

Haftungsfragen im Gründungsstadium einer Kapitalgesellschaft

Von Diplom-Jurist **Alexander J. Schmidt**, Bayreuth

Der Gründungsvorgang und die Haftung der beteiligten Akteure in den verschiedenen Stadien des Entstehungsprozesses einer Körperschaft nehmen einen hervorgehobenen Platz in der universitären Lehre ein und sind daher immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Ein fundiertes Wissen ist somit unerlässlich. Kontroverse Diskussionen haben allerdings zu einer nur noch schwerlich zu überblickenden Fülle an Literatur geführt, die es den Studierenden erschwert, sich innerhalb dieser Thematik zu Recht zu finden. Der Beitrag versucht sich daher an einer didaktischen Aufbereitung der einzelnen Haftungsfragen in den verschiedenen Gründungsstadien und erleichtert den Einstieg in diesen, nicht nur für Studierende gesellschaftsrechtlicher Schwerpunktbereiche, relevanten Themenkomplex.

I. Einleitung

Allen Körperschaften gemein ist die Mehrstufigkeit des Gründungsaktes, der mit einer konstitutiv wirkenden Eintragung ins Handelsregister endet. Jede Gründungsstufe wirft damit rechtlich für sich separat zu betrachtende Fragestellungen auf, die wiederum unabhängig der Rechtsform der Körperschaft im konkreten Einzelfall entsprechend zu behandeln sind. Gleiches gilt für die Leitlinien aus der Rechtsprechung, deren Entscheidungen überwiegend das Recht der GmbH betreffen, aber ebenso auf die AG übertragbar sind. Aus didaktischen Gründen beschränkt sich der Beitrag auf die, für die Ausbildung relevantesten, Rechtsformen der GmbH und der AG.

II. Die einzelnen Gründungsstadien

1. Vorgründungsgesellschaft

Die Vorgründungsgesellschaft ist schlicht vorbereitender Natur und entsteht mit dem (konkludenten) vertraglichen Zusammenschluss zur Gründung einer Kapitalgesellschaft. Soll dieser Vertrag die Gründer schon zum Abschluss des späteren Gesellschaftsvertrags verpflichten bedarf er allerdings der Form des § 2 GmbHG bzw. § 23 Abs. 1 AktG.¹ Dies resultiert aus Schutzerwägungen, vergleichbar denen des Formerfordernisses bei der Begründung der Verpflichtung zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags. Ansonsten würde die Warnfunktion, als Sinn des Formerfordernisses, beim Abschluss des endgültigen Gesellschaftsvertrags umgangen, wenn bereits im Vorgründungsstadium formlos eine bindende Verpflichtung zum Abschluss eines solchen begründet werden könnte.²

Die Vorgründungsgesellschaft ist in der Regel eine BGB-Gesellschaft, deren Zweck auf Gründung der späteren Gesellschaft gerichtet ist. Betreibt sie bereits ein Handelsgewerbe,

handelt es sich um eine oHG.³ Die Vertretung richtet sich demnach nach den Regeln des Personengesellschaftsrechts.⁴ Die Vorgründungsgesellschaft endet im Normalfall gem. § 726 BGB durch Zweckerreichung mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags.⁵

2. Vor-Gesellschaft

Aus der Regelung in § 11 Abs. 1 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG ist zu schließen, dass die Gesellschaft als juristische Person vor der Registereintragung nicht besteht. Nach Errichtung der Gesellschaft, also nach Abschluss des formgültigen Gesellschaftsvertrags, § 2 Abs. 1 GmbHG bzw. Feststellung der Satzung § 23 AktG, existiert bereits eine Vereinigung, die in ihrer endgültigen Gestalt zwar noch nicht vollkommen ist, aber schon wesentliche Merkmale der künftigen Gesellschaft aufweist.⁶

