



# HVBG

HVBG-Info 06/2000 vom 25.02.2000, S. 0570 - 0580, DOK 543.11

**Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH - Urteile des BFH vom 07.04.1998 - VII R 82/97 - und des BSG vom 08.12.1999 - B 12 KR 10/98 R**

Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH;

hier: Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 07.04.1998

- VII R 82/97 - (Zurückverweisung an das Finanzgericht)

Der BFH hat mit Urteil vom 07.04.1998 - VII R 82/97 - Folgendes entschieden:

Leitsatz:

1. Die Gesellschafter einer vermögenslosen Vor-GmbH haften den Finanzbehörden gegenüber unmittelbar im Verhältnis ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die durch die Vorgesellschaft begründeten Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis.
2. Erweist sich die Gründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft, weil die Eintragungsabsicht schon ursprünglich fehlte oder später aufgegeben worden ist, ohne daß die Gesellschafter ihre geschäftliche Tätigkeit sofort eingestellt hätten, haften diese nach den für Personengesellschaften geltenden zivilrechtlichen Vorschriften unmittelbar und unbeschränkt.

Orientierungssatz:

Eine neben einem notariell beurkundeten Vertrag zur Gründung einer GmbH von den Gesellschaftern getroffene nicht beurkundete Abrede - hier: Freistellung von der Haftung und von Rechten und Pflichten aus der Gesellschaft - führt weder zur Unwirksamkeit des Beitritts der Gesellschafter, zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages noch - ohne Vorliegen weiterer besonderer Umstände - zur Annahme einer bloßen Scheingründung i.S. des § 117 BGB.

## Tatbestand

-----

I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) gründete zusammen mit Frau O. durch notariellen Vertrag vom 15. Februar 1993 die O. GmbH". Von der Stammeinlage in Höhe von 50 000 DM übernahmen der Kläger laut Gesellschaftsvertrag 13 000 DM und Frau O. 37 000 DM. Frau O. wurde zur alleinigen Geschäftsführerin der Gesellschaft bestellt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit. Gegenstand des Unternehmens sollten Armierungs-, Stahlbiege- und Form-Flechtarbeiten sowie der Einzelhandel und die Lieferung von Betonstahl sein. Neben dem Gesellschaftsvertrag existiert eine auf den 30. Januar 1993 (zurück-)datierte privatschriftliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, wonach der Kläger, der Bauingenieur ist, als Gesellschafter nur auftreten soll, um die Gewerbezulassung zu ermöglichen. Er sollte keine Rechte auf Gewinnbeteiligung aus dem Gesellschaftsvertrag,

aber auch keine Pflichten, wie z.B. Kapitaleinlagen, finanzielle Einlagen bei Konkurs, Haftungen u.a. haben. Zu sämtlichen Rechten und Pflichten stehe allein Frau O. Für eine Mitarbeit werde mit dem Kläger ein gesonderter Beratervertrag abgeschlossen. Ein Vertrag über freie Mitarbeit als Bauingenieur kam zwischen der GmbH in Gründung (GmbH i.G.) und dem Kläger mit Wirkung vom 1. März 1993 zustande.

Die Gesellschaft nahm im Februar 1993 ihre Geschäftstätigkeit auf. Zur Eintragung in das Handelsregister gelangte die Gesellschaft in der Folgezeit nicht. Vielmehr meldete Frau O. als Geschäftsführerin das Gewerbe am 10. Dezember 1993 ab und beantragte die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH i.G. Der Antrag wurde am 21. Dezember 1993 mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse zurückgewiesen.

Mit Haftungsbescheiden vom 8. Juni 1994 nahm der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt - FA -) den Kläger - neben Frau O. - für rückständige Umsatzsteuer und Lohnsteuer der GmbH i.G. in Haftung.

Die Haftungsbescheide stützt das FA auf die Grundsätze zur Haftung von Gesellschaftern vor Eintragung einer GmbH in das Handelsregister; den Haftungsbescheid über Lohnsteuer/Kirchenlohnsteuer zusätzlich auf § 69 der Abgabenordnung (AO 1977) i.V.m. §§ 34, 35 AO 1977.

