

18

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GmbHG §§ 8, 9 c, 11; HGB § 161

- a) Eine Vorgesellschaft wird durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, auch dann verpflichtet, wenn nach der Satzung nur Bareinlagen vereinbart sind.
- b) Die Rechte und Pflichten aus solchen Geschäften gehen mit der Eintragung der GmbH voll auf diese über (kein sog. Vorbelastungsverbot).
- c) Für die Differenz, die sich durch solche Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ergibt, haften die Gesellschafter anteilig.
- d) Die bei der Anmeldung abzugebende Versicherung über Einlageleistungen und die entsprechende Prüfung durch das Registergericht haben sich bei einer Bargründung auch darauf zu erstrecken, inwieweit das Anfangskapital der GmbH bereits durch Schulden vorbelastet ist.
- e) Die Haftung der Gründer aus Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft erlischt mit der Eintragung der GmbH.
- f) Eine Vor-GmbH kann persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft sein. Handelt ihr Geschäftsführer im Namen der Kommanditgesellschaft und löst er hierdurch die Haftung der Vor-GmbH nach § 128 HGB aus, so haftet er bis zur Eintragung der GmbH persönlich nach § 11 Abs. 2 GmbHG.

BGH, Urt. v. 9. März 1981 - II ZR 54/80 - OLG Hamburg
LG Hamburg

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 54/80

URTEIL

Verkündet am
9. März 1981
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der kaufmännischen Angestellten Antje F. [REDACTED]
geb. L. [REDACTED], C. [REDACTED]weg 25, H. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2.,

gegen

die Paul C. Z. [REDACTED] KG, Eisenhandel, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Paul C. Z. [REDACTED],
S. [REDACTED]straße 165 - 185, H. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

18

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1981 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 16. Januar 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Beklagten, Bernd F. [REDACTED], war persönlich haftender Gesellschafter der "Bernd F. [REDACTED] KG", die ein Bauunternehmen betrieb. Nach seinem Tode am 21. Juni 1978 erklärte die einzige Kommanditistin, sie wolle nicht, wie nach dem Gesellschaftsvertrag möglich, persönlich haftende Gesellschafterin werden. Auch die Beklagte und die weiteren



Erben von Bernd F. [REDACTED] machten von der gleichen Möglichkeit keinen Gebrauch. Stattdessen errichtete die Beklagte zusammen mit dem Steuerbevollmächtigten F. [REDACTED] durch Vertrag vom 31. Juli 1978 die "Bauunternehmen F. [REDACTED] GmbH", deren erste Geschäftsführerin die Beklagte wurde und die als persönlich haftende Gesellschafterin in die Kommanditgesellschaft eintrat. Die GmbH wurde am 5. Oktober 1978 in das Handelsregister eingetragen. Die Firma der Kommanditgesellschaft erhielt den Zusatz: "(GmbH & Co.)".

In der Zeit zwischen der Gründung und der Eintragung der GmbH beauftragten zwei Angestellte der Kommanditgesellschaft in deren Namen, gestützt auf eine ihnen von der Beklagten als Geschäftsführerin der GmbH erteilte Vollmacht, die Klägerin mit der Herstellung von Stahlkonstruktionen. Die Klägerin führte diese Arbeiten aus und stellte hierüber im August und September 1978 Rechnungen im Gesamtbetrag von 16.331,84 DM aus, die von der Kommanditgesellschaft nicht bezahlt worden sind. Die Klägerin hat daraufhin die Beklagte gemäß § 11 GmbHG als Gesamtschuldnerin mit der Kommanditgesellschaft auf Zahlung der Rechnungssumme in Anspruch genommen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, möchte die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Beklagte nach § 11 Abs. 2 GmbHG zur Erfüllung der Klageforderung für verpflichtet, weil sie durch die von ihr bevollmächtigten beiden Angestellten im Rahmen der Auftragserteilung für die Kommanditgesellschaft zugleich für deren Komplementär-GmbH gehandelt habe, bevor diese in das Handelsregister eingetragen worden sei, und ihre darauf beruhende Haftung den Zeitpunkt der Eintragung überdauert habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