Eine gesetzliche Regelung zur Rechtsnatur dieser Vor-Gesellschaft besteht nicht. Sie ist als rechtsfähige Vereinigung sui generis zu betrachten. Im Gegensatz zur Vorgründungsgesellschaft ist die Vor-Gesellschaft notwendiges Durchgangsstadium zur späteren Gesellschaft, die aufgrund übereinstimmender körperschaftlicher Struktur mit der Registereintragung in deren Rechtsverhältnisse eintritt.⁷ Aufgrund der weitgehenden Entsprechung, finden auf sie auch die jeweiligen Rechtsnormen der Gesellschaft, mit Ausnahme der Normen die die Eintragung voraussetzen, Anwendung.⁸

3. Gesellschaft

Sowohl die GmbH als auch die AG sind eigene Rechtspersönlichkeiten, also juristische Personen, die unter ihrer Firma selbständig klagen bzw. verklagt werden können. Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Dieses ist bei der GmbH ein in Geschäftsanteile zerlegtes Stammkapital, bei der AG spricht man von einem in Aktien zerlegtes Grundkapital.⁹ Mit der erfolgten Eintragung im Handelsregister ist der Gründungsvorgang endgültig abgeschlossen. Zwischen Vor-Gesellschaft und Gesellschaft herrscht Identität.¹⁰

¹ Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 21 Rn. 17; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 11 Rn. 4.

² Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 35; Pentz, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2016, § 41 Rn. 14.

³ BGHZ 91, 148 (151) = NJW 1984, 2164; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 11 Rn. 36.

⁴ OLG Stuttgart NZG 2002, 910 (911 ff.).

⁵ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 36.

⁶ Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 42; Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 22.

⁷ BGHZ 80, 129 (137 ff.) = NJW 1981, 1373 (1375); Koch, in: Hüffer/Koch, Kommentar zum AktG, 13. Aufl. 2018, § 41 Rn. 3.

⁸ BGHZ 21, 242 (246) = NJW 1956, 1435.

⁹ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 129 bzw. § 10 Rn. 168.

¹⁰ BGHZ 80, 129 (137 ff.) = NJW 1981, 1373 (1375); Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 29; Koch (Fn. 7), § 41 Rn. 16.

III. Haftungsfragen

Bei der Klärung der Haftung ist eine Unterscheidung nach den verschiedenen Haftungssubjekten geboten. Hierfür kommen die Gesellschaft in ihrem jeweiligen Existenzstadium selbst, ihre Gesellschafter und die im konkreten Fall handelnden natürlichen Personen über das Institut der Handelndenhaftung in Betracht. Für die Fallbearbeitung elementar ist, neben der Frage wer im jeweiligen Stadium für die Verbindlichkeiten haftet, zudem, wie es sich auf die festgestellte Haftung auswirkt, wenn die Gesellschaft in das nächste Gründungsstadium übergeht.

1. Haftung der Gesellschaft

a) Vorgründungsgesellschaft

Das Außenverhältnis der Vorgründungsgesellschaft richtet sich nach den allgemein für die BGB-Gesellschaft bzw. die oHG geltenden Bestimmungen.¹¹ Sie nimmt am Rechtsverkehr teil und kann selbst Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen. Die Vorgründungsgesellschaft ist nicht mit der späteren Gesellschaft oder der Vor-Gesellschaft identisch. Ihre Aktiva und Passiva gehen daher nicht automatisch auf die nächsten Gründungsstadien über.¹² Ein solcher Übergang ist nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung möglich, die insbesondere bei Verbindlichkeiten der Mitwirkung des jeweiligen Gläubigers bedarf, §§ 414, 415 BGB.¹³

