

Markus Brauer, Christian Altenhofen
Übungen im Kapitalgesellschaftsrecht
De Gruyter Studium

JURA

Juristische Ausbildung

Übungen

Herausgegeben von

Professor Dr. Nikolaus Bosch, Bayreuth

Professor Dr. Martin Eifert, Berlin

Professor Dr. Thorsten Kingreen, Regensburg

Professor Dr. Nina Nestler, Bayreuth

Professor Dr. Jens Petersen, Potsdam

Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg

Professor Dr. Michael Stürner, Konstanz

Markus Brauer, Christian Altenhofen

Übungen im Kapital- gesellschaftsrecht



Mit Bezügen zum Kapitalmarktrecht

2., neu bearbeitete Auflage

DE GRUYTER

Dr. Markus Brauer, Richter am Landgericht Hamburg.
Dr. Christian Altenhofen, Universität Passau.

ISBN 978-3-11-052527-4
e-ISBN (PDF) 978-3-11-052632-5

Library of Congress Control Number: 2018938682

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Einbandabbildung: Jack Hollingsworth/Photodisc/thinkstock
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Vorwort

Wir legen die „Übungen im Kapitalgesellschaftsrecht mit Bezügen zum Kapitalmarktrecht“ in 2. Auflage als Gemeinschaftswerk aus Wissenschaft und Praxis vor. Unser Fallbuch wendet sich primär an Studierende des Schwerpunktbereichs, eignet sich aber auch gut zur Vorbereitung auf ein wirtschaftsrechtliches Praktikum oder die Anwaltsstation in einer Wirtschaftskanzlei.

In erster Linie verarbeiten die Übungsfälle weiterhin die Klassikerprobleme des Kapitalgesellschaftsrechts unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebung und Rechtsprechung. Angesichts der stark gestiegenen praktischen Bedeutung räumen wir darüber hinaus den prominentesten kapitalmarktrechtlichen Fragestellungen Raum ein.

Unser Ziel ist es zu zeigen, wie sich die anspruchsvollen, im späteren Verlauf des Studiums vor allem durch Vorlesungen und Lehrbücher vermittelten abstrakten Inhalte im Fall wiederfinden und in der gutachtlichen Falllösung aufbereiten lassen. Dabei sind Kapitalgesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – wie andere „Spezialmaterien“ auch – kein isoliertes Sonderrecht. Immer wieder sind Verbindungen zu allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften herzustellen. Weiterführende Hinweise in den Falllösungen runden das Wissen ab und erleichtern punktuelles Nachlesen. Es sollte nicht Ihr Anspruch sein, auf alle in den Lösungsvorschlägen angesprochenen Gesichtspunkte zu kommen. Im Fokus steht: Erkennen und Behandeln der Schwerpunktprobleme.

Die Fälle zum Kapitalgesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht sind anspruchsvoll, unsere Vorschläge zur Falllösung so vollständig wie möglich. Dazu beigetragen haben wertvolle Hinweise von Freunden, Kollegen und Studenten. Ausdrücklich bedanken möchten wir uns bei Herrn *Thomas Weierer* (Wiss. Mitarb. der Universität Passau) und den studentischen Mitarbeitern *Maximilian Hirschfeld* und *Theresa Preis*, die uns mit besonderem Engagement und ihrem Spezialwissen unterstützt haben.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg und Freude bei der Anwendung und Vertiefung des erworbenen Wissens!

Hamburg, im Januar 2018
Dr. Markus Brauer

Passau, im Januar 2018
Dr. Christan Altenhofen

Inhalt

Fall 1: Frühstart ins Gesellschaftsleben

Schwerpunkte: Haftung in den Gründungsstadien; Kapitalaufbringung; mangelhafte Sacheinlage, verdeckte Sacheinlage — **5**

Fall 2: Handel im Wandel

Schwerpunkte: Mantelgründung; Verrechnung von
Gesellschafterssicherung mit Einlageforderung; Einlageerbringung
durch Zahlung an Dritte — **28**

Fall 3: Astronomische Sanierungspläne

Schwerpunkte: Kapitalmaßnahmen; Anfechtung; Squeeze-out — **45**

Fall 4: Belastende Entlastung

Schwerpunkte: Anfechtung von Beschlüssen in der GmbH;
Anwesenheits- und Rederecht des Gesellschafters; Entlastung der
Geschäftsführung; positive Beschlussfeststellungsklage — **57**

