das Handelsregister Kenntnis erlangt zu haben. Er hätte dies auch nicht gebilligt. Die Zeugin I habe ihn weder informiert noch sei sie als seine Vertreterin tätig geworden. Der Beklagte hat zudem Einwendungen gegen die Höhe der behaupteten Verbindlichkeiten der Schuldnerin erhoben. 11

Zu dem geltend gemachten Hilfsanspruch hat er die zugrundeliegenden Tatsachen bestritten und die Auffassung vertreten, die Forderung sei nicht schlüssig dargelegt. 12

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen S, N, I und M. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, eine Verlustdeckungshaftung des Beklagten sei nicht gegeben, weil der Kläger nicht habe beweisen können, daß der Beklagte der Aufnahme des Geschäftsbetriebs vor Eintragung zugestimmt habe. Der vom Kläger hilfsweise geltend gemachte Anspruch wegen unzulässiger Ausschüttungen an Gesellschafter nach § 57 Aktiengesetz sei nicht schlüssig begründet worden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen das ihm am 26.06.2001 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12.07.2001 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zum 15.10.2001 am 15.10.2001 begründet. Er verfolgt seinen Anspruch auf anteiligen Verlustausgleich fort und stützt die Teilklage nunmehr auf jeweils 50 % folgender Forderungen gegen die Insolvenzsuldnerin:

1. 15

Rechnung vom 07.06.1999 über 3.248,00 DM (Bl. 78 d.A.) 16

2. 17

Rechnung vom 25.08.1999 über 139,20 DM (Bl. 77 d.A.) 18

3. 19
20

Forderung B KG in Höhe von 12.052,76 DM 21

4. 22

Forderung der C-kasse III I5 30, F, in Höhe von 12.620,16 DM 23

5. 24

Forderung der DAK F in Höhe von 3.533,66 DM 25

6. 26

Forderung der I Krankenkasse F in Höhe von 6.864,00 DM 27

7. 28

Forderung der Hotel Restaurant C mbH in Höhe von 1.875,00 DM. 29

Er greift die Beweiswürdigung des Landgerichts an und meint, bereits aufgrund der Aussage der Zeugin I, der Tochter des Beklagten, ergebe sich, daß der Beklagte Kenntnis von der Aufnahme der Geschäftstätigkeit durch die Schuldnerin gehabt habe. Sämtliche an der Gründung beteiligten Personen, also auch der Beklagte, hätten dies gebilligt. Soweit der Beklagte möglicherweise irrtümlich von einer alsbald erfolgenden Eintragung der Schuldnerin in das Handelsregister ausgegangen sei, sei dies für die Haftung unerheblich. Es genüge, daß die Vorgesellschaft mit Billigung der Gründer vor Eintragung bereits wirtschaftlich tätig gewesen sei. 30

Der Kläger beantragt,	
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung den Beklagten zu verurteilen, an ihn 20.000,00 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes vom 09.06.1998 seit dem 29.02.2000 zu zahlen.	33
Der Beklagte beantragt,	34
die Berufung zurückzuweisen.	35
Er bestreitet, die Zustimmung zur Aufnahme von Geschäften erteilt oder irgendwelche Erkenntnisse über Geschäfte gehabt zu haben, die nicht mit der Gründung oder der Eintragung der Gesellschaft in Zusammenhang gestanden hätten. Erst nach dem 31.08.1999 sei er von seiner Tochter und seinem Schwiegersohn darüber informiert worden, daß die Schuldnerin ihren Geschäftsbetrieb bereits aufgenommen habe und noch nicht in das Handelsregister eingetragen gewesen sei. Etwas anderes, so meint er, ergebe sich auch nicht aus der Beweisaufnahme. Die erstinstanzliche Aussage seiner Tochter, der Zeugin I, werde vom Kläger unzutreffend interpretiert.	36
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	37
Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin I und des Zeugen M. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zu dem Senatstermin vom 29.04.2002 Bezug genommen.	38
Entscheidungsgründe:	39 40
Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Auch nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf teilweise Verlustdeckung wegen Verbindlichkeiten der Schuldnerin nicht zu.	41
1.	42
Nach der zur Vor-GmbH ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 27.01.1997, NJW 1997, 1507) haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH, die mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit einverstanden waren, für sämtliche Anlaufverluste der Vor-GmbH unbeschränkt, wobei die Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung ausgestaltet ist. Diese für die Vor-GmbH entwickelten Grundsätze werden in Rechtsprechung und Literatur auf die Vor-AG entsprechend angewandt (OLG Karlsruhe, ZIP 1998, 1961, 1963; LG Heidelberg, ZIP 1997, 2045; Hüffer, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 41 Rn. 9 a; Wiedenmann, ZIP 1997, 2029, 2031 f.). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an.	43
Voraussetzung der Haftung der Gründungsgesellschafter ist danach u.a., daß sie mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Gesellschafter vor Eintragung einverstanden waren. Dieses Einverständnis setzt zum einen die Kenntnis voraus, daß bereits vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs begonnen worden ist, und zum anderen die Billigung dieses Umstandes. Allein die Tatsache, daß ein Gesellschafter zwar von der Aufnahme der Geschäftstätigkeit keine Kenntnis erlangt, sich diese aber hätte verschaffen können, genügt danach noch nicht, um Verlustdeckungsansprüche auszulösen. Die Haftung beruht auf dem Grundsatz, daß derjenige, der selbst oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für daraus	44