b) Vor-Gesellschaft

Regelmäßig wird sich die Frage der Berechtigung und Verpflichtung der Vor-Gesellschaft bei der Beurteilung einer Verbindlichkeit stellen, die im Namen der späteren Gesellschaft eingegangen wurde. Diese Bezugnahme schließt dagegen nicht aus, auch die Vor-Gesellschaft zu verpflichten. Gegenteiliges würde bedeuten, dass der Gläubiger für seinen bereits fällig gewordenen Anspruch nicht sogleich, sondern erst nach der Eintragung der endgültigen Gesellschaft einen vertragmäßigen Schuldner bekommt und ihm im Weiteren nur der gesetzliche Anspruch aus der Handelndenhaftung zur Seite stünde. Der Gläubiger darf vielmehr davon ausgehen, dass er auf den jeweiligen Träger des gegenständlichen Geschäftsbetriebs zugreifen kann.¹⁴ Bis zur erfolgten Eintragung und der Existenz der endgültigen Gesellschaft ist dies die Vor-Gesellschaft. Unerheblich ist dabei die Kenntnis des Gläubigers von der noch ausstehenden Eintragung oder des rechtlichen Gebildes, welches sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinter seinem Vertragspartner verbarg.¹⁵ Die Vor-Gesellschaft haftet also für alle sie treffenden Verbindlichkeiten mit ihrem Gesellschaftsvermögen.¹⁶ Dies gilt gem.

§ 31 BGB analog auch für solche Verbindlichkeiten, die auf gesetzlicher Grundlage entstehen.¹⁷

c) Gesellschaft

Durch die Eintragung tritt die Gesellschaft als juristische Person an die Stelle der Vor-Gesellschaft.¹⁸ Es kommt zu einer Kontinuität der Rechtsverhältnisse. Den Gläubigern haftet nur noch das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter besteht nicht. Deren unternehmerisches Risiko beschränkt sich damit auf ihre Einlage. Gegenstück hierzu ist das gesetzlich geforderte Grund- bzw. Stammkapital der Gesellschaft, dessen Höhe in der Gesellschaftssatzung festgeschrieben ist, und das Mindesthaftkapital zugunsten der Gesellschaftsgläubiger darstellt. Gesichert wird dieses durch strenge Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung.

2. Haftung der Gesellschafter

a) Vorgründungsgesellschaft

Die Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft haften akzessorisch für deren Verbindlichkeiten nach den Regeln der GbR bzw. der oHG gem. § 128 S. 1 HGB (analog) regelmäßig persönlich und unbeschränkt.¹⁹ Mangels Identität mit der Gesellschaft entfällt diese persönliche Haftung auch nicht durch die spätere Eintragung der Gesellschaft.²⁰

b) Vor-Gesellschaft

Mangels gesetzlicher Grundlage der Vor-Gesellschaft, muss auch für die Haftung der Gesellschafter eine sachgerechte Lösung außerhalb des Gesetzes gefunden werden. Hierfür hat der BGH ein System einer unbeschränkten proratarischen Innenhaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft geschaffen.²¹ Demnach haften die Gesellschafter anteilig nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung in unbegrenzter Höhe für alle Verluste die nicht vom Gesellschaftsvermögen abgedeckt sind.²² Allerdings können die Gesellschaftsgläubiger nicht direkt auf diese zugreifen. Anspruchsinhaber ist allein die Gesellschaft selbst. Zur Durchsetzung müssen die Gläubiger diesen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, §§ 829, 835 ZPO. Aus Gründen der Prozessökonomie gelten von diesem System Ausnahmen. Demnach soll der Gang über die Inanspruchnahme der Gesellschaft entfallen, wenn die Vor-Gesellschaft vermögenslos ist, nur ein Gläubiger vorhanden ist oder es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt.²³

¹¹ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 20.

¹² BGHZ 91, 148 (151) = NJW 1984, 2164; Bayer (Fn. 1), § 11 Rn. 2.

¹³ Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 26.

¹⁴ BGHZ 62, 216 (221 f.) = NJW 1974, 1191.

¹⁵ BGHZ 72, 45 (48) = NJW 1978, 1978 (1979).

¹⁶ Grunewald (Fn. 2), § 13 Rn. 44; Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 64.

¹⁷ OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 637 (638).

¹⁸ BGHZ 80, 129 (137) = NJW 1981, 1373 (1374); Fastrich (Fn. 3), § 11 Rn. 55 ff.; Koch (Fn. 7), § 41 Rn. 16.

¹⁹ Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 29.

²⁰ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 20; BGH NJW 1982, 932.

²¹ BGHZ 134, 333 (337 ff.) = NJW 1997, 1507 (1508 f.).