Fall 5: Fehltritte in der Geschäftsführung

Schwerpunkte: Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat; Anfechtung
von Aufsichtsratsbeschlüssen — **74**

Fall 6: Lebensverlängernde Maßnahmen I

Schwerpunkte: Kapitalerhaltung; Gesellschafterdarlehen;
(eigenkapitalersetzende) Nutzungsüberlassung — **92**

Fall 7: Lebensverlängernde Maßnahmen II

Schwerpunkt: Insolvenzverschleppungshaftung — **107**

Fall 8: „Umwandlung“ und „Ausgliederung“ von Gesellschaftern

Schwerpunkte: Nachgründung; Kapitalerhaltung;
Gesellschafterausschluss — **121**

Fall 9: Aktionärsrechte

Schwerpunkte: Auskunftsrecht des Aktionärs; ungeschriebene
Hauptversammlungskompetenzen; Mitteilungspflichten nach §§ 21ff.
WpHG — **134**

Fall 10: Börsengang im Überschwang

Schwerpunkte: Kapitalmarktrecht: Haftung am Primärmarkt, insbesondere Prospektpflichten — **146**

Fall 11: Kreativ am Kapitalmarkt

Schwerpunkte: Haftung am Sekundärmarkt; Ad-hoc-Mitteilungspflicht; Insiderhandelsverbot; Marktmanipulation — **171**

Fall 12: (Ver)schiebung

Schwerpunkte: Konzernrecht; sog. qualifiziert faktischer Konzern; Existenzvernichtungshaftung — **183**

Fall 13: Anteilnahme

Schwerpunkte: Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen; Vinkulierungsklauseln; redlicher Zwischenerwerb; Haftung des Erwerbers — **196**

Abkürzungen

aaO	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
aE	am Ende
aF	alter Fassung
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Anfechtungsgesetz
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
Aufl	Auflage
AcP	Archiv für civilistische Praxis
BaFin	Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BörsG	Börsengesetz
BörsZulV	Börsenzulassungsverordnung
Buchst	Buchstabe
Bzw	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
dh	das heißt
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f	folgende/folgender
ff	fortfolgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-R	GmbH-Rundschau
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hM	herrschende Meinung
HRB	Handelsregister B
i.Gr.	in Gründung
iHv	in Höhe von
iRv	im Rahmen von
iE	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
iVm	in Verbindung mit
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des (der)

X — Abkürzungen

iSe	im Sinne eines (einer)
iü	im Übrigen
KölnKomm	Kölner Kommentar
Ltd	Limited
LG	Landgericht
lit	Buchstabe
mbH	mit beschränkter Haftung
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
og	oben genannten (genannter)
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
pVV	positive Vertragsverletzung
Rn	Randnummer
StGB	Strafgesetzbuch
s	siehe
S	Seite
Str	strittig
TOP	Tagesordnungspunkt
ua	unter anderem/und andere
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Var	Variante
WpAIV	Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der Pflicht zur Führung von Insiderverzeichnissen nach dem Wertpapierhandelsgesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpPG	Wertpapierprospektgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Fall 1: Frühstart ins Gesellschaftsleben

Alf Anselm und Bert Bracht, die ihr BWL-Studium vor langer Zeit abgebrochen haben, planen, inspiriert von den Geschichten aus dem Silicon Valley, die Gründung eines eigenen Startups. Ihre Geschäftsidee: Exquisites Hundefutter. Das Angebot soll 32 unterschiedliche Sorten umfassen, die jeweils aus den erlesensten Zutaten bestehen. Dies ist zwar besonders teuer in der Produktion, jedoch vertrauen die beiden darauf, dass nach der Finanzkrise das Geld ihrer potentiellen Kunden wieder locker sitzt. Und schließlich sei ja auch der Hund der beste Freund des Menschen. Was sollte da schon schief gehen?

Anselm und Bracht verabreden zunächst mündlich, eine „Premium Dog Food GmbH“ zu gründen. Das Stammkapital soll € 25.000,- betragen. Anselm soll eine Bareinlage von € 10.000,- leisten, Bracht soll ebenfalls € 10.000,- einzahlen und außerdem seinen VW Golf (Wert: € 5.000,-) in die Gesellschaft einlegen. Anselm und Bracht wollen die Geschäfte der Gesellschaft gemeinsam führen.