entstehenden Verpflichtungen haftet (BGH NJW 1997, 1507). Der Gesellschafter einer Aktiengesellschaft, der lediglich an der Errichtung einer Gesellschaft mitgewirkt hat, betreibt in diesem Sinne keine Geschäfte, die Geschäftsführer, Vorstände oder andere Personen ohne seine Kenntnis und seine Billigung vor Eintragung der Gesellschaft initiiert haben. Die bisweilen erhobene Forderung, der Gesellschafter habe sich wegen seiner Gründungsverantwortung über die Fortschritte des Gründungsprozesses auf dem Laufenden zu halten (Bormann, OLG-Report Hamm 2002, K 27, K 29), rechtfertigt keine andere Beurteilung. Das notwendige Einverständnis des Gründungsgesellschafters kann nicht ersetzt werden durch schlichtes Untätigbleiben.

2.

45

Bei Anwendung dieser Grundsätze kann nicht von einem Einverständnis des Beklagten mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch die Vorstandsmitglieder der Insolvenzschildnerin ausgegangen werden. Nach dem Ergebnis der in erster Instanz durchgeführten und vom Senat zum Teil wiederholten und ergänzten Beweisaufnahme kann nicht festgestellt werden, daß der Beklagte überhaupt Kenntnis davon hatte, daß im Anschluß an die notarielle Errichtung der Gesellschaft am 26.03.1999 diese ihre Geschäftstätigkeit bereits aufgenommen hatte, indem sie etwa 50 bis 60 Arbeitnehmer eingestellt und etliche geschäftliche Aktivitäten entfaltet hatte.

46

Wie die Zeugin I sowie ihr Ehemann, der Zeuge M, vor dem Senat übereinstimmend ausgesagt haben, hatte sich der Beklagte lediglich aus Gefälligkeit gegenüber seiner Tochter bereiterklärt, nach dem Ausfall der Firma N GmbH als Gesellschafterin an deren Stelle zu treten. Er verfolgte dabei keinerlei eigene wirtschaftliche oder sonstige Interessen. Das Geld zur Einzahlung des Grundkapitals, so die Zeugin I, sei dem Beklagten zur Verfügung gestellt worden; der Beklagte selbst habe lediglich seinen Namen und, wie der Zeuge M ausgeführt hat, seine "gute Auskunft" hergegeben. In die nach Errichtung der Gesellschaft von beiden Zeugen sowie den übrigen Handelnden entfalteten Aktivitäten, so die Zeugin I, sei der Beklagte nicht eingebunden worden. In Gesprächen mit ihrem Vater hätten geschäftliche Dinge keine Rolle gespielt; dieser habe von allem keine Kenntnis gehabt. Dies ist von dem Zeugen M bestätigt worden, der bekundet hat, sein Schwiegervater habe sich um nichts gekümmert; er habe damals Probleme wegen seiner Lebensgefährtin gehabt, die schwer erkrankt gewesen sei. Er, der Zeuge, habe mit den Beklagten allenfalls einige Male über technische Probleme des von dem Zeugen entwickelten Projekts gesprochen, allerdings im Zusammenhang mit Aufträgen der Firma N GmbH. Erstmals, so beide Zeugen, hätten sie den Beklagten informiert, als Ende August/Anfang September wirtschaftliche Schwierigkeiten der Mitgesellschafterin U GmbH & Co. KG bekannt geworden seien und die Zeugen zudem erfahren hätten, daß entgegen ihrer Erwartung die Eintragung in das Handelsregister nicht erfolgt sei.