²² Fastrich (Fn. 3), § 11 Rn. 24; Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 25.

²³ BGHZ 134, 333 (341) = NJW 1997, 1507 (1509); Blath (Fn. 6), § 11 Rn. 66.

Demgegenüber befürworten Teile der Literatur, ähnlich einem Komplementär, eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter über § 128 S. 1 HGB analog.²⁴ Zur Begründung dieses Ansatzes wird vorgebracht, dass das Haftungsmodell des BGH unnötig komplex und den Gläubigern nicht zumutbar sei. Außerdem werde, entgegen der Intention des BGH, ein Windhundrennen der Gläubiger nicht verhindert, sondern nur verschoben. Nunmehr ginge es nicht mehr darum, so der Vorwurf, schnellstmöglich einen Titel gegen den jeweiligen Gesellschafter zu erlangen, sondern, schnellstmöglich den Ausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter pfänden und sich überweisen zu lassen. Außerdem verhindere eine unbeschränkte Außenhaftung das Regel-Ausnahme-System des BGH.²⁵

Die vorgebrachten Bedenken gegen die proratarische Innenhaftung vermögen aber nicht vollends zu überzeugen. Zum einen entspricht sie der Billigkeit, berücksichtigt sie doch die anteilige Beteiligung der Gesellschafter auch bei der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Ebenso lässt sich der Vorwurf der Komplexität auch auf das Modell der unbegrenzten Außenhaftung der Literatur projizieren. Denn letztlich kommt nach der Eintragung der Gesellschaft das Modell einer anteiligen Innenhaftung in Form der Unterbilanzhaftung (vgl. unten III. 2. c)) ebenso zur Anwendung. Es bleibt damit also bei einer vergleichbaren Rechtsdurchsetzung, die die Komplexität sogar verringert. Letztlich ist der Gläubiger auch als weniger schutzwürdig anzusehen. Dieser darf bei einer Geschäftsbeziehung mit einer GmbH redlicherweise nicht mit einer persönlichen Gesellschafterhaftung rechnen. Folglich ist mit der herrschenden Meinung von einer anteiligen unbeschränkten Verlustübernahme im Innenverhältnis auszugehen.

c) Gesellschaft

Nach erfolgter Eintragung im Handelsregister ist die Gesellschaft vollkommen. Die Gesellschafter haften nicht mehr für die neu hinzukommenden Verbindlichkeiten, § 13 Abs. 2 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG. Zu erörtern bleibt aber die Haftung für schon vor der Eintragung begründete Verbindlichkeiten.

Nach Abkehr vom Vorbelastungsverbot,²⁶ wonach im Gründungsstadium nur solche Geschäfte getätigt werden durften, die im Rahmen der Gründung unbedingt erforderlich waren, musste ein anderer Weg gefunden werden um das grundsätzlich weiterbestehende Unversehrtheitsdogma umzusetzen. Demnach soll den Gesellschaftsgläubigern, zumindest im Zeitpunkt der Eintragung, das Grund- bzw. Stammkapital als Haftungsgrundlage unversehrt zur Verfügung stehen. Umgesetzt wird dies durch die, als Innenhaftung ausgestaltete, sog. Unterbilanzhaftung (teilweise auch Differenzhaftung oder Vorbelastungshaftung). Ergibt eine im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung zu erstellende Vermögensbilanz, dass das Vermögen der Gesellschaft wertmäßig hinter dem Grund- bzw. Stammkapital zurückbleibt, haben die Gesell-

schafter den ermittelten Minderbetrag anteilig nach dem Verhältnis ihrer übernommenen Einlagen auszugleichen.²⁷ Zu einer gesamtschuldnerischen Haftung kommt es aber nicht.²⁸ Fällt ein Gesellschafter aus, wird der Haftungsanteil der übrigen Gesellschafter entsprechend erhöht. Ein Ausgleich der vorliegenden Verluste durch entsprechende Gewinne der Gesellschaft führt nicht zum Entfall der Haftung.²⁹

