

Erik Kießling
Vorgründungs- und Vorgesellschaften



Erik Kießling

Vorgründungs- und Vorgesellschaften

Zu Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen
bei AG, GmbH, e. G. und e.V.



1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Diese Untersuchung wurde mit dem Forschungsförderpreis
der Vereinigung der „Freunde der Universität Mainz e.V.“ ausgezeichnet

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft
D 77

Ⓢ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kießling, Erik:

Vorgründungs- und Vorgesellschaften : zu Struktur und Kontinuität
der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, e.G. und e.V. / Erik Kieß-
ling. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1999

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-11-016460-4

© Copyright 1999 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, D-10785 Berlin.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Datenkonvertierung: buslau intercom services, 12161 Berlin
Druck und Bindearbeiten: Hubert & Co., 73079 Göttingen

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde zum Beginn des Wintersemesters 1998/99 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Sie befindet sich im wesentlichen auf dem Stand von August 1998. Später erschienene Literatur konnte nur noch zum Teil und nur in den Fußnoten berücksichtigt werden. Insbesondere blieben die neuesten Überlegungen von Baumann (JZ 1998, S. 598 ff.), der mit einer „Vorgesellschaft in Anwartschaft“ den bisher bekannten Dualismus von Vorgründungs- und Vorgesellschaften bei der Gründung von Körperschaften scheinbar um eine dritte Stufe erweitert, unberücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Arndt Teichmann, der die Arbeit betreut und mich, wo immer es nötig wurde, sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht tatkräftig unterstützt hat. Diese Hilfe beschränkte sich keinesfalls auf die Promotionszeit selbst. Vielmehr griff Herr Professor Teichmann erste, während des Studiums im Rahmen eines Seminars entstandenen Überlegungen zum Gründungsstadium von Körperschaften interessiert auf, er beeinflusste sie mit seiner sehr sachkundigen Kritik maßgeblich und ermutigte mich nach dem Staatsexamen, der Problematik vertieft nachzugehen.

Nicht weniger bin ich Herrn Professor Dr. Walther Hadding verbunden. Dies gilt nicht nur für die von ihm übernommene Zweitkorrektur, sondern vor allem für die fachlich lehrreiche und persönlich sehr angenehme Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, in der er mir stets den nötigen Freiraum für die eigene Arbeit ließ und mit seiner ungemein lebenswürdigen Art in so manchen Diskussionen Fehlvorstellungen „zurechtrückte“.

Bedanken möchte ich mich darüber hinaus bei meinen Kollegen Frau Dr. Anja Steinbeck und insbesondere Herrn Dr. Joachim Hennrichs, der mir den Einstieg in das Umwandlungsrecht wesentlich erleichterte und immer wieder die Muße zu klärenden Gesprächen fand. Besonders bedanken möchte ich mich auch bei Frau Sabine Kadel und Herrn Dr. Burkhard Rinne, die die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens übernahmen und mir auch sonst als Freunde eine große Hilfe waren.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft und dem „Arbeitskreis Wirtschaft und Recht“ im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft danke ich für die großzügige sachliche Unterstützung bei der Entstehung und dem Druck der Arbeit sowie – in Person von Frau Dr. Dorothee Walther – dem Verlag Walter de Gruyter für die freundliche Aufnahme der Untersuchung in sein Programm.

Die Dissertation wäre ohne die unschätzbare Unterstützung meiner Eltern und vor allem meiner lieben Frau Anke nicht zustande gekommen. Ihnen widme ich die Arbeit.

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
I. Zum Gegenstand der Untersuchung	1
II. Zu den Motiven und Zielen einer Neubearbeitung der Gründungsverhältnisse von Körperschaften	3
III. Der Gang der Überlegungen	5
IV. Terminologisches	7
B. Zur Rechtsstruktur der Vorgründungsgesellschaften	10
I. Das Vorgründungsstadium	10
II. Die Vorgründungsgesellschaft als rechtlich relevante Gründervereinigung	12
III. Das auf die Vorgründungsgesellschaft anwendbare Recht	43
IV. Zusammenfassung	48
C. Zur Rechtsstruktur der Vorgesellschaften	49
I. Der Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Rechtsqualität der Vorgesellschaft	53
II. Die Abgrenzung anhand der herkömmlichen Einzelmerkmale des Körperschaftsbegriffs	63
III. Die Abgrenzung nach Rechtsfähigkeit und Vermögensstruktur	89
IV. Die generell begründete Annahme einer körperschaftlichen Struktur der Vorgesellschaften	112
V. Die gesellschaftsrechtliche Einordnung der Gründerverbände anhand der konkreten Strukturmerkmale personalistischer und korporativer Verbandsverfassungen	140
VI. Zusammenfassung	282
D. Das Verhältnis der verschiedenen Gründungsstadien zueinander	285
I. Das Verhältnis der Vorgesellschaft zur Korporation	285
II. Die unechte Vorgesellschaft	334
III. Die Rechtsverhältnisse des Vorgründungsstadiums im Moment der Errichtung der Körperschaft und der Eintragung der angestrebten juristischen Person	342
IV. Das Modell eines einzigen, einheitlichen Gründerverbandes	352
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	395
Literaturverzeichnis	399
Sachregister	423

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung.....	1
I. Zum Gegenstand der Untersuchung	1
II. Zu den Motiven und Zielen einer Neubearbeitung der Gründungsverhältnisse von Körperschaften	3
III. Der Gang der Überlegungen.....	5
IV. Terminologisches.....	7
B. Zur Rechtsstruktur der Vorgründungsgesellschaften	10
I. Das Vorgründungsstadium	10
II. Die Vorgründungsgesellschaft als rechtlich relevante Gründervereinigung.....	12
1. Die Vorgründungsvereinbarungen im engeren Sinn	13
a) Der Vorgründungsvertrag als schuldrechtlicher Vorvertrag	13
aa) Bestimmtheit des Vertragsverhältnisses	16
bb) Formbedürftigkeit des Vorvertrages.....	18
b) Der Vorgründungsvertrag als Gesellschaftsvertrag.....	27
2. Über den Vorvertrag hinausgehende Gründervereinbarungen	31
a) Die Erweiterung des einen, bestehenden Gesellschaftsverhältnisses.....	31
b) Die erstmalige Entstehung eines Gesellschaftsverhältnisses	34
c) Die einem Gesellschaftsverhältnis entgegenstehenden sonstigen Gründervereinbarungen.....	36
d) Die Theorie einer Doppelgesellschaft.....	37
3. Gründervereinbarungen anstelle eines Vorvertrages.....	41
III. Das auf die Vorgründungsgesellschaft anwendbare Recht	43
IV. Zusammenfassung	48
C. Zur Rechtsstruktur der Vorgesellschaften	49
I. Der Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Rechtsqualität der Vorgesellschaft.....	53
1. Die Vorgesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	53
2. Der bis zur Eintragung bestehende nicht rechtsfähige Verein	55
3. Das Modell eines Verbandes „sui generis“	58
4. Die Lehre von der unechten Gesellschaft im überkommenen Sinn	60
II. Die Abgrenzung anhand der herkömmlichen Einzelmerkmale des Körperschaftsbegriffs	63
1. Der überindividuelle Zweck der Vorgesellschaften.....	66

2. Der (Gesamt-)Name und die Firma der Vorgesellschaften.....	70
3. Die Gründervereinigungen als Gelegenheitsgesellschaften	75
4. Die größere Anzahl der an der Gründung beteiligten Personen	80
5. Die durch Satzung organisierte Verfassung juristischer Personen.....	84
III. Die Abgrenzung nach Rechtsfähigkeit und Vermögensstruktur.....	89
1. Die Rechtssubjektivität der Gründerverbände.....	89
2. Das Vermögen der Vorgesellschaften als gesamthänderisch gebundenes Vermögen	104
IV. Die generell begründete Annahme einer körperschaftlichen Struktur der Vorgesellschaften.....	112
1. Der Wille der Gründer	113
2. Die tatsächliche Identität von Vorgesellschaft und Körperschaft	120
3. Die Geltung der körperschaftlich organisierenden Satzung bereits vor Eintragung des Verbandes und die Vorwirkung des AktG, des GmbHG, des Rechts der e.G. bzw. des e.V.....	124
4. Die Bedeutung des dem Körperschaftsrecht zugrunde liegenden Systems der Normativbestimmungen und der Registereintragung	131
5. Die Dogmatik zum Liquidationsstadium	138
V. Die gesellschaftsrechtliche Einordnung der Gründerverbände anhand der konkreten Strukturmerkmale personalistischer und korporativer Verbandsverfassungen.....	140
1. Der Haftungsverband zwischen Errichtung und Registereintragung der Körperschaft.....	149
a) Der Bedingungs Zusammenhang zwischen Haftungsverband und Organisationsstruktur.....	149
b) Die Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium	155
2. Die Identitätsausstattung des Gründerverbandes.....	163
a) Übertragung der Mitgliedschaft	168
b) Erbrechtliche Nachfolge in die Mitgliedschaft an Vorgesellschaften.....	178
c) Der Ausschluß aus wichtigem Grund	185
d) Der freie Austritt und der Austritt aus wichtigem Grund	190
e) Die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses insgesamt zur Beendigung der einzelnen Mitgliedschaft.....	195
f) Die zwangsweise Verwertung der Gesellschaftsanteile durch Privatgläubiger und im Gesellschafterkonkurs.....	199
g) Die Begründung beschränkt dinglicher Rechte an Vorgesellschaftsanteilen.....	207
h) Die Liquidation des Gründerverbandes.....	210
i) Die Konkursgründe für Vorgesellschaften	217
3. Die Organisationsverfassung der Vorgesellschaften.....	223
a) Die Beteiligung der Gründer an der Verwaltung der Vorgesellschaft.....	232
b) Der Umfang von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. Vorstände im Gründungsstadium.....	250
c) Die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung	258

d) Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung der Körperschaft	266
e) Der Haftungsmaßstab zwischen den Gründern im Innenverhältnis der Vorgesellschaften	273
f) Der Aufsichtsrat als notwendiges Organ von Vorgesellschaften.....	275
4. Die Systematik der Verbandsgrundlagen im Stadium der Vorgesellschaften.....	280
VI. Zusammenfassung	282
D. Das Verhältnis der verschiedenen Gründungsstadien zueinander	285
I. Das Verhältnis der Vorgesellschaft zur Korporation.....	285
1. Das Modell der Diskontinuität von Vorgesellschaft und Körperschaft (Trennungslehre).....	288
2. Die Kontinuität des Gründungsstadiums zur eingetragenen Körperschaft (Einheitslehre).....	290
a) Zum Umfang der Kontinuität	294
aa) Das Vorbelastungsverbot.....	294
bb) Die gründungsnotwendigen Geschäfte der Vorgesellschafter	301
b) Die Dogmatik des Übertragungsvorganges	304
aa) Die Identität von Vorgesellschaft und eingetragener Körperschaft	306
bb) Die eingeschränkte Identitätstheorie Büttners	313
cc) Die gewillkürte Gesamtrechtsnachfolge zwischen beiden Stadien.....	317
dd) Die formwechselnde Umwandlung der Vorgesellschaften in Körperschaften entsprechend den §§ 190 ff. UmwG	324
(1) Zum Rechtsformwechsel außerhalb des UmwG	325
(2) Die Tatbestandsvoraussetzungen der Umwandlung	327
(3) Die Rechtsfolgen bei Registereintragung der Vorgesellschaft.....	329
II. Die unechte Vorgesellschaft	334
III. Die Rechtsverhältnisse des Vorgründungsstadiums im Moment der Errichtung der Körperschaft und der Eintragung der angestrebten juristischen Person	342
1. Die bisherige Einordnung der Vorgründungsgesellschaften im Gefüge der werdenden Körperschaft.....	342
2. Das Ende der Vorgründungsgesellschaft.....	346
a) Der Streit um den Gesellschaftszweck – die Lehre von der Nebengesellschaft.....	346
b) Die neben Vorgesellschaft oder eingetragener Körperschaft bestehende Vorgründungsgesellschaft	350
IV. Das Modell eines einzigen, einheitlichen Gründerverbandes	352
1. Die Kontinuität der Rechtsverhältnisse zwischen Vorgründungs- und Gründungsstadium bei der Entstehung von Körperschaften	353
a) Der Wortlaut, der systematische Zusammenhang und die historische Auslegung des Gründungsrechts	354
b) Die zwischen Vorgründungs- und Vorgesellschaften bestehenden Strukturunterschiede	356
c) Die vollständige Aufgabe des Vorbelastungsverbotes im Gründungsrecht von Körperschaften	360

d) Der Wille der Beteiligten	361
e) Der Sinn und Zweck des Vorgründungsstadiums.....	364
2. Das Ineinsetzen von Vorgründungs- und Vorgesellschaft – Identität der Rechtsträger bzw. formwechselnde Umwandlung bei einer vorweggenommenen vollkaufmännischen Betätigung in einem der beiden Stadien.....	366
3. Zum Verhältnis der Vorgründungsverträge zu den endgültigen, korporativ organisierenden Satzungen der AG, GmbH, Genossenschaft und des Vereins.....	369
4. Zu den wesentlichsten Auswirkungen eines einheitlichen Verständnisses zum Gründungsstadium	371
a) Das Schicksal der vor Errichtung der Körperschaft geleisteten Einlagen.....	371
b) Die Haftungskontinuität zwischen den beiden Gründungsphasen	375
aa) Die Haftung der Vorgründungsgesellschaft bei der Entstehung der Vorgesellschaft nach herkömmlicher Auffassung.....	376
bb) Die Haftung der Vorgründungsgesellschafter bei der Errichtung der Körperschaft unter den Voraussetzungen des Trennungsprinzips.....	378
cc) Die Kontinuität beim Übergang vom Vorgründungs- zum Gründungsstadium.....	380
c) Die Handelndenhaftung im Gründungsstadium.....	382
aa) Die Handelndenhaftung in der Vorgesellschaft nach herrschender Lehre.....	383
bb) Der Zweck der Handelndenhaftung im Gründungsstadium.....	386
cc) Konsequenzen.....	390
d) Die Voreintragungspflicht für unternehmerisch tätige Vorgründungsgesellschaften	394
E. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	395
Literaturverzeichnis.....	399
Sachregister.....	423

Abkürzungsverzeichnis

Es werden in der Arbeit nur allgemein gebräuchliche, aus sich heraus verständliche und im Duden (Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 21. Auflage, Mannheim u.a. 1996) geführte Abkürzungen gebraucht. Hinsichtlich der Fachterminologie wird auf Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin u.a. 1993, verwiesen.

Besonderheiten gelten für folgende Bezeichnungen:

- | | |
|-----|--|
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (sortiert nach Bänden, sofern in einem Band vorhanden: Teilen und Entscheidungen; die Kurzbezeichnung orientiert sich mit einer Ausnahme an der für die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gebräuchlichen Form: hinter die Angabe des Bandes wird in Buchstaben der Teil der Entscheidungssammlung angegeben) |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |

A. Einleitung

I. Zum Gegenstand der Untersuchung

Gesellschaften des Privatrechts sind keine Augenblicksschöpfungen. Vielmehr durchlaufen die Gründer bis zur Entstehung des angestrebten Verbandes mehrere höchst unterschiedliche Phasen. Nach heutigem Verständnis gliedert sich die Gründung juristischer Personen in drei Stadien.¹ Im Vorgründungsstadium, das sich von ersten Vorbesprechungen bis zum Abschluß des (endgültigen) Gesellschaftsvertrages spannt, können die Beteiligten vertragliche Bindungen eingehen – sie müssen es aber nicht. Mit der Feststellung der Satzung ist die Gesellschaft errichtet. Der sich bis zur Registereintragung des Verbandes anschließende Zeitraum dient in erster Linie der Vorbereitung des geplanten späteren Zusammenwirkens: Die Gründer bauen die beabsichtigte Organisation auf, sie vereinen die erforderlichen Sachmittel und sie erfüllen die Anforderungen, die das Gesetz an die Entstehung und das Wirken einer bestimmten Rechtsform stellt. In diesem Gründungsstadium besteht zwischen den Vertragspartnern stets ein Gesellschaftsverhältnis. Vollendet ist die Gründung mit der Eintragung des Verbandes in das Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister.

