

II. Haftung im Gründungsstadium

- 373** Für die Verbindlichkeiten der „fertigen“ GmbH, die durch die Eintragung in das Handelsregister entstanden ist (§ 11 Abs. 1 GmbHG), haftet den Gläubigern der Gesellschaft (Außenverhältnis) grundsätzlich nur (noch) das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). **Für die Zeit vor der Entstehung der GmbH enthält das Gesetz – mit Ausnahme von § 11 Abs. 2 GmbHG – keine Vorgaben zu den Haftungsverhältnissen.** Es war daher die Aufgabe der Rechtsprechung, ein Haftungskonzept zu entwickeln.⁸⁷¹ Den Ausgangspunkt der Überlegung bildet der Umstand, dass die Haftungsverfassung der (fertigen) GmbH vor deren Eintragung im Handelsregister nicht zur Anwendung kommen kann, weil die Gesellschaft noch nicht „als solche“ (also als GmbH) besteht. Das bedeutet aber nicht, dass es bis zur Eintragung keine Gesellschaft geben kann. Im Gegenteil:

1. Die Vorgründungsgesellschaft

- 374** Sobald sich mehrere Gesellschafter mit dem Ziel, eine GmbH zu gründen, zusammenschließen, entsteht eine Vorgründungsgesellschaft.⁸⁷² Bei der Vorgründungsgesellschaft handelt es sich in der Regel um eine **GbR** (§§ 705 ff. BGB),⁸⁷³ deren alleiniger **Zweck in der Gründung einer GmbH besteht und die grundsätzlich keine innengesellschaft** ist.⁸⁷⁴

Dabei ist nach herrschender Auffassung⁸⁷⁵ hinsichtlich der für den Abschluss dieses Vorgründungsgesellschaftsvertrages geltenden **Formvorschriften** wie folgt zu differenzieren:

- Zur Begründung einer Vorgründungsgesellschaft als GbR genügt bereits ein vertraglicher Zusammenschluss mit dem Ziel, eine GmbH zu gründen. Es gelten also die Vorschriften über die GbR und es genügt insbesondere auch eine mündliche oder konkludente Abrede.
- Eine Verpflichtung der Beteiligten zur Gründung einer GmbH kann sich hieraus jedoch nur dann ergeben, wenn der Vertrag notariell beurkundet ist (§ 2 GmbHG).⁸⁷⁶ Ohne eine solche Beurkundung sind die Gesellschafter zur Gründung nicht verpflichtet, eine Vorgründungsgesellschaft entsteht aber dennoch.

Wenn die GmbH mit einem Gesellschafter als „Ehemann-GmbH“ gegründet werden soll, entsteht keine Vorgründungsgesellschaft, da es weder eine GbR noch eine oHG mit nur einem Gesellschafter gibt.⁸⁷⁷ Die Vorgründungsgesellschaft ist also **keine notwendige Vorstufe** zur GmbH.

Solange die Vorgründungsgesellschaft bereits ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB aufnimmt, wird sie noch als Vorgründungsgesellschaft von der GbR zur oHG.⁸⁷⁸

871 Bitterheim § 4 Rn. 25.
 872 Grunewald § 13 Rn. 35; MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 103.
 873 BGH NuW 1984, 2164.
 874 Bitterheim § 4 Rn. 26.
 875 MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 99 ff.; mwA. a. A. Scholz/Schmidt § 11 Rn. 10.
 876 Grunewald § 13 Rn. 35; Windschler § 21 Rn. 17.
 877 BGH NuW 1975, 1774, 1775.
 878 BGH NuW 1983, 2822.

Die Vorgründungsgesellschaft hat mit der späteren GmbH „noch nichts zu tun“, sodass vor der notariellen Beurkundung **keinerlei Normen des GmbH-Rechts** auf die Vorgründungsgesellschaft angewandt werden.⁸⁷⁹

Die Frage nach der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft stellt sich – mit Ausnahme der Gründungskosten – nur, wenn diese Gesellschaft bereits vor der Eintragung der GmbH im Handelsregister rechtsgründlich verpflichtet worden ist. Wird im Vorgründungsstadium ein Rechtsgeschäft im Namen einer „GmbH“, einer „GmbH i.G.“ oder eine „Vor-GmbH“ getätigt, wird nach den **Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts** grundsätzlich die Vorgründungsgesellschaft und nicht etwa die zukünftige Vor-GmbH oder GmbH berechtigt und verpflichtet.⁸⁸⁰

Eine derart **nach außen hin in Erscheinung tretende Vorgründungsgesellschaft** ist entweder als **(Außen-)GbR** oder, falls der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB) gerichtet und die Geschäfte im Verhältnis zu Dritten bereits aufgenommen worden sind (vgl. § 123 Abs. 2 HGB), als **oHG** (§§ 105 ff. HGB) teilrechtsfähig. In beiden Fällen haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft akzessorisch neben dieser gemäß **§ 128 HGB (analog)** persönlich als Gesamtschuldner.⁸⁸¹ Eine Handeldenhaftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG⁸⁸² gibt es im Stadium der Vorgründungsgesellschaft aber nicht.⁸⁸³

Für die **Beendigung der Vorgründungsgesellschaft** gilt das Personengesellschaftsrecht. Wird die Satzung der GmbH beurkundet, hat die Vorgründungsgesellschaft ihren Zweck erreicht und wird gemäß § 726 BGB aufgelöst. Würden im Namen der Vorgründungsgesellschaft Rechte und Pflichten begründet, muss sie gemäß §§ 730 ff. BGB liquidiert werden. Die Rechte und Pflichten gehen nicht automatisch auf die Vor-GmbH bzw. die spätere GmbH über, weil die **Vorgründungsgesellschaft nicht mit der Vor-GmbH und der späteren GmbH identisch ist (Diskontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH und „fertiger“ GmbH).**

Da die Vorgründungsgesellschaft nicht mit der Vor-GmbH und der späteren GmbH identisch ist, besteht die Haftung der Vorgründungsgesellschaft (und mit ihr auch die der Gesellschafter gemäß/Analog § 128 S. 1 HGB) auch dann fort, wenn später eine Vor-GmbH bzw. GmbH entsteht.⁸⁸⁴

Beispiel: A, B und C vereinbaren eine GmbH, die später X-GmbH heißen soll, gemeinsam zu gründen. Noch bevor der GmbH-Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet worden ist, treten die drei nach außen hin als „X-GmbH i.G.“ auf und gehen Verbindlichkeiten ein. Später wird der Gesellschaftsvertrag beurkundet und die GmbH in das Handelsregister eingetragen.

Für die noch im Stadium der Vorgründungsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten haftet zunächst die durch die ursprüngliche Abrede entstandene Vorgründungsgesellschaft. Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts). Gemäß bzw. analog § 128 S. 1 HGB haften deshalb auch die Gesellschafter. Daran ändert auch die zwischenzeitliche Entstehung der X-GmbH nichts. Die GmbH selbst haftet jedoch mangels Rechtsnachfolge nicht.

879 BGH NuW 1984, 2164; Hensler/Stroh/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 4.
 880 BGH NuW 1984, 2164.
 881 S. Rn. 154 (GmbH) und Rn. 28 ff. (oHG).
 882 S. Hensler Rn. 387 ff.
 883 BGH NuW 1984, 2164 ff.; Bitterheim § 4 Rn. 33.
 884 MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 109.