Die oben erläuterte Verlustdeckungshaftung geht infolge der Eintragung in der Unterbilanzhaftung auf. Während die Verlustdeckungshaftung damit letztlich nur beim Scheitern der Eintragung greift, ist die erfolgte Eintragung für die Unterbilanzhaftung gerade charakteristisch. Es entsteht folglich keine Regelungslücke, sondern vielmehr ein stringent einheitliches System.³⁰

3. Handelndenhaftung

a) Vorgründungsgesellschaft

Die Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG findet im Rahmen der Vorgründungsgesellschaft keine Anwendung. Zum einen ist die Regelung der Handelndenhaftung auf die Besonderheiten der Vor-Gesellschaft zugeschnitten. Andererseits gibt es für sie, aufgrund der ohnehin bestehenden unbeschränkten Haftung der Gesellschafter, auch kein Bedürfnis.³¹

b) Vor-Gesellschaft

Die Handelndenhaftung beschreibt eine, von der Gesellschafterhaftung unabhängige, gesamtschuldnerische Haftung derjenigen, die vor Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben. Sie ist akzessorisch und der Höhe nach unbeschränkt.³² Früher wurde mit ihr eine Straffunktion verbunden, um ein Tätigwerden im Namen der Gesellschaft vor deren Eintragung zu verhindern. Heute soll von ihr ein Anreiz zur beschleunigten Herbeiführung der Eintragung und damit letztlich eine Sicherungsfunktion für Geschäftspartner ausgehen.³³ Die praktische Bedeutung ist jedoch gering. Ein Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG setzt die Errichtung der Gesellschaft und damit das Vorliegen einer Vor-Gesellschaft voraus.³⁴ In persönlicher Hinsicht sind die tatsächlichen sowie fehlerhaft bestellten Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs, im Allgemeinen also die Geschäftsführer bzw. die Vorstandsmitglieder erfasst. Darüber hinaus fallen auch sog. faktische Organmitglieder, also solche die nicht Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs sind, sich aber als ein solches gerieren, in den Anwen-

²⁷ BGHZ 80, 129 (141) = NJW 1981, 1373 (1376); *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 113; *Windbichler* (Fn. 1), § 21 Rn. 31.

²⁸ BGHZ 80, 129 (141) = NJW 1981, 1373 (1376).

²⁹ BGHZ 165, 391 (401) = NJW 2006, 1594 (1596 f.).

³⁰ *Koch* (Fn. 7), § 41 Rn. 9a; *Blath* (Fn. 6), § 11 Rn. 126.

³¹ BGHZ 91, 148 (152) = NJW 1984, 2164; *Fastrich* (Fn. 3), § 11 Rn. 50.

³² *Windbichler* (Fn. 1), § 21 Rn. 27.

³³ BGHZ 47, 25 (29) = NJW 1967, 828 (829); *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 126.

³⁴ *Pentz* (Fn. 2), § 41 Rn. 129; *Fastrich* (Fn. 3), § 11 Rn. 46.

dungsbereich.³⁵ Sachlich führen nur rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche, nicht aber deliktische Handlungen zur Haftung.³⁶

c) Gesellschaft

Mit der Eintragung im Handelsregister erlischt die Handelndenhaftung.³⁷ Sie soll den Gläubigern funktional einen Ausgleich dafür schaffen, dass ihnen als Anspruchsgegner keine vollkommene Gesellschaft gegenüberstand. Dieser Zweck hat sich aber mit dem Entstehen der juristischen Person erledigt.³⁸ Auf die Kenntnis des Dritten von der noch ausstehenden Eintragung kommt es nicht an.