Gegenstand der folgenden Untersuchung sind die Rechtsverhältnisse bei einer derartigen Entstehung juristischer Personen. Im Vordergrund steht dabei weniger eine konkrete Rechtsform als vielmehr der Gesellschaftstyp „Körperschaft“. In diesem Zusammenhang sollen – unter besonderer Berücksichtigung des Haftungsstatuts des Verbandes, seiner Mitglieder und der für den Zusammenschluß Handelnden – zunächst die Rechtsstrukturen (das „Wesen“) der verschiedenen Gründerzusammenschlüsse (Vorgründungs- und Vorgesellschaften) ermittelt werden. Außerdem wird der Frage nachgegangen, in welchem Verhältnis die verschiedenen Gründungsstadien zueinander stehen. Dies bezieht sowohl den Übergang vom Vorgründungs- zum Gründungsstadium als auch den Wechsel vom Gründungsstadium zur eingetragenen Gesellschaft ein.

Ein derartig weiter Ansatz bietet einerseits den Vorteil, die allen Körperschaften gleichermaßen zugrunde liegenden wesentlichen Strukturen herausarbeiten zu können. Dies erscheint weniger aus systematischen Gründen lohnend. Vielmehr wird man nur bei einer Gesamtbetrachtung in die Lage versetzt, die bestehende Interdependenz ganz unterschiedlicher Momente (etwa hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Gründer und der Rechtsnatur der Vereinigungen) bei der Entstehung juristischer Personen hinrei-

¹ A.A. jüngst *Baumann*, JZ 1998, S. 598 ff., der mit einer ab Eintragungsantrag bestehenden „Vorgesellschaft in Anwartschaft“ eine neue Zwischenstufe einführt.

chend berücksichtigen zu können. Beschränkt man sich hingegen auf einzelne Aspekte des Gründungsrechts, besteht die Gefahr, eben diese Bedingungsbeziehungen aus dem Auge zu verlieren bzw. überkommene Prämissen, die angesichts der Entwicklung in der Gesellschaftsrechtsdogmatik möglicherweise einer Korrektur bedürfen, unreflektiert zugrunde zu legen. Andererseits verbindet sich mit diesem Ansatz notwendigerweise ein Verlust an „Detailschärfe“. So wird man sicherlich eine Reihe von Argumenten nur verkürzt finden oder überhaupt vermissen. Dies gilt auch für einzelne Problembereiche (z.B. für die Frage der Formbedürftigkeit von Satzungsänderungen im Gründungsstadium), die nicht immer für das Ergebnis von Relevanz sind. Darüber hinaus bedingen die Weite des Themas und die kaum mehr zu überblickende Literatur Beschränkungen in verschiedener Hinsicht:

Zum einen wird im folgenden nur auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, den Verein, die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit begrenzter Haftung und auf die Genossenschaft zurückgegriffen. Das erscheint schon deshalb vertretbar, weil es sich bei diesen Rechtsformen um die in der Praxis gebräuchlichsten handelt. Zudem lassen sich die Ergebnisse auf die übrigen Gesellschaftsformen (insbesondere die Partnerschaftsgesellschaft, die Partenreederei, den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und die Kommanditgesellschaft auf Aktien) weitestgehend übertragen, da mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dem Verein die beiden Grundformen von Personenzusammenschlüssen des deutschen Privatrechts erfaßt sind und in der Argumentation im wesentlichen die verbandstypspezifischen, nicht aber rechtsformabhängigen Strukturen im Vordergrund stehen.

Zum anderen bleibt die Gründung von Einpersonengesellschaften unbeachtet.² Dies beruht nicht auf einer fehlenden praktischen Relevanz – insbesondere im Bereich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung kommt es im Gegenteil sehr oft zu Gründungen durch nur einen Gesellschafter. Jedoch wären grundsätzliche Überlegungen zu meines Erachtens zulässigen Einmann-Personalgesellschaften (GbR und oHG) notwendig gewesen, was den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem überschritten hätte. Ebenso bleibt die Situation unberücksichtigt, in der sich die Gesellschafter erst im Laufe der Zeit entschließen, mit dem bestehenden Verband in eine korporative Rechtsform zu wechseln. Auch wenn dies strukturell exakt der originären Gründung entspricht, so treten aufgrund detaillierter Regelungen im Umwandlungsgesetz insoweit weniger Probleme auf.

Letztlich wird der erreichte Stand von Rechtsprechung und Lehre zu den Haftungsverhältnissen bei der Entstehung von Körperschaften lediglich referierend wiedergegeben. Zwar bestimmt (auch wenn der Haftungsverband selbst nicht unbedingt ein spezifisches Strukturmerkmal einer Rechtsform ist) die Verantwortlichkeit der Vorgesellschaften, der Initiatoren und der für den Zusammenschluß Handelnden für die vor der Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten maßgeblich über die verbandsrechtliche Einordnung der Gründerzusammenschlüsse. Doch finden sich aktuelle und umfassende Darstellungen und Bewertungen der bislang vertretenen Meinungen bereits bei Jäger, Die persönliche Gesellschafterhaftung in der werdenden GmbH, Heidelberg 1994,

² Monographisch bearbeitet z.B. von John, Die Gründung der Einmann-GmbH, Köln 1986.

und bei Klein, Der Rückgriffsanspruch des Handelnden gegen die Gründer einer Vor-GmbH, Frankfurt a.M. 1993, auf die ohne nochmalige Begründung zurückgegriffen werden kann. Außerdem kam es mit der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und einer weitestgehenden Billigung durch die Rechtswissenschaft zu einer Konsolidierung in der Haftungsverfassung,³ so daß die nunmehr ganz herrschende, auch hier vertretene Auffassung – in der Höhe unbeschränkte Haftung der Gründer für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaften – ohne weiteres zugrunde gelegt wird.

II. Zu den Motiven und Zielen einer Neubearbeitung der Gründungsverhältnisse von Körperschaften

Gründerverbände, die notwendigerweise jedem Zusammenschluß des Privatrechts vorausgehen, erlangen in der Praxis zunehmende Bedeutung. Diese Tatsache beruht sowohl auf den zum Teil recht umfangreichen gesetzlichen Voraussetzungen, deren Erfüllung längere Zeit in Anspruch nimmt, als auch auf den langen Bearbeitungszeiten im Eintragungsverfahren durch die Registergerichte.⁴ Die zunehmende Bedeutung beruht aber auch auf einem ständig steigenden Bedürfnis, mit der gemeinsamen Zweckverfolgung so früh wie möglich zu starten. Bei Verbänden, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen (sollen), wird dies besonders sinnfällig. Verpflichten sich die Gründer zu Sacheinlagen, insbesondere zur Einbringung eines lebenden Unternehmens, so kann dieses auch für eine noch so kurze Übergangszeit nicht stillgelegt werden. Selbst bei Bareinlagen läßt das heutige Tempo wirtschaftlicher Entwicklungen oftmals kein Abwarten bis zur Eintragung zu: Marktchancen, für deren Ausbeutung eine Gesellschaft begründet wird, lassen nicht auf sich warten.

Die daher durchaus auch in der Praxis vor Errichtung einer Körperschaft relevanten Rechtsverhältnisse führen zu den vielleicht ältesten, jedenfalls aber zu den ehemals umstrittensten Problemen des Gesellschaftsrechts überhaupt. Die Ursache dafür liegt in der nach wie vor fehlenden normativen Regelung. Der Gesetzgeber entledigte sich seiner Aufgabe, derartige Kodifikationen zu schaffen, ausdrücklich mit dem Hinweis darauf, daß es „zweckmäßiger [erscheint], sie [die Streitfragen] der Wissenschaft und der Rechtsprechung zur Klärung zu überlassen.“⁵ Diese Verweisung führte in erster Linie zu einer Vielzahl miteinander konkurrierender Erklärungsmodelle. Dennoch

³ Unter C.V.1. wird ausführlich begründet, daß es für die Strukturüberlegungen dieser Arbeit allein auf die unbegrenzte Verantwortlichkeit der Gründer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ankommt. Ob diese Haftung eine Innen- oder Außenhaftung ist, ob eine Verantwortlichkeit nur mittelbar über den Binnenregreß des Handelnden oder ob sich diese Haftung in der Vorbelastungshaftung zum Zeitpunkt der Eintragung erschöpft, ist demgegenüber zweitrangig.

⁴ Statistische Angaben finden sich bei *Klein*, Rückgriffsanspruch, S. 2 sowie etwa bei *Lutter*, JuS 1998, S. 1074.

⁵ Begründung des Regierungsentwurfs zur Aktienrechtsnovelle von 1965, Drucksachen Bundesrat III/1915, S. 110. Diese Formulierung findet sich ebenso zu § 22 des Regierungsentwurfs eines GmbHG von 1971, Drucksache Bundestag 7/253, S. 96.

schießen sich im Laufe der jüngeren Diskussion ein gewisser Konsens über die grundlegenden Fragen des Gründungsrechts anbahnen, der mit einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.03.1981 (BGHZ 80, 129) seine Bestätigung fand. In der folgenden Zeit wandte man sich verstärkt eher zweitrangigen Einzelproblemen zu. Dem „Rätsel Vorgesellschaft“⁶ begegnete man mit dem Einwand, es sei „enträtselt“,⁷ oder aber mit der Feststellung, „wenn es denn eines war, gilt [es] heute als gelöst.“⁸

Indes kam es zum Jahresanfang 1997 zu einer wesentlichen Wende in der Rechtsprechung des BGH zur Haftungsverfassung in Vorgesellschaften. Dem gingen nicht nur eine sich gegenseitig widersprechende höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern auch stetig mahnende, zu Beginn der neunziger Jahre vermehrt Gewicht erlangende Stimmen in der Literatur voraus.⁹ Gerade diese auch in der Literatur durchweg befürwortete Änderung in den Haftungsverhältnissen entfaltet eine bislang weitgehend unberücksichtigt gebliebene „Sprengkraft“, und zwar nicht nur für das bisherige Verständnis zur Handelndenhaftung der §§ 54 Satz 2 BGB, 41 Abs. 1 Satz 2 AktG, 11 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, sondern insbesondere auch hinsichtlich der kaum mehr in Frage gestellten korporativen Struktur der Gründerverbände, die weitgehend bereits der der angestrebten Gesellschaften entsprechen soll. Die Rechtsprechung übernimmt nunmehr im (wirtschaftlichen) Ergebnis das für Personalgesellschaften typische Haftungsstatut in das Recht der Vorgesellschaften. Damit wurde ein Regelungskomplex innerhalb des Gesamtgefüges der „werdenden juristischen Person“ verändert, der über nahezu alle strukturprägenden Eigenschaften eines Zusammenschlusses bestimmt. Welche Veränderungen mit der zu Recht unterstellten unbeschränkten Verantwortlichkeit der Gründer für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaften einhergehen, soll umfassend dargestellt werden. Im Ergebnis läßt sich die derzeit dominierende Theorie von den Vorgesellschaften als Gründerverbänden „eigener Art“ nicht mehr halten.

Zu recht weist man deshalb in der neuesten Literatur wieder darauf hin, daß das „Rätsel Vorgesellschaft“ „durchaus noch nicht gelöst“ ist.¹⁰ Die veränderten Haftungsverhältnisse und das sich daraus ergebende neue Verständnis zur Rechtsqualität der Vorgesellschaften geben auch Anlaß, die Gründungsverhältnisse von Körperschaften insgesamt zu überdenken. Vieles beruht hier auf Althergebrachtem, das mittlerweile so sehr zur Gewohnheit wurde, daß es kaum mehr kritisch hinterfragt wird, vielmehr die zum Teil festzustellende dogmatische Widersprüchlichkeit und, noch gravierender, den nur unzureichenden Interessenausgleich einfach hingenommen werden. So läßt sich, folgt man Rechtsprechung und Lehre, die unechte Vorgesellschaft nicht bruchlos in das Gefüge der „werdenden juristischen Person“ einordnen. Vereinfachungen, die sich aus der Annäherung der (echten) Vorgesellschaften an die eingetragene Körperschaft (scheinbar) ergeben, führen zu unüberwindbaren Hürden beim Scheitern der Eintra-

⁶ So der Titel eines Aufsatzes von *Wiedemann*, JurA 1970, S. 439 ff.

⁷ *Flume*, Zur Enträtselung der Vorgesellschaft, NJW 1981, S. 1753.

⁸ *K.Schmidt*, ZHR 153, S. 271. *Ders.*, ZHR 156, S. 94, sah allerdings 1992 ein „Rätsel der Gesellschafterhaftung“.

⁹ Ausführlich dazu im folgenden unter C.V.1.b.

¹⁰ *Zöllner*, FS Kraft, S. 705. *Lieb*, FS Zöllner, S. 347, spricht sogar von einer „unendlichen Geschichte ... die noch immer nicht zu Ende ist.“

gung sowie gegenüber den Vorgründungsgesellschaften. Insbesondere die (einhellige) Auffassung zum Verhältnis der Vorgründungsgesellschaften zu den Vorgesellschaften und den eingetragenen Körperschaften (strikte Trennung beider Gründungsstadien) beruht auf der Rechtslage des ADHGB und der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Überträgt man die Ergebnisse der mittlerweile sehr entscheidend fortentwickelten Dogmatik zu den Personalgesellschaften (vor allem die zunehmend anerkannte Selbstständigkeit des Zusammenschlusses gegenüber seinen Mitgliedern) und die im modernen Umwandlungsrecht perpetuierten Erkenntnisse zum Verhältnis der beiden Verbandstypen zueinander (mit den §§ 190 ff. UmwG ist die Möglichkeit eines im Ergebnis unkomplizierten Wechsels zwischen den beiden Formen gegeben) auf das Gründungsrecht juristischer Personen, so besteht selbst dann, wenn man trotz der veränderten Haftungsverhältnisse grundsätzlich bei korporativen Strukturen der Vorgesellschaft bleibt, keine Notwendigkeit mehr, beide Gründungsstadien auseinanderzuhalten. Dies gilt um so mehr, als das Vorbelastungsverbot unter allseitiger Billigung nunmehr aufgegeben ist.

Das Gründungsrecht von Körperschaften bedarf auch angesichts des neuen Umwandlungsgesetzes von 1994, das – gemessen an der Rechtsprechung zu den Haftungsverhältnissen – zu wesentlich unspektakuläreren, dogmatisch aber um so bedeutsameren Änderungen (vom hiesigen Standpunkt aus eher zu Klarstellungen) führte, einer Revision. Denn die Diskussion zum Übergang von der Vorgesellschaft zur mit Eintragung entstandenen juristischen Person wird ausschließlich von einem tradierten Verständnis beherrscht, nach dem personalistisch und korporativ strukturierte Verbände unversöhnliche Gegensätze darstellen; der Streit geht um Fragen der Identität und Kontinuität. Auch wenn man auf diesem Standpunkt beharrt, sich also den Erkenntnissen eines „allgemeinen Gesellschaftsrechts“ verschließt, bietet sich mit dem Formwechsel der §§ 190 ff. UmwG eine Lösung, die eine übertragungslose Fortsetzung aller Rechtsverhältnisse über den Eintragungszeitraum hinaus ermöglicht, ohne dabei bestehende Strukturunterschiede, die meines Erachtens jedenfalls auf der Grundlage des neuen Haftungsverständnisses unabweislich sind, zu verneinen.

III. Der Gang der Überlegungen

Der Gang der Untersuchung orientiert sich nur zum Teil an der zeitlichen Abfolge eines Gründungsherganges.

In einem ersten Abschnitt werden die Strukturen des Vorgründungsstadiums dargestellt. Die Schwerpunkte liegen hierbei auf der Systematisierung und rechtlichen Einordnung der unterschiedlichen Arten von Gründervereinbarungen. Mit der besonders intensiv nachgewiesenen Rechtsprechung zu Vorgründungsgesellschaften soll – entgegen oftmals anzutreffenden Vorstellungen in der Literatur – deren Bedeutung in der Praxis herausgestellt und das Bedürfnis zu einer Neuorientierung hinsichtlich des Verhältnisses der Vorgründungs- zu den Vorgesellschaften (das erst in einem späteren Abschnitt untersucht wird) untermauert werden. Ein weiterer Schwerpunkt liegt in der

Frage der Formbedürftigkeit von Vorgründungsvereinbarungen in den Fällen, in denen die körperschaftliche Satzung nur schriftlich oder in notarieller Beurkundung wirksam zustande kommt. Mit einer umfassenden historischen und teleologischen Argumentation soll nachgewiesen werden, daß die Erstreckung dieser Formerfordernisse auch auf Vorverträge unhaltbar ist.