2. Die Vor-GmbH

- 378 Mit Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages entsteht die Vorgesellschaft (Vor-GmbH). Der Zweck der Vor-GmbH liegt in der Herbeiführung der Eintragung der GmbH.⁸⁸⁵

Die **Haftungsverfassung** der Vor-GmbH versteht man am besten, wenn man sich ihr gedanklich in **drei Schritten** nähert. In einem ersten Schritt muss man sich das Verhältnis der Vor-GmbH zur späteren („fertigen“) GmbH verdeutlichen. Sodann sollte man sich zunächst mit der für die „fertige“ GmbH geltenden (Innen-)Haftung befassen, um anschließend in einem dritten und letzten Schritt die (Außen-)Haftung bei der Vor-GmbH erfassen zu können.

a) Das Verhältnis der Vor-GmbH zur „fertigen“ GmbH

- 379 Die Vor-GmbH entsteht mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages.⁸⁸⁶ Sie ist eine **Gesellschaft eigener Art** (*sui generis*), auf die neben den Bestimmungen der Satzung auch die **Vorschriften des GmbHG** entsprechend anwendbar sind, soweit sie **nicht gerade die Eintragung der GmbH voraussetzen** oder aus einem sonstigen Grund mit dem Gründungsstadium **unvereinbar** sind.⁸⁸⁷ Die Vor-GmbH ist rechtsfähig; sie kann Träger von Rechten und Pflichten sein. Deshalb ist ihr Vermögen auch strikt von demjenigen ihrer Gesellschafter zu trennen. Sie hat im Rechtsverkehr einen auf das Gründungsstadium hindeutenden Zusatz zu führen („in Gründung“ bzw. „i.G.“).

- 380 Die Vor-GmbH ist – anders als die Vorgründungsgesellschaft – mit der „fertigen“ GmbH identisch.⁸⁸⁸ Die Vor-GmbH ist eine Vorstufe zur „fertigen“ Gesellschaft, quasi der Kerkon aus dem die „fertige“ GmbH mit Eintragung in das Handelsregister schlüpft (**Kontinuität zwischen Vor-GmbH und „fertiger“ GmbH**). Aus der Tatsache, dass sich also nur die Rechtsform (das „Rechtskleid“) ändert, folgt, dass alle Aktiva und Passiva der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die „fertige“ GmbH übergehen.

Es handelt sich hierbei **nicht um eine Umwandlung** im Sinne des UmwG. Von der Wirkung her ist der Vorgang aber mit einem Formwechsel gemäß §§ 190 ff. UmwG vergleichbar.

- 381 Die **Vor-GmbH endet** demnach normalerweise mit der Wandlung zur „fertigen“ GmbH durch Eintragung in das Handelsregister, ohne dass es einer Liquidation bedarf.⁸⁸⁹ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Eintragung der GmbH scheitert, weil über das Vermögen der (insolvenzfähigen)⁸⁹⁰ Vor-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet wird, das Registergericht die Eintragung der GmbH (endgültig) ablehnt oder die Gesellschafter die Eintragungsabsicht aufgeben. In all diesen Fällen ist die Vor-GmbH nach Maßgabe der §§ 66 ff. GmbHG zu liquidieren.

885 Grunewald § 13 Rn. 36.

886 Zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 36.

887 BGH Z 45, 338, 347; Windchichler § 21 Rn. 18.

888 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 39.

889 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 40; Windchichler § 21 Rn. 26.

890 Ullrich/Hirte § 11 Rn. 38.

b) Die Haftung bei der „fertigen“ GmbH: Vorbelastungshaftung

382

Die „fertige“ GmbH haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen; eine Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftergläubigern gibt es grundsätzlich nicht (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG). Es kommt aber eine **Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH** in Betracht.⁸⁹¹ Weil die „fertige“ GmbH mit der Vor-GmbH identisch ist, ist auch das Nettovermögen (= Aktivvermögen – Verbindlichkeiten) beider Gesellschaften identisch. Da schon bei der Vor-GmbH Verluste entstanden sein können, kann es dazu kommen, dass die „fertige“ GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung durch Eintragung im Handelsregister ein **Nettovermögen unterhalb ihrer Stammkapitalziffer** hat. In Höhe der Differenz zwischen Nettovermögen und Stammkapitalziffer besteht dann eine sog. **Unterbilanz**.

Beispiel: Bei einer GmbH mit einer Stammkapitalziffer von 25.000 € haben die Gesellschafter 12.500 € eingezahlt (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Mit diesem Mittel wird im Stadium der Vor-GmbH eine Sache im Wert von 5.000 € zum Preis von 7.000 € angeschafft. Es entsteht eine Unterbilanz in Höhe von 2.000 €, da das Aktivvermögen lediglich 23.000 € (Barmittel [5.500 €] + Wert der Sache [5.000 €] + Resteinlageforderungen [12.500 €]) beträgt.

Eine solche Unterbilanz widerspricht der **Garantiefunktion des Stammkapitals**. Die Gläubiger der GmbH sollen darauf vertrauen dürfen, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Eintragung in das Handelsregister jedenfalls ein Vermögen in Höhe der Stammkapitalziffer hat. Die GmbH darf im Zeitpunkt ihrer Entstehung durch Eintragung – mit Ausnahme eines etwaig in der Satzung übernommenen notwendigen Gründungsaufwandes – nicht „vorbelastet“ sein.

Deshalb hat die Rechtsprechung in Analogie zu § 9 Abs. 1 GmbHG die sog. **Vorbelastungshaftung** der GmbH-Gesellschafter entwickelt.⁸⁹² Danach sind die Gesellschafter verpflichtet, der GmbH die im Zeitpunkt der Eintragung bestehende Unterbilanz auszugleichen, indem sie dem Gesellschaftsvermögen einen Betrag in Höhe der Differenz zwischen dem Nettovermögen am Tag der Eintragung und der Stammkapitalziffer zuführen. Der hierauf gerichtete **Anspruch gegen die GmbH-Gesellschafter** steht nicht den Gesellschaftsgläubigern, sondern **der GmbH zu (Innenhaftung)**. Die Gesellschafter haften der GmbH für den Ausgleich der Unterbilanz **der Höhe nach unbegrenzt**, jedoch nicht als Gesamtschuldner, sondern anteilig entsprechend ihrer Beteiligung (**pro-rata-Haftung**).

Die Gesellschafter müssen die Unterbilanz also unabhängig von ihrer Höhe anteilig ausgleichen. Ist das Nettovermögen negativ, besteht also eine bilanzielle Überschuldung bzw. ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag i.S.v. § 268 Abs. 3 HGB, ist nicht nur der Betrag der Stammkapitalziffer auszuwenden, sondern auch der Betrag, um den das Nettovermögen im Minus ist.⁸⁹³

Allerdings gilt bei der Vorbelastungshaftung § 24 GmbHG analog, sodass die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag, der durch Unehilflichkeit bei einem Gesellschafter entsteht, anteilig nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile aufzubringen haben (**anteilige Ausfallhaftung**).

891 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 41 ff.

892 Grundlegend: BGH NJW 1981, 1373, 1374 ff.

893 Bitter/Heim § 4 Rn. 49.

Nach Auffassung des BGH ist weitere Haftungsvoraussetzung für die Vorbelastungshaftung, dass der betreffende **Gesellschafter der Geschäftsaufnahme vor Eintragung zugestimmt** hat.⁸⁹⁴ Soweit es um Verluste der Vor-GmbH aus Rechtsgeschäften geht, fehlt es ohne eine solche Zustimmung, jedoch bereits an einer wirksamen **Vertretung der Vor-GmbH durch den Geschäftsführer** (§ 35 GmbHG analog) und damit an auszugleichenden Verlusten.⁸⁹⁵ Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages stimmen die Gesellschafter, jedenfalls der **Durchführung gründernotwendiger Rechtsgeschäfte** zu. Für alle übrigen Geschäfte besteht nur dann Vertretungsmacht, wenn sämtliche Gesellschafter sie entsprechend erweitert haben.⁸⁹⁶ Dann liegt zwingend auch die erforderliche Zustimmung des betreffenden Gesellschafters vor, sodass die **Zustimmung zur Geschäftsaufnahme** eigentlich keine eigenständige Haftungsvoraussetzung, sondern vielmehr eine Voraussetzung für die Entstehung von Verlusten bzw. einer „Vorbelastung“ der Gesellschaft ist.