IV. Beispielfälle

1. Sachverhalt

P und D beschließen im Januar die Gründung der G-GmbH, die als Produzent von hochwertigen Gardinen und Posamenten am Markt tätig werden soll. P soll als deren alleiniger Geschäftsführer agieren. Der Gesellschaftsvertrag wird am 1.2.2018 notariell beurkundet. Nach Absprache mit D erwirbt P am 1.3.2018 im Namen der G-GmbH von Händler H eine Webmaschine zum Preis von 25.000 €. Die G-GmbH wird schließlich am 1.4.2018 in das Handelsregister eingetragen. Eine Kaufpreiszahlung ist bislang nicht erfolgt. Ansprüche des H auf Kaufpreiszahlung gegen die G-GmbH sowie gegen P und D persönlich?

a) Anspruch des H gegen die G-GmbH auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 GmbHG

aa) GmbH als Vertragspartnerin

Nach erfolgter Eintragung ist die GmbH als juristische Person existent und kann Anspruchsgegnerin sein, § 13 Abs. 1 GmbHG. Sie ist Formkaufmann gem. § 6 Abs. 1 HGB i.V.m. § 13 Abs. 3 GmbHG. Bei Abschluss des Kaufvertrags war die GmbH aber noch nicht eingetragen und konnte somit als solche nicht verpflichtet werden.

bb) Übergang auf die GmbH

(1) Wesen der Vor-GmbH

Möglicherweise könnte aber die Vor-GmbH verpflichtet worden sein, deren Verbindlichkeit mit der Eintragung auf die GmbH übergegangen ist. Die Vor-GmbH als notwendige Vorstufe entsteht mit der ordnungsgemäßen Errichtung der Gesellschaft, also der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, § 2 Abs. 1 GmbHG. Sie ist eine rechtsfähige Personenvereinigung sui generis, bei der im Wesentlichen bereits GmbH-Recht zur Anwendung kommt. Eine Verpflichtung der Vor-GmbH käme aber nur in Betracht, wenn diese beim Vertragsschluss wirksam durch P vertreten wurde.

(2) Verpflichtung der Vor-GmbH

Zunächst müsste P im Namen der Vor-GmbH gehandelt haben. Hierbei ist unerheblich, ob er dies ausdrücklich getan hat oder sich dies aus den Umständen des Vertragsschlusses ergibt, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Zwar hat P vorliegend ausdrücklich für die G-GmbH gehandelt. Bei unternehmensbezogenen Geschäften soll aber in der Regel, ungeachtet der korrekten Unternehmensbezeichnung, der wahre Unternehmensinhaber verpflichtet werden. Dies war in diesem Fall die Vor-GmbH.

Des Weiteren müsste P mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vor-GmbH wird durch ihren Geschäftsführer vertreten, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Grundsätzlich könnte der alleinige Geschäftsführer P damit im Außenverhältnis unbeschränkt vertretungsbefugt gewesen sein, §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 Abs. 2 GmbHG. Fraglich und umstritten ist an dieser Stelle aber, ob die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei der Vor-GmbH schon unbeschränkt besteht oder ob diese nicht vielmehr unter Beachtung der besonderen Zweckbestimmung der Vor-Gesellschaft, nämlich die vollkommene Gesellschaft zur Entstehung zu bringen, gerade auf solche Geschäfte beschränkt ist, die die Eintragung der Gesellschaft herbeiführen.

Gegen eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht nach dem Vorbild der §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 Abs. 2 GmbHG spricht vor allem, dass der Geschäftsführer auf diese Weise noch vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ohne Begrenzung Verbindlichkeiten eingehen und damit ein gleichlaufendes Haftungsrisiko für die Gesellschafter begründen kann. Im Hinblick auf den vorbereitenden Charakter der Vor-GmbH weckt dies doch erhebliche Bedenken.

Der Streitentscheid kann im vorliegenden Fall jedoch dahinstehen. Durch die Zustimmung aller Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme kann die Vertretungsmacht des Geschäftsführers erweitert werden. Vorliegend hat P das Geschäft in Absprache mit dem einzig noch verbleibenden Gesellschafter D getätigt. Es war damit von der erweiterten Vertretungsmacht umfasst.

Der P hat die Vor-GmbH damit wirksam verpflichtet.