Im Einspruchs- und Klageverfahren machte der Kläger geltend, er sei niemals Gesellschafter der GmbH i.G. geworden. Der notarielle Vertrag zur Errichtung der Gesellschaft sei ein Scheinvertrag gewesen. Er sei weder mit der Geschäftstätigkeit der GmbH i.G. befaßt gewesen, noch als Gesellschafter in Erscheinung getreten. Auch eine Haftung nach § 11 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) scheide aus, da er nicht handelnd für die Gesellschaft aufgetreten sei. Der Kläger verweist auf die Vereinbarung mit Frau O. vom 30. Januar 1993, wonach er aus der Gesellschaft weder Rechte noch Pflichten haben sollte. Da diese wesentliche Vereinbarung notariell nicht mitbeurkundet worden sei, sei der Notarvertrag unwirksam. Die Gesellschaft sei nicht in Vollzug gesetzt worden, vielmehr habe Frau O. das Unternehmen wie eine Alleininhaberin geführt.

Zudem treffe den Kläger nach der neueren Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte allenfalls eine auf seine Beteiligung beschränkte Innenhaftung, so daß die Haftungsbescheide auch aus diesem Grunde keinen Bestand haben könnten.

Der Einspruch blieb ohne Erfolg. Die Klage wurde im wesentlichen als unbegründet abgewiesen. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1997, 934 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

#### Entscheidungsgründe

-----

II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht - FG - (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung - FGO -).

Die Feststellungen des FG tragen das gefundene Ergebnis - unbeschränkte Haftung des Klägers - nicht. Das FG geht in seiner Entscheidung davon aus, daß die Gesellschafter einer gescheiterten vermögenslosen Vorgesellschaft für Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis grundsätzlich persönlich und unbeschränkt

haften. Mit dieser Begründung konnte das FG indes die Klage nicht abweisen; sie widerspricht in dieser Allgemeinheit der neueren höchstichterlichen Rechtsprechung, der der erkennende Senat folgt.

1. Zutreffend hat das FG entschieden, daß der Kläger als Gesellschafter einer vermögenslosen GmbH i.G. für die rückständigen Steuer- bzw. Haftungsschulden der Gesellschaft persönlich in Haftung genommen werden konnte. Nach § 191 AO 1977 kann durch Haftungsbescheid in Anspruch genommen werden, wer kraft Gesetzes für eine Steuer haftet, wobei die Haftung sowohl auf steuerrechtlichen als auch auf zivilrechtlichen Haftungsvorschriften beruhen kann (§ 191 Abs. 1, Abs. 4 AO 1977, vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 31. Mai 1983 VII R 7/81, BFHE 138, 414, 418, BStBl II 1983, 545, und vom 27. Juni 1989 VII R 100/86, BFHE 158, 1, BStBl II 1989, 952).

a) Der Kläger ist Gesellschafter geworden. Entgegen seiner Ansicht ist er mit Abschluß des notariell beurkundeten Vertrages zur Gründung einer GmbH vom 15. Februar 1993 Gesellschafter der O. GmbH i.G. geworden. Der Gesellschaftsvertrag ist durch notarielle Urkunde formgültig i.S. des § 2 GmbHG zustande gekommen und von beiden Gesellschaftern unterzeichnet worden. Es gibt keine Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Beitritts; der Kläger war geschäftsfähig und hat in Anwesenheit des Notars eigenhändig die Unterschrift geleistet. Damit enthält der Gesellschaftsvertrag die wirksame Beitrittserklärung des Klägers (vgl. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 16. Aufl., § 2 Rz. 4, 10). Insbesondere führen die auf den 30. Januar 1993 datierten nicht mitbeurkundeten Vereinbarungen zwischen dem Kläger und Frau O. weder zur Unwirksamkeit des Beitritts noch zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Der nach § 3 Abs. 1 GmbHG notwendige Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist beurkundet worden. Die getroffenen Nebenabreden über die Freistellung von der Haftung und von Rechten und Pflichten aus der Gesellschaft bedurften keiner Beurkundung nach § 3 Abs. 2 GmbHG; denn sie enthalten nicht die Verpflichtung des Klägers zu gesetzlichen Leistungen für die Gesellschaft, sondern betreffen lediglich eine schuldrechtliche Haftungsabrede zwischen den Gesellschaftern. Solche Nebenverträge, die jederzeit außerhalb des Gesellschaftsvertrages möglich sind, berühren die gesellschaftsrechtliche Stellung nicht (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rz. 57 f.) und führen ohne Vorliegen weiterer besonderer Umstände auch nicht zur Annahme einer bloßen Scheingründung i.S. des § 117 des Bürgerlichen Gesetzbuchs - BGB - (h.M., vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 1 Rz. 40, m.w.N., und Beschluß des Bundesgerichtshofs - BGH - vom 9. Oktober 1956 II ZB 11/56, BGHZ 21, 379, 381). Auch der Wortlaut in Ziffer 1 der Vereinbarung vom 30. Januar 1993 spricht gegen die Annahme einer bloßen Scheingründung bei Errichtung des Gesellschaftsvertrages, denn dort heißt es ausdrücklich: "Gesellschafter werden die o.g. Personen." Damit war das Zustandekommen der Gesellschaft gewollt, selbst wenn der Kläger als Gesellschafter nur eingeschrieben werden sollte, um die Gewerbezulassung zu bewirken. Da der Kläger im eigenen Namen handelte und im Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen eingegangen ist, treffen ihn gesellschaftsrechtlich die Pflichten als Gründungsgesellschafter (vgl. BGH-Urteil vom 14. Dezember 1959 II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 263 f.).