Um insbesondere Fleisch und Fisch lagern zu können, begeben sich Anselm und Bracht am 1.9.2017 zum Fachgeschäft von Heiner Hindel und erwerben dort einen Industriekühlschrank im Namen der „Premium Dog Food GmbH“. Der Kaufpreis von € 6.000,- wird ihnen bis Ende Oktober 2017 gestundet.

Zwei Wochen später, am 15.9.2017, begeben sie sich zum Notar, der den Gesellschaftsvertrag (insbesondere mit den vorgesehenen Einlagen und der Einsetzung von Anselm und Bracht als Geschäftsführer) beurkundet. Nachdem Anselm € 5.000,- auf seine Stammeinlage auf ein Konto der Gesellschaft eingezahlt hat, Bracht ebenfalls € 5.000,- bezahlt und den VW Golf eingebracht hat, stellt der Notar den Eintragungsantrag zum Handelsregister.

Da Anselm und Bracht am 18.9.2017 ein günstiges Angebot über exquisites argentinisches Rindfleisch im Internet ausmachen, das sie zu Hundefutter verarbeiten wollen und mit dem sie den Kauf des Kühlschranks zu finanzieren gedenken, bestellen sie dieses im Namen der „Premium Dog Food GmbH i.Gr.“ bei Irmtraud Immel zum Preis von € 10.000,-. Das Rindfleisch wird umgehend geliefert.

Anselm und Bracht zerstreiten sich in der Folge, weil sich die Geschäfte wider Erwarten schlecht entwickeln. Das eingezahlte Barkapital ist bald ersatzlos aufgrund von Personal- und Mietkosten verbraucht. Anselm und Bracht nehmen daraufhin am 1.11.2017 den Antrag auf Eintragung ihrer GmbH in das Handelsregister zurück und beenden ihre Geschäftstätigkeit umgehend. Hindel und Immel, die davon erfahren, möchten wissen, an wen sie sich wegen ihrer Ansprüche halten können.

Variante 1

Sachverhalt, wie im Grundfall geschildert, mit folgender Änderung: Wie ist die Rechtslage hinsichtlich der Ansprüche von Hindel und Immel, wenn Anselm und Bracht den Eintragungsantrag nicht zurückziehen und die GmbH doch noch in das Handelsregister eingetragen wird? Welche weiteren Ansprüche bestehen gegen Anselm und Bracht?

Variante 2

Anselm und Bracht haben die Anfangsschwierigkeiten überwunden, das Geschäft kommt langsam ins Rollen. Die Gesellschaft wird in das Handelsregister eingetragen. Bald mangelt es jedoch an Liquidität. Man beschließt, die noch ausstehenden Einlagen möglichst bald einzuzahlen. Anselm und Bracht zahlen auch wirklich am 1.11.2017 je weitere € 5.000,– auf das Geschäftskonto der GmbH ein.

Wenig später erweist sich, dass der VW Golf von vornherein einen selbst für fachkundige Personen nicht erkennbaren irreparablen Motorschaden hatte, dem das Auto schließlich erliegt (Restwert: € 500,–).

Am 1.12.2017 liefert Anselm der Gesellschaft mehrere Laptops und Smartphones und erhält dafür den (angemessenen) Preis von insgesamt € 7.000,– ausgezahlt.

Als die Gesellschaft ein Jahr später insolvent ist, fragt sich der zuständige Insolvenzverwalter Ingo Itzig, ob der GmbH noch Ansprüche gegen Anselm und Bracht mit Blick auf die beschriebenen Vorgänge zustehen und ob sie Gegenansprüchen ausgesetzt sein wird.

Gliederung

Lösung des Ausgangsfalls — 5

A. Ansprüche des H — 5

I. Anspruch des H gegen die „Premium Dog Food“ GmbH auf Zahlung von € 6.000,- gem. § 433 Abs. 2 BGB — 5

II. Anspruch des H gegen die A,B-GbR auf Zahlung von € 6.000,- gem. § 433 Abs. 2 BGB — 5

1. Rechtsfähigkeit und Bestehen der GbR — 6
2. Wirksamer Kaufvertrag — 6
3. Erlöschen der Haftung durch Entstehen der Vor-GmbH — 7
4. Einrede der Stundung — 7
5. Ergebnis — 7

III. Ansprüche des H gegen A und B auf Zahlung von € 6.000,- — 7

1. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog — 7
2. Anspruch aus § 179 BGB — 7
3. Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG — 8