(3) Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH

Aufgrund der Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH ging die Verbindlichkeit ipso iure infolge der Eintragung am 1.4.2018 auf die GmbH über.

cc) Zwischenergebnis

H hat damit gegen die G-GmbH einen Anspruch auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 GmbHG.

b) Anspruch des H gegen P und D auf Zahlung von 25.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog

Eine persönliche Inanspruchnahme von P und D wäre nur möglich, wenn diese für die von der Vor-GmbH begründete Verbindlichkeit eintreten müssten. Hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH werden im Wesentlichen

³⁵ Pentz (Fn. 2), § 41 Rn. 132 f.

³⁶ Bayer (Fn. 1), § 11 Rn. 32.

³⁷ BGHZ 80, 182 (183) = NJW 1981, 1373 (1376); Windbichler (Fn. 1), § 21 Rn. 32.

³⁸ BGHZ 65, 378 (380 f.) = NJW 1976, 419 (420).

zwei Ansätze vertreten. Einerseits wird eine persönliche Außenhaftung in unbeschränkter Höhe entsprechend der Haftung eines Gesellschafters einer oHG befürwortet. Nur nach diesem Ansatz käme eine persönliche Inanspruchnahme überhaupt in Betracht. Andererseits steht diesem Ansatz eine höhenmäßig unbeschränkte proratarische Innenhaftung gegenüber. Einigkeit besteht aber darin, dass mit der Registereintragung eine persönliche Einstandspflicht der Gesellschafter jedenfalls erlischt. Daher kann in Folge der Eintragung der GmbH am 1.4.2018 eine Entscheidung dahinstehen. Ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog scheidet aus.

c) Anspruch des H gegen P auf Zahlung von 25.000 € nach § 11 Abs. 2 GmbHG

H könnte gegen P aber einen Anspruch aus der Handelndenhaftung haben. Hierfür müsste P als Handelnder im Sinne der Vorschrift anzusehen sein. Als solche erfasst sind die Geschäftsführer oder solche Personen, die sich durch ihr Verhalten als solche gerieren. P wurde vorliegend in seiner Position als Geschäftsführer tätig und ist damit Handelnder im Sinne des § 11 Abs. 2 GmbHG. Weiterhin erfasst § 11 Abs. 2 GmbHG nur rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der Gesellschaft. Unerheblich ist dabei, ob der Handelnde für die vollkommene Gesellschaft oder die Vor-GmbH handelt, solange erkennbar ist, dass er nicht in eigenem Namen handelt. Allerdings erlischt mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister auch die Einstandspflicht des Handelnden. H steht damit kein persönlicher Anspruch gegen P nach § 11 Abs. 2 GmbHG zu.

d) Anspruch des H gegen D auf Zahlung von 25.000 € nach § 11 Abs. 2 GmbHG

Vom persönlichen Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 GmbHG nicht erfasst sind solche Gesellschafter, die der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zwar zugestimmt haben, im Außenverhältnis aber nicht mitgewirkt haben. Dementsprechend fehlt es für die persönliche Inanspruchnahme des D schon an dessen Eigenschaft als Handelnder.

e) Ergebnis zum I. Sachverhalt

H hat demnach lediglich einen Anspruch auf Zahlung gegen die G-GmbH, jedoch keine entsprechenden Ansprüche gegen P und D persönlich.

2. Sachverhalt

V und G wollen eine weltweit tätige Leichtmetallgießerei in der Rechtsform der AG gründen. Hierzu wurden bereits einige Geschäfte von gewichtigem Umfang getätigt. Unter anderem bestellt V am 1.6.2018 im Namen der H-AG bei X eine Maschine zum Preis von 50.000 €. Am 1.7.2018 schließen V und G einen notariell beurkundeten Vertrag über die Errichtung der H-AG. Am 1.9.2018 wird die H-AG in das Handelsregister eingetragen. Hat X gegen die H-AG, V oder G Ansprüche auf Zahlung der 50.000 €?

a) Anspruch des X gegen die H-AG auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 AktG