47

Dieser Aussage der Zeugin läßt sich nicht entnehmen, daß der Beklagte bis zu seiner Information Ende August/Anfang September 1999 kurz vor Beantragung des Insolvenzverfahrens Kenntnis von geschäftlichen Aktivitäten der Insolvenzschildnerin hatte. Er hatte in der Übernahme der Gesellschafterfunktion lediglich einen formellen Akt gesehen, ohne daß ihn die weitere Entwicklung der Gesellschaft interessierte. Nach dem Eindruck, den der Senat von dem Beklagten bei seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin gewonnen hat, erscheint es auch plausibel, daß der Beklagte weder Kenntnisse über die wirtschaftlichen Zusammenhänge hatte noch sich dafür interessierte. Als nicht selbständiger Maschinenbauermeister war er allenfalls an technischen Fragen interessiert, die mit der Erfindung seines Schwiegersohns zusammenhingen, die aber nicht zwingend mit der

48

Insolvenzschuldnerin in Verbindung standen.

Soweit die Zeugin I ausgesagt hat, ihr Vater habe schon einmal gefragt, wie es denn laufe, hat sie dies dahin konkretisiert, daß es sich um eine allgemeine Frage nach ihrem Befinden und nach ihrer Berufstätigkeit gehandelt habe, auf die sie nur allgemein geantwortet habe, ohne konkrete Auskünfte über die Entwicklung bei der Schuldnerin zu geben. 49

Soweit der Kläger der erstinstanzlichen Beweisaufnahme, insbesondere der Aussage der Zeugin I, Tendenzen entnommen hat, die für eine Kenntnis des Beklagten von der Aufnahme der Geschäftstätigkeit sprechen, läßt sich dies nach der ergänzenden Vernehmung der Zeugen im Senatstermin nicht mehr aufrechterhalten. Wenn die Zeugin I gegenüber dem Landgericht ausgesagt hat, "wir alle" seien davon ausgegangen, daß die Gesellschaft alsbald eingetragen würde, weil man sonst mit der Aufnahme des Geschäfts nicht einverstanden gewesen wäre, bezieht sich dies nicht auf die Person des Beklagten. Dies hat die Zeugin klargestellt. Sie hat ebenfalls klargestellt, daß sie, anders als dies möglicherweise der erstinstanzlichen Aussage zu entnehmen ist, über die Aufnahme des Geschäftsbetriebes mit dem Beklagten nicht gesprochen habe. Erst als die Zeugen I und M einen Rechtsanwalt konsultiert hatten, der ein von dem Beklagten zu unterzeichnendes Schreiben aufgesetzt hatte, habe der Beklagte Kenntnisse erlangt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Inhalt des von dem Beklagten unterzeichneten Schreibens vom 31.08.1999 (Bl. 61 GA), zumal der Inhalt nicht von dem Beklagten selbst verfaßt wurde. 50

Hinsichtlich der Kosten des Wirtschaftsprüfers E ist eine Kenntnis des Beklagten über die Beauftragung vor Eintragung nicht bereits mit der Gründung der Gesellschaft am 26.03.1999 verbunden, als dieser Wirtschaftsprüfer zum Abschlußprüfer für das erste Rumpfgeschäftsjahr 1999 bestellt wurde. Diese Bestellung ist in § 30 Abs. 1 Aktiengesetz zwingend vorgesehen und ist zu unterscheiden von dem Prüfungsauftrag, der anschließend dem Wirtschaftsprüfer zu erteilen ist. Der Vertrag mit dem Wirtschaftsprüfer ist keineswegs noch vor der Eintragung abzuschließen. Unabhängig davon werden Kosten einer Abschlußprüfung für das Jahr 1999 gar nicht gegen die Schuldnerin geltend gemacht. 51

Auch wenn es oft vorkommen mag, daß Gesellschaften im Gründungsstadium bereits Rechtsgeschäfte tätigen, um die Aufnahme des Geschäftsbetriebes voranzutreiben, kann unter den im vorliegenden Fall gegebenen besonderen Umständen nicht festgestellt werden, daß der Beklagte das Wissen oder auch nur die abstrakte Vorstellung hatte, mit dem Geschäftsbetrieb der Schuldnerin sei bereits begonnen worden. 52

3. 53

Der in erster Instanz hilfsweise verfolgte Anspruch auf Rückzahlung zu Unrecht ausgeschütteten Kapitals wird im Berufungsverfahren nicht weiter verfolgt, so daß sich Ausführungen dazu erübrigen. 54

4. 55
56

Da die erhobene Teilklage sich somit auch im Berufungsverfahren als unbegründet erweist, war die Berufung mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 57

Der Senat hat die Revision zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n.F. gegeben sind. Die angesprochenen Rechtsfragen zur Verlustdeckungshaftung bei der Vor- 58

AG sind vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden, so daß dem Revisionsgericht die Möglichkeit einer Entscheidung zur Fortbildung des Rechts eröffnet werden soll.