B. Ansprüche der I — 9

I. Anspruch der I gegen die Vor-GmbH auf Zahlung von € 10.000,- gem. § 433 Abs. 2 BGB — 9

1. Bestehen und Wesen der Vor-GmbH — 9
2. Wirksamer Kaufvertrag — 9
3. Ergebnis — 9

II. Ansprüche der I gegen A und B auf Zahlung von € 10.000,- — 10

1. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog — 10
2. Anspruch aus der sog. Verlustdeckungshaftung — 11
3. Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG — 12

Lösung von Variante 1 — 12

A. Ansprüche des H — 13

I. Ansprüche des H gegen die Vorgründungsgesellschaft — 13

II. Ansprüche gegen A und B — 13

III. Gegen die GmbH auf Zahlung von € 6.000,- aus Kaufvertrag (§ 433 II BGB) i.V.m. §§ 25 ff. HGB — 13

B. Ansprüche der I — 13

I. Ansprüche gegen die Vor-GmbH — 13

II. Ansprüche gegen A und B (aus dem Stadium der Vorgesellschaft) — 14

III. Ansprüche gegen die GmbH auf Zahlung von € 10.000,- aus Kaufvertrag — 14

C. Ansprüche der GmbH — 14

I. GmbH gegen A, B auf Zahlung von € 10.000,- (bzw. auf Ausgleich der konkreten Unterbilanz) aus sog. Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) — 14

II. Anspruch der GmbH gegen A, B auf Zahlung von je € 5.000,- aus dem Gesellschaftsvertrag — 15

Lösung von Variante 2 — 15

A. Ansprüche der GmbH wegen der Einlage des VW Golf — 15

I. Ansprüche der GmbH gegen B — 15

1. GmbH gegen B auf Zahlung von € 4.500,- aus § 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG — 15

2. GmbH gegen B auf Reparatur des VW Golf (Nacherfüllung), §§ 453, 437 Nr. 1 BGB analog — 16
 3. GmbH gegen B auf Zahlung von € 4.500,— aus §§ 453, 437 Nr. 2, 441 BGB — 16
 4. GmbH gegen B auf Rückübertragung des Gesellschaftsanteils aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 S. 1 BGB — 17
 5. GmbH gegen B auf Zahlung von € 5.000,— aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 S. 1 BGB — 18
 6. GmbH gegen B auf Zahlung von € 5.000,— aus §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB — 18
- II. Ansprüche der GmbH gegen A — 18
- B. Rechtslage bzgl. des Kaufs der Laptops und Smartphones — 18
- I. Ansprüche der GmbH gegen A — 19
1. GmbH gegen A auf Zahlung von € 7.000,— aus §§ 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG — 19
 2. GmbH gegen A auf Zahlung von € 7.000,— aus §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 14, 19 GmbHG — 20
 3. GmbH gegen A auf Zahlung von € 7.000,— aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Leistungskondition) — 23
- II. Ansprüche des A gegen die GmbH wegen des Erwerbs der Laptops und Smartphones — 23
- III. Anspruch der GmbH gegen B wegen der Laptops und Smartphones — 23
1. GmbH gegen B auf Zahlung von € 7.000,— (Bareinlage) aus dem Gesellschaftsvertrag i.V.m. § 24 GmbHG — 23
 2. GmbH gegen B auf Zahlung von € 7.000,— aus §§ 31 Abs. 1, 30 Abs. 1, 31 Abs. 3 GmbHG — 24

Lösung des Ausgangsfalls

Schwerpunkte: Haftung in den Gründungsstadien;
Kapitalaufbringung: mangelhafte Sacheinlage, verdeckte Sacheinlage

Hinweis: Bei der Gründung einer GmbH lassen sich drei Stadien unterscheiden: In der Phase bis zur Errichtung der GmbH liegt eine Vorgründungsgesellschaft vor, bei der es sich um eine GbR oder OHG handelt. Im Stadium zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft liegt eine Vor-GmbH vor. Für sie gelten die Regeln der GmbH entsprechend, mit Ausnahme der Regelungen, die die Eintragung erfordern. Erst nach der Eintragung ins Handelsregister existiert die GmbH als solche (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG).