In einem zweiten Abschnitt werden die Rechtsstrukturen der Vorgesellschaften zu AG, GmbH, Genossenschaft und Verein untersucht. Da sich die Rechtswissenschaft bei der verbandsrechtlichen Einordnung von Zusammenschlüssen nach wie vor an den unter der Ägide des Reichsgerichts entwickelten, überkommenen Vereinsmerkmalen orientiert, soll der Gründerverband in einem ersten Schritt anhand dieser kritisch betrachteten Einzelmerkmale gemessen werden. Daran schließt sich eine Überprüfung der Rechtsfähigkeit und des Vermögensprinzips der Vorgesellschaften an. Während die nunmehr herrschende Lehre dem Gründerverband zumindest eine Teilrechtsfähigkeit zubilligt (woraus man strukturelle Unterschiede zu Personalgesellschaften herleitet), verbleibt sie beim Gesamthandsprinzip des Zusammenschlusses. Dieses Prinzip bestimmt, verhardt man auf der Unversöhnlichkeit personalistisch und korporativ strukturierter Verbände, maßgeblich nicht nur über die Einordnung der Vorgesellschaften in das System der Verbandsformen des deutschen Gesellschaftsrechts, sondern vor allem auch über das Verhältnis der Vorgesellschaften zu den eingetragenen Körperschaften. Insoweit soll, modernen Entwicklungen im Gesellschaftsrecht folgend, nachgewiesen werden, daß es sich bei den Problemen um die Rechtsfähigkeit eines Personenzusammenschlusses, um die Organisation eines Verbandes und um das praktizierte Vermögensprinzip in einer Vergesellschaftung um unterschiedliche, voneinander strikt zu trennende Fragenkreise handelt. Zur strukturellen Einordnung der Vorgesellschaften ist sowohl die Frage der Rechtsfähigkeit als auch das zugrunde gelegte Vermögensprinzip irrelevant.

In einem dritten Schritt wird die zunehmend auf generelle Argumente gestützte Begründung einer korporativen Verfassung der Vorgesellschaften überprüft. Der Schwerpunkt des zweiten Abschnitts liegt allerdings auf der Einordnung der Gründerverbände anhand der konkreten Strukturmerkmale personalistischer und korporativer Verbandsverfassungen; zur Klassifizierung der unterschiedlichen Merkmale wird auf die von John, Die organisierte Rechtsperson, Berlin 1977, eingeführten Gruppen „Haftungsverband“, „Identitätsausstattung“ und „Handlungsorganisation“ zurückgegriffen. Die Haftungsverhältnisse sollen dabei, wie bereits dargestellt, lediglich referierend dargestellt werden – sie beeinflussen jedoch maßgeblich, wie immer wieder deutlich wird, die einzelnen Verbandselemente. Hinsichtlich der einzelnen Merkmale der Identitätsausstattung und der Handlungsorganisation wird stets so vorgegangen, daß in einer allgemeinen Abgrenzung die tatsächlich bestehenden Strukturunterschiede zwischen Personalgesellschaften und Körperschaften herausgearbeitet werden und anschließend versucht wird, in dieses System die Vorgesellschaften einzuordnen.

Der dritte Abschnitt widmet sich den Verhältnissen der verschiedenen Gründungsstadien zueinander. Bezüglich des Übergangs von der Vorgesellschaft zur eingetragenen Körperschaft werden die sowohl mit der Identitätstheorie als auch mit der Kontinuitätslehre verbundenen Probleme dargestellt, die Lösung selbst aber in der form-

wechselnden Umwandlung der §§ 190 ff. UmwG gesucht. Ein zweiter Schwerpunkt liegt beim Verhältnis der Vorgründungs- zur Vorgesellschaft. Meines Erachtens ist die tradierte Auffassung, nach der in beiden Gründungsstadien voneinander zu trennende Vergesellschaftungen unter den Gründern vorliegen, nicht mehr haltbar. Die entscheidende Zäsur bei der Entstehung einer juristischen Person liegt entgegen bisheriger Ansicht nicht in der Errichtung einer Körperschaft durch die (formgerechte) Feststellung der Satzung, sondern in der Registereintragung des Verbandes. Dies wird mit dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang und der geschichtlichen Entwicklung des Gründungsrechts, mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbot, mit strukturellen Untersuchungen beider Verbände, mit dem Willen der Beteiligten und mit dem Sinn und Zweck des Vorgründungsstadiums begründet. Abschließend werden die wesentlichsten Auswirkungen dieses Verständnisses (es existiert ein einziger, einheitlicher Gründerverband) dargestellt; dies betrifft das Problem der Einlageleistungen in Vorgründungsgesellschaften, die Haftungsverhältnisse im Moment der Errichtung der Körperschaft sowie die Handelndenhaftung.

IV. Terminologisches

In der gesellschaftsrechtlichen Literatur zur Gründung juristischer Personen hat sich – betrachtet man es rechtsformübergreifend – bislang noch keine einheitliche Terminologie durchgesetzt.¹¹

Dies gilt weniger für das Stadium zwischen der Errichtung der Körperschaft und ihrer Eintragung in das Vereins-, Genossenschafts- oder Handelsregister. Dieses soll im folgenden als Gründungsstadium bezeichnet werden, zum Teil findet man aber auch die Bezeichnung Vorstadium, wobei der Begriff „Gründungsstadium“ als Oberbegriff für den gesamten Zeitraum vor der Registrierung des Zusammenschlusses verwendet wird.¹² Den Verband selbst bezeichnet man wahlweise als „Vorgesellschaft“, als „Gründerverband“, „werdende juristische Person“, „entstehende Körperschaft“ oder „Gründungsgesellschaft“. ¹³ Dem wird mit einer Ausnahme gefolgt: Der Begriff „Gründerverband“ bzw. „Gründungsgesellschaft“ bezeichnet die eine Vereinigung der Beteiligten, die von den ersten Vereinbarungen der Vertragspartner bis zur Eintragung der Körperschaft besteht. Soweit von „Vorgesellschaften“ die Rede ist, so bezieht sich dies nicht auf einen selbständigen, von den Vorgründungsgesellschaften zu trennenden Verband, sondern nur auf einen bestimmten Zeitraum, in dem ein solcher Zusammen-

¹¹ Zur bislang völlig abweichenden Terminologie im Steuerrecht und der sich anbahnenden Angleichung an die gesellschaftsrechtliche Terminologie vgl. Tipke/Lang/Pezzer, StR¹⁵, § 11, Rdn. 9 m.w.N.

¹² Noch anders Steimel, Gründungs-GmbH, S. 4, der ab der Errichtung der Körperschaft von einem Gründungsstadium, davor von einem Vorstadium spricht.

¹³ Siehe nur Wiedemann, GR I, S. 146; Nitschke, Personengesellschaft, S. 143; Priester, GmbHR 1995, S. 481; Kempermann, Gründungsgesellschaft, S. 4 f.; Wallenfang, Vor-AG, S. 5; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13; Heberlein, GmbH vor Eintragung, S. 1; Büttner, Identität und Kontinuität, S. 17 f.

schluß besteht. Die Vereinbarungen, mit denen die juristische Person errichtet wird, werden wahlweise als „Statut“, „Satzung“ und „Gesellschaftsvertrag“ bezeichnet.

Wesentlich uneinheitlicher ist die Begriffsbildung im Stadium vor dem Abschluß der korporativen Satzung, dem sogenannten Vorgründungsstadium. Bezeichnungen wie „Vorgründungsgesellschaft“, „Vorvertragsgesellschaft“, „Vorsatzungsverband“, „Gründervereinigung“ und „Gründerkonsortium“ werden in der Regel synonym verwendet. Für den rechtsbegründenden Akt greift man wahlweise auf die Begriffe „Vorvertrag“, „Vorgründungsvertrag“ oder „Gründungsvorvertrag“¹⁴ zurück. Teilweise setzt man aber auch „Vorgründungsgesellschaft“ und „Vorgesellschaft“ in eins; die Gründervereinigung ab der Errichtung der Körperschaft wird dann als „Gründergesellschaft“¹⁵ bezeichnet. Andere benennen die Vorgesellschaft als „Gründungsgesellschaft“ und die Vorgründungsgesellschaft als „Gründergesellschaft“.¹⁶ Zum Teil wird der Begriff „Vorgründungsgesellschaft“ auf die Zeit von den ersten Gesellschaftervereinbarungen bis zur Eintragung erstreckt.¹⁷ Letztlich verbindet man mit der Terminologie teilweise eine Sachaussage: Die Vorgründungsgesellschaft sei nur Innengesellschaft, die (ausschließlich) auf den formgerechten Abschluß der Satzung gerichtet sei. Alle sonstigen Vereinbarungen unter den Initiatoren vor der Errichtung der Körperschaft sollen Vorgründungsvereinbarungen sein, die, begründen sie ein Gesellschaftsverhältnis, zu einer eigenständigen, entweder nicht besonders bezeichneten oder als Mitunternehmerschaft im Gründungsstadium titulierten Gesellschaft führen sollen.¹⁸ Im folgenden soll jeder verbandsbildende Zusammenschluß unter den Initiatoren bis zur Feststellung der Satzung als Vorgründungsgesellschaft bezeichnet werden, solange er mit der Gründung einer juristischen Person in irgendeinem Zusammenhang steht.¹⁹ Die dazu führenden Vereinbarungen werden Vorgründungsabreden oder Vorgründungsverträge genannt.

Eine gewisse Einheitlichkeit hat sich mittlerweile hinsichtlich eines Sondertatbestandes eingestellt. Verwendete man in der Vergangenheit den Begriff „unechte Vorgesellschaft“ für jeden Gründerverband, der eine wirtschaftliche Tätigkeit aufnahm, gleichgültig, ob er die Eintragung aufgegeben hatte oder nach wie vor verfolgte,²⁰ so beschränkt man heute diese Bezeichnung auf die Konstellationen, in denen die Gründung (durch freiwillige Aufgabe der Gründungsabsicht oder endgültige Zurückweisung des Eintragungsantrages) gescheitert ist.²¹

¹⁴ Allerdings wird diese Terminologie zum Teil schon deshalb bestritten, weil kein darauf folgender zweiter Schuldvertrag vorhanden sei oder auch der die Vorgründungsgesellschaft errichtende Rechtsakt nicht Schuldvertrag sein soll; vgl. die Diskussion und die Nachweise im folgenden unter B.II.1. und C.II.5.

¹⁵ So Weyrich, Vorgesellschaft, S. 4.

¹⁶ So Gaerths, Gründungsgesellschaft, S. 7 f.; Haberkorn, BB 1962, S. 1408 f.; Saß, Vor-GmbH, S. 19 ff.

¹⁷ Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 350 sowie in einem noch anderen Zusammenhang die Lehre von der Nebengesellschaft, nach der zwei nebeneinander bestehende Gesellschaften existieren sollen; vgl. die Nachweise in Fn. 238 (Abschnitt D).

¹⁸ K.Schmidt, GmbHR 1982, S. 6 ff.

¹⁹ So auch Priester, GmbHR 1995, S. 481; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13.

²⁰ Siehe mit Nachweisen im folgenden unter C.I.4.

²¹ Vgl. den Text in Abschnitt D., beginnend mit Fn. 195.

Im übrigen sollen die Begriffe „Verband“, „Personenzusammenschluß“ und „Gesellschaft“ als Oberbegriff der Menge aller Rechtsträger des Privatrechts verstanden werden, die nicht natürliche Personen, aber mitgliedschaftlich verfaßt sind. Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Vereine werden als Körperschaften bzw. Korporationen, Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften werden als Personalgesellschaften oder als personalistisch strukturierte Verbände bezeichnet. Soweit von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts die Rede ist, sind stets nur die Außengesellschaften mit oder ohne Gesamthandsvermögen, aber immer mit einer Organisationsstruktur gemeint. Nur unter diesen Voraussetzungen rechtfertigt es sich, die GbR den offenen Handelsgesellschaften und den Kommanditgesellschaften gleichzustellen.

Letztlich soll im Hinblick auf den Haftungsverband einem sich zunehmend durchsetzenden Sprachgebrauch gefolgt werden.²² Die Initiatoren trifft eine Gesamtverantwortlichkeit für die Verbindlichkeiten des Gründungsstadiums, die sich in eine Verlustdeckungshaftung als allgemeine Gesellschafterhaftung im Zeitraum der bestehenden Vorgründungs- und Vorgesellschaften und eine Vorbelastungshaftung im Eintragszeitpunkt untergliedert. Diese Vorbelastungshaftung erfaßt bei nicht kapitalistischen Körperschaften alle Anfangsverluste der Gesellschaft bis zur Entstehung (Differenzhaftung als Haftung auf den Unterschiedsbetrag zwischen versprochenem und tatsächlichem Kapital). Sollte bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein bereits angegriffenes Stamm- oder Grundkapital aufzufüllen sein, wird die Bezeichnung „Unterbilanzhaftung“ verwendet.

²² Vgl. etwa BGH, NZG 1998, S. 102 f.; BGHZ 134, 333 (338); Gehrlein, DB 1996, S. 563. Für Unterschiede zwischen „Vorbelastungshaftung“ und „Unterbilanzhaftung“ (aufgrund eines differenzierteren Haftungsstatutes) hingegen K.Schmidt, ZHR 156, S. 97 f., 107, 120 f.; Sandberger, FS Fikentscher, S. 394.

B. Zur Rechtsstruktur der Vorgründungsgesellschaften

Will man eine Körperschaft errichten, so findet man sich nicht erstmalig zum privatschriftlichen Abschluß (so in der Regel bei Vereinen und Genossenschaften, vgl. §§ 59 Abs. 2 Nr. 1 BGB, 5 GenG) oder zur notariellen Beurkundung (gemäß den §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notwendig bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) des Gesellschaftsvertrages zusammen. Vielmehr ist dies ein Ergebnis vorheriger Verhandlungen und Planungen; die Gründer koordinierten bereits den gemeinsamen Willen. Es entsteht ein Vorgründungsstadium, das (entgegen teilweise verbreiteter Ansicht) notwendigerweise jeder Gründung vorausgeht.¹

I. Das Vorgründungsstadium

In diesem Vorgründungsstadium kann es nach Inhalt und Intensität zu ganz unterschiedlichen ersten Kontakten zwischen den Initiatoren kommen. Die ersten Sondierungen können sich etwa auf die Festlegung des Verbandszwecks oder Unternehmensgegenstandes sowie Absprachen über Zeit und Ort der Errichtung der Körperschaft beschränken, wie dies bei Mantelgründungen regelmäßig der Fall ist. Doch erfaßt die Planungs- und Verhandlungsphase in der Regel umfangreichere Vorbereitungshandlungen der Gründer, wie dies eine umfangreiche Gerichtspraxis bestätigt. Denn zum Zeitpunkt der Errichtung der Gesellschaft soll der Satzungsinhalt auch in seinen Einzelheiten nur noch formgerecht festgeschrieben, nicht aber erst verhandelt werden. So werden die Initiatoren regelmäßig etwa die genaue Geschäftstätigkeit, Name und Sitz des künftigen Verbandes fixieren,² die Marktlage sondieren,³ die Beiträge der Gründer

¹ Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 7; Flume, FS Gefßler, S. 3, 17; Dressler, Vorgesellschaft, S. 6; Heberlein, GmbH vor Eintragung, S. 18; Steimel, Gründungs-GmbH, S. 4; Feine, GmbH, S. 187; Willms, Vor-AG, S. 13; a.A. Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 63; Weyrich, Vorgesellschaft, S. 4.

² So der Sachverhalt in BGH, GmbHR 1982, S. 184.

³ OGH, GesRZ 1981, S. 178; OLG Stuttgart, GmbHR 1958, S. 196.

bestimmen und einzahlen,⁴ Einzelheiten der Gesellschaftsstruktur besprechen oder darüber hinausgehende besondere Gründerpflichten vereinbaren.⁵

Nicht selten entstehen in dieser Gründungsphase bereits Kontakte zu Dritten. Denn insbesondere Kapitalgesellschafts- und Genossenschaftsgründungen werden regelmäßig im Hinblick auf eine beabsichtigte wirtschaftliche Geschäftstätigkeit betrieben. Insofern kommen vorbereitende Handlungen, wie etwa Verhandlungen mit potentiellen Geldgebern oder Vertragspartnern,⁶ die Anmietung von Geschäftsräumen,⁷ der Kauf von Betriebsmitteln und Ausstattungsgegenständen,⁸ Warenbestellungen,⁹ Kreditaufnahmen,¹⁰ der Abschluß von Dienstverträgen mit Dritten¹¹ oder die Erstellung von Satzungsentwürfen durch Notare oder Rechtsanwälte in Betracht. Darüber hinaus kann bereits im Vorgründungsstadium ein Bedürfnis zur Ausnutzung günstiger wirtschaftlicher Situationen bestehen. Den Gründern ist es nicht verwehrt, vor Errichtung des angestrebten Verbandes die sofortige Aufnahme des gemeinsamen Geschäftsbetriebes zu verabreden und durchzuführen.¹² Nicht selten wird dabei im Rahmen einer Sachgründung ein bereits bestehendes, werbendes Unternehmen eingebracht. Bereits daraus resultiert eine Vielzahl rechtsgeschäftlicher Beziehungen zu Dritten.

