

## Wiederholungs- und Vertiefungskurs zum Gesellschaftsrecht

### Besprechungsfall 2

A, B und C sind Biologen und Chemiker. Anfang 2008 beschließen sie, die B-GmbH zu gründen. Die Gesellschaft soll herstellen und in großem Stil (in Aussicht genomener Gesamtfinanzierungsbedarf: 2 Mio Euro) vermarkten, was ihre Gesellschafter auf dem Gebiet der Biotechnologie entwickelt haben. Geschäftsführer sollen A und B werden.

Im März 2008 treten A und B für die „B-GmbH in Gründung“ auf einer Messe auf. Außerdem eröffnen sie für die Gesellschaft ein Konto bei der X-Bank. C stimmt diesen Geschäften vorab zu, weil damit nur geringfügige Kosten (insgesamt 500,- Euro) verbunden sind. Kurz darauf überzieht A das Konto der Gesellschaft um 100.000,- Euro, ohne dass C davon erfährt.

In der Folgezeit nimmt C von dem gemeinsamen Projekt Abstand. A und B gelingt es aber, den D dafür zu interessieren. Im Mai 2008 schließen A, B und D – der erst von diesem Zeitpunkt an Mitgesellschafter sein soll – einen notariellen Gesellschaftsvertrag. Jeder Gesellschafter soll einen Geschäftsanteil von 20.000,- Euro übernehmen. Zur Vorbereitung ihrer Tätigkeit kauft die Gesellschaft, wirksam vertreten durch A und B, kurz darauf für 5000,- Euro Laborgeräte bei Y. Eine Woche später tritt D seinen Anteil an der Gesellschaft durch notariellen Vertrag an E ab. E und D melden dies unter Vorlage der Vertragsurkunde bei A und B an, die mündlich ihre Zustimmung erteilen.

Ende 2008 zerschlagen sich die Pläne der Gesellschafter; zur Eintragung der Gesellschaft kommt es nicht mehr. Die Gesellschaft stellt umgehend ihre Geschäftstätigkeit ein. Ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wird mangels Masse abgelehnt.

1. Kann die X-Bank von C und D die Rückzahlung des (fälligen) Überziehungskredites verlangen?

2. Kann Y von B und E die Bezahlung der Laborgeräte verlangen?

**Bearbeitervermerk:** Das GmbHG ist in seiner ab dem 1. 11. 2008 geltenden Fassung anzuwenden.

## Lösungshinweise

### Frage 1

#### A. Ansprüche der X- Bank gegen C

##### I. § 488 I 2 BGB i. V. m. § 128, 1 HGB

##### 1. Vorgründungsgesellschaft = OHG?

- lies dazu BGH NZG 2004, 663 -

##### a) Gesellschaft als OHG i. S. d. § 105 HGB

###### aa) Keine Vor-GmbH

§ 105 HGB ist nicht anwendbar, soweit es sich um Vor-GmbH = Gesellschaft eigener Art handelt. Das ist hier indes nicht der Fall: Einordnung als Vor-GmbH setzt formgerechten (§ 2 GmbHG) Abschluss eines Gesellschaftsvertrages voraus. Daran fehlt es hier. Es handelt sich noch um Vorgründungsgesellschaft.

###### bb) Gesellschaftsvertrag

(+) (formloser) Abschluss Gesellschaftsvertrag mit Einigung darüber, dass GmbH gegründet und dafür auch schon (unter gemeinsamer Firma) auf Messe aufgetreten und Konto eröffnet werden soll

###### cc) Zweck = Betrieb Handelsgewerbe ?

- (-), soweit es nur um die Vorbereitung der GmbH-Gründung ging: Gründung GmbH ist kein Handelsgewerbe

- Problem: Verständigung auf Messeteilnahme/Kontoeröffnung = Einigung darauf, dass bereits die Vorgründungsgesellschaft mit Handelsgewerbe betreiben sollte?

Mögliches arg(-): Im Vorgründungsstadium sollten die Geschäfte nur kleinen (= kleingewerblichen, vgl. § 1 II HGB) Umfang haben (Einigung nur über Messeteilnahme/Kontoeröffnung, Ko-

sten nur 500,-). Erst die GmbH sollte Handelsgewerbe betreiben.

Anders der BGH (NZG 2004, 663): Es genügt, dass der Betrieb auf den Umfang eines Handelsgewerbes *angelegt* ist. (mögliche Begründung: nach § 105 I HGB muss Betrieb Handelsgewerbe nur der *Zweck* sein, dass Umfang tatsächlich Handelsgewerbe entspricht, ist nicht erforderlich). Dafür hält es der BGH bei Vorgründungsgesellschaft für ausreichend, wenn die *spätere GmbH* Handelsgewerbe betreiben soll (a. A. vertretbar).