A. Ansprüche des H

I. Anspruch des H gegen die „Premium Dog Food GmbH“ auf Zahlung von € 6.000,– gem. § 433 Abs. 2 BGB

H könnte ein Anspruch auf Zahlung von € 6.000,– gegen die „Premium Dog Food GmbH“ zustehen. Dazu müsste die GmbH als juristische Person existieren, d.h. wirksam gegründet worden sein. Voraussetzung hierfür sind Errichtung und Eintragung der GmbH (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG). Die **Errichtung** liegt vor, wenn ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag vorliegt (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 GmbHG). Das war hier aber erst am 15.9.2017 der Fall. Somit bestand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 1.9.2017 noch keine GmbH. Im Stadium vor Errichtung der Gesellschaft handelt es sich vielmehr um eine **Vorgründungsgesellschaft**.

II. Anspruch des H gegen die A,B-GbR auf Zahlung von € 6.000,– gem. § 433 Abs. 2 BGB

H könnte gegen die A,B-GbR (Vorgründungsgesellschaft) einen Anspruch auf Zahlung der € 6.000,– aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Dazu müsste eine GbR bestehen und zwischen dieser und H ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein.

1. Rechtsfähigkeit und Bestehen der GbR

- a) Die **Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR** ist heute allgemein anerkannt.¹ Die GbR ist selbst Trägerin von Rechten und Pflichten und konnte folglich Vertragspartei sein.
- b) Zudem müsste ein wirksamer Gesellschaftsvertrag geschlossen worden sein (vgl. § 705 BGB). A und B haben gemeinsam verabredet, eine GmbH zu gründen. Ein geeigneter Zweck der GbR liegt damit vor. Der Gesellschaftsvertrag einer GbR bedarf keiner besonderen Form und konnte somit mündlich geschlossen werden.
- c) Zu überlegen ist aber, ob es sich bei der Gesellschaft nicht anstelle einer GbR um eine OHG handeln könnte. Nach §§ 105 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HGB spricht eine grundsätzliche Vermutung für die OHG, wenn – wie im Fall – ein Gewerbe, also ein äußerlich erkennbarer, planmäßig betriebener, auf Dauer ausgelegter und mit Gewinnabsicht geführter Geschäftsbetrieb betrieben wird. Doch ist diese Vermutung widerleglich, und nach den Angaben im Sachverhalt darf davon ausgegangen werden, dass das Gewerbe von A und B zum Zeitpunkt des Erwerbs des Kühlschranks keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Sie kauften lediglich den Kühlschrank. Eine weitere Betätigung der GbR lag nicht vor. Das spricht dafür, letztlich doch von einer A, B-GbR auszugehen.

2. Wirksamer Kaufvertrag

Zwischen der GbR und H müsste am 1.9.2017 ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein.

- a) H hat die seinerseits erforderliche Willenserklärung im Sinne der §§ 145 ff. BGB – ob Angebot oder Annahme lässt sich nach dem Sachverhalt nicht sagen – entweder selbst abgegeben oder er ist insoweit durch einen Angestellten vertreten worden (vgl. §§ 164 ff. BGB).
- b) Beim Abschluss des Kaufvertrages müsste die GbR von A und B wirksam vertreten worden sein. Dies richtet sich nach den §§ 164 ff. BGB. A und B haben (konkludent) eine eigene Willenserklärung abgegeben, dies allerdings nicht im Namen der GbR, sondern im Namen der „Premium Dog Food GmbH“. Gleichwohl trafen die Rechtsfolgen der Erklärung von A und B die GbR. Denn die Auslegung der Erklärung nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass A und B für einen von ihnen betriebenen Unternehmensträger handeln wollten,

¹ Seit dem Grundsatzurteil des BGH v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 (ARGE Weißes Roß) wird die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR nicht mehr bestritten.

vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB (sog. **unternehmensbezogenes Geschäft**). Schließlich waren A und B auch die organschaftlichen Vertreter der GbR und handelten damit mit Vertretungsmacht.

3. Erlöschen der Haftung durch Entstehen der Vor-GmbH

Die Schuld der GbR ist auch nicht durch das spätere Entstehen einer Vor-GmbH auf diese Gesellschaft übergegangen. Vorgründungs- und Vorgesellschaft sind nicht identisch. Bei der Vorgesellschaft handelt es sich um eine bereits der späteren GmbH angenäherte Gesellschaft, während die Vorgründungsgesellschaft ausschließlich auf die Gründung ausgerichtet ist. Die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft bleiben auch in den weiteren Phasen der GmbH-Entstehung bestehen.

4. Einrede der Stundung

Die Einrede der Stundung besteht im November 2017 nicht mehr, da der Kaufpreis nur bis Oktober gestundet war.