Die einmal entstandene Haftung des Gesellschafters wegen einer Unterbilanz der Vor-GmbH geht durch **anschließende Gewinne der Gesellschaft nicht wieder unter**. Nur die Erfüllung durch den Gesellschafter lässt die Unterbilanzhaftung erlöschen.⁸⁹⁷

c) Die Haftung bei der Vor-GmbH

384 Die rechtsfähige Vor-GmbH haftet selbst mit ihrem Vermögen für ihre Verbindlichkeiten.

Daneben kommt eine **Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter** und eine **Haftung der Handelnden** gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht.

aa) Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter

385 Eine Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH wird nur relevant, wenn es nicht zur Eintragung der GmbH kommt, denn nur dann kommt es nicht zur Vorbelastungshaftung der GmbH-Gesellschafter.⁸⁹⁸ Die Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH wird als Verlustdeckungshaftung bezeichnet.⁸⁹⁹ Sie ist – wie die Vorbelastungshaftung bei der GmbH – grundsätzlich eine **anteilige Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft, die der Höhe nach unbeschränkt** ist.⁹⁰⁰

Die Verlustdeckungshaftung ist nicht auf den Ausgleich einer Unterbilanz gerichtet.⁹⁰¹ Die Gesellschafter müssen vielmehr anteilig die zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.⁹⁰² Dabei haften sie nur insoweit, wie infolge von Verlusten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH nicht durch ihr Aktivvermögen gedeckt

sind, also eine Überschuldung der Vor-GmbH vorliegt.⁹⁰³ Nur in Höhe der Überschuldung, nicht aber in Höhe der Unterbilanz sind Mittel zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Vor-GmbH aufzubringen; im Übrigen kann die Gesellschaft die Tilgung ihrer Verbindlichkeiten aus eigenen Mitteln finanzieren. Eine Herstellung des satzungsmäßigen Stammkapitals durch die Gesellschafter ist deshalb entbehrlich, weil die Gesellschaft im Falle des Scheiterns ihrer Eintragung ohnehin aufzulösen und zu liquidieren ist. Die Unterschiede zur Vorbelastungshaftung können danach beträchtlich sein.

Beispiel:⁹⁰⁴ Eine Gesellschaft erhält die kompletten Geldanlagen auf ihr satzungsmäßiges Stammkapital von 25.000 €, nimmt ein Darlehen in Höhe von 15.000 € auf und kauft von diesen 40.000 € in bar eine Sache im Wert von 10.000 €. Danach betragen ihr Aktivvermögen 10.000 € (Wert der Sache) und ihre Verbindlichkeiten 15.000 € (Darlehen), das Nettovermögen also -5.000 €. Die Unterbilanz beträgt im Hinblick auf die Stammkapitalziele 30.000 €. Die Gesellschaft hat auch einen „Verlust“ von 30.000 € gemacht, weil sie von einem anfänglichen Vermögen von 25.000 € (Baranlagen) zu einem negativen Nettovermögen von -5.000 € gelangt ist. Nach der Eintragung müssen die Gesellschafter die Unterbilanz von 30.000 € ausgleichen (Vorbelastungshaftung für die GmbH). Scheitert die Eintragung hingegen, müssen sie der Gesellschaft lediglich die Differenz zwischen Aktivvermögen und Verbindlichkeiten (5.000 €) zuwenden, weil die Verluste nur in dieser Höhe zu einer Unterdeckung der Verbindlichkeiten geführt haben (Verlustdeckungshaftung für die Vor-GmbH).

Unbeschränkt ist diese Haftung deshalb, weil nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen unbeschränkt haftet. Dieser Grundsatz gilt solange, wie er nicht durch Gesetz oder Vereinbarung abgeändert wird.

Die Gesellschafter haften nicht gesamtschuldnerisch, sondern (nur) anteilig entsprechend dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile („pro-rata-Haftung“); allerdings besteht eine Ausfallhaftung gemäß § 24 GmbHG.⁹⁰⁵

An die Stelle der Verlustdeckungsinnenhaftung tritt **ausnahmsweise eine Außenhaftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog**, und zwar in folgenden Fällen:⁹⁰⁶

- Die **Gesellschaft** ist – abgesehen vom Verlustdeckungsanspruch – **vermögenslos**;
- die Gesellschaft hat **nur einen Gläubiger**;
- die Gesellschaft hat **nur einen Gesellschafter** (Ein-Personen-Vor-GmbH);
- die **Führungsmöglichkeit** (= die Gesellschaft verfügt über keinen handlungsfähigen Geschäftsführer und kann einen solchen auch nicht ohne weiteres bestellen), denn in diesem Falle ist es den Gläubigern nicht mehr zumutbar, die Gesellschaft zu verklagen und von vornherein aussichtslose Vollstreckungsversuche zu unternehmen;
- die Gesellschafter haben von **Anfang an nicht beabsichtigt**, die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen zu lassen, oder **geben die zunächst bestehende Eintragsabsicht auf**, ohne sofort die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Vor-GmbH zu liquidieren.

⁸⁹⁴ BGH NJW 2012, 1875, Rn. 36.

⁸⁹⁵ Bitter/Helm § 4 Rn. 61.

⁸⁹⁶ BGH NJW 1981, 1452, 1453; In diesem Sinne auch BGH ZIP 2004, 1409, 1410 zur AG.

⁸⁹⁷ BGHZ 165, 391, 396.

⁸⁹⁸ Dazu ausführlich Rn. 382 f.

⁸⁹⁹ Hier und zum Folgenden Bitter/Helm § 4 Rn. 52 ff.

⁹⁰⁰ BGH NJW 1997, 1507, 1507 f.; Henssler/Schubn/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 30.

⁹⁰¹ BGH NJW 2012, 1875, Rn. 15.

⁹⁰² Hier und zum Folgenden: Bitter/Helm § 4 Rn. 55 ff.

⁹⁰³ BGH NJW 2012, 1875, Rn. 15; „durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckte Verluste“.

⁹⁰⁴ Bitter/Helm § 4 Rn. 56.

⁹⁰⁵ Baumbach/Huetter/Fastrich, § 11 Rn. 26; Henssler/Schubn/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 32.

⁹⁰⁶ Zum Folgenden: Bitter/Helm § 4 Rn. 58; Schäfer § 33 Rn. 6.