Wenn man BGH folgt: OHG iSd § 105 I (+). Nach a. A. handelt es sich nur um GbR (dann zwar: Haftung analog § 128, 1 HGB möglich; Problem aber: Vertretungsmacht des A, weil nach §§ 709, 714 BGB grundsätzlich nur Gesamtvertretung + nicht ersichtlich ist, dass *generelle* Einzelvertretungsmacht des A vereinbart werden sollte).

###### b) Wirksamkeit im Außenverhältnis (§ 123 HGB)

Eintragung (-), deshalb ist Geschäftsbeginn i. S. d. § 123 II HGB erforderlich. Hier (+):

- Für Geschäftsbeginn iSd § 123 II ist nicht erforderlich, dass das den Gesellschaftszweck bildende Unternehmen in vollem Umfang in Betrieb gesetzt ist (= das schon Handelsgewerbe betrieben wird). Genügt: Vorbereitung dieses Gewerbes durch Rechtsgeschäfte oder geschäftsähnliche Handlungen (etwa Vertragsverhandlungen), wenn zu erwarten ist, dass das Unternehmen in Kürze eine Ausgestaltung als Handelsgewerbe erfahren wird (BGH aaO.; *Baumbach/Hopt* § 123 Rn. 10 - mögliche Begründung: Das für die Geltung des Außenrechtes der OHG typische Interesse am Schutz des Rechtsverkehrs besteht schon zu diesem Zeitpunkt). Das hat der BGH auch für in Vorgründungsphase angenommen. Erstes Ge-

schäft - hier: die Messeteilnahme bzw. Kontoeröffnung - genügt also für Wirksamkeit.

- Str. ist, ob für Geschäftsbeginn Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Kann aber hier offen bleiben: Es genügt jedenfalls, wenn nur die den Geschäftsbeginn markierende Handlung einverständlich erfolgt ist, ob später etwaige Begrenzungen im Innenverhältnis eingehalten wurden, ist gleichgültig. Deshalb: Nur Zustimmung zur Messeteilnahme/Kontoeröffnung erforderlich; diese ist hier (auch von C) erteilt worden.

Daher: Wirksamkeit im Außenverhältnis (+)

## **2. Anspruch der X-Bank gegen die OHG aus § 488 I 2 BGB**

Voraussetzung: Darlehensvertrag X-OHG. Dazu muss A die OHG bei der Kontoüberziehung wirksam vertreten haben (§§ 164, 177 BGB).

### **a) Handeln im Namen der OHG**

(+), (Falsch-)Bezeichnung als GmbH i. Gr. (deutet auf bereits bestehende Vor-GmbH hin) ist unschädlich, weil unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft

### **b) (Allein-)Vertretungsmacht des A**

(+) Grundsatz: Alleinvertretungsmacht nach § 125 I HGB. Man könnte zwar überlegen, ob nicht die Bestellung von A und B zu Geschäftsführern entsprechend der für die spätere GmbH geltenden Regelung (§ 35 II 2 GmbHG) als Anordnung Gesamtvertretungsmacht (vgl. § 125 II HGB) zu verstehen ist. Das kann indes dahinstehen, weil sich die OHG darauf jedenfalls nach § 15 I HGB nicht berufen kann (Gesamtvertretung = in Angelegenheiten der OHG nach 106 II Nr. 4 HGB eintragungspflichtige Tatsache, die X nicht kannte).

## **3. C = Gesellschafter bei Begründung der Forderung**

(+)

## **4. Ergebnis: Anspruch (+)**

### **II. § 488 I 2 BGB i. V. m. § 11 II GmbHG**

Scheitert aus zwei Gründen:

- § 11 ist auf Vorgründungsgesellschaft schon nicht anwendbar  
arg.: Gläubigerschutz erfordert wg. der ohnehin bestehenden akzessorischen Gesellschafterhaftung keine persönliche Haftung des Handelnden

- Außerdem: C ist kein Handelnder iSd § 11 II GmbHG. Zustimmung zur Aufnahme der Geschäfte genügt nicht für „Handeln“.

## **B. Ansprüche der X-Bank gegen D**

### **I. § 488 I 2 BGB i. V. m. §§ 128, 1; 130 I HGB**

(-). D war nie Gesellschafter der Vorgründungs-OHG, ist erst mit Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages (und damit in der Vor-GmbH-Phase) hinzugekommen.

### **II. § 488 I 2 BGB i. V. m. den Grundsätzen über die Verlustdeckungshaftung**

(-) Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH kann zwar ausnahmsweise - bei Vermögenslosigkeit - als Außenhaftung ausgestaltet sein (s. u. Frage 2 A. III.). Voraussetzung aber: Anspruch der X-Bank gegen die Vor-GmbH aus § 488 I 2 BGB (-) arg.: **keine Haftungskontinuität zwischen Vorgründungs- und Vor-gesellschaft** (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rn. 38). Erforderlich ist vielmehr eine besondere Haftungsübernahme (Schuld- oder Vertragsübernahme, §§ 414, 415 BGB, 25 HGB). Dafür gibt der Sachverhalt hier nicht genug her.