Nicht notwendig ist es, daß die Initiatoren bereits im Vorgründungsstadium Verpflichtungen untereinander oder Rechtsbeziehungen zu Dritten eingehen. Vielmehr bleibt es bei einem losen Zusammenschluß der Interessenten, solange sich die Kontaktaufnahmen und Vertragsverhandlungen im Rahmen unverbindlicher Vorbesprechungen halten.¹³ Aus dennoch möglichen rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu Dritten wird nicht eine „Gründervereinigung“, sondern nur derjenige verpflichtet, für den mit

⁴ OLG Hamm, GmbHR 1994, S. 399; OLG Düsseldorf, GmbHR 1994, S. 398; OLG Hamm, GmbHR 1992, S. 750; BGH, GmbHR 1992, S. 601; OLG Köln, ZIP 1989, S. 238; BGH, GmbHR 1982, S. 183; RGZ 123, 23 (23 f.); RGZ 122, 172 (172 f.); RGZ 43, 136 (136 f.).

⁵ OLG Brandenburg, GmbHR 1995, S. 895; OGH, GesRZ 1981, S. 180; RGZ 132, 26 (26 f.); RGZ 36, 108 (111).

⁶ OLG Brandenburg, GmbHR 1995, S. 895; BGH, GmbHR 1988, S. 98; LG Düsseldorf, GmbHR 1986, S. 235; BGH, GmbHR 1985, S. 115; OGH, GesRZ 1981, S. 178.

⁷ BGH, GmbHR 1992, S. 601; OLG Hamm, GmbHR 1989, S. 335; BGH, GmbHR 1985, S. 114; BGH, GmbHR 1982, S. 183.

⁸ OLG Hamm, GmbHR 1993, S. 105; BGH, GmbHR 1992, S. 601; OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, S. 430; LG Düsseldorf, GmbHR 1986, S. 235; BGH, GmbHR 1984, S. 41; BGH, GmbHR 1982, S. 183; OLG Stuttgart, GmbHR 1958, S. 196; RGZ 123, 23 (25); RGZ 36, 108 (108 ff.).

⁹ BGH, GmbHR 1992, S. 164; LG Düsseldorf, GmbHR 1986, S. 235; BGH, GmbHR 1985, S. 115; BGHZ 91, 148 (148 f.).

¹⁰ BGH, GmbHR 1992, S. 601; BGH, GmbHR 1985, S. 115; OLG Stuttgart, GmbHR 1958, S. 195; RGZ 122, 172 (172 f.).

¹¹ BGH, ZIP 1997, S. 926; BAG, GmbHR 1991, S. 458; OLG Karlsruhe, GmbHR 1988, S. 482; BGH, GmbHR 1985, S. 214; RGZ 132, 26 (26 f.).

¹² OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, S. 551; OLG Düsseldorf, GmbHR 1994, S. 399; BFH, GmbHR 1990, S. 235; OLG Karlsruhe, GmbHR 1988, S. 482; BGH, GmbHR 1985, S. 115; BGH, GmbHR 1984, S. 41.

¹³ Dies wird oftmals als Verhandlungsverhältnis bezeichnet: Wacker, Vorgesellschaften, S. 7; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 11, Weyrich, Vorgesellschaft, S. 6.

Rechtsmacht gehandelt wurde. Möglicherweise entsteht eine Haftung des Handelnden aus § 179 Abs. 1 oder 2 BGB. Zwischen den Initiatoren bestehen dagegen keine primären Leistungspflichten. Doch bedingen die Aufnahme geschäftlicher Kontakte und entsprechende Vertragsverhandlungen einen qualifizierten vorvertraglichen Vertrauensstatbestand. Im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung, einem gesetzlichen Schuldverhältnis unter den Gründern, werden in gesteigertem Maße Rücksicht, Fürsorge und Loyalität geschuldet.¹⁴ Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflichten kann zu Schadenersatzansprüchen führen.¹⁵

II. Die Vorgründungsgesellschaft als rechtlich relevante Gründervereinigung

Treffen die Gründer jedoch durch rechtsgeschäftliche Erklärungen verbindliche Vereinbarungen, so überschreiten sie die Schwelle des rein planerischen Vorgründungsstadiums. Die Beziehungen untereinander ergeben Rechte und Pflichten für den Einzelnen; es entsteht als rechtlich relevanter Zusammenschluß der Initiatoren eine (insoweit noch in einem untechnischen Sinne zu verstehende) Vorgründungsgesellschaft. Diese ist im Gegensatz zum Vorgründungsstadium zwar keine notwendige, aber typische Entwicklungsstufe der Körperschaftsgründung.¹⁶

Die Bindung gegenüber Mitinitiatoren der zukünftigen Gesellschaft kann dabei ganz unterschiedlicher Art sein. Die Gründer können sich ausdrücklich zur Errichtung einer Körperschaft verpflichten. Darüber hinaus kommen zusätzlich vereinbarte einzelne Gesellschafterpflichten ebenso in Betracht wie die vollständige Schaffung der angestrebten Verbandsstruktur, etwa zur vorgezogenen Aufnahme der vollen Geschäftstätigkeit. Möglich ist auch, daß diese zusätzlichen Vereinbarungen nicht neben, sondern an die Stelle einer unmittelbaren Gründungsvereinbarung treten; den Gründern erwachsen dann nur aus diesen Abreden wirksame Verpflichtungen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der geschlossene Vorvertrag unwirksam ist oder die Gründer ihre Absicht zur Gründung einer Körperschaft bzw. zum Betrieb der gemeinsamen Unternehmung in korporativer Rechtsform rechtlich noch nicht verbindlich festgeschrieben. Diese

¹⁴ Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 8; MünchKomm/Kramer, BGB³, § 242, Rdn. 124 ff., 183ff.; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 11.

¹⁵ So die Begehren in BGH, GmbHR 1988, S. 98; LG Aachen, NJW-RR 1986, S. 662; OGH, GesRZ 1981, S. 178; BGH, WM 1976, S. 181; RGZ 132, 26 (28); sowie etwa Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 8; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 11 ff.; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 356 f.; Priester, GmbHR 1995, S. 484.

¹⁶ OLG Hamm, GmbHR 1989, S. 336; OLG Karlsruhe, GmbHR 1988, S. 483; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 2; Saß, Vor-GmbH, S. 31; Steimel, Gründungs-GmbH, S. 4; Otte, Vorgründungsvertrag, S. 1; Dressler, Vorgesellschaft, S. 7; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 356; Priester, GmbHR 1995, S. 481, 484; Kort, DStR 1991, S. 1317; Flume, FS Geßler, S. 17; Willms, Vor-AG, S. 13; a.A. Hueck, FS 100 Jahre GmbHG, S. 131; Wallenfang, Vor-AG, S. 6; Gaerths, Gründungsgesellschaft, S. 24 f.

Absicht der Vertragspartner liegt den sonstigen Abreden dann nur als unverbindliches Motiv zugrunde.

Denkbar sind demnach drei Situationen: Zum einen können sich die Gründer auf die Vereinbarung beschränken, einen Vertrag zur Errichtung einer Körperschaft abzuschließen (Vorgründungsgesellschaft im engeren Sinne). Zum anderen ist denkbar, daß die Initiatoren über diese Gründungsvereinbarung hinaus zusätzliche verbindliche Absprachen untereinander treffen. Letztlich können die Parteien Vereinbarungen treffen, ohne daß man sich unmittelbar zur Gründung einer GmbH, AG, Genossenschaft oder eines Vereins verpflichtete. Die rechtliche Erfassung aller drei Konstellationen ist umstritten.

1. Die Vorgründungsvereinbarungen im engeren Sinn

Die Gründer können sich gegenseitig (nur) zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages (der korporativen Satzung) in der Form der §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG verpflichten.

a) Der Vorgründungsvertrag als schuldrechtlicher Vorvertrag

Im Verhältnis zur Feststellung der Satzung handelt es sich dabei, beschränkt man sich zunächst auf die obligatorischen Elemente des Zusammenschlusses, um einen Vorvertrag: Durch schuldrechtlichen Vertrag vereinbaren die Vertragsschließenden, daß ein weiterer schuldrechtlicher Vertrag als Hauptvertrag den Erfordernissen der §§ 23 AktG, 2, 3 GmbHG, 5, 6 GenG entsprechend abgeschlossen werden soll.¹⁷ Zwar regelt das Schuldrecht eine vorgezogene Bindung der Vertragsparteien nicht, doch ergibt sich die Zulässigkeit von Vorverträgen unstreitig aus der allgemeinen Gestaltungsfreiheit.¹⁸

Die Annahme, Vorgründungsvereinbarungen im engeren Sinn seien der Vorvertrag zur Errichtung einer Körperschaft, war lange Zeit umstritten. Seine Ursache hat dies in der scheinbar unklaren Rechtsqualität der Satzungen von Körperschaften und, darauf aufbauend, dem „Wesen“ des Gründungsstadiums korporativ verfaßter juristischer Personen.

Die sogenannte Normen- oder Kreationstheorie¹⁹ versteht den Gesellschaftsvertrag zu GmbH, Aktiengesellschaft, Verein und Genossenschaft als einen besonderen Akt

¹⁷ Hachenburg/Ulmer, GmbHG³, § 2, Rdn. 43; Scholz/Emmerich, GmbHG³, § 2, Rdn. 78; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 29; Sternberg, Vorvertrag, S. 13 ff.; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 14; Priester, GmbHR 1995, S. 482; K.Schmidt, GmbHR 1982, S. 6 f.

¹⁸ RGZ 66, 116 (120); MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 145, Rdn. 36a; Soergel/Wolf, BGB¹², vor § 145, Rdn. 58.

¹⁹ Insbesondere vertreten von v.Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 133 f. sowie etwa Feine, GmbH, S. 160, 167; Otte, Vorgründungsvertrag, S. 23 ff., 34; Heberlein, GmbH vor Eintragung, S. 13 ff.; Maslob, Gründergesellschaft, S. 30; Saß, Vor-GmbH, S. 27 f.; heute noch z.B. Flume, FS Geßler, S. 18; MünchKomm/Reuter, BGB³, § 25, Rdn. 10, 13 ff. (allerdings stark relativie-

des Körperschaftsrechts, dem eine Sonderstellung in vertragsrechtlicher Hinsicht zukomme: Der Gründungsakt sei kein Vertrag im schuldrechtlichen Sinne (kein obligatorischer Vertrag), sondern ein vom Individualrecht losgelöster sozialrechtlicher Konstitutivakt. Dies folgerte man nicht nur aus den gesetzlichen Bezeichnungen wie „Statut“, „Satzung“ oder „Verfassung“ im Gegensatz zum „Gesellschaftsvertrag“ des § 705 BGB, aus denen sich schon sprachlich der Gegensatz von Normen als abstrakt generellen Rechtssätzen auf der einen und Rechtsgeschäften als Individualvereinbarungen mit Geltungskraft inter partes auf der anderen Seite ergeben sollte. Diese Differenzierung sei Ausdruck der tiefgreifenden Strukturunterschiede zwischen Personalgesellschaften und korporativ verfaßten Verbänden. Während erstere sich entsprechend dem Wesen obligatorischer Verträge auf die Begründung von Rechten und Pflichten (Vertragsbeziehungen) unter den Mitgliedern beschränkten, gingen letztere darüber hinaus. Insbesondere schaffe der Körperschaftsvertrag ein neues Rechtssubjekt, sei also im wesentlichen personenrechtlicher Organisationsakt. Geregelt werde vor allem die gesamte rechtliche Struktur einer verselbständigten, vom Mitglied abstrahierten Sinnlichkeit, aus der sich dann die Rechtsstellung des einzelnen im Verband ergebe. Dieser schöpferische Akt, der selbst objektives Recht schaffe und dem sich das einzelne Mitglied unterwerfe, sei aber mit dem obligatorischen Vertrag im Sinne der §§ 241, 305, 705 ff. BGB nicht erfassbar.²⁰ Mit Bedacht seien deshalb Körperschaften im Personenrecht, Personalgesellschaften hingegen im Schuldrecht des BGB geregelt worden.

Innerhalb der Normentheorie war allerdings umstritten, ob dieser Sondertatbestand den gesamten Gründungsvorgang erfaßt, so daß jede Gründungsvereinbarung ein pactum de constituendo außerhalb des Schuldrechts darstellt und damit jede Aufgabe individueller Freiheit (durch Bindung gegenüber den Mitinitiatoren) auf der anderen Seite (sukzessive) Entstehung eines Gemeinwesens ist,²¹ oder erst mit Errichtung der Körperschaft Geltung beansprucht, so daß Vorgründungsverträge zwar obligatorische, nicht aber Vorverträge im technischen Sinn zum Konstitutivakt sind.²² Dies soll allerdings schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Initiatoren nicht ausschließen. Da sich der organisatorische Akt auf die zur Entstehung der juristischen Person notwendigen Handlungen (vor allem die Bestellung der Geschäftsführer, die Festlegung der Rechtsstellung der Gesellschafter und die Regelung der Verbandsverhältnisse) beschränke, kämen vorbereitende (mit Errichtung der Satzung sich erledigende) oder begleitende (über den Abschluß der Satzung fortbestehende)²³ Schuldrechtsverhältnisse

rend). Diese Auffassung setzt sich zum Teil in der rechtsformübergreifenden Unterscheidung zwischen Vertrags- und Satzungsgesellschaften fort, vgl. *Reuter*, Perpetuierung, S. 61 f.

²⁰ *Feine*, GmbH, S. 161 f.; *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 132 ff.; *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 32 f.

²¹ In diesem Sinne *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 130.

²² So z.B. *Flume*, FS Geßler, S. 18; *Feine*, GmbH, S. 187; *Heberlein*, GmbH vor Eintragung, S. 16 ff.; *Maslob*, Gründergesellschaft, S. 32 ff. Für eine Geltung dieser Besonderheiten erst ab Eintragung etwa *Salinger*, Vor-GmbH, S. 16 f., sowie die heute überwiegende Ansicht (siehe dazu den Text in Abschnitt C. ab Fn. 155).

²³ Diese Argumentation führte zu den sogenannten „Nebengesellschaften“, also den Gründergesellschaften neben der auf normativer Grundlage beruhenden Vorgesellschaft. Allerdings verselbständigte sich diese Rechtsfigur zunehmend von der Normentheorie und wird heute zum Teil

zwischen den Gründern in Betracht. Diese Vereinbarungen könnten sich auf einzelne Nebenabreden beschränken, aber auch zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unter den Beteiligten führen. Diese obligatorischen Verträge seien aber – entsprechend beliebigen Vereinbarungen mit Dritten – stets vom Organisationsakt der Satzung und damit der Körperschaftsbildung zu trennen.²⁴

Dem stand seit jeher zu Recht eine streng rechtsgeschäftlich orientierte Auffassung von der Rechtsqualität körperschaftlicher Satzungen gegenüber,²⁵ die in zunehmendem Maße den im Gesellschaftsrecht notwendigen Modifizierungen des allgemeinen Schuldrechts dadurch Rechnung trug, daß sie neben den obligatorischen Momenten den organisationsrechtlichen Akt der Verbandsbildung stärker berücksichtigte und den so verstandenen Doppeltatbestand seinen Besonderheiten entsprechend (etwa bezüglich der Auslegung der Satzung oder der Zurückdrängung von Nichtigkeitsgründen) behandelte.²⁶ Überwunden ist damit vor allem die These des Gegensatzes von Gesellschaftsvertrag und Sozialakt. Denn einerseits beschränkt sich der Abschluß eines Personalgesellschaftsvertrages entsprechend den §§ 705 ff. BGB, 105 ff. HGB mitnichten auf die Schaffung individualrechtlicher Beziehungen unter den Gründern. Vielmehr entsteht durch diesen ein gegenüber dem einzelnen abstrahierter Personenzusammenschluß, der bereits *de lege lata* eine Organisationsverfassung aufweist. Dies entspricht heute einhelliger Ansicht und gilt ganz unabhängig von der Frage, ob der entstandene Organismus selbst potentieller Träger von Rechten und Pflichten sein kann.²⁷ Andererseits entstehen mit Errichtung einer Körperschaft vertragliche Rechte und Pflichten sowohl im Verhältnis des Verbandes zu seinen Gesellschaftern (z.B. Einlageansprüche, Gewinnansprüche oder Treupflichten) als auch zwischen den Gründern (diese schulden einander vor allem die Mitwirkung an der Entstehung des Verbandes); die Satzung ist nach heute unbestrittener Auffassung zumindest insoweit obligatorischer Vertrag. Richtiger Ansicht nach behält das Statut diesen (doppelten) Vertragscharakter auch nach Eintragung des Verbandes in das Genossenschafts-, Vereins- oder Handelsregister.²⁸

auch von den Anhängern der Vertragstheorie vertreten. Zur Diskussion ausführlich im folgenden unter D.III.2.a.