1. Für die Frage, ob die Beklagte nach § 11 Abs. 2 GmbHG oder unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt für die Klageforderung haftet, ist wesentlich, welche gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse in der Zeit von der Errichtung der GmbH durch Vertrag vom 31. Juli 1978 bis zu deren Eintragung am 5. Oktober 1978, in der namens der "Bernd F. [REDACTED] KG" der Konstruktionsauftrag an die Klägerin erteilt wurde, bestanden haben. Das hängt wiederum davon ab, ob eine Vor-GmbH bereits persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft sein kann. Dies hält der Senat unter Aufgabe seines bisher gegenteiligen Standpunktes (BGHZ 63, 45, 47; Urt. v. 15. 1. 68 - II ZR 221/65, WM 1968, 509) für möglich (ebenso Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 11 Rdn. 102; Hüffer, JuS 1980, 485, 487; Binz, Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG, 1976, S. 48 ff, 145 ff und GmbHRdsch 1976, 29, 31 f; Huber in Festschr. f. Hefermehl, 1976, S. 127, 148 f; a.M. Kuhn, ebenda S. 159, 160, 169; K. Schmidt, NJW 1975, 665 f, 669).

Gegen die Eignung einer Vorgesellschaft zur persönlich haftenden Gesellschafterin spricht nicht schon die überwiegend vertretene Auffassung, daß nur natürliche oder juristische Personen sowie handelsrechtliche Personengesellschaften wegen ihrer Fähigkeit, im Rechtsverkehr selbständig als Einheit aufzutreten und eine entsprechende Haftung zu übernehmen, diese Eignung haben, nicht aber Gesamthandsgemeinschaften wie namentlich Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (Hueck, Das Recht der oHG, 4. Aufl., § 2; R. Fischer in Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 105 Anm. 23 ff). Denn die Vorgesellschaft ist als ein auf die künftige juristische Person hin angelegtes Rechtsgebilde bereits körperschaftlich strukturiert und daher imstande, durch ihre Geschäftsführer als Vertretungsorgan nach außen geschlossen aufzutreten (Ulmer aaO § 11 Rdn. 102; eingehend hierzu Binz aaO S. 145 ff, 213 m. w. N.). Die bloße Möglichkeit, daß die Vorgesellschaft noch vor der Eintragung aufgelöst werden könnte, steht ihrer Eignung als persönlich haftender Gesellschafterin mindestens so lange nicht entgegen, wie die Eintragung noch betrieben wird. Auch verfügt die Vorgesellschaft nach Gesetz und Satzung bereits über ein gebundenes Mindestkapital in Gestalt von Einlagen oder Einlageforderungen, aus dem die Gesellschaftsgläubiger Befriedigung suchen können (vgl. BGHZ 45, 338, 347 ff).

Freilich fehlt zunächst noch die Prüfung der kapitalmäßigen Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht, die jetzt § 9 c in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5, Abs. 2 GmbHG n. F. ausdrücklich regelt,

ebenso wie die Eintragung selbst und deren öffentliche Bekanntgabe. Auch lassen sich die strengen Kapital-schutzvorschriften insbesondere der §§ 19, 30 ff GmbHG jedenfalls nicht unmittelbar und uneingeschränkt auf die Vorgesellschaft übertragen (vgl. Urt. d. Sen. v. 29. 5. 80 - II ZR 225/78, WM 1980, 955 zu 2 c; a. M. Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl., § 11 Anm. 9). Deshalb ist es im Interesse der Gläubiger nur dann vertretbar, der Vorgesellschaft die "Komplementär-fähigkeit" zuzuerkennen, wenn man § 11 Abs. 2 GmbHG auch auf den damit als möglich vorausgesetzten Fall erstreckt, daß der Geschäftsführer der GmbH nicht unmittelbar für diese ein Rechtsgeschäft abschließt, sondern in Ausübung der ihr als persönlich haftender Gesellschafterin zustehenden Vertretungsmacht die Kommanditgesellschaft nach außen verpflichtet und hierdurch zugleich die gesetzliche Haftung der Vor-GmbH nach § 128 HGB auslöst. Denn nur so erhält der Gläubiger einen Ausgleich dafür, daß die Kapitalgrundlage des ihm "unbeschränkt" haftenden Gesellschafters - der Vor-GmbH - noch nicht in gleichem Maße wie bei der einge-tragenen GmbH gerichtlich kontrolliert, publiziert und durch zwingende Schutzvorschriften abgesichert ist (so - mit anderer Begr. - Huber in Festschr. Hefermehl, 1976, S. 127, 142 ff; Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, I 1 § 16 IV 5 S. 337; a. M. Binz aaO S. 250 Fn. 674, 273 ff unter Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht in GmbHRdsch 1976, 29, 34 f; offengelassen in BGHZ 76, 320, 322 f; zum Zweck des § 11 Abs. 2 GmbHG vgl. ferner K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handels-gesellschaften, 1972, S. 319 f, GmbHRdsch 1973, 146, 151 u.

