Katharina Linke, Greifswald*

GreifRecht erklärt: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Gründung und Haftung

Im Rahmen der Examensvorbereitung werden die zivilrechtlichen Nebengebiete häufig nur oberflächlich behandelt; zu eben diesen Nebengebieten zählt auch das Gesellschaftsrecht. Ein „Mut zur Lücke" dürfte häufig darauf zurückzuführen sein, dass die Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung Mecklenburg-Vorpommerns den Prüfungsstoff im Gesellschaftsrecht auf „Grundzüge" begrenzt. Insbesondere im Zusammenhang mit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine vertiefte Behandlung des Gesellschaftsrechts allerdings jede Mühe wert, da sich gerade im Zusammenspiel zwischen dem allgemeinen und besonderen Schuldrecht sowie dem Gesellschaftsrecht zahlreiche examensrelevante Probleme ergeben. Namentlich können die verschiedenen Gründungsphasen, die eine GmbH durchläuft, die gutachterliche Prüfung erheblich beeinflussen und erfordern eine sorgfältige juristische Arbeitsweise und eine gute Argumentation am Gesetz. Daher fasst der nachfolgende Beitrag wesentliche examensrelevante Aspekte zur GmbH, zur Vor-GmbH und zur Vorgründungsgesellschaft sowie sich jeweils ergebende Haftungsfragen zusammen.

I. Die GmbH im Gefüge des Gesellschaftsrechts

Um im Folgenden die Einzelheiten und Probleme im Zusammenhang mit der GmbH auszuführen, ist zunächst festzuhalten, was die GmbH im Gefüge des Gesellschaftsrechts auszeichnet. Anders als bekanntere Gesellschaftsformen – etwa GbR, oHG und KG – ist die GmbH keine Personengesellschaft, sondern als Kapitalgesellschaft[1] eine mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattete sog. Körperschaft, vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG. Körperschaften zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass ihre Zielverwirklichung unabhängig von den einzelnen Gesellschaftern stattfindet, während Personengesellschaften von der Individualität ihrer Gesellschafter abhängig und auf diese zugeschnitten sind.

Ferner wird die GmbH grundsätzlich durch einen Geschäftsführer vertreten, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, und ist zudem Formkaufmann im Sinne von §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 6 Abs. 1 HGB.

Die Gründung einer Körperschaft in Form der GmbH ist insbesondere dann vorzugswürdig, wenn eine persönliche Haftung vermieden werden soll.[2] Die Gründung eines Vereins kommt dabei jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn eine unternehmerische Tätigkeit geplant ist. Die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft (AG) ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn die erforderlichen Mittel für die Gründung selbst aufgebracht werden sollen. Hinzu kommt, dass ein direkter Einfluss auf die Unternehmensleitung bei der AG aufgrund der Selbstständigkeit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) nicht möglich wäre.

Nachfolgend werden anhand einer umgekehrt-historischen Darstellung die wesentlichen Aspekte von der gegründeten GmbH (II.) über die Vor-GmbH (III.) bis hin zur Vorgründungsgesellschaft (IV.) aufgezeigt.

II. Die GmbH

1. Gründungsverfahren

Die Anforderungen an die reguläre[3] Gründung einer GmbH ergeben sich aus den gesetzlichen Vorschriften des GmbHG. Dort lassen sich zwei Phasen unterscheiden: das Vorgründungsstadium und die Entstehungsphase.[4] Das Vorgründungsstadium beginnt mit der Vereinbarung, eine GmbH zu gründen und endet mit der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, welche in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzlich vorgeschrieben ist. Daraufhin beginnt die Entstehungsphase, die mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister endet. Wie sich aus dem Wortlaut von § 1 GmbHG – „durch einen oder mehrere" – ergibt, ist im Gegensatz zu Personengesellschaften auch eine „Ein-Mann-Gründung" zulässig. Der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 3 Abs. 1 GmbHG. Das Mindestkapital, das als Stammkapital[5] bezeichnet wird, muss in Höhe von 25.000,- Euro aufgebracht werden, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 GmbHG. Weiterhin sind die Organe der Gesellschaft zu bestellen, vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG. An die Bestellung des Geschäftsführers schließt sich die Einzahlung von einem Viertel jeder Stammeinlage an, §§ 6, 7 Abs. 2 GmbHG. Letztlich folgt die Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister, vgl. § 7 Abs. 1 GmbHG.