²⁴ Siehe nur *v.Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 131; *Feine*, GmbH, S. 187; *Heberlein*, GmbH vor Eintragung, S. 16 ff.; *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 20.

²⁵ Sogenannte reine Vertragstheorie: *Scholz/Emmerich*, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 5; *Wiedemann*, GR I, S. 160 ff.; *Lutter*, AcP 180, S. 95, 97; *Hadding*, FS Fischer, S. 188 ff.

²⁶ Sogenannte modifizierte Normen- oder Vertragstheorie: BGHZ 96, 245 (250); BGHZ 47, 172 (179); BGHZ 21, 30 (373); RGZ 165, 140 (143); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 5; *Baumbach/Hueck/Hueck*, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 5; *K.Schmidt*, GR³, S. 79 ff.; *Kraft/Kreutz*, GR¹⁰, S. 28 f.

²⁷ Vgl. für die individualistische Ansicht z.B. *Hopt/Hehl/Vollrath*, GR⁴, Rdn. 7; *Staudinger/Kesler*, BGB¹², Vorbem. zu § 705, Rdn. 23 ff.; für die kollektivistische Auffassung etwa *MünchKomm/Ulmer*, BGB³, § 705, Rdn. 122, 125; *Soergel/Hadding*, BGB¹¹, vor § 705, Rdn. 22, 24; *Erman/Westermann*, BGB⁹, § 705, Rdn. 41; *Wiedemann*, ZGR 1996, S. 286 ff.

²⁸ A.A. vor allem BGHZ 47, 172 (179 f.); BGHZ 21, 370 (373) sowie etwa *Groß-Komm/Röhrich*, AktG⁴, § 23, Rdn. 6; *Flume*, BGB AT I/2, S. 319 (für Verein und AG); wie hier dagegen *Hadding*, FS Fischer, S. 188 ff.; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 65 f., 67; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 4; *Raiser*, AcP 194, S. 506. Siehe ausführlicher dazu unter C.II.5.

Zwischen Personalgesellschaftsverträgen und körperschaftlichen Satzungen bestehen damit nur noch quantitative Unterschiede: Führen erstere zu einer engen persönlichen Verbundenheit unter den Beteiligten, liegt bei letzteren der Schwerpunkt auf den verbandsbezogenen Rechtsverhältnissen.²⁹ Der unterschiedliche Grad der organisatorischen Verselbständigung der Zusammenschlüsse gegenüber ihren Mitgliedern führt allerdings zu einer Reihe wesentlicher, strukturbildender Unterschiede zwischen Körperschaften und Personalverbänden (siehe dazu unter C.V.).³⁰ Doch bedarf es zu ihrer Begründung und Geltung gegenüber den Verbandsmitgliedern keines Rückgriffs auf „delegierte Rechtssetzungsbefugnisse“, wie ihn die Normentheorie vornimmt. Die privatrechtlichen Zusammenschlüsse und damit die geschaffenen Organisationselemente derselben beruhen allein auf dem einverständlichen Willen der Gesellschafter, wie auch ein späterer Beitritt auf einer privatautonomen Entscheidung fußt.³¹ Dies entspricht insbesondere auch der Ansicht des Gesetzgebers. Demnach steht es außer Frage, daß die Begründung von Korporationen „rechtsgeschäftlicher, aber eigentümlicher Natur“ ist, auch wenn „die Rechte und Pflichten der Mitglieder ... ihren ersten Grund nicht in dem zwischen ihnen geschlossenen Verträge [haben], sondern in der durch vertragsweise Unterwerfung zur Geltung gelangenden Ordnung“.³² Auf diesem Willenskonsens der Beteiligten beruht die Verbindlichkeit der Gesellschaftsverträge sowohl im Zeitpunkt ihres Abschlusses als auch für den Zeitraum ihrer Geltung; sie beruht hingegen nicht auf einer „heteronomen Ordnung, die befiehlt“.³³

Vorgründungsvereinbarungen i.e.S. sind damit Vorverträge zu korporativen Satzungen im technischen Sinn. Mit ihnen verbunden sind regelmäßig die Probleme der Formbedürftigkeit im Hinblick auf die für den Hauptvertrag gemäß §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG gebotenen Form sowie der inhaltlichen Bestimmtheit.

aa) Bestimmtheit des Vertragsverhältnisses

Der Vorgründungsvertrag bezweckt die vorzeitige Bindung der Initiatoren. Doch sind vorläufige Vereinbarungen in Vorverträgen zumeist lückenhaft. Denn lägen die beabsichtigten Regelungen in ihrer Gesamtheit bereits vorab fest, stünde dem Abschluß des eigentlich gewollten Hauptvertrages nichts mehr im Wege. Soll aber eine Klage auf Abschluß des Hauptvertrages möglich und ein ergehendes Urteil nach § 894 ZPO vollstreckbar sein, so müssen sich die Gründer über alle wesentlichen Punkte erkenn-

²⁹ Dies gilt allerdings nur für die gesetzlich kodifizierten Idealstrukturen der verschiedenen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts. Mit einer privatautonom vereinbarten Realstruktur kann von den vorgegebenen Strukturen und damit auch von den bestehenden quantitativen Unterschieden abgewichen werden (vgl. nur die Publikums-KG).

³⁰ Insoweit ist die rechtsformübergreifende Unterscheidung in Vertragsgesellschaften (stark personenbezogen) und Satzungsgesellschaften (weitgehend von der Einzelpersonlichkeit losgelöst) durchaus richtig; vgl. dazu bereits Teil B., Fn. 19.

³¹ Dies gestehen auch die Anhänger der Normentheorie zu: v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 128 f.; Otte, Vorgründungsvertrag, S. 35; MünchKomm/Reuter, BGB³, § 25, Rdn. 11.

³² Gebhard, Vorentwürfe zum BGB, S. 607.

³³ So ausdrücklich Wiedemann, GR I, S. 162.

bar geeinigt haben.³⁴ Dies ist selbstverständlicher Ausfluß des schuldrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und der Privatautonomie, nach denen die Parteien selbst die Regelungen des Vertrages finden sollen. Dabei genügt es, wenn der Inhalt des abzuschließenden Körperschaftsvertrages zumindest bestimmbar ist, der Parteiwille also anhand der Verkehrssitte, des Grundgedankens des Vertrages, des Sinnzusammenhangs, des objektiv erkennbaren Zwecks oder des dispositiven Gesetzesrechts ermittelt werden kann.³⁵ Strittig ist in diesem Zusammenhang allerdings, woraus sich die richterliche Befugnis zur inhaltlichen Vertragsbestimmung und -vervollständigung ergibt.³⁶ Letztlich können die Gründer die Bestimmung einzelner noch unregelter Punkte gemäß § 315 Abs. 1 BGB einem Mitgesellschafter oder entsprechend § 317 Abs. 1 BGB einem Organ des entstehenden Verbandes bzw. einem Dritten überlassen.

Das Bestimmtheitserfordernis gilt für die Festlegung der Rechtsform (GmbH, AG, Verein, Genossenschaft),³⁷ die objektiv notwendigen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages sowie diejenigen (subjektiven) Regelungen, die von den Vertragsparteien als wesentlich angesehen werden.³⁸ Dabei versteht die ganz überwiegende Lehre die essentialia des Gesellschaftsvertrages als identisch mit dem notwendigen Mindestinhalt der Satzung gemäß §§ 23 Abs. 2 und 3 AktG, 3 Abs. 1 und 2 GmbHG, 6, 7 GenG, 57 Abs. 1 BGB.³⁹

Ermangelt es dem Vorvertrag (seinen wesentlichen Bestandteilen) an der notwendigen inhaltlichen Bestimmtheit, so ist er unwirksam.⁴⁰

³⁴ BGH, WM 1976, S. 181; OLG Koblenz, MDR 1959, S. 131; OLG München, GmbHR 1958, S. 195; RGZ 156, 129 (138); Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 28; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rn. 30; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 279; Köln-Komm/Kraft, AktG², § 23, Rdn. 135; Henrich, Vorvertrag, S. 132; Priester, GmbHR 1995, S. 482; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 357 sowie allgemein Motive zum BGB, Bd. I, S. 178: Es soll kein Zweifel bestehen, daß die Vereinbarung nur dann gültig ist, wenn der Inhalt des künftigen Vertrages mit Genüge bestimmt ist.

³⁵ So die herrschende Lehre (Fn. 34); gegen geringere Anforderungen allerdings MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 145, Rdn. 37; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 39.

³⁶ Für §§ 133, 157, 242 BGB etwa Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 82; Henrich, Vorvertrag, S. 140 f.; für §§ 315 ff. BGB analog MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 145, Rdn. 37; Soergel/Hadding, BGB¹¹, § 705, Rdn. 15; für § 287 ZPO entsprechend Soergel/Wolf, BGB¹², vor § 145, Rdn. 60; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 280.

³⁷ OLG München, GmbHR 1958, S. 195; RGZ 106, 174 (177); Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 81; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Eckardt, AktG, § 29, Rdn. 42; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 283; Soergel/Hadding, BGB¹², vor § 21, Rdn. 61; Priester, GmbHR 1995, S. 482.

³⁸ MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 145, Rdn. 37; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 30; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 66.

³⁹ Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 81; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 30; Hüffer, AktG³, § 23, Rdn. 14; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 357; Priester, GmbHR 1995, S. 482. A.A. Henrich, Vorvertrag, S. 133 f., 139: nur diejenigen Satzungsbestandteile, die das Schicksal der Gesellschaft wesentlich mitbestimmen.

⁴⁰ Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 48; Henrich, Vorvertrag, S. 143; Priester, GmbHR 1995, S. 482. Siehe aber die Diskussion im Zusammenhang mit der „Rechtsformverfehlung“, bei der die herrschende Lehre die Wahl einer bestimmten Rechtsform gerade nicht zu den essentialia

bb) Formbedürftigkeit des Vorvertrages

Die obligatorischen und fakultativen korporativen Abreden der Kapitalgesellschaftssatzungen und des Genossenschaftsstatuts bedürfen gemäß §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG notarieller bzw. schriftlicher Form. Rechtsprechung⁴¹ und herrschende Lehre⁴² erstrecken dieses Formerfordernis auch auf den Vorvertrag. Dies begründet man im wesentlichen mit dem Zweck der auf den Hauptvertrag bezogenen Formvorschriften. Diese dienen zum einen dem Beweis und der Sicherheit des Rechtsverkehrs: Die Grundlagen der einzutragenden Gesellschaft sollen klargestellt und dem mit dem Verband in Geschäftsverbindung tretenden Dritten ebenso wie potentiellen Gesellschaftern ein Einblick in die Satzung und damit in die Rechtsverhältnisse des Zusammenschlusses gewährt werden. Zum anderen komme den Formvorschriften auch eine Warnfunktion zu: Den Gründern soll die Bedeutsamkeit ihrer Willenserklärung bewußt gemacht werden, um sie so vor Übereilung zu schützen.⁴³ Könne auf der Grundlage und mit dem Inhalt nur mündlicher Vorgründungsvereinbarungen die Errichtung des Verbandes im Klageweg erzwungen werden, sei der beabsichtigte Schutz der Gründer umgehbar. Daher müsse auch der Vorvertrag auf Eingehung einer Korporation die Form der §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG wahren. Darüber hinaus stützte sich insbesondere das Reichsgericht auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Vorverträge immer dann formpflichtig sind, wenn für die Gültigkeit eines Hauptvertrages gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist.⁴⁴

Das Formerfordernis erstreckt man in analoger Anwendung der §§ 23 Abs. 1 Satz 2 AktG, 2 Abs. 2 GmbHG auch auf Bevollmächtigungen zum Abschluß des Vorvertrages.⁴⁵ Dies gebiete ein Schutzbedürfnis der beim Vertragsschluß Vertretenen, auch

negotii rechnet, sondern den Zusammenschluß notfalls auch gegen den Willen der Beteiligten der „richtigen“ Rechtsform unterstellt; vgl. nur K.Schmidt, GR³, S. 107 ff.; Jahnke, ZHR 146, S. 598.

⁴¹ LAG Frankfurt a.M., GmbHR 1998, S. 784; BGH, NJW 1992, S. 363; BAG, GmbHR 1991, S. 459; OLG Hamm, GmbHR 1989, S. 336; BGH, GmbHR 1988, S. 99; LG Aachen, NJW-RR 1986, S. 663; OLG München, GmbHR 1958, S. 195; RGZ 156, 129 (138); RGZ 130, 72 (75); RGZ 106, 174 (176); RGZ 66, 116 (120); RGZ 43, 136 (139).

⁴² Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 11, 44; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG³, § 2, Rdn. 74; Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 79; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland/Metz, GenG³³, § 13, Rdn. 3; K.Müller, GenG², § 13, Rdn. 4; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 281; Hüffer, AktG³, § 23, Rdn. 14; KölnKomm/Kraft, AktG², § 23, Rdn. 136; Henrich, Vorvertrag, S. 164; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 357; Priester, GmbHR 1995, S. 483; Blaurock, FS Rittner, S. 45; Reinicke, NJW 1969, S. 1830; Fischer, GmbHR 1954, S. 131; Sternberg, Vorvertrag, S. 16 ff.

⁴³ BGH, GmbHR 1988, S. 99; RGZ 66, 116 (121); RGZ 54, 418 (419); Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 44; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 29; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 281; KölnKomm/Kraft, AktG², § 23, Rdn. 136; Priester, GmbHR 1995, S. 483; Reinicke, NJW 1969, S. 1832.

⁴⁴ RGZ 43, 136 (139); RGZ 66, 116 (120).

⁴⁵ Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 46; Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 79; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG³, § 2, Rdn. 74; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 29 f.; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 282; Hüffer, AktG³, § 23, Rdn. 14; Priester, GmbHR 1995, S. 483; Reinicke, NJW 1969, S. 1830.

wenn mit diesen Vorschriften unmittelbar keine Warnfunktion verbunden sei. Geschützt seien auch die Belange der Gesellschafter, zwischen denen Streit über die Berechtigung des Vertreters vermieden werden solle. Fehlt die Schriftform, so soll der Vorvertrag gemäß § 125 BGB nichtig, bei Formmangel der Bevollmächtigung der Vorvertrag schwebend unwirksam sein.⁴⁶

Die Annahme einer Formbedürftigkeit auch der Vorgründungsverträge ist nicht unbestritten.⁴⁷ So weist man zu Recht darauf hin, daß ein allgemeiner Rechtssatz, wonach Vorverträge zu formpflichtigen Hauptverträgen ohne weiteres selbst formpflichtig seien, nicht existiert.⁴⁸ Im Gegenteil zeige das Gesetz etwa in den §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB oder 15 Abs. 4 GmbHG selbst, daß die Ausdehnung einer Formvorschrift auf *expressis verbis* nicht erfaßte Sachverhalte nicht die Regel sei. Vielmehr ordne das Gesetz, wie etwa in den §§ 1945 Abs. 3 Satz 1, 1484 Abs. 2 Satz 1 BGB, 2 Abs. 2 GmbHG oder 134 Abs. 3 Satz 2 AktG eine Vorwirkung jeweils besonders an. Da das Gründungsrecht der Körperschaften jedenfalls ausdrücklich nicht die Ausweitung des Formerfordernisses des Hauptvertrages bestimme, verbleibe es bei der allgemeinen Vertragsfreiheit und damit der grundsätzlichen Formfreiheit von Rechtsgeschäften.⁴⁹ Dies gelte um so mehr, als mit dem Vorgründungsvertrag eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. eine Personalhandelsgesellschaft entstehe; Gesellschaftsverträge im Sinne der §§ 705 ff. BGB, 105 ff., 161 ff. HGB kommen aber anerkanntermaßen gerade formfrei zustande.⁵⁰

Des weiteren verweist man beispielhaft auf Verpflichtungen zur Abgabe eines abstrakten Schuldanerkenntnisses oder -versprechens, Verpflichtungen zur Begründung einer Wechsel- oder Scheckverbindlichkeit bzw. auf schuldrechtliche Vereinbarungen mit dinglichem Erfüllungsgeschäft, die (von Ausnahmen wie §§ 313 Satz 1 BGB, 11 Abs. 2 ErbbauVO, 4 Abs. 3 WEG abgesehen) nach ganz überwiegender Ansicht formfrei begründet werden können. Vom erreichten Stand der Dogmatik aus überholt ist allerdings die Argumentation anhand einer besonderen Rechtsqualität der Satzungsfeststellung im Körperschaftsrecht. Diese sollte als „schöpferischer Konstitutivakt“ nicht schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein sozialrechtlicher Akt sein, der ein neues Rechtssubjekt und *inter omnes* geltendes Recht schaffe (siehe oben). Aufgrund der Entwicklung ist bereits ein Vergleich von Vorgründungsvertrag und Satzungsfeststel-

⁴⁶ Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 47; Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 79; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 2, Rdn. 29; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 281 f.; Hüffer, AktG³, § 23, Rdn. 14; Henrich, Vorvertrag, S. 164; Priester, GmbHR 1995, S. 483; Reinicke, NJW 1969, S. 1831.