NJW 1980, 1979, 1980; Huber in Festschr. f. R. Fischer, 1979, S. 263, 276 ff; Scholz/Winter aaO § 11 Anm. 19).

2. Die Eignung der Vor-GmbH für eine Komplementärrolle steht und fällt aber mit dem sogenannten Vorbelastungsverbot, d. h. mit dem schon vom Reichsgericht entwickelten und bislang auch vom Senat mit dem eingeschränkten Inhalt vertretenen Grundsatz, daß die GmbH nur in solche vor ihrer Eintragung eingegangenen Verbindlichkeiten ohne weiteres eintritt, die in Gesetz und Satzung eine klare Grundlage haben, also bei Sachgründungen mit der Übernahme eines eingebrachten Gegenstandes, z. B. eines Handelsgeschäfts, für Rechnung der Gesellschaft notwendig zusammenhängen (BGHZ 65, 378, 383; 45, 338, 342 f). Denn eine Vorgesellschaft, die ihre Haftung nicht voll an die eingetragene GmbH weitergeben kann, ist als persönlich haftende Gesellschafterin untauglich (so zutreffend K. Schmidt NJW 1978, 638, 639).

Es ist daher notwendig zu prüfen, ob jener Grundsatz angesichts der Zweifel, denen er im neueren Schrifttum zunehmend ausgesetzt ist, noch dem heutigen Stand der Rechtsentwicklung entspricht (vgl. hierzu Ulmer aaO § 11 Rdn. 22 ff, 89 ff u. in Festschr. f. Ballerstedt, 1975, S. 279 ff; Scholz/Winter aaO § 11 Anm. 36 ff; Binz, Haftungsverhältnisse S. 79 ff; Hüffer, JuS 1980, 485, 487; jeweils m. w. N.; krit. neuerdings auch R. Fischer in Pro GmbH, 1980, S. 137, 164; anders noch in Scholz/Fischer, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Anm. 5).

18

a) Der Gesetzgeber hat die Problematik der Vorgesellschaft, ihrer Haftung für Verbindlichkeiten und des Übergangs dieser Verbindlichkeiten auf die eingetragene GmbH ursprünglich nicht gesehen. Er wollte den Betrieb eineswerbenden Unternehmens für eine noch in Gründung befindliche Kapitalgesellschaft nach Möglichkeit überhaupt verhindern; so begnügte er sich damit, bei gleichwohl schon vor der Eintragung aufgenommenen Geschäftstätigkeit die Gläubiger auf eine Inanspruchnahme des "Handelnden" zu verweisen, wobei er "selbstverständlich" auch die Auftraggeber des Handelnden wie allgemein solche Gründer, mit deren Willen gehandelt worden ist, in die Haftung einbezogen wissen wollte (vgl. BGH, Urt. v. 21. 5. 57 - VIII ZR 202/56, NJW 1957, 1186 zu II 2 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien; K. Schmidt, Zur Stellung der oHG S. 275 ff sowie GmbHRdsch 1973, 146 ff). Bei dieser weiten Auslegung des Handelndensbegriffes kam es in der Praxis, in der ein eigenmächtiges Tätigwerden des Geschäftsführers schon vor der Eintragung verhältnismäßig selten ist, auf eine etwaige Verpflichtung der Vorgesellschaft oder ihrer Mitglieder meist gar nicht an, weil die Gründer ohnehin nach § 11 Abs. 2 GmbHG zusammen mit dem Geschäftsführer hafteten.