* Dipl.-Jur. *Katharina Linke* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht (Prof. Dr. *Axel Beater*) an der Universität Greifswald.

1 Vgl. §§ 264 ff. HGB zur Eigenschaft der Kapitalgesellschaft, für die ein bestimmtes Grundkapital charakteristisch ist, wodurch es nicht auf den einzelnen Gesellschafter ankommt und Anteile grundsätzlich frei veräußert werden können.

2 Der Sonderfall der GmbH & Co. KG wird hier bewusst ausgeklammert.

3 Die sog. vereinfachte Gründung nach § 2 Abs. 1a GmbHG kommt in Betracht, wenn Gründungskosten reduziert werden sollen. S. dazu ausführlich *Koch,* Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 33 Rn. 12; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 31 Rn. 6.

4 *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 26; *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 31 Rn. 2.

5 Es wird zwischen Bareinlagen und Sacheinlagen unterschieden, an die jeweils verschiedenen Anforderungen zu knüpfen sind, vgl. § 5 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1 GmbHG.

Dass eine GmbH erst ab diesem Zeitpunkt entsteht, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 11 Abs. 1 GmbHG.

2. Haftungsgrundsätze bei der GmbH

Nach der Handelsregistereintragung besteht die GmbH als juristische Person. Von diesem Zeitpunkt an gilt das in § 13 Abs. 2 GmbHG verankerte sog. Trennungsprinzip[6]. Danach ist eine persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur unter engen Voraussetzungen in Betracht, die von der Rechtsprechung fallgruppenartig entwickelt wurden.[7] Zu den Wichtigsten zählt die Vermögens- und Sphärenvermischung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen, die auf Grundlage des *venire-contra-factum-proprium*-Grundsatzes zu einer Durchgriffshaftung führt.[8] Des Weiteren werden die sog. materielle Unterkapitalisierung und der sog. existenzvernichtende Eingriff diskutiert.[9]

Für eine Haftung der Geschäftsführer ist zwischen der Haftung gegenüber der Gesellschaft sowie der Haftung gegenüber Dritten und den Gesellschaftern zu differenzieren. Die Haftung gegenüber der Gesellschaft regelt § 43 Abs. 2 GmbHG, wobei § 43 Abs. 1 GmbHG einen strengen Haftungsmaßstab ansetzt. Eine Haftung gegenüber Dritten und gegenüber den Gesellschaftern findet grundsätzlich nicht statt.[10] Ferner bedarf es für eine Haftung gegenüber Dritten immer eines besonderen Verpflichtungsgrundes, bspw. eigene vertragliche Verpflichtungen oder die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB.[11]

III. Die Vor-GmbH

Für den weiteren Verlauf soll folgender Fall als Ausgangspunkt dienen:

A und B wollen ein Unternehmen gründen, das mehrere Lebensmittelsupermärkte betreiben soll. Dafür schließen sie einen Gesellschaftsvertrag, der auch notariell beurkundet wird. Das erforderliche Stammkapital für die „AB-GmbH“ wird eingebracht. Eine Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister unterbleibt. Nun kauft der Geschäftsführer A bei C im Namen der GmbH Büroartikel für den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Gegen wen kann C den Anspruch auf Kaufpreiszahlung geltend machen? Im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs ist noch keine Eintragung erfolgt.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die GmbH das Ergebnis eines Entwicklungsprozesses ist, der von einer Vorbereitungsphase bis zur Entstehung einer juristischen Person reicht. In der vorliegenden Fallkonstellation ist dieser Prozess mangels Eintragung in das Handelsregister noch nicht beendet. Zwar ist durch die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages schon eine körperschaftliche Struktur entstanden,[12] die „GmbH“ befindet sich jedoch noch in der Entstehungsphase – sie wird zu diesem Zeitpunkt Vor-GmbH genannt. Das Gesetz ordnet klar an, dass in diesem Stadium noch keine GmbH existiert, § 11 Abs. 1 GmbHG. Jedoch wird es regelmäßig erforderlich sein, die ersten unternehmerischen Handlungen schon vor der Eintragung vorzunehmen. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, sind von der Rechtsprechung Regeln entwickelt worden, die, ohne die gesetzlichen Vorschriften zu umgehen, den tatsächlichen Umständen gerecht werden.[13]