5. Ergebnis

Die A,B-GbR schuldet H aus dem Kaufvertrag die Zahlung von € 6.000.

III. Ansprüche des H gegen A und B auf Zahlung von € 6.000,–

1. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog

H hat einen Anspruch gegen A und B gemäß § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog, wenn eine Verbindlichkeit der Gesellschaft vorliegt und A und B deren Gesellschafter sind. Wie oben dargelegt, entstand H ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegenüber der GbR. A und B sind die Gesellschafter der A,B-GbR. Durch die Entstehung der Vorgesellschaft ändert sich hieran nichts. Der Anspruch auf Zahlung der € 6.000,– besteht auch gegenüber A und B persönlich.

2. Anspruch aus § 179 BGB

Darüber hinaus könnten A und B als Vertreter ohne Vertretungsmacht haften, weil sie im Namen der GmbH aufgetreten sind, in Wirklichkeit aber „nur“ eine GbR existierte.

Das führt aber nicht zur Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB. Zwar ist das Auftreten für nicht existente Personen grundsätzlich ebenso von § 179 Abs. 1 BGB erfasst. Wie oben gezeigt, führen aber die Grundsätze über das unternehmensbezogene Geschäft gerade dazu, dass dem H sehr wohl ein Schuldner zur Verfügung stand. A und B sind damit nicht für eine nicht existente Person aufgetreten, sondern lediglich für eine „so nicht existente“ Person. Eine Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB käme nur dann in Betracht, wenn H dadurch eine Verschlechterung erlitten hätte. Dies ist hier gerade nicht der Fall: Dem H stehen hier sowohl die GbR, als auch die Gesellschafter A und B persönlich als Haftungsschuldner zur Verfügung.

A und B haften daher nicht nach § 179 Abs. 1 BGB.

Hinweis: H steht hier sogar besser, als er stünde, hätte er mit der GmbH kontrahiert. In diesem Fall stünden ihm nämlich keine Ansprüche gegen die Gesellschafter zu. Umstritten ist dagegen der entgegengesetzte Fall, nämlich bei Handeln für eine GmbH unter Weglassen des Rechtsformzusatzes (§ 4 AktG; § 4 GmbHG). Der BGH nimmt hier eine kumulative Haftung von GmbH und Vertreter an. Es handle sich dabei um eine verschuldensunabhängige Garantiehaf tung, die auf einem Rechtsschein analog § 179 BGB basiere.² Dagegen spricht sich ein Teil der Literatur für eine Haftung aus c.i.c. aus, was dogmatisch überzeugt: Eine Parallele zu § 179 BGB kann schon deshalb nicht gezogen werden, weil dieser gerade nicht zu einer kumulativen Haftung, sondern vielmehr nur zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht führt.³

3. Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG

Ein Anspruch des H gegen A und B gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG besteht vor Errichtung der Gesellschaft nicht. Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut, jedoch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift: Durch die Handelndenhaftung soll Druck auf die Geschäftsführer ausgeübt werden, damit diese schnellstmöglich für die Eintragung der GmbH im Handelsregister sorgen. Dies ist vor Errichtung der Gesellschaft (noch) gar nicht möglich. Ein Rückgriff auf § 11 Abs. 2 GmbHG kommt daher nicht in Betracht.

² BGH Urt. v. 24.6.1991 – II ZR 293/90, NJW 1991, 2627.

³ Vgl. *Altmeppen* NJW 2012, 2833 m.w.N.

B. Ansprüche der I

I. Anspruch der I gegen die Vor-GmbH auf Zahlung von € 10.000,– gem. § 433 Abs. 2 BGB

I könnte gegen die Vor-GmbH einen Anspruch auf Zahlung der € 10.000,– aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Dazu müsste eine Vor-GmbH bestehen und zwischen dieser und I ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein.

1. Richtiger Anspruchsgegner

Der Abschluss des Kaufvertrages am 18.9.2017 lag zeitlich nach der Errichtung der GmbH am 15.9.2017, aber noch vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister. Somit existierte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Vor-GmbH. Die Vor-GmbH ist als Gesellschaft sui generis rechtsfähig (sie ist Gläubigerin der Einlagen) und kann damit Partei des Kaufvertrages sein.