Die Frage nach einer Haftung der Vorgesellschaft und deren Schicksal nach Eintragung der GmbH ist in ihrer vollen Tragweite erst deutlich geworden, seitdem der Senat die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG auf Geschäftsführer oder wie ein Geschäftsführer tätig gewordene Personen beschränkt hat (BGHZ 47, 25; 65, 378).

Die dadurch ausgelösten Versuche, die Gründer auf einem anderen Wege, nämlich wegen ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Vorgesellschaft, zur Mithaftung heranzuziehen, machten es notwendig, die Folgen einer Geschäftstätigkeit der Vorgesellschaft, auch im Hinblick auf den Rechtszustand nach der Eintragung der GmbH, näher zu bestimmen. Hierfür ist wichtig, daß der Gesetzgeber die Bildung von Gesamthandsvermögen in der Hand einer Vorgesellschaft voraussetzt und dem auf der anderen Seite die Fähigkeit entsprechen muß, durch das satzungsmäßige Vertretungsorgan schon vor der Eintragung Verbindlichkeiten einzugehen (vgl. § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG n. F.; BGHZ 45, 338, 343, 347 f). Damit läßt sich die Forderung, die künftige GmbH tunlichst von Vorbelastungen freizuhalten, nur schwer auf eine Weise in Einklang bringen, bei der die berechtigten Interessen aller Betroffenen, aber auch die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs ausreichend gewahrt bleiben. Diese Schwierigkeit und das Nebeneinander von Organ- und Gründerhaftung haben zu einer Rechtsunsicherheit geführt, die sich in einer Vielfalt der unterschiedlichsten Meinungen widerspiegelt.

Der Gesetzgeber hat, wie schon bei Erlaß des Aktiengesetzes von 1965 (vgl. hierzu R. Fischer, Pro GmbH S. 161 Fn. 68), auch bei der Novellierung des GmbH-Gesetzes durch das Gesetz vom 4. Juli 1980 davon abgesehen, durch eine Regelung des Rechts der Vorgesellschaft Klarheit zu schaffen, weil er meinte, es sei zweckmäßiger, die damit

zusammenhängenden Streitfragen der Wissenschaft und Rechtsprechung zur Klärung zu überlassen (BTDs. 7/253 S. 96 zu § 22 Abs. 1). Damit ist die Rechtsprechung nunmehr noch nachdrücklicher als bisher vor die Aufgabe gestellt, nach einer Lösung zu suchen, die den tragenden Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts, dem Stand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse, den Belangen der Beteiligten wie namentlich auch der Gläubiger und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs möglichst gerecht wird.

b) Hierbei ist davon auszugehen, daß die Konkurrenz der Handelndenhaftung mit einer Haftung der Vorgesellschaft nach der gegenwärtigen Gesetzeslage unvermeidbar ist. Auch ist nicht daran vorbeizukommen, daß es ein Kerngedanke des Kapitalgesellschaftsrechts ist, die juristische Person nur mit einem garantierten Mindestkapital als der unerläßlichen Betriebs- und Haftungsgrundlage ins Leben treten zu lassen; darauf, daß die GmbH wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung, in dem sie "als solche" entsteht (§ 11 Abs. 1 GmbHG), über diesen öffentlich verlautbarten Haftungsfonds tatsächlich verfügt, soll sich der Rechtsverkehr verlassen dürfen (Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, S. 128 zu Fn. 83; Wiedemann, JuRA 1970, 439, 453 f; Binz, Haftungsverhältnisse S. 88 ff, 93 f m. w. N.). Dieser Grundsatz der Kapitalaufbringung kommt namentlich in den zwingenden Vorschriften der §§ 19, 21 ff GmbHG zum Ausdruck, aber auch in den Anmeldungs-, Haftungs- und Kontrollbestimmungen der §§ 7 ff GmbHG. Diese stellen