b) Zu Recht hat das FG die Haftung des Klägers als Handelnder i.S. des § 11 Abs. 2 GmbHG verneint, da der Kläger vereinbarungsgemäß nicht nach außen für die Gesellschaft

aufgetreten ist. Das FA konnte - wie das FG zutreffend ausgeführt hat - den Haftungsbescheid über Lohnsteuer/Kirchenlohnsteuer auch nicht (zusätzlich) auf die steuerrechtlichen Haftungstatbestände des § 69 i.V.m. §§ 34, 35 AO 1977 stützen. Gemäß § 69 AO 1977 haften die in §§ 34, 35 AO 1977 bezeichneten Personen, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden. Nach § 34 Abs. 1 AO 1977 haben die gesetzlichen Vertreter natürlicher und juristischer Personen und Geschäftsführer von nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen deren steuerliche Pflichten zu erfüllen und insbesondere dafür zu sorgen, daß die Steuern aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Nach § 34 Abs. 2 AO 1977 haben die Mitglieder oder Gesellschafter diese Pflichten nur zu erfüllen, soweit nichtrechtsfähige Personenvereinigungen ohne Geschäftsführer sind. Der Kläger gehört nicht zu diesem Personenkreis. Im Streitfall war Frau O. im Gesellschaftsvertrag zur alleinigen Geschäftsführerin bestimmt worden (vgl. Beschluß des Bundesfinanzhofs - BFH - vom 22. April 1985 VI B 112/84, BFH/NV 1986, 71, 73).

2. Der Kläger haftet nach den Grundsätzen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einer Vorgesellschaft.

a) Mit dem Zustandekommen des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages ist die Gesellschaft errichtet und besteht, solange die GmbH nicht in das Handelsregister eingetragen ist, als Vorgesellschaft - Vor-GmbH - fort, für die es gesetzliche Regelungen nicht gibt. Sie wird als sog. "unechte Vorgesellschaft" behandelt, auf die die Regeln einer zivilrechtlichen Personengesellschaft angewandt werden, wenn die GmbH nicht in das Handelsregister eingetragen wird, weil u.a. die Gründer von vornherein nicht die Absicht hatten, die Eintragung als GmbH zu erreichen, oder wenn der Eintragungsantrag nicht ernsthaft weiterbetrieben wird, insbesondere, weil bestehende Eintragungshindernisse nicht beseitigt werden oder Eintragungsunterlagen nicht unverzüglich beschafft werden oder weil die Gesellschaft trotz Ablehnung des Eintragungsantrags und Wegfalls des Gründungsziels ihre Geschäfte weiterbetreibt (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Urteile vom 23. Oktober 1985 VII R 187/82, BFHE 145, 13, BStBl II 1986, 156; vom 13. Januar 1987 VII R 159/83, BFH/NV 1987, 687; vom 1. Dezember 1987 VII R 206/85, BFH/NV 1988, 477; vgl. auch BGH-Urteil vom 29. November 1956 II ZR 282/55, BGHZ 22, 240 ff., sowie Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 Rz. 28 f., m.w.N., und Goette, Anm. Deutsches Steuerrecht - DStR - 1998, 179, 181). Eine "echte" Vor-GmbH liegt dagegen vor, wenn und solange die Gesellschafter der Vorgesellschaft die Geschäftstätigkeit einverständlich aufgenommen haben und mit dem Ziel der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister betreiben.