⁴⁷ OLG Stuttgart, GmbHR 1958, S. 196; Flume, FS Geßler, S. 18 f.; Bär, FG Kummer, S. 86 f.; Hachenburg/Schilling, GmbHG⁶, § 2, Rdn. 14 (in Fortführung der Hachenburgischen Ansicht); Schreiber, KGaA, S. 81; Feine, GmbH, S. 188; Bing, JW 1929, S. 645; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13; Steimel, Gründungs-GmbH, S. 7; Otte, Vorgründungsvertrag, S. 55; Dressler, Vorgesellschaft, S. 9; für die Schweiz BGE 102 II, 420 (424).

⁴⁸ Ritzinger, NJW 1990, S. 1203; Fischer, GmbHR 1954, S. 129; Feine, GmbH, S. 188; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13. Die Rechtsprechung selbst erkennt dies seit RGZ 86, 30 (32) an.

⁴⁹ Baritsch, Vor-GmbH, S. 13, Otte, Vorgründungsvertrag, S. 27.

⁵⁰ OLG Stuttgart, GmbHR 1958, S. 196; Feine, GmbH, S. 188; Steimel, Gründungs-GmbH, S. 7. Ein anderes kann sich aber aus allgemeinem Recht ergeben; so etwa aus § 313 BGB, wenn ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht werden soll.

lung mit dem Verhältnis von formfreiem Schuldvertrag und formgebundenem dinglichen Erfüllungsgeschäft unhaltbar.⁵¹ Darüber hinaus läßt sich nicht bestreiten, daß der Vorgründungsvertrag nach Inhalt und Wesen Vorvertrag im technischen Sinn zur Errichtung der Körperschaft ist.⁵²

Aus heutiger Sicht ist diese induktive Argumentation diesbezüglich allerdings unergiebig, da man nicht überzeugend zu generellen Aussagen gelangen kann. Nach einheitlicher Lehre hängt es deshalb gerade vom Inhalt und Zweck einer Formvorschrift ab, ob diese sich auch auf den Vorvertrag zum formpflichtigen Hauptvertrag erstreckt.⁵³ Formvorschriften dienen so unterschiedlichen Zielen wie der Abschlusklarheit (daß etwas zustande kam) oder Inhaltsklarheit (was vereinbart wurde), einer Beweissicherung, der Erkennbarkeit für Dritte, einer fachmännischen Beratung, der Überwachung im Gemeinschaftsinteresse, der Erschwerung einer Rechtshandlung im Gemeinschaftsinteresse oder einer Typisierung.⁵⁴ Keiner dieser Zwecke verlangt, daß auch ein Vorvertrag in der Form des Hauptvertrages geschlossen werden muß.⁵⁵ Etwas anderes gilt allein in den Fällen, in denen das Formerfordernis die Beteiligten vor übereilter Bindung schützen will. Bindet eine zeitlich vorgezogene Verpflichtung der Vertragsparteien rechtlich in gleicher Weise wie die Vornahme des formbedürftigen Rechtsgeschäfts, muß der Vorvertrag selbst die Form des angestrebten Geschäfts wahren, will man den Zweck dieser Vorschrift nicht umgehen. Daran gemessen erstrecken sich z.B. die §§ 311, 312 Abs. 2 Satz 2, 313 Satz 1, 518 Abs. 1 Satz 1, 761, 766 Satz 1 BGB, 34 GWB, 4 Abs. 3 WEG bereits auf Vorverträge, nicht aber etwa die §§ 566 Satz 1 BGB, 1 Abs. 2 TVG.

Historisch läßt sich nun nachweisen, daß die satzungsbezogenen Formvorschriften des AktG, GmbHG und GenG jedenfalls dem Beweis und der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen

§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt sachlich unverändert seit der Entstehung des Gesetzes im Jahre 1892. In der Begründung⁵⁶ wird festgestellt, daß „der Gesellschaftsvertrag

⁵¹ Siehe etwa *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 10; *Hachenburg/Schilling*, GmbHG⁶, § 2, Rdn. 14; *Feine*, GmbH, S. 188: Da der Errichtungsakt nicht obligatorischer Vertrag sei, entspreche das Verhältnis von Vorgründungsvertrag und Satzungserrichtung der Struktur von Verpflichtung zu dinglicher Erfüllung (körperschaftlicher Hauptvertrag), nicht aber von verpflichtendem Vertrag zu (erfüllendem) Schuldvertrag. Richtig bereits *Willms*, Vor-AG, S. 14.

⁵² Siehe aber z.B. noch *Schreiber*, KGaA, S. 81; *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 36, 55: Weil die Satzungsfeststellung nicht schuldrechtlicher Vertrag sei, könne der Vorgründungsvertrag bezüglich seiner Form nicht den Regeln über das Verhältnis eines Hauptvertrages zu seinem Vorvertrag unterliegen.

⁵³ BGH, WM 1996, S. 763; BGHZ 61, 48 (48); RGZ 86, 30 (32); MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 145, Rdn. 38; *Soergel/Hefermehl*, BGB¹², § 125, Rdn. 6; *Soergel/Wolf*, BGB¹², vor § 145, Rdn. 62 f.; *Staudinger/Bork*, BGB¹³, Vorbem. Zu §§ 145 ff., Rdn. 60 f.; *Ermann/Brox*, BGB⁹, § 125, Rdn. 3; *Henrich*, Vorvertrag, S. 148 f., 152 f., 164; *Grottko*, Vorgründungsgesellschaft, S. 40 f.; *Ritzinger*, NJW 1990, S. 1203; *Fischer*, GmbHR 1954, S. 129; *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 28; *Sternberg*, Vorvertrag, S. 17.

⁵⁴ Die hier zugrundeliegende Klassifizierung geht zurück auf *Henrich*, Vorvertrag, S. 152.

⁵⁵ Zweifelhaft ist dies allerdings für Abschlus- und Inhaltsklarheit und Erschwerung eines Vertragsschlusses im Gemeinschaftsinteresse, vgl. *Henrich*, Vorvertrag, S. 153.

⁵⁶ Abgedruckt in den Stenographischen Berichten Reichstag, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92, 5. Anlageband, S. 3724 ff.

als die dauernde, auch Dritten erkennbar zu machende Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse ... nicht anders als schriftlich geschlossen werden [kann]“ (S. 3733).

Während in der Entwurfsbegründung noch davon ausgegangen wurde, daß die „... Form einer Privaturkunde ... aber als genügend zu betrachten [ist]; für das Erforderniß gerichtlicher oder notarieller Errichtung, wie sie bei der Aktiengesellschaft vorgeschrieben [ist], ... es hier mit Rücksicht auf die einfachere Struktur des Gründungsherganges an einem Bedürfnisse [fehlt]“ (S. 3733), wurde in den Kommissionsberatungen zwischen erster und zweiter Lesung die Notwendigkeit „gerichtlicher und notarieller Form“ statuiert, da „der Gesellschaftsvertrag ... die rechtliche Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse [bildet], durch denselben wird der Betrag der Stammeinlage und damit die Haftung jedes Gesellschafters festgestellt; dadurch ist die Vorschrift der gerichtlichen oder notariellen Errichtung gerechtfertigt“.⁵⁷

Ähnliches gilt für das Genossenschaftsrecht. § 5 GenG gilt unverändert seit 1889 fort; in der Begründung⁵⁸ wird lediglich auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 des preußischen GenG von 1867 verwiesen,⁵⁹ welches mit Gesetz vom 4.7.1868 Norddeutsches Bundesgesetz⁶⁰ wurde. Die Formvorschrift des preußischen GenG wurde aufgrund eines Regierungsentwurfs, der eine Formpflicht mit der Notwendigkeit, „den in seinen Folgen wichtigen Genossenschaftsvertrag authentisch festzuhalten“,⁶¹ begründete, kontrovers diskutiert. „Von einigen Seiten wurde die Abfassung durch den Notar oder Richter festgehalten... Unterstützend wurden die Aktien- und die Kommandit-Gesellschaft herangezogen. Hier wie dort mache die Rücksicht auf die Sicherheit des Publikums die gerichtlich beglaubigte Form nothwendig.“⁶² In Entsprechung des Entwurfs von Schulze-Delitsch und der überwiegenden Auffassung in der Kommission verblieb man jedoch bei der einfachen Schriftform: „Gegen die strengere Form hob man die Weitläufigkeit und die Kosten des Verfahrens hervor... Die Genossenschaft [stehe] näher der offenen Handels- und der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft; für beide gelte der mündliche Begründungsvertrag. Zur besseren Sicherheit wollte man dennoch für die Genossenschaften die schriftliche Form einräumen, weil dieselbe leicht zu bewirken und zur Feststellung der nothwendigen Vorbedingungen für die Eintragung dienlich sei... Eine nicht zu unterschätzende Bürgschaft liege darin, daß die Vorsteher den

⁵⁷ Stenographische Berichte Reichstag, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92, 6. Band, S. 4007.

⁵⁸ Abgedruckt in den Stenographischen Berichten Reichstag, 7. Legislaturperiode, IV. Session 1888/89, 1. Anlageband, S. 213.

⁵⁹ Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 27.3.1867, Nr. 34 der Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1867.

⁶⁰ Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, Nr. 24 des GBl. des Norddeutschen Bundes 1868.

⁶¹ Der Regierungsentwurf des Genossenschaftsgesetzes vom 02.02.1866 und seine Begründung sind abgedruckt bei *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, Materialien GenG, Bd. II, S. 44, 78 ff., 93 ff., 96 f.

⁶² Bericht der XIV. Kommission zur Vorberatung des von den Abgeordneten Schulze-Delitsch und Genossen eingebrachten „Gesetz-Entwurfes, betreffend die privatrechtliche Stellung der auf Selbsthülfe beruhenden Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften“ vom 16.9.1866, abgedruckt mit Begründung bei *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, Materialien GenG, Bd. II, S. 16 ff., 32.

Vertrag zur Eintragung beim Handelsgericht einreichen müssen; die Fälschung würde mit der schwersten Strafe ... belegt werden.“ (Seite 32).

Die aktienrechtlichen Regelungen lassen sich am weitesten zurückverfolgen. Als zuerst kodifizierte, korporativ strukturierte Verbandsform diente die Aktiengesellschaft (bzw. die KGaA) als Vorlage für die späteren „Neuschöpfungen“ GmbH und Genossenschaft. § 23 Abs. 1 Satz 1 AktG ist seit Inkrafttreten des Gesetzes 1965 unverändert⁶³ und geht in der Sache über § 16 Abs. 1 Satz 1 AktG 1937⁶⁴ zurück auf die Art. 175 Abs. 1 Satz 1, 209 Abs. 1 Satz 1 ADHGB 1884,⁶⁵ Art. 174 Abs. 2, 208 Abs. 2 ADHGB 1870⁶⁶ und Art. 174 Abs. 2, 208 Abs. 2 ADHGB 1861.⁶⁷ Allein in der zweiten Beratung der Kommission zum ADHGB von 1861 findet sich der Hinweis, daß „die Vorschrift [des Art. 186 Abs. 2] des ersten Entwurfs nicht entbehrlich [sei], daß über den Gesellschaftsvertrag, über das Statut der Gesellschaft, wenigstens von einigen Personen eine notarielle oder gerichtliche Urkunde errichtet werde, weil sonst kein Dritter, sei er ein Aktionär oder ein Gläubiger der Gesellschaft, sicher sein könne, daß [sich] an den Bestimmungen, auf deren Grund er sich zur Zeichnung oder zum Kreditieren veranlaßt gesehen, nicht nachträglich etwas geändert habe.“⁶⁸ Zweck sei die „Herstellung eines unveränderlichen, jedem Beteiligten zugänglichen Beweismittels“ über die Modalitäten der Gesellschaft (S. 1035).

Eine umfassende Begründung für die notwendige notarielle oder gerichtliche Beurkundung der Satzung bietet der preußische Entwurf eines HGB,⁶⁹ der in den Nürnberger Verhandlungen der ADHGB-Kommission als Grundlage diente. Als Motive zu Art. 157 Abs. 1, 181 Abs. 2 wurde formuliert: „Zum Schutz des Publikums und der späteren Aktienzeichner ist zunächst die sichere Feststellung der Bedingungen des Gesellschaftsvertrages erforderlich. Hierauf zielt die Vorschrift ab, daß die Gründer der Gesellschaft den Gesellschaftsvertrag in einer notariellen Urkunde abschließen

⁶³ Vgl. den Abdruck des ursprünglichen Textes mit vollständiger Begründung des Regierungsentwurfs bei *Kropff*, AktG, S. 43 f.

⁶⁴ Siehe den Text mit amtlicher Begründung bei *Klausing*, AktG, S. 14 f.

⁶⁵ Eingeführt durch das Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884, RGBl. 22 vom 31.7.1884; die Begründung dazu findet sich in den Stenographischen Berichten Reichstag, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, Bd. 3, S. 316 und 325.

⁶⁶ Geschaffen durch das Reichsgesetz für den Norddeutschen Bund vom 11.6.1870, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, GBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 375; die Begründung dazu findet sich in den Stenographischen Berichten Reichstag Norddt. Bund, I. Legislaturperiode, Session 1870, 4. Band, S. 659.

⁶⁷ Entwurf und Materialien eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs findet sich bei *Lutz*, Protokolle ADHGB, Beilagenband. Die Begründungen und Verhandlungen der Nürnberger Kommission sind für die erste Lesung abgedruckt im I. Theil, S. 153 ff., besonders S. 316; die zweite Lesung findet sich im III. Theil, S. 975 ff., besonders S. 1034 ff., 1117.

⁶⁸ Der Schutz des Zeichners nach Satzungsfeststellung hat sich überholt, da das Gesetz Sukzessivgründungen nicht mehr kennt. Auch bei Simultangründungen nimmt man keine Trennung mehr zwischen Feststellung der Satzung – Einigung über das Grundgesetz der Gesellschaft – und Übernahme des Kapitals durch die Gründer vor; vielmehr vollzieht sich dies in einem einheitlichen Rechtsakt.

⁶⁹ Abgedruckt als Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven.

müssen. Der notarielle Abschluß giebt zugleich eine Gewähr dafür, daß der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend abgefaßt wird... Bei Aktiengesellschaften ist die authentische Feststellung des Grundvertrages noch außerdem dadurch geboten, daß die Echtheit des Vertrages feststehen muß, ehe er zur landesherrlichen Genehmigung vorgelegt werden kann.“ (Seiten 83 und 91). Diese Argumentation findet sich bereits zu § 2 Abs. 1 Satz 1 des preußischen AktG von 1843,⁷⁰ der erstmaligen Kodifikation eines Aktienrechts in Deutschland: „... die Statuten [müssen] jederzeit gerichtlich oder notariell abgefaßt werden ..., da einerseits dies nothwendig ist, damit die Legitimation der Vertreter feststehe, andererseits aber es zweckmäßig scheint, daß bei Errichtung eines derartigen Gesellschaftsvertrages ein Sachverständiger zugezogen wird.“ (Seite 30). Wie sich aus der Gesamtschau der Motive ergibt, wurde dieser Sachverständige als eine doppelte, der damals noch notwendigen Konzessionierung des Verbandes vorausgehende Kontrolle für sinnvoll erachtet. Denn aufgrund der „Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit“ „... könne [es] unmöglich in die Willkür einer Zahl gewinnlustiger Interessenten gestellt werden, mit ausgedehnten Unternehmungen aufzutreten und Gewinn zu suchen, ohne, bei mangelhafter Begründung oder schlechter Verwaltung des Unternehmens, denjenigen gerecht werden zu müssen, welche Anforderungen an sie zu richten hätten. Es würde dadurch auf Kosten der soliden Industrie dem Hange zu unbesonnener Spekulation Vorschub geleistet und Betrügereien Thor und Thür geöffnet.“ (Seite 13).