Hinweis: Auf die Vor-GmbH finden grds. die Vorschriften über die GmbH Anwendung, soweit sie nicht die Eintragung in das Handelsregister voraussetzen. Nicht anwendbar ist daher die Haftungsbeschränkung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) auf die Gesellschaft, da diese die wirksame Eintragung voraussetzt. Anwendung finden dagegen bspw. die Regelungen über die Abstimmung: Während bei Personengesellschaften nach Köpfen abgestimmt wird, richtet sich die Abstimmung in der GmbH und damit auch in der Vor-GmbH nach den Kapitalanteilen. Als lediglich unternehmensinterne Angelegenheit bedarf dies nicht der Eintragung ins Handelsregister.

2. Wirksamer Kaufvertrag

Ein wirksamer Vertragsschluss zwischen I und der Vor-GmbH liegt vor. Die Vor-GmbH wurde von A und B gemeinschaftlich vertreten (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG analog).

3. Ergebnis

Damit haftet die Vor-GmbH der I auf Zahlung von € 10.000,–.

II. Ansprüche der I gegen A und B auf Zahlung von € 10.000,–

1. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog

- a) Ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 128 HGB analog setzt an sich lediglich voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde und A und B Gesellschafter der Vor-GmbH sind. Beides ist hier zu bejahen.
- b) Dennoch geht der BGH davon aus, dass im Falle einer Vor-GmbH eine unmittelbare, persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB (analog) ausscheidet. Zwar sei die „Beschränkung“ der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen Folge der Eintragung. Der BGH argumentiert aber, dass die spätere – zunächst auf eine Analogie zu §§ 9 Abs. 1, 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG a.F. gegründete – „Unterbilanzhaftung“ (betreffend das Stadium nach der Eintragung, dazu unten Variante 1 C. I.), die einhellig als reine Innenhaftung angesehen wird, bereits in das Vorstadium, in das Stadium der Vor-GmbH zu übertragen sei. Die hier, in der Vor-GmbH, zu vertretende Haftung, die er „**Verlustdeckungshaftung**“ nennt, sei das komplementäre Vorstadium zur späteren Unterbilanzhaftung. Die Unterbilanzhaftung, also die Haftung auf den Ausgleich einer unzulässigen Unterbilanz im GmbH-Vermögen zum Zeitpunkt der Eintragung, hält der BGH für den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens: Die Gläubiger dürften erwarten, zumindest zur Zeit der Eintragung ein Grund- bzw. Stammkapital vorzufinden, das nur durch die zulässigen Belastungen, etwa durch die Gründungskosten, angegriffen sei. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob wegen Überbewertung einer Sacheinlage (s. §§ 9, 9c GmbHG) Geld nachgeschossen werden müsse, weil der Einlagewert gar nicht erst erreicht worden sei, oder ob der (Bar- oder Sach-) Einlagewert zwar zunächst erreicht, in der Folge aber wieder vermindert worden sei. Dieser Gedanke des (gesellschaftsinternen) „Verlustausgleichs“, entwickelt aus dem Kapitalaufbringungsprinzip, greife auch schon im Stadium der Vor-GmbH und führe ebenso zur Innenhaftung. Nur in Ausnahmefällen – so etwa bei Aufgabe der Eintragsabsicht und Fortführung des Geschäftsbetriebs – komme eine Außenhaftung in Frage.⁴
- c) Auf der Basis dieser zutreffenden Erwägungen scheidet eine Haftung gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog aus.

⁴ A.A. Altmeppen NJW 1997, 3272.

Hinweis: Die Diskussion um die Haftung in der Vorgesellschaft hat noch weitere Stadien durchlaufen. Ursprünglich galt das sog. Vorbelastungsverbot. Danach war es grundsätzlich vor Eintragung der Gesellschaft verboten, das Gesellschaftsvermögen zu belasten. Hintergrund war der Grundsatz der Kapitalaufbringung, der durch die Aufnahme von Geschäften und Eingehung von Verbindlichkeiten als gefährdet angesehen wurde. Auf der anderen Seite war jedoch das wirtschaftliche Bedürfnis an der vorzeitigen Aufnahme von Geschäften nicht zu leugnen. In der Rechtsprechung wurde daher das Vorbelastungsverbot aufgegeben und durch die Verlustdeckungshaftung (vor Eintragung) bzw. die Vorbelastungshaftung/Unterbilanzhaftung (nach Eintragung) ersetzt.⁵