b) Die Frage, ob die Vorgründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft zu qualifizieren ist, hat nach der nunmehr geltenden Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 27. Januar 1997 II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht - ZIP - 1997, 679, Neue Juristische Wochenschrift - NJW - 1997, 1507), der sich das Bundesarbeitsgericht - BAG - (Urteile vom 22. Januar 1997 10 AZR 908/94, NJW 1997, 3331, und vom 27. Mai 1997 9 AZR 483/96, NJW 1998, 628) sowie das Bundessozialgericht - BSG - (Beschluß vom 31. Mai 1996 2 S (U) 3/96, KTS 1996, 599) angeschlossen haben,

entscheidungserhebliche Bedeutung dafür, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter einer Vorgesellschaft für die Verbindlichkeiten der gescheiterten GmbH i.G. persönlich in Haftung genommen werden kann.

Mit den genannten Entscheidungen der obersten Bundesgerichte hat die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten einer fehlgeschlagenen Vorgesellschaft eine neue Regelung erfahren. Der BGH hat mit Beschluß (Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes) vom 4. März 1996 II ZR 123/94 (NJW 1996, 1210) und Urteil in BGHZ 134, 333, NJW 1997, 1507 seine bisherige Rechtsprechung (vgl. BGH-Urteile vom 9. März 1981 II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 144; vom 7. Mai 1984 II ZR 276/83, BGHZ 91, 148, 152) zur Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH (unmittelbare persönliche Gesellschafterhaftung, aber beschränkt auf die übernommene und noch nicht geleistete Stammeinlage) aufgegeben und festgelegt, daß die Vorgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft zwar unbeschränkt, aber nur mittelbar in Form einer Innenhaftung eintreten müßten. Danach haften die Gründungsgesellschafter nurmehr gegenüber der Vorgesellschaft selbst persönlich und unbeschränkt auf Ausgleich der gesamten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH gegenüber ihren Gläubigern. Die Gläubiger der Vorgesellschaft können die Gesellschafter grundsätzlich nicht unmittelbar persönlich wegen der Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch nehmen, sondern müssen sich an die Vorgesellschaft halten (BGH in BGHZ 134, 333, NJW 1997, 1507, 1509). Die Haftung ist zwar nicht (mehr) auf die noch nicht erbrachte Stammeinlage beschränkt. Die Gesellschafter haften jedoch nicht gesamtschuldnerisch, sondern im Verhältnis ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die bei der Vorgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten (zur eingehenden Begründung verweist der Senat auf das BGH-Urteil in BGHZ 134, 133, NJW 1997, 1507 unter II. 1. der Gründe).

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Innenhaftung der Gesellschafter hält der BGH dann für geboten, wenn die Vorgesellschaft vermögenslos ist, es sich um eine Ein-Mann-Vor-GmbH handelt oder wenn weitere Gläubiger nicht vorhanden sind (vgl. BGH in BGHZ 134, 133, NJW 1997, 1507 unter II. 2. a.E. der Gründe); d.h. in Fällen, in denen eine Inanspruchnahme der Vorgesellschaft offensichtlich aussichtslos oder unzumutbar ist. In diesem Falle verbleibt es auch nach jüngster Rechtsprechung des BGH bei der Außenhaftung der Gesellschafter. Liegt eine der genannten Voraussetzungen vor, so soll der unmittelbare Zugriff auf den Gesellschafter der Vor-GmbH gestattet sein. Der 10. Senat des BAG (Urteil in NJW 1997, 3331) versteht die Aussagen des BGH hierzu dahingehend, daß der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft auch bei unmittelbarer Inanspruchnahme nur anteilig - entsprechend seinem Beteiligungsverhältnis - haftet. Der Senat folgt dieser von den obersten Gerichtshöfen begründeten und fortgeführten Rechtsprechung auch in Ansehung der hiergegen mit gewichtigen Gründen vorgetragenen Kritik im Schrifttum und in der Rechtsprechung (vgl. die Urteilsbesprechungen von Altmeppen, NJW 1997, 1509 und 3272; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Gummert, DStR 1997, 1007; Ensthaler, Betriebs-Berater - BB - 1997, 1209; Karsten Schmidt, ZIP 1996, 354; Flume, Der Betrieb - DB - 1998, 45; vgl. auch Urteile FG des Saarlandes vom 16. Oktober 1997 2 K 97/97, EFG 1998, 261, und des FG des Landes Brandenburg vom 23. Oktober 1997 5 K 1401/96 H, EFG 1998, 260, sowie des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 25. Juli 1997 L 4 Kr 1317/96, DStR 1998, 177, und des Landesarbeitsgerichts Köln, vom 21. März 1997 4 Sa 1288/96, DStR 1998, 178, mit Anm. Goette, DStR 1998, 179 f.) schon aus Gründen der Wahrung der

Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte.

c) Unberührt von den unter II. 2. b dargelegten Rechtsprechungsgrundsätzen bleibt die Haftung der Gesellschafter einer unechten Vorgesellschaft. Die Beteiligung an einer unechten Vorgesellschaft führt - wie der Senat schon bisher entschieden hat - zur unmittelbaren und unbeschränkten Haftung des Gesellschafters. Erweist sich eine Gründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft, weil die Eintragung der GmbH aus einem der unter II. 2. a genannten Gründe endgültig gescheitert ist, so findet für diese Gesellschaft das Recht der Vor-GmbH keine Anwendung (allg. M.: Luther/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 14. Aufl., § 11 Rz. 9; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 Rz. 28, m.w.N.). Die Vorgesellschaft ist bloßes Durchgangsstadium bei der Entstehung einer GmbH, daher notwendig auf diese ausgerichtet. Allein darauf gründet sich die rechtliche Anerkennung, die bereits weitgehend GmbH-Recht zur Geltung bringt (vgl. auch BGH in BGHZ 134, 133, NJW 1997, 1507 unter II. 1. a der Gründe). Ein Personenzusammenschluß ohne diese Zielrichtung (später aufgegeben oder schon ursprünglich fehlend) kann daher nicht Vorgesellschaft sein, sondern unterliegt dem Recht der BGB-Gesellschaft oder der OHG; wobei maßgebend die Gesellschaftsform ist, deren Tatbestandsmerkmale im Einzelfall tatsächlich verwirklicht sind. Es handelt sich entweder um eine OHG, wenn die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 des Handelsgesetzbuchs - HGB -, § 123 HGB) oder um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts - GbR - (§§ 705 ff. BGB), wenn man davon ausgeht, daß ein Grundhandelsgewerbe nicht vorliegt (vgl. auch BFH in BFH/NV 1988, 477, 478). In beiden Fällen haftet der Gesellschafter der unechten Vorgesellschaft nach zivilrechtlichen Vorschriften - entweder nach § 128 HGB oder nach § 718 i.V.m. §§ 421, 427 BGB persönlich, gesamtschuldnerisch, unmittelbar und unbeschränkt - für die Schulden der Gesellschaft (ständige Rechtsprechung des BFH, vgl. Urteile in BFHE 145, 13, BStBl II 1986, 156, 158; vom 27. März 1990 VII R 26/89, BFHE 161, 390, BStBl II 1990, 939; in BFH/NV 1987, 687, 688, und in BFH/NV 1988, 477, 478, sowie des BGH, vgl. BGHZ 22, 240 ff., und Baumbach/Hueck, a.a.O., Rz. 29, m.w.N.). In der gescheiterten unechten Vorgesellschaft gilt also stets das Prinzip der unbeschränkten Außenhaftung (so auch Goette, DStR 1998, 179, 181).