Im zweitgenannten Fall (Aufgabe der Eintragungsbasis) erfolgt Kraft Rechtsformzwanges ein Identitätswahrender Wechsel der Rechtsform (des „Rechtskleides“) von der Vor-GmbH in die Personengesellschaft (GfB oder oHG).⁹⁰⁷

Bei einer solchen Gesellschaft handelt es sich gar nicht (mehr) um eine Vor-GmbH als notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zur Eintragung der „fertigen“ GmbH, sondern um eine Personengesellschaft (GfB oder oHG). Man spricht von einer „**unrechten**“ Vor-GmbH, auf die die **personengesellschaftliche Einstandspflicht der Gesellschafter** Anwendung findet. Auch wenn die Gesellschafter die Eintragungsbasis erst später aufgeben, erstreckt sich ihre persönliche Haftung auf alle Verbindlichkeiten der Vor-GmbH, auch auf solche, die bereits vor der Aufgabe der Eintragungsbasis begründet worden sind.⁹⁰⁸

Die Verlustdeckungsanforderung setzt das **Scheitern der Eintragung** voraus. **Kommt es hingegen zur Eintragung** der GmbH, **erlischt** die Verlustdeckungsanforderung und wird **durch die Vorbelastrungsanforderung bei der „fertigen“ GmbH ersetzt**. Diese Vorbelastrungsanforderung ist dann ausnahmslos eine Innenhaftung, insbesondere auch dann, wenn die GmbH Vermögenslos ist oder nur einen Gesellschafter oder einen Gläubiger hat.⁹⁰⁹

bb) **Handelndenhaftung (§ 11 Abs. 2 GmbHG)**

387 Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so besteht eine sog. **Handelndenhaftung** (§ 11 Abs. 2 GmbHG). Diese erfasst nur die Phase der Vor-GmbH⁹¹⁰ und besteht **nur gegenüber außenstehenden Dritten** (nicht auch gegenüber den Gesellschaftern).⁹¹¹ Die Handelndenhaftung entsteht unter folgenden Voraussetzungen:

- Handelndenhaftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG**
1. Bestehen einer **Vor-GmbH**, also wirksamer GmbH-Vertrag bei noch nicht erfolgter Eintragung in das Handelsregister
 2. Anspruchsgegner ist **Handelnder**, also (auch faktischer) Geschäftsführer
 3. rechtsgeschäftliches **Handeln im Namen der Gesellschaft**

Die Norm wird hinsichtlich des Begriffs des Handelnden restriktiv im Sinne einer reinen Organhaftung ausgelegt.⁹¹² **Handelnder** ist deshalb nur, wer als **Geschäftsführer** oder wie ein solcher (**faktischer Geschäftsführer**) tätig wird.⁹¹³ Nicht Handelnde sind Hilfspersonen, deren sich der Geschäftsführer bedient, auch nicht Bevollmächtigte, die für den Geschäftsführer handeln,⁹¹⁴ wohl aber der Geschäftsführer, der einen Be-

vollmächtigten für sich handeln lässt.⁹¹⁵ Ebenfalls nicht Handelnde sind Gesellschafter, auch wenn sie dem vom Geschäftsführer getätigten Geschäft zugestimmt haben.⁹¹⁶

Erforderlich ist immer ein rechtsgeschäftliches **Handeln im Namen der Gesellschaft** (welche Gesellschaft damit genau gemeint ist, ist unstritten, s. dazu Fall 2). Für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft kraft Gesetzes kommt eine Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG indes nicht in Betracht.⁹¹⁷

Der dem § 11 Abs. 2 GmbHG ursprünglich zugrunde gelegte Gedanke einer Sanktionierung des Handelnden dafür, dass er vor Eintragung in das Handelsregister (und damit vor Entstehung der GmbH, § 11 Abs. 1 GmbHG) den Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, kann heute nicht mehr uneingeschränkt gelten. Denn nachdem seit der Entwicklung von Vorbelastrungs- bzw. Verlustdeckungsanforderung die Möglichkeit des Geschäftsbegins schon im Stadium der Vor-GmbH anerkannt ist (Aufgabe des sog. Vorbelastrungsverbots), bedarf es einer solchen Sanktion nicht mehr.⁹¹⁸ Stattdessen lässt sich die Konsequenz einer Handelndenhaftung heute zum einen mit einer **Ausgleichsfunktion**⁹¹⁹ begründen. Die persönliche Haftung soll demnach kompensieren, dass bei der Vor-GmbH die Ausübung des Haftungskapitals noch nicht registriergerichtlich überprüft wurde und der Schutz der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht eingreift. Zum anderen vermag § 11 Abs. 2 GmbHG auch im Rahmen einer **Druckfunktion** die Geschäftsführer anzuhalten, möglichst zeitnah die Eintragung zu veranlassen.⁹²⁰

Da den Gläubigern bei Geschäftsaufnahme im Stadium der Vor-GmbH regelmäßig auch Ansprüche gegen die Vorgesellschaft selbst zustehen, welche ergänzend durch die Verlustdeckungsanforderung abgesichert sind, kommt der Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG nur in gewissen Fällen wirklich eigenständige Bedeutung zu. Sie kann einseitig dann relevant werden, wenn die Vor-GmbH selbst nicht haftet und somit auch keine Verlustdeckungsanforderung besteht (z.B. weil der Geschäftsführer ohne Vertretungsmacht handelte).

§ 11 Abs. 2 GmbHG verdrängt § 179 BGB in diesen Fällen als *lex specialis*.⁹²¹ Dies hat zur Folge, dass die Haftungsbeschränkung des § 179 Abs. 2 BGB und der Haftungsausschluss des § 179 Abs. 3 BGB nicht gelten. Bei positiver Kenntnis des Geschäftsgegners ist die Haftung allerdings nach § 242 BGB ausgeschlossen, weil sich der Geschäftsgegnere widersprüchlich verhält, wenn er zunächst bei Vertragsabschluss erklärt, dass das Fehlen der Vertretungsmacht für ihn irrelevant ist, er aber anschließend dennoch den Handelnden in Anspruch nehmen will (Fall des „*venire contra factum proprium*“).

Ist das Handeln hingegen von der Vertretungsmacht gedeckt, bietet eine direkte Inanspruchnahme des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG allenfalls dann Vorteile, wenn dies aus wirtschaftlichen oder praktischen Gründen (z.B. mangels Informationen über die Gründe) einfacher und schneller möglich ist.

907 BGH ZIP 2008, 1025, Rn. 6.

908 BGH NJW 2003, 429, Lf.

909 Bitter/Helm § 4 Rn. 60.

910 Bitter/Helm § 4 Rn. 66.

911 Lutter/Hommelhoff/Bayer § 11 Rn. 33.

912 Schäfer GeB § 33 Rn. 7.

913 BGH 1984, 2164, Lutter/Hommelhoff/Bayer § 11 Rn. 30.

914 BGH NJW 1976, 1985.

915 BGH NJW 1970, 1048, Lutter/Hommelhoff/Bayer § 11 Rn. 30.

916 MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 127.

917 Henseler/Schön/Schäfer, GmbHG § 11 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 11 Rn. 32.

918 BGH NJW 1967, 828, 829; MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 116 mwvlN.

919 BGH NJW 1981, 1373, 1374.

920 Vgl. insb. zur Kritik an der Druckfunktion MünchKomm-GmbHG/Wert § 11 Rn. 119.

921 Hier und zum Folgenden: Bitter/Helm § 4 Rn. 70.

Liegen die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 GmbHG vor, haften die Handelnden **unbeschränkt persönlich und solidarisch (gesamtschuldnerisch)**.⁹²² Für den **Umfang der Haftung** gilt, dass der Gläubiger nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden soll, als wenn die Gesellschaft bei Vertragsschluss bereits eingetragene gewesen wäre.⁹²³ Die **Handelndenhaftung ist akzessorisch** zur Haftung der Gesellschaft; sie entspricht nach Inhalt und Umfang der Verbindlichkeit der Gesellschaft.⁹²⁴ Der Handelnde kann deshalb **alle Einwendungen und Einreden der Gesellschaft** geltend machen.⁹²⁵

Da die Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG akzessorisch ist, können **Regressansprüche des Handelnden** gegen die Gesellschaft bestehen.⁹²⁶ Der in Anspruch genommene Handelnde besitzt einen Erstattungsanspruch (§§ 675, 670 BGB) und einen Freistellungsanspruch (§ 257 BGB) gegen die Gesellschaft, wenn seine im Außenverhältnis haftungsbegründende Handlung im Innenverhältnis zur Gesellschaft nicht pflichtgemäß ist. Bestand keine Befugnis des (faktischen) Geschäftsführers zur Abgabe der haftungs begründenden Erklärungen, können Regressansprüche nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bestehen.