1. Rechtsnatur der Vor-GmbH

Zunächst gilt es zu klären, welche Rechtsnatur der Vor-GmbH zukommt. Ihrer Rechtsnatur nach ist sie weder eine GbR, oHG noch ein Verein – aber eben auch noch keine GmbH. Es handelt sich um ein gesellschaftsrechtliches Gebilde *sui generis*, auf das im Wesentlichen die nach Registereintragung geltenden Regelungen des GmbHG anzuwenden sind; der Anwendungsgrundsatz gilt, soweit nicht eine Eintragung gesetzlich vorausgesetzt wird.[14] Sie ist eine rechtsfähige Außenpersonengesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB und kann somit Trägerin von Rechten und Pflichten sein.[15] Das nach § 7 Abs. 2, 3 GmbHG zu bildende Gesellschaftsvermögen ist den Gesellschaftern gemeinschaftlich als Sondervermögen zuzurechnen.[16]

2. Vertretungsrechtliche Folgefragen bei der Vor-GmbH

Bei der Vor-GmbH ergeben sich Folgeprobleme im Hinblick auf vertretungsrechtliche Fragen. Fest steht, dass der im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Geschäftsführer entsprechend § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG als Vertreter für die Vorgesellschaft handelt. Daraus ergeben sich zwei Fragen: Welche Anforderungen werden an das Handeln „im Namen der Gesellschaft“ gestellt? Und in welchem Umfang kommt dem Geschäftsführer eine Vertretungsmacht zu?

6 *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 24 Rn. 27.

7 Ausführlich zu allen Fallgruppen: *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 24 Rn. 27, 29 ff.

8 BGHZ 22, 226 (230); BGHZ 54, 222 (224); BGHZ 68, 312 (315); *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 24 Rn. 30.

9 Die Details sind sehr umstritten: ausführlich dazu *Schäfer*, *GesellR* (Fn. 3), § 33 Rn. 10 ff.; mit kritischen Überlegungen: *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 24 Rn. 31, 36 ff.

10 *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht (Kommentar), 3. Aufl. 2016, § 43 Rn. 1 m.w.N.; *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 34 Rn. 15.

11 *Oetker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 43 Rn. 1 m.w.N.; *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 34 Rn. 15.

12 Vgl. *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 36; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 14, 18.

13 BGHZ 80, 129 (129); für genaue Erläuterungen s. *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 24; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 16.

14 St. Rspr. BGHZ 21, 242 (246); BGHZ 45, 338 (347); BGHZ 72, 45 (48); BGHZ 80, 212 (214); *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 2; *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 32 Rn. 4; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 18.

15 BGHZ 20, 129 (129 ff.); BGHZ 117, 323 (326); *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 32 Rn. 4; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 18, 21.

16 BGHZ 45, 338 (347); *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 16 m.w.N.

Die Anforderungen an das Handeln „im Namen der Gesellschaft“ richten sich nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Während früher angenommen wurde, dass im Namen der künftigen GmbH gehandelt werden muss,[17] besteht inzwischen Einigkeit, dass im Namen der Vor-GmbH gehandelt werden soll.[18] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 11 Abs. 2 GmbHG. Letztlich sind die Vor-GmbH und die spätere GmbH identisch, wodurch eine falsche Bezeichnung des Rechtsträgers nach den Grundsätzen des sog. unternehmensbezogenen Geschäfts im Ergebnis unbeachtlich ist.[19]