Voraussetzung für diese Haftung ist lediglich, daß die Gesellschafter einverständlich den Geschäftsbetrieb aufgenommen und den steuerbegründenden Sachverhalt während der Zeit ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit verwirklicht haben (vgl. BFH-Urteil vom 2. Februar 1994 II R 7/91, BFHE 173, 306, BStBl II 1995, 300, 301). Zivilrechtlich folgt die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus dem gemeinschaftlichen Handeln der Gesellschafter, d.h. aus der gemeinsamen Tatbestandsverwirklichung oder dem Handeln durch berechtigte Vertreter für die Gemeinschaft (BGH-Urteile vom 6. Juli 1971 VI ZR 94/69, BGHZ 56, 355, und vom 15. Dezember 1980 II ZR 52/86, NJW 1981, 1213; vgl. auch Senatsurteile in BFHE 161, 390, BStBl II 1990, 339, 340, und in BFHE 158, 1, BStBl II 1989, 952). Dabei steht der Haftung für Steuerschulden der Gesellschaft nicht entgegen, daß der Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis kraft Gesetzes entsteht (§§ 37, 38 AO 1977, vgl. BFH-Beschluß vom 31. Juli 1991 II B 38/91, BFH/NV 1992, 56, m.w.N.). Der Senat hält an dieser - seiner bisherigen Rechtsprechung entsprechenden - Auffassung fest.

Er sieht sich durch die neuere Rechtsprechung des BGH daran nicht gehindert. Zwar hat der BGH erwogen, wegen der Schwierigkeit, verlässliche tatsächliche Feststellungen über die Aufgabe der Eintragungsabsicht zu treffen, auch in diesen Fällen nur einen als Innenhaftung ausgestalteten Verlustdeckungsanspruch zu gewähren (Vorlagebeschuß vom 4. März 1996 II ZR 123/94, NJW 1996, 1210); er hat diese Frage in der Entscheidung in BGHZ 134, 133, NJW 1997, 1507, unter II. 3. der Gründe aber ausdrücklich dahinstehen lassen (vgl. auch Anm. Goette, DStR 1997, 628). Der 9. Senat des BAG (Urteil in NJW 1998, 628) hat unter Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung der Ausführungen des BGH im Vorlagebeschuß vom 4. März 1996 für den Fall, daß die Gründungsgesellschafter den Geschäftsbetrieb in gewohnter Weise fortsetzen, obwohl die Eintragung der GmbH i.G. ernsthaft nicht mehr in Frage kommt, ebenfalls ausdrücklich an der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil in BGHZ 80, 129, 143) festgehalten. Damit verbleibt es für den Gesellschafter einer unechten Vorgesellschaft bei der unbeschränkten persönlichen Haftung. Diese Haftung greift rückwirkend ein, d.h. sie umfaßt alle Verbindlichkeiten, die während des Bestehens der Vorgesellschaft entstanden sind; mithin auch die Steuerrückstände vor Aufgabe der Eintragungsabsicht (vgl. BAG in NJW 1998, 628 unter I. 2. e der Gründe; Goette, DStR 1998, 179, 181).

3. Auf der Grundlage dieser Rechtsentwicklung kann die Klage vom Senat nach den bisherigen Feststellungen des FG nicht abschließend entschieden werden.

a) Der Senat geht zwar - wie das FG - davon aus, daß die Vorgesellschaft im Streitfall offensichtlich vermögenslos war. Sie war nach den bindenden Feststellungen des FG, die nicht mit schlüssigen Verfahrensrügen angegriffen worden sind (§ 118 Abs. 2 FGO), ab Anfang Dezember 1993 zahlungsunfähig; der Kläger hat vorgetragen, er habe seine Tätigkeit für die Gesellschaft bereits im Oktober 1993 eingestellt, weil die Gesellschaft finanziell am Ende gewesen sei, der von der als Geschäftsführerin benannten Frau O. gestellte Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH i.G. wurde am 21. Dezember 1993 mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse zurückgewiesen. Auch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung sieht Vermögenslosigkeit der Vorgesellschaft bereits als vorliegend an, wenn ein Konkursverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden kann (vgl. BAG-Urteil vom 22. Januar 1997 10 AZR 908/94, NJW 1997, 3331, 3333; vgl. auch Goette, DStR 1998, 179 ff.). Die von der Revision aufgeworfene Frage, ob eine Vor-GmbH dann nicht vermögenslos ist, wenn ihr noch Verlustdeckungsansprüche gegen ihre Gesellschafter zustehen, kann daher dahinstehen. Ebenfalls ohne Bedeutung und im übrigen als neues tatsächliches Vorbringen im Revisionsverfahren unbeachtlich (§ 118 Abs. 2 FGO) ist, daß der Gesellschaft möglicherweise Schadensersatzansprüche gegen den Ehemann der Frau O. zustehen könnten. Auch auf den zivilrechtlich mit Frau O. vereinbarten Haftungsausschluß kann sich der Kläger nicht berufen, da dieser sich auf die Kraft Gesetzes entstehenden Steueransprüche nicht auswirken kann (BFHE 161, 390, BStBl II 1990, 939, 940).