389 Die Handelndenhaftung erlischt mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister. Denn mit Eintragung entfallen sämtliche (verbleibenden) Schutzwecker: Nachdem das Registergericht die Aufbringung des Haftungskapitals überprüft hat und selbiges nun unter dem Schutz der Kapitalhaftungsvorschriften steht, bedarf es insofern keines Ausgleichs mehr; und auch die Druckfunktion erbt nicht. ⁹²⁷

Ob die Handelndenhaftung mit Eintragung auch dann erlischt, wenn die Vor-GmbH durch das Handeln des Geschäftsführers (insb. wegen fehlender Vertretungsmacht) gar nicht wirksam verpflichtet wurde, ist demgegenüber umstritten.⁹²⁸

Fall 14: Früher Geschäftsbeginn

A und B schließen am 15.01. einen notariellen Vertrag über die Gründung der A-GmbH und ernennen X zum Geschäftsführer. Vom Stammkapital i.H.v. 25.000 € zahlen sie je 6.250 € ein. Am 30.01. bestellt X im Namen der „A-GmbH i.G.“ mit Zustimmung von A und B bei G einen Kleinbagger zum Preis von 18.000 €, der am 15.02. geliefert wird. Die Eintragung der Gesellschaft verzögert sich, wird aber von A und B noch gewünscht und von X betrieben. G will gegen die A-GmbH i.G. sowie gegen X, A und B vorgehen.

390 A. Ein Zahlungsanspruch des G aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegen die A-GmbH scheidet aus, da diese mangels Eintragung „als solche“ nicht besteht, § 11 Abs. 1 GmbHG.

391 B. Es kommt aber ein Anspruch des G gegen die Vor-GmbH aus § 433 Abs. 2 BGB in Betracht.

Die Vor-GmbH kann als solche Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Die Gesellschaft müsste von X wirksam nach § 164 BGB vertreten worden sein.

⁹²² Henstler/Stroh/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 57.

⁹²³ BGH NJW 1977, 1683; Lutter/Rommelhoff/Bayer § 11 Rn. 35.

⁹²⁴ Henstler/Stroh/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 57; MünchKomm-GmbHG/Merkel § 11 Rn. 136 f.

⁹²⁵ Lutter/Rommelhoff/Bayer § 11 Rn. 35.

⁹²⁶ Zum Folgenden: G/B/Stink § 11 Rn. 58 mw.N.

⁹²⁷ MünchKomm-GmbHG/Merkel § 11 Rn. 145.

⁹²⁸ Dies ablehnend Windchiller § 21 Rn. 27.

1. Eine Einigung zwischen G und X über den zu übereignenden Kleinbagger gegen Zahlung von 18.000 € ist erzielt worden.

II. Diese Einigung wirkt für und gegen die Vor-GmbH, wenn X im Namen der Vor-GmbH gehandelt hat. Ob er dabei ausdrücklich auf die Vor-GmbH hingewiesen oder im Namen der – noch nicht entstandenen – GmbH gehandelt hat, ist gleichgültig. Bei unternehmensbezogenen Geschäften ist es typischer Sinn der unter der Angabe der Firma abgegebenen Erklärung, dass der jeweilige Inhaber des Geschäfts verpflichtet werden soll. Will der Geschäftsführer nur die künftige GmbH nach ihrer Eintragung verpflichten, muss er dies deutlich zum Ausdruck bringen. In diesem Fall ist das Geschäft aufschriebend bedingt durch die Eintragung der GmbH.⁹²⁹ X hat daher zumindest konkludent auch im Namen der Vor-GmbH gehandelt.

III. X müsste auch Vertretungsmacht gehabt haben. Auch die Vor-GmbH wird durch ihren Geschäftsführer vertreten. Umstritten ist der Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Vor-GmbH.

1. Teilweise wird angenommen, dem Geschäftsführer der Vor-GmbH stehe die **unelingschränkte Vertretungsmacht** aus §§ 35, 37 GmbHG zu. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht durch die Zwecke der Vor-GmbH sei nicht anzuerkennen. Überdies sei der Zweck der Vor-GmbH nicht auf die Herbeiführung der Eintragung beschränkt, sondern mit dem Geschäftszweck der späteren GmbH identisch. Die Gesellschafter könnten nur die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beschränken. Das Risiko der Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis hätten die Gesellschafter (außer im Falle des Missbrauchs der Vertretungsmacht) zu tragen.⁹³⁰ Nach dieser Ansicht handelte X mit Vertretungsmacht.⁹³¹

2. Nach h.M. ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Vor-GmbH **grundsätzlich auf die notwendigen Gründungsgeschäfte beschränkt**. Der Zweck der Vor-GmbH beschränke sich darauf, die Eintragung herbeizuführen. Dies sei auch für den Rechtsverkehr regelmäßig erkennbar. Eine unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers sei auch im Hinblick auf die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH insbesondere bei einer Fremdorganschaft nicht gerechtfertigt. Die Vertretungsmacht sei jedoch **mit Zustimmung aller Gesellschafter** erweiterbar.⁹³² Auch nach dieser Ansicht handelte X mit Vertretungsmacht, denn die Gesellschafter der A-GmbH waren mit der Bestellung des Kleinbagers einverstanden.

Die Vor-GmbH ist bei dem Kauf des Baggers wirksam vertreten worden. Sie ist zur Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet.

⁹²⁹ BGH NJW 1985, 1365; Schödker/Schmidt § 11 Rn. 61.

⁹³⁰ Schödker/Schmidt § 11 Rn. 64; Baumbach NJW 1997, 585.

⁹³¹ BGH NJW 1981, 1373.

⁹³² Lutter Jus 1998, 1076; Lachmann NJW 1999, 2284.

393 C. Ein Anspruch des G gegen X könnte sich aus § 11 Abs. 2 GmbHG ergeben.

- I. Der Anspruch richtet sich gegen den **Handelnden**. Handelnder i.S.d. § 11 Abs. 2 GmbHG ist, wer rechtsgeschäftlich als **faktischer Geschäftsführer** aufgetreten ist. X hat als Geschäftsführer einen Vertrag geschlossen.

II. Der Handelnde muss „im Namen der Gesellschaft“ aufgetreten sein.

1. Jedenfalls nach der **früheren Rechtsprechung** liegt ein Handeln im Namen der Gesellschaft nur vor, wenn im Namen der **künftigen GmbH** gehandelt wird. Der Grund der Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG liege darin, dass die GmbH vor ihrer Eintragung noch nicht existiere und deshalb für den Fall, dass sie nicht entstehe, dem Geschäftsgegner ein Schuldner gegeben werden müsse. 933 § 11 Abs. 2 GmbHG liegt demnach nur vor, wenn die vertretene Gesellschaft (noch) nicht existiert. In aller Regel wird jedoch nach den Grundsätzen über unternehmensbezogene Geschäfte die Vor-GmbH und damit ein existierender Rechtsträger verpflichtet. **Die Haftung der Vor-GmbH und die Haftung des Handelnden aus § 11 Abs. 2 GmbHG schließen sich gegenseitig aus.** 934