2. Anspruch aus der sog. Verlustdeckungshaftung

- a) Wie gesehen, sieht der BGH es mangels Regelung des Vorgesellschaftsstadiums im GmbHG als geboten an, den – schon im Recht der GmbH nur im Analogiewege zu entwickelnden – Gedanken einer Verlustausgleichspflicht auf die Vorgesellschaft zu übertragen.
- b) Voraussetzung der Verlustdeckungshaftung ist ein **Verlust** der Vor-GmbH, erwirtschaftet im Zeitraum vor der Eintragung. Hier sind die Einlagen, die an die Vor-GmbH geflossen waren, vollständig aufgebraucht, das „Stammkapital“ ist mithin nicht mehr gedeckt.
- c) Die Folge ist jedoch, wie bereits angedeutet, grundsätzlich die **Innenhaftung** von A und B gegenüber der „Premium Dog Food GmbH i.Gr.“.
- d) A und B könnten allenfalls deshalb in die **Außenhaftung** geraten sein, weil sie ihre Eintragsabsicht später aufgaben. Die Rechtsprechung nimmt nämlich an, dass im Fall des Aufgebens der Eintragsabsicht die Gesellschafter eben doch eine OHG betreiben wollen. Sie müssten dann auch – und zwar auch für sämtliche „Altverbindlichkeiten“ aus der Zeit vor dem Falllassen der Eintragsabsicht⁶ – persönlich haften. Diese Außenhaftung setzt aber in der Logik des Rechtsprechungsansatzes voraus, dass die Geschäftstätigkeit von den Gesellschaftern trotz fehlender Eintragsabsicht fortgeführt wird. A und B haben ihre Tätigkeit jedoch umgehend beendet.

Exkurs: Auch wird eine Außenhaftung für den Fall der Einmann-GmbH zugelassen, da insofern ein Verweis der Gläubiger auf Ansprüche gegen die Gesellschaft ein unnötiger Umweg wäre. Schließlich wird dies auch für den Fall angenommen, dass die Gesellschaft keine weiteren Gläubiger hat.

⁵ BGH Urt. v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, NJW 1997, 1507 und BGH Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 204/00, NJW 2003, 429; zu den verschiedenen Stadien, die die Rechtsprechung durchlaufen hat, sowie zu der Terminologie s. *Raiser/Veil* S. 443 ff.

⁶ BGH Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 204/00, NJW 2003, 429.

- e) Ergebnis: A und B haften der I nicht aus der Verlustdeckungshaftung.

3. Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG

Hinweis: Hier geht es nun um Ansprüche gegen A und B in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer, während bislang ihre Stellung als Gesellschafter Grundlage für die Haftung war.

- a) Handelndeneigenschaft

Für einen solchen Anspruch müssten A und B zunächst als „Handelnde“ einzustufen sein. Die Auslegung des Handelndebegriffs ergibt, dass nur Geschäftsführungsorgane von dieser Norm erfasst sein sollen, zumal sich § 11 GmbHG nur an sie richtet. Die Handelndenhaftung soll als „Druckmittel“ die Geschäftsführungsorgane dazu veranlassen, die Eintragung zügig herbeizuführen. Da A und B als Geschäftsführer aufgetreten sind, sind sie Handelnde i.S.d. § 11 Abs. 2 GmbHG.

- b) Auftreten für Gesellschaft

Sie müssen weiter im Namen der Gesellschaft aufgetreten sein. Würde man hier ausschließlich ein Auftreten für die spätere GmbH ausreichen lassen, so hafteten A und B im Fall nicht. Ein solch restriktives Verständnis wäre aber unzutreffend. Denn aus Sicht eines Vertragspartners macht es hinsichtlich der Haftungssituation keinerlei Unterschied, ob im Namen der späteren GmbH aufgetreten wird oder im Namen der Vor-GmbH. Stets haftet ihm nicht dasjenige Haftungssubjekt, das er erwarten durfte (zumal es sich hier um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt), und diese Situation wird auch nicht durch eine persönliche Außenhaftung der Gesellschafter kompensiert. Entscheidend ist ferner der Umstand, dass Vor-GmbH und GmbH identisch sind. Gehandelt wurde somit im Ergebnis für denselben Rechtsträger.

- c) Ergebnis

A und B haften damit der I aus § 11 Abs. 2 GmbHG auf Zahlung von € 10.000,—.

Lösung von Variante 1

Hinweis: Mit der Eintragung ist die GmbH entstanden. Variante 1 dreht sich um die Frage, was mit Ansprüchen passiert, die in einer der Gründungsphasen der GmbH entstanden sind.