Die mit den §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG verfolgte gesetzgeberische Absicht liegt damit offen zutage. Durch die sichere Feststellung der Bedingungen des Vertrages werden für den Verband selbst und seine Mitglieder die Grundlagen der eingetragenen Gesellschaft klargestellt (Beweissicherung) und Außenstehenden die Möglichkeit eröffnet, von diesen Rechtsverhältnissen Kenntnis zu erlangen (Publizitätssicherung). Ersteres ist notwendig, da mit dem Gründungsakt ein neues Rechtssubjekt entsteht. Die Möglichkeit für Dritte, von den Verhältnissen des Verbandes Kenntnis zu nehmen, resultiert aus einem nur begrenzt garantierten Haftungsfonds bei Kapitalgesellschaften. Insbesondere der Ausschluß einer persönlichen Gesellschafterhaftung für die Verbindlichkeiten des Verbandes bedingt gegenüber dem Personalgesellschaftsrecht ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Gläubiger sowie allgemein des Rechtsverkehrs. Man genügt dem durch eine umfassende Offenlegungspflicht der Verbandsverhältnisse. Da aber eine Publizität in dem beschränkten Umfang des Handelsregisters keinesfalls genügt, setzen die Anforderungen bereits am Gesellschaftsvertrag selbst an; dieser muß in jeweils aktueller Fassung beim Registergericht hinterlegt werden, §§ 181 Abs. 1 Satz 2 AktG, 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, 16 Abs. 5 Satz 1, 11 GenG. Eine „landesherrliche Genehmigung“ der genannten Körperschaften gibt es mit Ablösung des Konzessionssystems durch das Normativsystem nicht mehr. Überholt ist damit die in den Gesetzesmaterialien oftmals niedergelegte Begründung, „daß die Staatsregierung nicht in die Lage

⁷⁰ Nr. 31 der Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten vom 29.11.1843. Die Begründung findet sich in den Motiven zu der Verordnung über Aktiengesellschaften von 1842, die als *acta generalia*, Aktienrecht des preußischen Justizministeriums in den Jahren 1838 bis 1843, auf Film im Juridicum der Universität Bonn (Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht) vorhanden sind.

kommen darf, einem Verträge ihre Genehmigung zu erteilen, dessen Echtheit nicht feststeht.“⁷¹ Vielmehr bildet der Grundsatz der Publizität – mittels Kontrolle der Eintragungsvoraussetzungen durch den Registerrichter und Aufklärung des Rechtsverkehrs durch Offenlegung der Verbandsverhältnisse – ein notwendiges Korrelat zum Normativsystem. Die besonderen Formanforderungen dienen dazu, die Echtheit und Zuverlässigkeit der notwendigerweise an die Öffentlichkeit gelangenden Erklärungen zu sichern.

Beschränkt man den Zweck der §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG zunächst auf die gesicherte Kenntlichmachung der Gesellschaftsgrundlagen, so bedarf der Vorvertrag keiner Form. Er selbst ist nicht Grundlage der späteren Körperschaft, die Möglichkeit einer Kenntnisnahme durch den Rechtsverkehr und einer Prüfung durch den Registerrichter muß erst ab Errichtung des Verbandes bestehen.

Anhand der Gesetzesmaterialien läßt sich darüber hinaus nicht nachweisen, daß mit den §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG ein Schutz der unmittelbar an der Gründung beteiligten, vertragschließenden Gesellschafter vor Übereilung beabsichtigt war. An keiner Stelle findet sich ein Anhaltspunkt für die Annahme, daß mit den Formerfordernissen den Gründern auch die Bedeutsamkeit ihrer Willenserklärungen bewußt gemacht werden sollte.

Gegen eine derartige Annahme spricht neben der Gesetzesgenese insbesondere auch die Rechtsentwicklung zu den Personalgesellschaftsverträgen. Für diese bestand spätestens seit den ersten handelsrechtlichen Kodifikationen in Deutschland, dem preußischen allgemeinen Landrecht von 1794⁷² (I 17 § 170, II 8 § 617) sowie dem in den Rheinprovinzen geltenden französischen code de commerce von 1808⁷³ (Art. 39, 40), zumindest eine Schriftformpflicht. Formvorschriften lassen sich darüber hinaus in den verschiedensten Gesetzesentwürfen, wie etwa dem Württemberischen HGB von 1839⁷⁴ (Art. 185, 235), der Naussauischen Handels- und Wechselordnung von 1842⁷⁵ (§ 66 Abs. 1 Satz 1, 89 Abs. 1), dem Allgemeinen Handelsgesetzbuch für Deutschland von 1849⁷⁶ (Art. 6 Satz 1, 64) sowie der Vorlage Österreichs zu den Nürnberger Ver-

⁷¹ Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849 von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergelegten Kommission, S. 135. Ähnlich der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven von 1839, S. 220: „Eine notariatamtliche Urkunde aber kann deswegen nicht entbehrt werden, weil den Unternehmern sonst sehr leicht gewesen wäre, später die Bedingungen der Gesellschaft zu ändern.“

⁷² Der Text ist abgedruckt bei *Hattenhauer/Bernert*, ALR 1794. Allerdings muß man nach dem ALR differenzieren: Während allgemeine Erwerbsgesellschaften nur bei gerichtlicher Form und öffentlicher Bekanntmachung im Außenverhältnis entstand (I 17 §§ 178, 179), war für besondere Erwerbsgesellschaften einfache Schriftform vorgesehen (I 17 §§ 170, 171, 183, 187).

⁷³ Eine Übersetzung und Kommentierung findet sich bei *Broicher/Grimm*, HR, S. 22.

⁷⁴ Abgedruckt als Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven von 1839.

⁷⁵ Veröffentlicht als Entwurf einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogthum Nassau.

⁷⁶ Publiziert als Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849 von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergelegten Kommission.

handlungen zum ADHGB 1861⁷⁷ (§ 81), nachweisen. Dies entsprach auch den Anschauungen der Rechtslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.⁷⁸ Begründet wird dies – im Unterschied zum Körperschaftsrecht – zumindest auch mit einem Schutzbedürfnis der Gesellschafter. Sehr anschaulich wird im HGB-Entwurf von 1849 formuliert:⁷⁹ „Die schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrages ... wird von den meisten Gesetzgebungen verlangt. Die Gründe hierfür liegen augenscheinlich in der großen Bedeutung, welche die Eingehung einer Kollektiv-Gesellschaft für das ganze Vermögen der Contrahenten hat, und in dem Interesse des handeltreibenden Publikums überhaupt, den Inhalt der betreffenden Verträge so weit zu erfahren, als derselbe auf seine Rechte von Einfluß sein kann. Es konnte daher keinem Zweifel unterliegen, daß Bestimmungen über die Schriftlichkeit des Gesellschaftsvertrages ... aufgenommen werden mußten.“ (Seite 93 der Motive).

In vergleichbarer Weise wird auch im preußischen Entwurf eines HGB von 1857⁸⁰ auf zwei unterschiedliche Motive rekapituliert: „Daß der Gesellschaftsvertrag schriftlich geschlossen werde, liegt schon im eigenen Interesse der Gesellschafter, weil der Gesellschaftshandel in der Regel verwickelte Rechtsverhältnisse erzeugt, welche bei einem bloß mündlichen Vertragsschlusse unvermeidlich zu endlosen Streitigkeiten und Verwirrungen führen müßten. Es kann aber nach dem Prinzipie des Entwurfs, nach welchem das Vermögen einer Handelsgesellschaft ein selbständiges Rechtsganzes mit besonderen Rechten und Pflichten darstellt, bei dem Erfordernisse des schriftlichen Vertragsschlusses allein nicht stehen geblieben werden; es erscheint vielmehr als eine unumgängliche Nothwendigkeit, daß die Existenz der Gesellschaft zugleich auf eine nicht zu verdunkelnde, Jedermann zugängliche Weise festgestellt wird.“ (Seite 49).

Erst in den Beratungen zum ADHGB 1857 bis 1861 in Nürnberg gab man das Formerfordernis für Personalgesellschaftsverträge auf. Die dazu führenden Erwägungen,⁸¹ die sich bereits in der ersten Lesung finden, beziehen sich zum einen auf den Schutz des Rechtsverkehrs: „Alle Sicherheit, welche für das Publikum bezweckt werde, sei erreichbar durch Anzeigen und Eintragungen ins Handelsregister; wo diese seien, sei im Interesse des Publikums die schriftliche Vertragserrichtung ganz entbehrlich.“ Zum anderen stellte man bezüglich der Schutzbedürftigkeit der beteiligten Gesellschafter fest, daß man „... es also füglich der Vorsicht der Kaufleute überlassen [könne], ob sie Verträge abzufassen für gut fänden oder nicht... Weit größere Sicherheit [werde] erzielt ..., wenn die gesetzlichen und möglichst klaren Bestimmungen [des Gesetzes] überall die Richtschnur seien... Man [sei] früher in der Regel von dem nicht gerechtfertigten Gesichtspunkte ausgegangen ..., mit der Privatrechtsgesetzgebung zugleich eine weitgehende Fürsorge gegen jede mögliche Beschädigung des Privaten zu verbin-

⁷⁷ Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes (revidierter Entwurf), abgedruckt bei *Lutz*, Protokolle ADHGB, Beilagenband.

⁷⁸ Siehe etwa die Darstellungen von *Leuchs*, HR, S. 326 f.; *Broicher/Grimm*, HR, S. 22; *Schiebe*, GR, S. 14, 92 f., 120.

⁷⁹ Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849 von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergelegten Kommission.

⁸⁰ Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven.

⁸¹ Siehe den Abdruck der Verhandlungen der ersten Lesung bei *Lutz*, Protokolle ADHGB, I. Theil, S. 166-170.

den ...“ In den Motiven zum BGB wird ausdrücklich daran angeknüpft: „Der Gesellschaftsvertrag ist ... wie nach gemeinem Rechte formfrei. Damit, daß die Kontrahenten sich über die wesentlichen Punkte des Vertrages geeinigt haben, ist derselbe geschlossen... Hiernach ist auch stillschweigender Abschluß des Gesellschaftsvertrages denkbar und zulässig.“⁸²

Wenn nun aber gerade bei denjenigen Gesellschaftsverträgen, die in die Privatsphäre des einzelnen durch die Begründung unbegrenzter persönlicher Haftung für Verbindlichkeiten und eine Verpflichtung zu persönlichem Einsatz in besonderer Weise eingreifen, (anerkanntermaßen) auf einen Gesellschafterschutz jedenfalls durch Statuierung besonderer Formvorschriften verzichtet wird, so kann man einen Gründer-schutz nicht dem Körperschaftsrecht unterlegen.⁸³ Die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft, GmbH oder Genossenschaft verpflichten sich üblicherweise nur zu einer gegenständlichen (Bar- oder Sach-)Einlage in bestimmter Höhe. Eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Körperschaft ist für sie regelmäßig ausgeschlossen. Auch sonst ist die schuldrechtliche Stellung in diesen Verbänden nicht so herausgehoben, daß ihre Begründung besonders schutzwürdig erscheint. Insbesondere das geringere wirtschaftliche Risiko indiziert ein weit geringeres Schutzbedürfnis von Kapitalgesellschaftern, Genossen und Vereinsmitgliedern. Berücksichtigt man dies, so ist die Prämisse der herrschenden Lehre vom Schutz der Gründer durch die §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG unhaltbar.

Letztlich läßt sich gegen eine Formpflichtigkeit auch der Vorverträge ein pragmatisches Argument anführen. Faßt man das Bestimmtheits- und das Formerfordernis der herrschenden Ansicht zusammen, liegt mit dem Vorvertrag ein jedenfalls den (Mindest-)Anforderungen der §§ 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 und 2 GmbHG, 5 bis 7 GenG genügender Gesellschaftsvertrag vor. Seine erneute Vornahme durch die Gründer verursacht tatsächlichen Aufwand und insbesondere Kosten. Sollten die Initiatoren den zweiten Vertragsschluß für überflüssig erachten, bleibt offen, aus welchen rechtlichen Gründen dieser dennoch verlangt werden sollte. Darüber hinaus gibt man jede sachliche Unterscheidung zwischen Vorgründungs- und Körperschaftsvertrag auf, obwohl gerade die Errichtung der Korporation eine wesentliche Zäsur im Gründungsvorgang darstellen soll. Sind diese beiden Verträge nahezu gleichen Inhalts und – wenn sie zum Abschluß des Satzung verpflichten sollen – auch gleicher Form, ist unerklärlich, warum die durch sie geschaffenen Gesellschaften nach herrschender Lehre so unterschiedlich strukturiert sind.⁸⁴

Selbst wenn man der Ansicht folgt, wonach Vorgründungsvereinbarungen selbst bereits der Formpflicht der §§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG, 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 5 GenG bedürfen, sind entgegen der herrschenden Lehre (siehe oben) jedenfalls Bevollmächtigungen zum Abschluß eines Vorgründungsvertrages zu Körperschaften formfrei mög-

⁸² Motive zum BGB, Bd. II, S. 595.

⁸³ So zu Recht *Flume*, FS Geßler, S. 18 f.; *Otte*, Vorgründungsvertrag, S. 51; a.A. unter Hinweis auf einen besonderen körperschaftlichen Charakter der Vorgesellschafter-Erklärung *Blau-rock*, FS Rittner, S. 48 ff.

⁸⁴ Siehe dazu unten den Text zu B.III. und C.I.2., C.I.3. und C.II., C.III., C.IV.

lich.⁸⁵ Gemäß den Motiven zum GmbHG 1892 kann „das Erfordernis der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter bei der Errichtung des Gesellschaftsvertrages ... nicht so weit gehen, daß auch die Unterzeichnung des Vertrages durch Bevollmächtigte auszuschießen wäre. Nur verlangt für diesen Fall der Entwurf, um Zweifel und Streitigkeiten über die Legitimation der Vertreter abzuschneiden, die gerichtliche oder notarielle Ausstellung oder Beglaubigung der Vollmachten.“⁸⁶ Darauf verweist das die entsprechende Vorschrift einführende AktG 1937: „Abs. 1 Satz 2 [zu § 16 AktG 1937] überträgt das bereits für das GmbH-Gesetz (§ 2 Abs. 2) aufgestellte Formerfordernis für die Vollmacht zur Beteiligung an der Feststellung der Satzung als Bevollmächtigter auf das Aktienrecht.“⁸⁷ Geschützt werden damit nicht die Belange der Gesellschafter. Dafür besteht kein Anlaß, da für die Gründer gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht (§ 167 Abs. 2 BGB) keine konfliktträchtigere oder risikoreichere Situation vorliegt; ein „Sonderrecht“ wäre schon rechtspolitisch fragwürdig. Im Gegenteil kennen sich die Initiatoren bereits, da die Errichtung des Verbandes regelmäßig über einen längeren Zeitraum vorbereitet und verhandelt wird. Anders als erstmalig kontrahierende Vertragspartner vermögen die Gesellschafter daher viel eher einzuschätzen, ob und in welchem Umfang Dritten Vertretungsmacht durch einen der Gründer eingeräumt wurde. „Zweifel über die Legitimation des Vertreters auszuschließen“ kann deshalb nur bedeuten, dem Registerrichter die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zu erleichtern. Da der Vorvertrag allerdings selbst nicht zur Anmeldung in das Register bestimmt ist, durch ihn vielmehr erst eine Vorgründungsgesellschaft entsteht, unterliegt er auch keiner registerrichterlichen Prüfung. Für eine bestimmte Form der Bevollmächtigungen zu diesem Vertrag spricht deshalb auch kein besonderes öffentliches Interesse.

b) Der Vorgründungsvertrag als Gesellschaftsvertrag

Die Verpflichtung, eine Körperschaft zu errichten, entsteht aus dem Vorvertrag zur Feststellung der Satzung. Allein diese Vereinbarung soll nach ganz herrschender Lehre unter den Initiatoren zugleich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen.⁸⁸ Kein konstitutives Merkmal der Vorgründungsgesellschaft ist damit eine werbende Teilnahme am Rechts- und Wirtschaftsverkehr;⁸⁹ wesentlich ist allein, daß zumindest eine

⁸⁵ Meyer-Landrut/Miller/Niehus/Meyer-Landrut, GmbHG, § 2, Rdn. 16 sowie für einen Sonderfall BGH, GmbHR 1969, S. 177.

⁸⁶ Stenographische Berichte Reichstag, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92, 5. Anlageband, S. 3733.

