

Die drei Phasen der Vorgesellschaft bei der Gründung einer GmbH

I. Vorgründungsgesellschaft

Voraussetzung: Gesellschafter haben sich verbindlich auf die Gründung einer GmbH ohne notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag (§ 2 I GmbHG) geeinigt

Rechtliche Behandlung: Erfordert der Umfang des Geschäftsbetriebs eine kaufmännische Einrichtung, so liegt gem. § 123 I S. 2 HGB eine OHG vor (wird gem. § 1 II HGB vermutet); anderenfalls eine GbR

Schuldnerin wird die Gesellschaft; die Gesellschafter haften gem. § 126 S. 1 HGB bzw. § 721 S. 1 BGB

II. Vor-GmbH

Voraussetzung: Gesellschaftsvertrag wurde notariell beurkundet (§ 2 I GmbH), aber die Eintragung im Handelsregister (§ 7 I GmbHG) ist noch nicht erfolgt

Rechtliche Behandlung: Es liegt noch keine GmbH vor (§ 11 I GmbHG)

➤ die „*werdende GmbH*“ ist eine rechtsfähige, körperschaftlich strukturierte Gesellschaft, die weder Personengesellschaft noch juristische Person ist; es handelt sich um eine „*Personenvereinigung sui generis*“

➤ Rechte/Pflichten der Vorgründungsgesellschaft gehen nicht auf die auf die Vor-GmbH über

III. Die GmbH

➤ notarieller Gesellschaftsvertrag liegt vor und es ist auch die Eintragung im Handelsregister erfolgt

➤ Rechte und Pflichten der Vor-GmbH gehen automatisch und identitätswahrend auf die GmbH über!

Einzelheiten zur Vor-GmbH

I. Geschäftsleitung und Vertretung

1. Die durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit zu bestellenden Geschäftsführer sind gem. § 35 GmbHG vertretungsberechtigt für alle Geschäfte zur Gründung der GmbH, also z.B. für die Anmeldung der Eintragung im Handelsregister
2. Für darüber hinausgehende Geschäfte bedürfen aber die Geschäftsführer der Zustimmung aller Gesellschafter ➤ fehlt diese Zustimmung handelt der Geschäftsführer als „*falsus procurator*“
➤ Achtung: § 37 II GmbH kommt vor der Eintragung der GmbH nicht zur Anwendung!

II. Die Haftung bei der Vor-GmbH

1. Haftung der Vor-GmbH

2. Handelndenhaftung, § 11 II GmbHG

- akzessorische Haftung mit dem Privatvermögen
- Haftung erlischt, sobald die GmbH ins Handelsregister eingetragen wurde

3. Haftung der übrigen Gesellschafter

a) Es kommt später zur Eintragung der GmbH

- ⇒ die Gfter trifft eine sog. „Unterbilanzhaftung“, die auch „Differenz- oder Vorbelastungshaftung“ genannt wird
- ⇒ die Gfter haften den Gläubigern nicht unmittelbar; es handelt sich um eine Innenhaftung, wonach die Gfter „proratarisch“, aber über den Betrag ihrer Einlage hinaus, für die Aufbringung des Stammkapitals haften, wenn das tatsächliche Kapital der Vor-GmbH geringer ist

b) Es kommt nicht mehr zur Eintragung der GmbH

⇒ die Gfter trifft eine sog. „Verlustdeckungshaftung“, wobei drei Fälle zu unterscheiden sind

aa) 1. Fall: Eintragung der GmbH war zunächst bezweckt, scheitert aber später aus unvorhergesehenen Gründen

⇒ keine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern, aber unmittelbare, persönliche Innenhaftung der Gfter für die Aufbringung des Stammkapitals [Gleichlauf mit Unterbilanzhaftung; vgl. dazu II. 3.a)].

⇒ Verweisung auf eine Innenhaftung ist dem Gläubiger jedoch unzumutbar, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist; in diesem Fall besteht eine Außenhaftung

bb) 2. Fall: Die Eintragung der GmbH war von Anfang nicht beabsichtigt (sog. „bewusstes Scheitern“)

⇒ es liegt eine sog. „unechte Vor-GmbH“ vor, auf die das Recht der Vor-GmbH als sog. „Durchgangsstadium“ nicht angewendet werden kann

⇒ es liegt damit - je nach Umfang des Geschäftsbetriebs - eine GbR oder eine OHG vor, sodass die Gfter gem. § 126 S. 1 HGB bzw. § 721 S. 1 BGB persönlich haften

cc) 3. Fall: Die Eintragung der GmbH war beabsichtigt, wird aber später aufgegeben, die Geschäfte werden aber im Namen der Vorgesellschaft weiter geführt

➤ auch hier kommen – wie im 2. Fall – die Grundsätze zur „unechten Vor-GmbH“ zur Anwendung (allg. Meinung) und zwar nach Ansicht des BGH rückwirkend (str.)

➤ nach Ansicht des BGH haften die Gesellschafter also auch für die Verbindlichkeiten, die vor der Aufgabe der Eintragungsabsicht entstanden sind, persönlich nach § 126 S. 1 HGB bzw. § 721 S. 1 BGB