Im Weiteren ist der Umfang der Vertretungsmacht umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass sich eine uneingeschränkte Vertretungsmacht aus §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 GmbHG ergibt, da unter Berücksichtigung des Zwecks der Vor-GmbH, der dem Zweck der GmbH entspricht, eine Einschränkung der Vertretungsmacht zu verneinen sei.[20] Überwiegend wird hingegen angenommen, dass eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf die notwendigen Gründungsgeschäfte stattfindet.[21] Diese Beschränkung kann mit Zustimmung aller Gesellschafter oder mittels entsprechender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag erweitert werden.[22] Dass grundsätzlich von einer beschränkten Vertretungsmacht auszugehen ist, lässt sich damit begründen, dass der Zweck der Vor-GmbH – die Eintragung in das Handelsregister – schnellstmöglich erreicht werden soll; des Weiteren wäre eine unbeschränkte Vertretungsmacht mit dem unbeschränkten Haftungsrisiko der Gesellschafter unvereinbar.[23]

3. Haftungsfragen bei der Vor-GmbH

Bei der Vor-GmbH sind drei Haftungsansätze zu unterscheiden: die Haftung der Vorgesellschaft selbst, die Haftung der Gesellschafter und die Handelndenhaftung derjenigen, die für die Vorgesellschaft bzw. die künftige GmbH handeln. Die Vorgesellschaft haftet mit ihrem Gesellschaftsvermögen.[24] Uneinigkeit besteht indes darüber, ob die Gesellschafter eine persönliche Außenhaftung trifft, da § 13 Abs. 2 GmbHG mangels Eintragung ins Handelsregister keine Anwendung findet. Früher nahm die Rechtsprechung an, dass die Gesellschafter der Vor-GmbH rechtsgeschäftlich aufgrund der Vertretung durch den Geschäftsführer in Höhe ihrer jeweiligen Stammeinlage haften.[25] Inzwischen wird überwiegend angenommen, dass die Gesellschafter der Vor-GmbH im Außenverhältnis grundsätzlich nicht haften.[26] Es existiert dennoch eine unbeschränkte gesellschaftsinterne Verlustdeckungshaftung, die anteilig im Verhältnis der Kapitalanteile ausgestaltet ist.[27] Der Grundsatz der Innenhaftung lässt sich jedenfalls damit begründen, dass so eine geordnete, einheitliche Anspruchsverfolgung gewährleistet ist und ein Gläubigerwettlauf vermieden werden kann.[28] Eine Ausnahme zur Außenhaftung wird in den folgenden vier Fällen angenommen: 1. Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH, 2. Vorhandensein nur eines Gläubigers, 3. Bestehen einer Ein-Mann-Vor-GmbH und 4. Bestehen einer unechten[29] Vor-GmbH.[30] Schließlich tritt die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG neben diejenige der Gesellschaft und der Gesellschafter; sie ist von ihnen unabhängig. Sie ist bei der Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer der Vorgesellschaft und beim Fehlen der Vertretungsmacht für eine Person, die wie ein Geschäftsführer handelt, relevant. In den genannten Fällen geht § 11 Abs. 2 GmbHG als *lex specialis* dem § 179 BGB vor.[31]

In dem Fall entstand mangels Registereintragung eine Vor-GmbH, die als gesellschaftsrechtliches Gebilde *sui generis* Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Für eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Vor-GmbH muss wirksam ein Kaufvertrag geschlossen worden sein. A müsste dafür stellvertretend im Namen der Gesellschaft und im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben. Dass im Namen der noch nicht existierenden GmbH gehandelt wurde, ist nach dem Grundsatz des unternehmensbezogenen Geschäfts unbeachtlich. Des Weiteren ist A als Geschäftsführer vertretungsberechtigt. Er hat im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt, da das Geschäft (Büroartikel für den gemeinschaftlichen Betrieb) als gründungsnotwendig anzusehen ist. Unmittelbar haftet die Vor-GmbH. Die Gesellschafter A und B haften im Innenverhältnis zur Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen in Höhe ihrer Kapitalanteile.

IV. Die Vorgründungsgesellschaft

Wie wäre der vorige Fall zu beurteilen, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar geschlossen wurde, aber bisher keine notarielle Beurkundung des Vertrages erfolgt ist?