Ein Anspruch gegen die H-AG könnte bestehen, wenn sie durch Vertragsschluss wirksam verpflichtet wurde. Die vollendete AG besteht als solche aber erst nach deren Eintragung. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war dies aber noch nicht geschehen. Zwar hat V im Namen der H-AG gehandelt. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wird aber vielmehr der dahinterstehende Unternehmensträger berechtigt und verpflichtet. Vor der Feststellung der Satzung ist dies mithin die Vorgründungsgesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Verbindlichkeit der Vorgründungsgesellschaft möglicherweise auf die H-AG übergegangen ist. Ein derartiger Übergang sämtlicher Aktiva und Passiva ipso iure findet aber nur bei der Vor-AG auf die vollkommene AG aufgrund deren Identität statt, nicht aber von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vor-AG und dann weiter auf die AG. Für einen solchen Übergang bedarf es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung. Ein Anspruch auf Zahlung gegen die H-AG besteht damit mangels vertraglicher Verpflichtung nicht.

b) Anspruch des X gegen V und G auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB

aa) Entstehung und Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft

X könnte V und G jeweils als Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft auf Zahlung in Anspruch nehmen, wenn diese wirksam entstanden ist und die Gesellschafter für deren Verbindlichkeiten einstehen müssten. Der Vorgründungsgesellschaft liegt eine auf Gründung der AG gerichtete Vereinbarung zugrunde. Mit dem Beschluss eine AG gründen zu wollen haben sich V und G zu einem solchen Zusammenschluss verbunden, bei dem es sich zumindest um eine BGB-Innengesellschaft handelt. Möglicherweise könnte der vertragliche Zusammenschluss aber wegen fehlender notarieller Beurkundung gem. § 125 S. 1 BGB formunwirksam sein. Auch der Vertrag, in dem sich die Gesellschafter gegenseitig zur Gründung einer AG verpflichten bedarf schon der Form des § 23 Abs. 1 AktG. Ansonsten ließe die intendierte Warnfunktion der Formvorschrift leer, ließe sich auf Grund eines formlosen Vertrags schon eine Verpflichtung zur Gründung einer Gesellschaft begründen. Eine notarielle Beurkundung des Vertrags hat nicht stattgefunden. Die Nichtigkeitsfolge betrifft aber lediglich die Bestimmungen, die unmittelbar eine Pflicht zur Gründung der AG enthalten und beschränkt sich damit auf das Innenverhältnis. Unabhängig davon, besteht infolge der getätigten Rechtsgeschäfte mit Dritten eine wirksame Außengesellschaft; aufgrund des Rechtsformzwangs entweder eine BGB-Gesellschaft oder bei Betrieb eines Handelsgewerbes eine oHG. V und G streben eine weltweite Tätigkeit mit ihrem Unternehmen an. Zudem haben sie hierzu bereits einige Geschäfte von gewissem Umfang getätigt. Es spricht demnach viel dafür vom Vorliegen eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB und damit einer oHG auszugehen. V und G sind damit Gesellschafter einer oHG.

bb) Vertretung der Vorgründungsgesellschaft

V müsste die Vorgründungsgesellschaft beim Vertragsschluss mit X auch wirksam vertreten haben. Zwar handelte er im Namen der späteren H-AG. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wird hierbei aber der dahinterstehende Rechtsträger, mithin also die Vorgründungsgesellschaft verpflichtet. Auch war V als Gesellschafter einzelvertretungsbefugt, § 125 Abs. 1 HGB.

cc) Kein Erlöschen

Damit hat V die Vorgründungsgesellschaft wirksam verpflichtet. Diese Verpflichtung erlischt auch nicht infolge der späteren Eintragung der AG. Gem. § 128 S. 1 HGB haften die Gesellschafter akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in unbeschränkter Höhe.

dd) Zwischenergebnis

X hat daher gegen V und G einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB.

c) Anspruch des X gegen V und G auf Zahlung von 50.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG

Ein Anspruch aus Handelndenhaftung besteht erst ab Errichtung der Gesellschaft, also mit Entstehung der Vor-AG. Eine Anwendung im Stadium der Vorgründungsgesellschaft findet nicht statt.

d) Ergebnis zum 2. Sachverhalt

X hat keinen Anspruch auf Zahlung gegenüber der H-AG, wohl aber gegenüber V und G.