## Frage 2

### A. Ansprüche des Y gegen B

**I. § 433 II BGB i. V. m. § 11 II GmbHG**  
(+), B war als Vertreter bei Abschluss des Vertrages mit Y Handelnder. Handeln im Namen der GmbH i. Gr. (= im Namen der Vorgesellschaft) genügt zudem im Interesse des Gläubigerschutzes nach heute h. M. für § 11 II HGB (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rn. 48).

**II. § 433 II BGB i. V. m. § 128, 1 HGB**  
(-): Die Vor-GmbH wurde nach der Aufgabe der Eintragungsabsicht nicht zur OHG (sog. unechte Vor-GmbH, vgl. dazu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rn. 32 f.), weil keine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit.

### III. § 433 II BGB i. V. m. den Grundsätzen über die Verlustdeckungs haftung

**1. Anspruch des Y gegen Vor-GmbH**  
(+)

### 2. Persönliche Haftung des B

#### a) Außenhaftung

Zwar Grundsatz: Verlustdeckungshaftung ist nur Innenhaftung  
Ausnahme aber : Außenhaftung (genauer: aus Gründen der Prozessökonomie - Vorgehen gegen Vorgesellschaft wäre unnötiger Umweg - ausnahmsweise direkte Geltendmachung des Anspruchs der GmbH aus Innenhaftung möglich) bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH (lies dazu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rn. 27; BGHZ 134, 341 ff. - anderes - nur Innenhaftung - soll wg. des Trennungsprinzipes - § 13 II GmbHG - für die Unterbilanzhaftung nach Eintragung der GmbH gelten, vgl. zuletzt BGH NJW-RR 2006, 255)

#### b) Inhalt: anteilige Haftung

so die h. M. (allerdings str.), hier also 1/3

### B. Anspruch des Y gegen E aus § 433 II i. V. m. den Grundsätzen über die Verlustdeckungshaftung

**Problem:** Ist E Gesellschafter der Vor-GmbH (bzw. als solcher zu behandeln)?

- lies dazu BGH NJW-RR 2005, 469 -

#### I. Anteilserwerb analog § 15 GmbHG durch Einigung D-E

(-) BGH (z. B. NJW 1997, 1507) verlangt für Veränderung Gesellschafterkreis Vor-GmbH eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. § 15 GmbHG gilt danach nicht analog, weil Gesellschaftsanteil erst mit der Eintragung existiert. (Möglich nur: Veräußerung des *künftigen* GmbH-Geschäftsanteils, die aber erst mit Eintragung GmbH wirksam wird).

#### II. Erwerb der Gesellschafterstellung durch (einstimmige) Änderung des Gesellschaftsvertrages

(-) Etwaige Einigung über Änderung ist jedenfalls nach § 125,1 BGB i. V. m. § 2 GmbHG nichtig

#### III. § 16 I GmbHG analog

§ 16 I GmbHG a. F. (danach der Gesellschaft gegenüber derjenige als Gesellschafter, dessen Erwerb ihr unter Nachweis des Überganges angemeldet wurde) war nach der Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 2005, 469) auf die Vor-GmbH entsprechend anzuwenden Das war schon vor der Reform bedenklich – wegen der Ablehnung der Analogie zu § 15 GmbHG erscheint es konsequenter, auch § 16 GmbHG (der Veräußerung Geschäftsanteil und damit dessen Existenz voraussetzt) nicht anzuwenden.

§ 16 I GmbHG n. F. passt jedenfalls nicht entsprechend, weil Anknüpfungs-

punkt dieser Vorschrift nicht die (formlos und damit auch bei der Vorgesellschaft mögliche) *Anmeldung* des Erwerbs, sondern die *Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste* (§ 40 GmbHG) ist. Eine derartige Eintragung ist aber erst nach Entstehung der GmbH möglich und ist hier im Übrigen auch nicht erfolgt.

#### **IV. Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft**

Nach BGH NJW-RR 2005, 469, 470 gelten die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft für Vor-GmbH - ebenso wie für fehlgeschlagene GmbH-Anteilsübertragung - nicht arg.: § 16 a. F. trifft abschließende - und zum Schutz der Gesellschaft/Gesellschafter ausreichende - Regelung. So kann man nach der Reform (wohl) nicht mehr argumentieren, wenn man § 16 I GmbHG auf die Vorgesellschaft nicht mehr entsprechend anwendet.

Geht man von fehlerhafter Gesellschaft auf, so ist E für die Vergangenheit als Gesellschafter zu behandeln – dann steht Y ein Anspruch zu.

#### **V. Allgemeine Rechtsscheingrundsätze**

(nur zu prüfen, wenn man IV. verneint):  
(-) Forderung des Y wurde vor der „Übertragung“ an E begründet, deshalb kein Vertrauen des Y auf den Rechtschein, dass E Gesellschafter geworden ist