2. In der **Literatur** wird diese Rechtsprechung überwiegend abgelehnt. Ein Handeln „im Namen der Gesellschaft“ liegt danach **auch** vor, wenn im Namen der **Vor-GmbH gehandelt** wird. Der Wortlaut des § 11 Abs. 2 GmbHG sehe eine Einengung auf ein Handeln im Namen der künftigen GmbH nicht vor. Überdies seien die Vor-GmbH und die spätere GmbH identisch. Es sei auch gerechtfertigt, dem Gläubiger neben der Vor-GmbH einen zusätzlichen Schuldner zu geben, da die Gesellschaft noch nicht endgültig auf die Einhaltung der Eintragungsvoraussetzungen hin geprüft sei. 935

3. Mit der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass § 11 Abs. 2 GmbHG ein Handeln im Namen der künftigen GmbH erfordert. Der Gesetzgeber verfügte mit der Schaffung des § 11 Abs. 2 GmbHG ursprünglich den Zweck, jegliche Geschäftstätigkeit im Gründungsstadium zu unterbinden, um Vorbelastungen der GmbH zu vermeiden. **Mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbots ist dieser Zweck überholt.** Die auf einer überholten gesetzlichen Grundlage beruhende Vorschrift des § 11 Abs. 2 GmbHG sollte man einschränkend auslegen. Schließlich sprechen auch die heute noch bestehenden Funktionen des § 11 Abs. 2 GmbHG gegen eine Anwendung in Fällen, in denen der Handelnde im Namen der Vor-GmbH aufgetreten ist. Gläubiger, die bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wussten, dass sie mit einer Vor-GmbH kontrahieren, haben dementsprechend auch nicht darauf vertraut, dass bereits eine registriergerichtliche Kontrolle des Haftungskapitals erfolgt ist, sodass es insoweit keines Ausgleichs bedarf. Die Druckfunktion für sich macht es demselben nicht erforderlich, den Gläubigern neben der Vor-GmbH mit dem Handelnden einen weiteren Schuldner zu geben.

X haftet dem G folglich nicht aus § 11 Abs. 2 GmbHG.

933 BGH NJW 1976, 419; BGH NJW 1980, 1630.

934 LAG Köln, NZA-RR 2001, 129.

935 Doygala Jura 2003, 433, 434; Scholz/K. Schmidt § 11 Rn. 107.

D. Ein Anspruch des G gegen die **Gesellschafter A und B** aus § 11 Abs. 2 GmbHG scheidet aus, da „Handelnder“ i.S.d. Norm nur derjenige ist, der als Organ rechtsgeschäftlich für die Gesellschaft auftritt, also entweder zum Geschäftsführer bestellt ist oder Angelegenheiten der Gesellschaft faktisch wie ein Gesellschafter wahrnimmt. **Allein die Zustimmung zu einem Geschäft der Vor-GmbH reicht nicht aus.**

E. Möglichweise bestehen aber andere Ansprüche des G gegen die Gesellschafter A und B.

394

1. Nach der **früheren Rechtsprechung** hafteten die Gesellschafter der Vor-GmbH rechtsgeschäftlich deshalb, weil sie durch den Geschäftsführer **vertreten** werden. Vom Standpunkt des rechtlichen Rechtsverkehrs aus stelle ein Einverständnis zum Geschäftsbeginn zugleich auch eine entsprechende Bevollmächtigung des Geschäftsführers dar. Die Haftung war jedoch auf die Höhe der jeweiligen Stammeinlage beschränkt. Dadurch, dass der Geschäftsführer im Namen der GmbH gehandelt habe, sei der Wille der Gründer deutlich zum Ausdruck gekommen, nur bis zur Höhe ihrer Einlage zu haften und die Vertretungsmacht des Geschäftsführers entsprechend zu begrenzen. 936

II. Nach **heute h.M.** haften die Gesellschafter der Vor-GmbH im **Außenverhältnis grundsätzlich nicht**. Regelmäßig bestche **nur eine unbeschränkte Innenhaftung** (Verlustdeckungshaftung) der Gesellschafter gegenüber der Vor-GmbH. 937

Es handele sich dabei **grundsätzlich** nur um eine **Innenhaftung** der Gesellschaft gegenüber, da eine Außenhaftung den Gläubigern gegenüber zu deren Schutz nicht erforderlich sei, weil mit der Eintragung alle Pflichten der Vor-GmbH automatisch auf die GmbH übergingen. Es sei von einer **einheitlichen Gründerhaftung** auszugehen, die sich **aus einer Verlustdeckungs- und einer Vorbelastungshaftung zusammensetze**.

Die Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) besteht, wenn bei Eintragung der Gesellschaft das Nettovermögen der Gesellschaft weniger als die Kapitalziffer beträgt. Die Gesellschafter sind dann entsprechend § 9 GmbHG der Gesellschaft gegenüber anteilig verpflichtet, den Differenzbetrag einzuzahlen. 938 Die Vorbelastungshaftung ist unstreitig eine Innenhaftung, die mit der Eintragung der Gesellschaft entsteht.

Eine **Außenhaftung** der Gesellschafter besteht danach **nur ausnahmsweise**. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn die Vor-GmbH **vermögenslos** ist, wenn weitere Gläubiger nicht vorhanden sind, wenn es sich um eine **Einmann-Vor-GmbH** oder wenn es sich um eine **unechte Vor-GmbH** handelt. 939 Eine unechte Vor-GmbH liegt vor, wenn die Gesellschafter einer Vor-GmbH nach Aufgabe der Eintragungsbüchlein den Geschäftsbetrieb fortführen. 940

936 BGH NJW 1976, 1978; BGH NJW 1983, 876.

937 BGH NJW 1997, 1507; BAG ZIP 1997, 1544; RfH ZIP 1998, 1146; Umer ZIP 1996, 73.

938 Scholz/K. Schmidt § 11 Rn. 124.

939 BGH NJW 2001, 2092; BGH NJW 2003, 429; BAG NJW 1997, 3331; 555 ZIP 2000, 494.

940 BGH NJW 2003, 429.

Für das Vorliegen einer der genannten Ausnahmefälle einer Außenhaftung bestehen hier keine Anhaltspunkte. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht daher nur eine Innenhaftung und G hat keine Ansprüche gegen A und B.

III. In der **Literatur** und teilweise auch in der Rechtsprechung einiger Instanzgerichte wird eine **unbeschränkte Außenhaftung** der Gesellschafter der Vor-GmbH be-
fürwortet.⁹⁴¹

Zutreffend sei der Ausgangspunkt des BGH, wonach nach dem gesetzlichen Regelfall die Haftung unbeschränkt sei. Nach der gesetzlichen Konzeption sei aber auch regelmäßig eine Außenhaftung gegeben. Eine bloße Innenhaftung der Gesellschafter stelle eine Beschränkung der grundsätzlich gegebenen unbegrenzten persönlichen Haftung dar, für die eine gesetzliche Grundlage nicht gegeben sei. Nach dem Binnenhaftungskonzept müssten Gläubiger der Gesellschaft erst einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und dann in deren Forderungen gegen die Gründer vollstrecken. Einstweiliger Rechtsschutz direkt gegen die Gesellschafter sei nicht zu erlangen.

IV. **Mit der Rechtsprechung des BGH** ist von einer unbeschränkten Innenhaftung auszugehen. Eine unbeschränkte Außenhaftung ist kapitalgesellschaftsfernd. Wesentliches Merkmal der Kapitalgesellschaft ist, dass die Gesellschafter nur intern und anteilig und für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals haften. Da sich nur hierauf das Vertrauen der Gläubiger richtet, ist eine Außenhaftung auch bei einer noch nicht eingetragenen GmbH nicht erforderlich. Somit haften die Gesellschafter A und B dem G gegenüber nicht.

Abwandlung:

Am 20.03. wird die A-GmbH in das Handelsregister eingetragen. Sie beantragt bald darauf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Antrag wird mangels Masse abgelehnt, weil keine Geldbeträge oder sonst verwertbaren Gegenstände vorhanden sind.