17 *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 54 m.w.N.; vgl. *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 22.

18 *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 54 m.w.N.; vgl. *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 22.

19 *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 54 m.w.N.; *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 30, 37.

20 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 26 Rn. 122; *Roth*, Die Gründungshaftung in der Vor-GmbH, ZGR 1984, 597 (608).

21 BGHZ 80, 129 (139); *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 20, 25 m.w.N.; *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 37 f.; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 22.

22 BGHZ 80, 129 (139); BGHZ 80, 182 (182); *Lutter*, Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, 1073 (1076); *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 20; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 22 m.w.N.

23 *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 25; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 22.

24 *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 24.

25 BGHZ 65, 378 (382); BGHZ 72, 45 (49 f.); BGHZ 91, 148 (152).

26 *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 38; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 30 f.; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 20.

27 Grundlegend BGHZ 134, 333 (333); *Koch* (Fn. 3), § 33 Rn. 38 f.; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn (Fn. 10), § 11 Rn. 30 f.; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 20, 25. Die Einzelheiten sind nach wie vor strittig.

28 Grundlegend BGHZ 134, 333 (338 ff.); *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 38 m.w.N.

29 Eine unechte Vor-GmbH liegt vor, wenn die Gesellschafter einer Vor-GmbH nach Aufgabe der Eintragungsabsicht den Geschäftsbetrieb fortführen. Sie wird wie eine Personengesellschaft behandelt, wenn die Absicht fehlt oder nachträglich weggefallen ist. BGHZ 152, 290 (294 f.); *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 32 Rn. 4; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 33.

30 *Schäfer*, GesellR (Fn. 3), § 32 Rn. 4.

31 *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 27.

Im Gegensatz zu der vorherigen Fallkonstellation, befindet sich die Gesellschaft noch weiter am „Anfang“: im Vorgründungsstadium. Es ist von der sog. Vorgründungsgesellschaft die Rede, deren rechtliche Beurteilung deutlich zur Vor-GmbH variiert. Dabei sind allerdings keineswegs gesellschaftsrechtliche Aspekte zu missachten, denn aufgrund des gemeinschaftlichen Tätigwerdens sind zumeist die Anforderungen von § 705 BGB erfüllt.

1. Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft

Welche Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft zuzusprechen ist, hängt vom Einzelfall ab, der sich nach personengesellschaftlichen Maßstäben beurteilt. Insofern muss die GbR von der oHG abgrenzt und beurteilt werden, welche der beiden Gesellschaftsformen vorliegt. In der Regel ist die Vorgründungsgesellschaft eine GbR. Dann muss noch ausführlicher auf die (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR eingegangen werden, da in den §§ 705 ff. BGB keine dem § 124 Abs. 1 HGB entsprechende Regelung existiert; im Ergebnis findet § 124 Abs. 1 HGB analog Anwendung.[32] Wenn bereits in der Vorgründungsphase ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 HGB aufgenommen wird, ist die Vorgründungsgesellschaft allerdings eine gemäß § 124 Abs. 1 HGB rechtsfähige oHG i.S.v. § 105 Abs. 1 HGB. Grundsätzlich ist unabhängig von der personengesellschaftlichen Einordnung darauf zu achten, dass die Entstehung der Vorgründungsgesellschaft immer einen wirksamen Gesellschaftsvertrag voraussetzt.