Damit kommt die unmittelbare persönliche Haftung des Klägers in Betracht, so daß er mit Haftungsbescheid in Anspruch genommen werden durfte.

b) Der Senat kann jedoch mangels entsprechender Feststellungen

des FG dazu, ob der Kläger Gesellschafter einer unechten Vorgesellschaft geworden ist, nicht entscheiden, ob er als solcher in vollem Umfang (unbeschränkt) zur Haftung herangezogen werden durfte oder ob er als Gesellschafter einer echten Vorgesellschaft nur anteilig nach dem Verhältnis seiner Beteiligung für die Gesellschaftsschulden haftet.

Der Rechtsstreit wird daher an das FG zurückverwiesen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO), damit dieses Feststellungen dazu treffen kann, in welcher Weise die Eintragungsabsicht der GmbH dokumentiert wurde, wie das Eintragungsverfahren betrieben wurde und aus welchen Gründen es zu welchem Zeitpunkt endgültig gescheitert ist. Hierbei wird es insbesondere aufzuklären haben, ob die Gesellschafter ihre Geschäftstätigkeit sofort nach Aufgabe bzw. Scheitern der Eintragungsabsicht aufgegeben, oder ob sie die Geschäftstätigkeit auch danach noch fortgesetzt haben (vgl. BGH-Urteil in BGHZ 22, 240 ff.; BAG-Urteil in NJW 1998, 628; BFH in BFH/NV 1988, 477, 478, und Goette, DStR 1998, 179, 181). Gelangt das FG zur Annahme einer unechten Vorgesellschaft, wird es auch die Frage der Ausübung des Auswahlermessens durch das FA zu würdigen haben; für den Fall, daß eine unechte Vorgesellschaft nicht vorgelegen hat, ist die Rechtsprechung der obersten Gerichte zum Haftungsumfang - anteilig, entsprechend der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen - zu beachten.

-----  
Haftung eines Gesellschafters für  
Gesamtsozialversicherungsbeitragsschulden einer Vor-GmbH (§ 28e  
Abs. 1 SGB IV);

hier: BSG-Urteil vom 08.12.1999 - B 12 KR 10/98 R -  
(Zurückverweisung an das LSG)

Das BSG hat mit Urteil vom 08.12.1999 - B 12 KR 10/98 R -  
Folgendes entschieden:

Leitsatz:

1. Die Gesellschafter einer GmbH, deren Eintragung scheitert, haften für rückständige Beiträge unbeschränkt im Verhältnis ihrer Anteile nur der Gesellschaft (Innenhaftung), nicht jedoch der Einzugsstelle (Außenhaftung - Anschluß an BGH vom 27.01.1997 - II ZR 123/94 = BGHZ 134, 333).
2. Eine unbeschränkte anteilige Außenhaftung besteht jedoch bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH.
3. Eine unbeschränkte volle Außenhaftung besteht, wenn sich die Vor-GmbH als unechte Vorgesellschaft erweist, weil die Eintragungsabsicht aufgegeben worden ist, ohne daß die Gesellschafter ihre geschäftliche Tätigkeit sofort eingestellt hätten (Anschluß an BFH vom 07.04.1998 - VII R 82/97 = BFHE 185, 356; BAG vom 27.05.1997 - 9 AZR 483/96 = BAGE 86, 38)

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) D.-D. (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 H. (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 Mibrauchsfalle 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 Restanspruche 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 Gründergesellschaft 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 Gründergesellschaft 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 Gründergesellschaft 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 mangellos 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 Gründergesellschaft 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 Mitgesellschafters 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. 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.