395 A. In Betracht kommt zunächst ein Anspruch des G gegen die GmbH

I. Aus dem **Kaufvertrag war zunächst die Vor-GmbH verpflichtet** (vgl. Ausgangsfall).

II. Durch die **Eintragung der Gesellschaft** in das Handelsregister ist jedoch zwischenzeitlich die GmbH als solche entstanden (§ 11 Abs. 1 GmbHG): die Vorgesellschaft und die spätere GmbH sind identisch. Mit der Eintragung in das Handelsregister wird aus der Vorgesellschaft eine GmbH, ohne dass es irgendwelcher Übertragungsakte oder einer Liquidation der Vorgesellschaft bedarf. Die Haftung für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft trifft daher nach der Eintragung ohne Weiteres die GmbH.⁹⁴² G kann also seinen Anspruch gegen die GmbH geltend

machen. Er wird jedoch hiermit keinen wirtschaftlichen Erfolg haben, weil die GmbH zahlungsunfähig bzw. überschuldet ist.

B. Auch eine **Haftung des Handelnden** gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG, soweit man sie entgegen der oben vertretenen Ansicht überhaupt für entstanden hält, **erlischt mit der Eintragung** der Gesellschaft.⁹⁴³

Beachte: Nach der Ansicht, die im Ausgangsfall eine Haftung des X aus § 11 Abs. 2 GmbHG bejaht hat, ist dieser Anspruch also mit Eintragung der GmbH erloschen.

C. Fraglich ist, ob auch die Gesellschafter dem G gegenüber haften.

I. Durch die Eintragung der GmbH in das Handelsregister ist die **Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 GmbHG** wirksam geworden.

1. Das bedeutet zunächst nur, dass eine **persönliche Haftung der Gesellschafter** gegenüber den Gläubigern für solche Verbindlichkeiten **ausgeschlossen** ist, die nach Eintragung der GmbH begründet worden sind. Für Schulden, die schon in der Vorgesellschaft entstanden sind, vertritt die h.M. in der Literatur die Ansicht, dass diese Haftung durch die Eintragung der Gesellschaft **aufhörend bedingt** ist.⁹⁴⁴

2. Nach der oben genannten **neueren Rechtsprechung** bleibt die Pflicht gegenüber der Gesellschaft, die bei Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bereits eingetretenen Verluste auszugleichen (**Verlustdeckungshaftung**), bestehen. Die Gesellschafter müssen dafür sorgen, dass das gesamte Stammkapital vorhanden ist. Sie haften also auch für Verluste, die über die Stammkapitalziffer hinausgehen. Aus der Verlustdeckungshaftung wird **nach der Eintragung der Gesellschaft eine Vorbelastungs- bzw. Unterbilanzhaftung**.

Allerdings ist zu beachten, dass die bei der Verlustdeckungshaftung vom BGH anerkannte ausnahmsweise Durchbrechung des Innenhaftungsprinzips nicht auf die **Unterbilanzhaftung** übertragen werden kann. **Nach Eintragung der GmbH** bleibt es also **ausnahmslos bei der Innenhaftung**, unabhängig davon, ob die GmbH vermögenslos ist oder diese nur einen Gesellschafter hat.⁹⁴⁵ Denn mit der Eintragung der GmbH entsteht ein vom Gesellschafter zu trennender Vermögensträger. Das gerade in der Insolvenz der Gesellschaft wirksam werdende Trennungsprinzip (§ 13 Abs. 2 GmbHG) darf aber nicht dadurch durchbrochen werden, dass dem Gesellschaftsgläubiger der unmittelbare Zugriff auf den Gesellschafter gestattet wird. Ebenso wenig rechtfertigt die Tatsache, dass die GmbH nur einen Gesellschafter besitzt, dessen unmittelbare Inanspruchnahme. Denn für die eingetragene GmbH gilt nach § 1 GmbHG das sonst für die GmbH geltende Haftungsregime auch dann, wenn nur ein Gesellschafter vorhanden ist.⁹⁴⁶

⁹⁴¹ OLG Jena NZG 1999, 461; Schoberk/Schmidt § 11 Rn. 82.
⁹⁴² BGH NJW 1985, 736, 737; Schoberk/Schmidt § 11 Rn. 133.

⁹⁴³ Schoberk/Schmidt § 11 Rn. 118.
⁹⁴⁴ Schoberk/Schmidt § 11 Rn. 88.
⁹⁴⁵ BGH NZG 2006, 64, Rn. 6.
⁹⁴⁶ BGH NZG 2006, 64, Rn. 6.

Weil es sich bei der Unterbilanzhaftung nur um eine Innenhaftung handelt, kann G nicht unmittelbar gegen A und B vorgehen.

II. Da dem G jedoch ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die GmbH selbst zusteht, kann er nach einem obliegenden Urteil Ansprüche der GmbH gegen ihre **Gesellschafter pfänden und an sich überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO).**

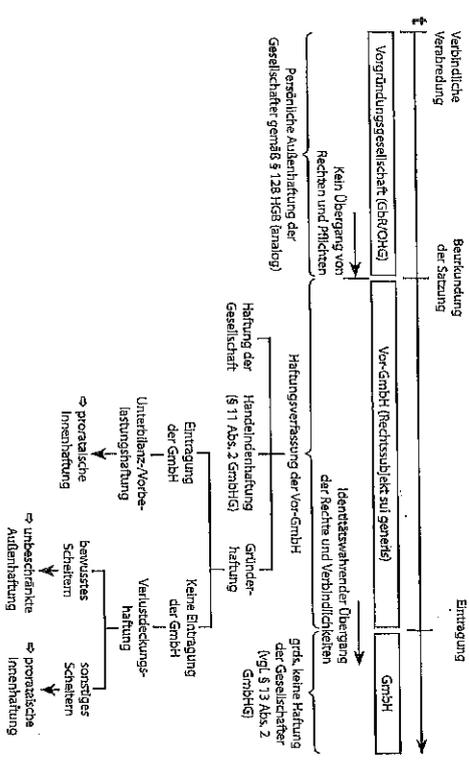
1. A und B schulden der Gesellschaft aus ihrer Einlageverpflichtung noch je **6.250 €**, weil sie bisher nur die Hälfte ihrer Stammeinlage eingezahlt haben. Sollte sich einer der beiden als zahlungsunfähig erweisen, so kann der Anspruch gegen den anderen geltend gemacht werden, § 24 GmbHG.

2. Ein **weitergehender Anspruch** der Gesellschaft, den G pfänden kann, könnte sich daraus ergeben, dass die **Vorgesellschaft bereits vor ihrer Eintragung Verpflichtungen eingegangen** ist für die nunmehr die GmbH haftet. Für den Fall, dass im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft das eingezahlte Kapital schon ganz oder teilweise verbraucht ist, findet der Gedanke des § 9 GmbHG entsprechende Anwendung, nämlich das Prinzip der **Differenzhaftung**. Die Gesellschafter einer GmbH schulden in solchen Fällen gegenüber der Gesellschaft den Betrag, der notwendig ist, um **der GmbH den vollen Haftungsfonds für den Zeitpunkt der Eintragung zur Verfügung zu stellen**. Soweit daher der Betrag von 6.250 €, den A und B jeweils eingezahlt hatten, bei der Eintragung in das Handelsregister schon nicht mehr zu Verfügung stand und auch nicht durch andere Vermögenswerte ersetzt worden ist, sind A und B verpflichtet, den Differenzbetrag an die Gesellschaft zu zahlen. Notfalls kommt auch hier die Ausfallhaftung des § 24 GmbHG zum Zuge, sodass bei Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters der andere die ganze Differenz tragen muss.