2. Haftung der Vorgründungsgesellschaft

Grundsätzlich könnte angenommen werden, dass ein Anspruch gegen die Gesellschafter aus der sog. Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG herzuleiten ist. Nach einhelliger Meinung wird § 11 Abs. 2 GmbHG allerdings nicht mehr für die Vorgründungsgesellschaft angewandt.[33] Inzwischen wurden die einzelnen Gründungsstadien dogmatisch-systematisch so weiterentwickelt, dass der wahre Rechtsträger aus dem (unternehmensbezogenen) Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird, falls der Handelnde entsprechend bevollmächtigt war.[34] Da für die Vorgründungsgesellschaft die Grundsätze der GbR bzw. der oHG anzuwenden sind, müssen auch die entsprechenden Haftungsgrundsätze übertragen werden. Bei der GbR sind aufgrund ihrer inzwischen anerkannten Rechtsfähigkeit die Vorschriften der oHG analog anzuwenden, während für die oHG die unmittelbar im Gesetz geregelten Grundsätze gelten, vgl. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung des Offenkundigkeitsprinzips i.R.d. Stellvertretung zumeist das Problem auftritt, dass im Namen einer nichtexistierenden GmbH gehandelt wird. Nach den Grundsätzen der sog. unternehmensbezogenen Geschäfte ist dieser Fehler unbeachtlich – verpflichtet wird also der tatsächliche Rechtsträger, d.h. die GbR oder die oHG.[35]

3. Verhältnis zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH sowie der eingetragenen GmbH

Die Vorgründungsgesellschaft ist nicht der Vorläufer der Vor-GmbH und ebenso wenig der künftigen GmbH.[36] Eine Identitätsbetrachtung ist schon durch die grundlegenden Unterschiede zwischen der Vorgründungsgesellschaft als Personengesellschaft und der eingetragenen GmbH als Körperschaft nicht möglich.[37] Rechte und Pflichten der Vorgründungsgesellschaft gehen insofern nur auf die Vor-GmbH über, wenn der Übergang rechtsgeschäftlich vereinbart wird. Die Vorgründungsgesellschaft darf daher nicht mit der Vor-GmbH verwechselt werden, die mit der GmbH identisch ist und bei deren Beendigung ein direkter Übergang der Rechte und Pflichten auf die GmbH stattfindet.[38]

Da die Gesellschaft von A und B noch nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (vgl. § 105 Abs. 1 HGB), sich aber beide gegenseitig verpflichtet haben, die Entstehung einer GmbH zu erreichen, ist eine GbR i.S.v. § 705 BGB zu bejahen. Für eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung muss wirksam ein Kaufvertrag geschlossen worden sein. A müsste dafür stellvertretend im Namen der Gesellschaft und im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben. Für die Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips ist auch hier der Grundsatz des unternehmensbezogenen Geschäfts heranzuziehen (vgl. oben). Des Weiteren ist A als Geschäftsführer vertretungsberechtigt (vgl. §§ 709, 710, 714 BGB). Es ist davon auszugehen, dass das Geschäft innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht lag. A und B haften nach der heute herrschenden Akzessorietätstheorie gem. § 128 S. 1 HGB analog.

V. Abschließende Hinweise

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der notariell beurkundete Gesellschaftsvertrag und die Eintragung in das Handelsregister zwei wichtige Eckpfeiler für die Beantwortung rechtlicher Fragen in Bezug auf die GmbH bilden. Zuerst wird im Rahmen einer gutachterlichen Prüfung darauf einzugehen sein, ob eine Gesellschaft – in welcher Form auch immer – entstanden ist. Wie aufgezeigt, ist vor allem bei der Vorgründungsgesellschaft ein grundlegendes Wissen zu Personengesellschaften unerlässlich. Letztlich wird die Falllösung auf die Aufarbeitung von vertretungs- und haftungsrechtlichen Folgeproblemen hinauslaufen.

32 Die Teilrechtsfähigkeit wird inzwischen herrschend bejaht, soweit die GbR durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet: BGHZ 142, 315 (315 ff.); 146, 341 (341 ff.).

33 BGHZ 91, 148 (150 ff.); *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 33 m.w.N.; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 17.

34 BGHZ 62, 216 (221); BGHZ 92, 259 (268); *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 30, 33.

35 BGHZ 91, 148 (152); *Koch* (Fn. 3), § 33 Rn. 30 m.w.N.

36 BGHZ 91, 148 (151); *Koch* (Fn. 3), § 33 Rn. 34; *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 17.

37 *Koch*, GesellR (Fn. 3), § 33 Rn. 34 m.w.N.

38 *Windbichler*, GesellR (Fn. 6), § 21 Rn. 29 mit ausführlichen Erläuterungen zu den einzelnen Haftungsverhältnissen nach Entstehung der GmbH.