⁸⁷ Text und amtliche Begründung bei *Klausing*, AktG, S. 15.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, GmbHR 1994, S. 399; OLG Hamm, GmbHR 1993, S. 105; BGH, NJW 1992, S. 363; BFH, GmbHR 1990, S. 236; OLG Hamm, GmbHR 1989, S. 336; Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 49, § 11, Rdn. 21; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG³, § 2, Rdn. 76; KölnKomm/Kraft, AktG², § 41, Rdn. 14; Hüffer, AktG³, § 23, Rdn. 15; Soergel/Hadding, BGB¹², vor § 21, Rdn. 61; Kort, DStR 1991, S. 1317; Maulbetsch, DB 1984, S. 1561; Grottko, Vorgründungsgesellschaft, S. 79, 135; Wacker, Vorgesellschaften, S. 7; Weyrich, Vorgesellschaft, S. 6; Baritsch, Vor-GmbH, S. 13; Dressler, Vorgesellschaft, S. 9; Wallenfäng, Vor-AG, S. 6 f.

⁸⁹ BAG, GmbHR 1991, S. 459; Priester, GmbHR 1995, S. 484.

Gründungsabrede im engeren Sinn getroffen wurde und die Initiatoren daran gebunden sein wollen.

Die Vorgründungsgesellschaft ist damit Vorvertragsverhältnis und Gesellschaftsverhältnis in einem. Dies schließt sich nicht gegenseitig aus. Für einen Gesellschaftsvertrag ist allein entscheidend, daß die Vertragsparteien das gleiche Ziel verfolgen und dazu gegenseitige Förderpflichten verabredeten. Ein Vorvertragsverhältnis bestimmt sich dagegen nicht nach der Struktur des Schuldverhältnisses, sondern nach dem Inhalt der Vereinbarungen. Erfasst der „gemeinsame Zweck“ den Abschluß eines (weiteren) Gesellschaftsvertrages, so verfolgen die Parteien dieses Ziel nicht nur mittels schuldrechtlicher Bindungen untereinander, sondern zugleich durch organisationsrechtliche Komponenten, eben den Personenzusammenschluß.

Beschränken sich die Gründer auf die unmittelbare Gründungsverpflichtung, so handelt es sich bei der geschaffenen Gesellschaft um eine reine Innengesellschaft. Ein Personenzusammenschluß tritt als solcher nicht nach außen in Erscheinung, Gesamtvermögen wird nicht gebildet.⁹⁰ Verbandszweck ist die Errichtung der in Aussicht genommenen Gesellschaft durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Die Gesellschafter schulden primär die Abgabe der dazu notwendigen Willenserklärungen. Darüber hinaus sind sie verpflichtet, im notwendigen Umfang an der Entstehung der Vorgesellschaft und der Ausräumung etwaiger Hindernisse mitzuwirken. Die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, unter den Gesellschaftern und zu Dritten bestimmen sich ausschließlich nach den §§ 705 ff. BGB; Körperschaftsrecht bzw. die besonderen Grundsätze über die Vorgesellschaften sollen nicht anwendbar sein.⁹¹

Allerdings sind beurkundete Vorverträge insbesondere aufgrund des tatsächlichen Aufwandes und der anfallenden Kosten in der Praxis äußerst selten.⁹² Nach herrschender – hier bestrittener – Ansicht ist das Gesellschaftsverhältnis deshalb regelmäßig nichtig, § 125 BGB. Zwar finden nach der Rechtsprechung die Regeln über fehlerhafte Gesellschaften auch auf Innengesellschaften Anwendung.⁹³ Demnach wird die Gesellschaft trotz Mängeln im Gründungsakt nach ihrer Invollzugsetzung als bestehend behandelt, da es unmöglich ist, zugleich dem Verkehrsschutz zugunsten Dritter und dem Bestandsschutz zugunsten der Beteiligten Rechnung zu tragen sowie ein betätigtes Organisationsverhältnis rückwirkend abzuwickeln. Doch vermag dies im Falle eines Vorvertrages im engeren Sinn keine wirksame, wenn auch fehlerhafte Gesellschaft zu begründen.⁹⁴ Anerkanntermaßen muß gerade die fehlerhafte Vereinbarung (Gründungsvereinbarung) wirkungslos bleiben (kein Anspruch auf Abschluß der Satzung),

⁹⁰ FG Niedersachsen, GmbHR 1992, S. 391; Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 21; Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 9.

⁹¹ Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 50 f., § 11, Rdn. 21; Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 13; Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁴, § 11, Rdn. 23; Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG¹⁶, § 11, Rdn. 33; Kort, DStR 1991, S. 1317.

⁹² Siehe dazu GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 281; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 357 f.; Priester, GmbHR 1995, S. 483.

⁹³ BHG, NJW-RR 1993, S. 2107; BGH, NJW 1992, S. 1502; BGH, NJW-RR 1991, S. 614; BGHZ 75, 214 (217); BGHZ 55, 5 (8).

⁹⁴ Dies ist aber die Befürchtung von Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 364.

will man den Schutzzweck der den Mangel begründenden Rechtsvorschrift nicht unterlaufen.⁹⁵ Darüber hinaus fehlt es an einem Bestandsschutzinteresse, da die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages gerade noch nicht verwirklicht ist. Zum gleichen Ergebnis kommt die Lehre, die entweder die Regeln über fehlerhafte Gesellschaften überhaupt nicht auf Innengesellschaften anwenden will⁹⁶ oder aber von der Bildung von Gesamthandsvermögen⁹⁷ bzw. einer Verbandsstruktur⁹⁸ abhängig macht.

Die Auffassung, mit dem Vorvertrag entstehe (nach herrschender Meinung bei Wahrung der Form) eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ist nicht unbestritten.⁹⁹ Die Pflichten der Vertragsschließenden zur Mitwirkung an der Errichtung der Körperschaft ergäben sich, so argumentiert man, schon aus dem schuldrechtlichen Vorvertrag. Die Annahme eines Gesellschaftsvertrages sei deshalb nur dort sinnvoll, wo sich daraus Rechtsfolgen ableiten ließen, die sonst keine Grundlage hätten.¹⁰⁰ Hier fehle es an einem zusätzlichen rechtlichen Erkenntnisgewinn, so daß die Konstruktion eines Gesellschaftsverhältnisses entbehrlich sei. Insbesondere müsse man für ein außerordentliches Kündigungsrecht der Gründer nicht auf § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB zurückgreifen, da sich ein solches Recht nach allgemeinen Grundsätzen über Dauerschuldverhältnisse aus § 242 BGB ergebe.¹⁰¹ Konsequenterweise führt dies zur Einordnung des Vorgründungsvertrages als einem schlicht mehrseitig verpflichtenden Austauschvertrag.¹⁰²

Doch entspricht dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Für Austauschverträge ist eine gegenläufige Interessenverfolgung der Vertragsschließenden typisch. Dabei wird die eigene Leistung gerade um der Erlangung der vom Vertragspartner übernommenen Verpflichtung willen versprochen; im Vordergrund steht der Austausch von Leistung und Gegenleistung. Dagegen tauschen die Parteien des Vorgründungsvertrages keine Leistungen aus, vielmehr verpflichten sie sich wechselseitig zum gemeinsamen Zusammenwirken, was im Falle der vorzeitigen Geschäftsaufnahme auf gemeinsame Rechnung besonders deutlich wird.¹⁰³ Für die Gründer ist ein Gleichlauf der verfolgten

⁹⁵ BGH, WM 1976, S. 1027; GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 281; KölnKomm/Kraft, AktG², § 41, Rdn. 12; Baumbach/Hopt, HGB²⁹, § 105, Rdn. 86; Soergel/Hadding, BGB¹¹, § 705, Rdn. 71, 77; Priester, GmbHR 1995, S. 484.

⁹⁶ Keine Anerkennung dieser Regeln: Canaris, Vertrauenshaftung, S. 120 ff., 172 ff. (insbes. 175); Möschel, FS Hefermehl, S. 171 ff. (insbes. 187 ff.) oder aber keine Anwendung dieser Regeln auf Innengesellschaften: Kübler, GR⁴, S. 319 f.

⁹⁷ Baumbach/Hopt, HGB²⁹, § 105, Rdn. 82; MünchKomm/Ulmer, BGB³, § 705, Rdn. 249, 276.

⁹⁸ Scholz/K.Schmidt, GmbHG⁸, § 11, Rdn. 10; Soergel/Hadding, BGB¹¹, § 705, Rdn. 75, 88; Priester, GmbHR 1995, S. 484.

⁹⁹ GroßKomm/Röhrich, AktG⁴, § 23, Rdn. 284; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG³, § 2, Rdn. 49; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 366 f.; Priester, GmbHR 1995, S. 483.

¹⁰⁰ Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 366 f.; Priester, GmbHR 1995, S. 483.

¹⁰¹ Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG³, § 2, Rdn. 49.

¹⁰² Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG³, § 2, Rdn. 49; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 366 f.; Priester, GmbHR 1995, S. 482 f. Unberücksichtigt soll hier die dritte Gruppe der Verträge zur Wahrnehmung fremder Belange bleiben.

¹⁰³ Erblickt man das Wesen eines gegenseitigen Vertrages nicht allein in den dadurch entstehenden Pflichten zum Austausch zweier Leistungen, sondern darin, daß sich der eine auch gerade um der Verpflichtung des anderen willen bindet, so handelt es sich auch bei Gesellschaftsverträ-

Interessen charakteristisch; die Initiatoren verfolgen den gemeinsamen Zweck der Gründung einer Körperschaft.¹⁰⁴ Mit ihrem rechtsgeschäftlichen Handeln erfüllen sie alle Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 705 ff. BGB: Es liegt ein Vertrag mehrerer Personen vor, die die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks – Abschluß eines Gesellschaftsvertrages – durch allseitige, entsprechende Förderungspflichten – Abgabe der notwendigen Willenserklärungen – vereinbaren. Es ist das gerade für Gesellschaftsverhältnisse als Schuldverträge und Organisationsakte Typische, daß die Gesellschafterpflichten originär auf den Willenserklärungen der Gründer fußen. Während für Austauschverträge eine eigennützige Interessenverfolgung geradezu wesensimmanent ist und bis an die Grenzen der §§ 134, 138 BGB rechtlich gebilligt wird, entstehen unter den Gründern besondere Pflichten, etwa die zu besonderer Loyalität. Und genau darin liegt für die herrschende Lehre die Relevanz der Annahme, der Vorvertrag sei gleichzeitig ein Gesellschaftsvertrag.

Insoweit ist auch die Befürchtung unbegründet, daß es sich nach herrschender Lehre bei jedem Vorvertrag um einen Gesellschaftsvertrag handeln müßte, wenn allein die Zielsetzung, einen beabsichtigten Vertrag schließen zu wollen, einen gemeinsamen Zweck i.S. des § 705 BGB darstellt.¹⁰⁵ Ob ein Vorvertrag vorliegt, bestimmt sich allein nach dem Inhalt der Vereinbarungen. Eine Einordnung auch als Gesellschaftsvertrag rekapituliert dagegen auf die Struktur des Schuldverhältnisses. Der Vorvertrag ist als vorzeitige Bindung der Parteien lediglich eine Abbildung der Interessenverhältnisse im angestrebten Rechtsverhältnis. Die Einordnung des mit dem Vorgründungsvertrag entstandenen Rechtsverhältnisses als Gesellschaftsvertrag hängt deshalb maßgeblich von den verfolgten Interessen gerade im Hinblick auf den Hauptvertrag ab: Ist dieser kein Gesellschaftsvertrag, so begründet allein die gegenseitige Verpflichtung, einen Austauschvertrag schließen zu wollen, noch kein Gesellschaftsverhältnis. Jeder verfolgt egoistisch mit der vorgezogenen eigenen und fremden Bindung die Zwecke, die er auch dem Hauptvertrag unterlegt, dieser ist als gemeinschaftlich angestrebtes Zwischenziel lediglich Mittel zum Zweck.

Letztlich ist auch die sich mit Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses ergebende Anwendbarkeit des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB keinesfalls entbehrlich.¹⁰⁶ Klassifiziert man den Vorgründungsvertrag als Austauschvertrag, so fehlt ihm möglicherweise die für Dauerschuldverhältnisse typische¹⁰⁷ ständige Pflichtenanspannung der Vertragspartner über einen bestimmten Zeitraum hinweg. Diese schulden einander dann nicht

gen um gegenseitige, synallagmatische Verträge (a.A. MünchKomm/Ulmer, BGB³, § 705, Rdn. 138). Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist dann die Interessenlage: Verpflichtet man sich, um im eigenen Interesse die andere Leistung zu erlangen, oder bindet man sich um der Bindung des anderen willen im Interesse gemeinsamer Ziele (so Hueck, GR¹⁹, S. 48; *Schultze-v.Lasaulx*, FS Olivecrona, S. 583)?

¹⁰⁴ Baumbach/Hopt, HGB²⁹, § 105, Rdn. 47; MünchKomm/Ulmer, BGB³, § 705, Rdn. 138; Soergel/Hadding, BGB¹¹, § 705, Rdn. 44; Grunewald, GR³, S. 6; K.Schmidt, GR³, S. 298 ff.; Hueck, GR¹⁹, S. 48; Wiedemann, GR I, S. 164; Lutter, AcP 180, S. 89 ff.

¹⁰⁵ So Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG³, § 2, Rdn. 49; Michalski/Sixt, FS Boujong, S. 367.

¹⁰⁶ So aber Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG³, § 2, Rdn. 49.

¹⁰⁷ MünchKomm/Kramer, BGB³, vor § 241, Rdn. 85; Soergel/Teichmann, BGB¹², § 241, Rdn. 6.

ein dauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen, vielmehr bestehen die Vertragspflichten in der einmaligen Abgabe der für den Satzungsabschluß erforderlichen Willenserklärungen; entweder sofort oder aber zu einem späteren Zeitpunkt. Aus § 242 BGB ergibt sich deshalb für die Vertragspartner kein Kündigungsrecht; darüber hinaus sind in diesem Falle auch alle übrigen, für Dauerschuldverhältnisse entwickelten und anerkannten "Sonderregelungen" nicht anwendbar.

2. Über den Vorvertrag hinausgehende Gründervereinbarungen

Üblicherweise treffen die Gründer über die unmittelbare Verpflichtung zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages hinausgehende rechtsverbindliche Abreden. Dies ergibt sich gerade aus dem Wesen des Vorgründungsstadiums als einem Planungs- und Vorbereitungszeitraum. So muß man sich über den vollständigen Inhalt des angestrebten Statuts einigen (z.B. die gesamte Organisationsstruktur der Körperschaft sowie Rechte und Pflichten eines jeden Mitglieds festlegen), man muß sich darüber verständigen, wer die zur Eintragung erforderlichen Handlungen vornimmt (etwa den Satzungstext formuliert, die Eintragung anmeldet) und die dabei entstehenden Kosten trägt. Zur Vorbereitung bedient man sich regelmäßig fremder Hilfe, insbesondere von Rechtsanwälten und Steuerberatern. Hierzu müssen Beratungsverträge abgeschlossen werden, und es entstehen Gebührenforderungen gegen die Gründer. Da Kapitalgesellschafts- bzw. Genossenschaftsgründungen zumeist im Hinblick auf beabsichtigte gemeinsame Geschäftstätigkeiten erfolgen (siehe oben), werden insoweit bereits wirtschaftliche Entscheidungen getroffen (z.B. die Verhältnisse des Marktes sondiert, Unternehmensberater kontaktiert, Erfindungen gesichert, Geschäftsräume gemietet oder Waren bestellt). Noch intensiver entwickeln sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Gründern, wenn ein bestehendes Unternehmen in die Vorgründungsgesellschaft eingebracht und sofort gemeinsam betrieben wird (hierzu müssen etwa der genaue Wert der Sacheinlage ermittelt, die Modalitäten der Einbringung vereinbart und die Konditionen der Geschäftsführung bestimmt werden).

Die von den Gründern getroffenen Abreden müssen dabei keinesfalls ausdrücklich geschlossen sein. Ausreichend ist für einen (konkludenten) Vertragsschluß der erkennbare, allseitige Wille, in rechtsverbindlicher Weise zusammenwirken zu wollen. Eine Vereinbarung kann dementsprechend etwa schon angenommen werden, wenn ein Gründer die Initiative in Kenntnis und ohne Widerspruch der anderen ergreift.

a) Die Erweiterung des einen, bestehenden Gesellschaftsverhältnisses

Die ganz überwiegende Lehre erweitert bei zusätzlichen Vereinbarungen unter den Gründern das eine bestehende Gesellschaftsverhältnis.¹⁰⁸ Dies schließt allerdings Abre-

¹⁰⁸ OLG Düsseldorf, GmbHR 1994, S. 399; BGH, GmbHR 1992, S. 602; BGH, NJW 1992, S. 363; BAG, GmbHR 1991, S. 459; BFH, GmbHR 1990, S. 236; OLG Hamm, GmbHR 1989, S. 336; Hachenburg/Ulmer, GmbHG⁸, § 2, Rdn. 49, 50; Scholz/Emmerich, GmbHG⁸, § 2,