Die GmbH ist mangels Masse zahlungsunfähig, A und B schulden ihr je 6.250 € Einlagen. Diese Ansprüche auf insgesamt 12.500 € kann G pfänden und an sich überweisen lassen. Da die gezahlten Einlagen in Höhe von je 6.250 € bei Eintragung verbraucht waren, müssen A und B auch für die Differenz von 5.500 € (bis zur Höhe der Forderung des G von insgesamt 18.000 €) einstehen, und zwar wegen § 19 Abs. 1 GmbHG jeder in Höhe von 2.750 €. Auch diese kann G gemäß §§ 829, 835 ZPO pfänden und an sich überweisen lassen.

Insgesamt hat G also die Möglichkeit, Ansprüche der Gesellschaft i.H.v. 18.000 € an sich zu ziehen (je i.H.v. 9000 € gegen A und B).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich damit in Bezug auf die Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH folgende Übersicht:



III. Vorratsgründung, Mantelverwendung

Von dem **Mantel einer GmbH** spricht man, wenn diese über ihre bloße Existenz hinaus keinen weitergehenden Zweck verfolgt und sich ihre Tätigkeit allein auf die Verwaltung des eigenen Vermögens beschränkt. Zu einer solchen Konstellation kann es zum einen dadurch kommen, dass die GmbH von vornherein auf Vorrat gegründet wurde, um erst zu einem späteren Zeitpunkt ein (ggf. noch ungewisses) Unternehmen aufzunehmen („Vorratsgesellschaft“), zum anderen dadurch, dass die Gesellschaft ihren bisherigen Geschäftsbetrieb einstellt und die dann zumeist vermögenslose Gesellschaft als „leere Hülse“ bestehen bleibt.⁹⁴⁷

Kommt es zur Verwendung der „leeren Hülse“, spricht man von einer „**Mantelverwendung**“. Die Verwendung des Mantels kann zum einen dadurch geschehen, dass die Gesellschafter die inaktive GmbH durch Aufbau eines neuen oder durch die Einbringung eines vorfindenen Unternehmens nutzbar machen, zum anderen dadurch, dass die Gesellschafter ihre Geschäftsanteile an Erwerber veräußern (sog. „Mantelkauf“).

Unter einer **Vorratsgründung** versteht man die Gründung einer Gesellschaft ohne konkrete Absicht der Gründer, in absehbarer Zeit mit der GmbH am Geschäftsverkehr teilzunehmen.⁹⁴⁸

397

396

947 MünchKomm-GmbHG/Wicke § 3 Rn. 24.
948 Vgl. hierzu Scholz/Emerich § 3 Rn. 21.

Da es sich bei der späteren Aktivierung einer auf Vorrat gegründeten GmbH für eine wirtschaftliche Tätigkeit (Mantelverwendung) um eine wirtschaftliche Neugründung handelt, führt dies nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁹⁴⁹ zur analogen **Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG** einschließlich der registriergerichtlichen Kontrolle.⁹⁵⁰ Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine Beweisur für eine spätere Verwendung „auf Vorrat“ gegründete Gesellschaft mit einem Unternehmen ausgesetzt wird und erstnals ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt, oder ob der „alte Mantel“ einer im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstandes tätig gewesen, dann aber unternehmenslos gewordenen GmbH wiederverwendet wird.⁹⁵¹ Analog § 78 GmbHG⁹⁵² haben sämtliche Geschäftsführer der GmbH die Tatsache der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen und die am satzungsmäßigen Stammkapital auszureichende Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG abzugeben.⁹⁵³ Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.⁹⁵⁴

Unterbleibt die Offenlegung hatten die Gesellschafter entsprechend den Grundsätzen zur **Unterbilanzhaftung**.⁹⁵⁵

B. Entstehung durch Umwandlung

398 Eine GmbH kann nicht nur durch Neugründung, sondern als verschmelzungsfähiger Rechtsträger (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) auch durch Umwandlung nach dem UmwG entstehen. Zu denken ist insbesondere an den **Formwechsel** (§§ 190 ff. UmwG) einer anderen Gesellschaftsform in die Rechtsform einer GmbH.

Ebenfalls praktisch relevant ist die **Spaltung zur Neugründung** einer GmbH (§§ 123 ff., 135 ff. UmwG) und die **Ausgliederung** des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, zur Neugründung einer GmbH (§§ 152, 158 ff. UmwG).

949 BGH NZG 2012, 539, Rn. 9.
 950 Windbichler § 71, Rn. 11.
 951 BGH NZG 2012, 539, Rn. 9.
 952 Bärwald/Balda GmbHR 2004, 50, 52; Heidinger ZGR 2005, 101, 108; MünchKomm-GmbHG/Wicke § 7 Rn. 38.
 953 BGH NZG 2012, 539, Rn. 13.
 954 BGH RÜ 2011, 701, Rn. 9.
 955 5. dazu Rn. 382 f.

3. Abschnitt: Die Organisation der GmbH

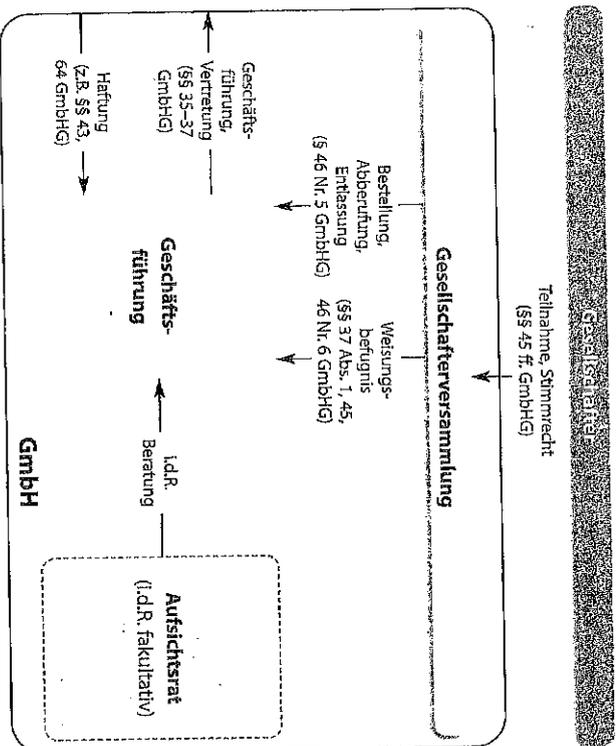
399

In organisatorischer Hinsicht ist zwischen der **Gesellschafterebene** und der **Ebene der Gesellschaft** zu differenzieren. Auf der Ebene der Gesellschaft sind deren Organe angegliedert. Die **Gesellschafterversammlung** und die **Geschäftsführer**. Daneben kann die GmbH einen **Aufsichtsrat** haben (§ 52 GmbHG), der jedoch im Gegensatz zur AG grundsätzlich kein obligatorischer, sondern ein fakultativer ist.

Zwingend ist die Bildung eines Aufsichtsrats bei der GmbH nur bei

- i.d.R. mehr als 500 Arbeitnehmern nach dem DrittelG,
- i.d.R. mehr als 1.000 Arbeitnehmern und Tätigkeit im Montanbereich (MontanMittelstG) und
- i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmern nach dem MittelstG sowie
- bei sog. Kapitalverwaltungs-GmbH (§ 18 Abs. 2 S. 1 KAGB).⁹⁵⁶

Die Organisation der GmbH:⁹⁵⁷



956 Vgl. Lutter/Rommelhoff/Rommelhoff § 52 Rn. 1.
 957 Vgl. Bitter/Helm § 4 Rn. 81.