es zwar für die Mindesteinzahlungen und für Sacheinlagen - wie schon das bisherige Recht - auf den Zeitpunkt der Anmeldung ab, in dem sich diese Leistungen "endgültig" in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden sollen (§ 7 Abs. 2 und 3, § 8 Abs. 2 GmbHG n. F.). Das hat aber vor allem praktische Gründe und soll nicht etwa bedeuten, daß das weitere Schicksal der Einlagen bis zur Eintragung gleichgültig wäre. Ist z. B. der Wert einer Sacheinlage nach der Anmeldung unter den in der Satzung angegebenen Betrag gesunken, so soll das Gericht, wenn ihm dies bekannt wird, die Eintragung ablehnen (Begr. zu § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, BTDS. 8/1347 S. 35; Geßler, BB 1980, 1385, 1387 für den Fall, daß die Ursachen schon vor der Anmeldung liegen; zum bisherigen Recht vgl. Ulmer in Hachenburg, § 5 Rdn. 68). Leistet bei einer Bargründung ein Gesellschafter über den im Gesetz (§ 7 Abs. 2 GmbHG) oder in der Satzung vorgeschriebenen Betrag hinaus schon vor der Eintragung Zahlungen in das Gesellschaftsvermögen, so wird er von seiner Einlageverpflichtung nur insoweit frei, als diese Zahlungen der Gesellschaft noch im Zeitpunkt der Eintragung unverbraucht zur Verfügung stehen (BGHZ 37, 75 m. Anm. R. Fischer, LM GmbHG § 11 Nr. 13; BGHZ 51, 157, 159 f). Es ist also im Grundsatz daran festzuhalten, daß es dem Zweck der Kapitalaufbringungsvorschriften widerspricht, das garantierte Anfangsvermögen der GmbH vorweg durch eine Belastung mit Verbindlichkeiten auszuhöhlen, die sich weder aus dem Gesetz noch aus der Satzung unmittelbar oder mittelbar ergibt (BGHZ 65, 378, 383).

Solche zu Lasten der Vorgesellschaft begründete Schulden von einem Übergang auf die eingetragene GmbH auszuschließen, ist aber kein geeignetes und angemessenes Mittel, die Unversehrtheit des Stammkapitals im Augenblick der Eintragung zu gewährleisten. Denn damit verträgt es sich nicht, daß nach heute nahezu einhelliger Meinung das gesamte in der Vorgesellschaft angesammelte Aktivvermögen mit der Eintragung auf die GmbH übergeht. Ein Gläubiger, der z. B. das Gesellschaftsvermögen durch Lieferung von Betriebseinrichtungen oder Waren vermehrt hat, hätte dann bei strikter Anwendung des Unversehrtheitsgrundsatzes unter Umständen das Nachsehen, wenn dieses Vermögen infolge des Übergangs auf die eingetragene GmbH seinem Zugriff plötzlich entzogen wäre. Das widerspräche nicht nur dem Rechtsgedanken des § 419 BGB, sondern wäre auch mit den Geboten des Verkehrsschutzes und der Gerechtigkeit überhaupt unvereinbar. Zudem wäre die damit aufgerichtete Sperre gegen Vorwegbelastungen des Stammkapitals vielfach wirkungslos, weil die Geschäftsführer im Hinblick auf ihre Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG daran interessiert sein könnten, den Geschäftsabschluß sofort nach der Eintragung der GmbH in deren Namen zu genehmigen (Wiedemann, JuRA 1970, 448 ff; Huber in Festschr. f. R. Fischer S. 272 ff).

Die eingetragene GmbH mit "nicht notwendigen" Verbindlichkeiten zu verschonen, wäre allenfalls dann vertretbar, wenn auch die ihnen entsprechenden Aktiva bei der Vorgesellschaft verblieben und dort weiterhin als Haftungsmasse zur Verfügung stünden. Das scheitert

aber schon daran, daß die Vorgesellschaft mit der Eintragung der GmbH in dieser aufgeht und damit als Vermögensträger wegfällt (Ulmer in Hachenburg, § 11 Rdn. 91 u. Festschr. f. Ballerstedt S. 285, 300). Überdies wäre eine Aufspaltung des Aktivvermögens in einen auf die GmbH übergehenden und einen zurückbleibenden, weil aus Geschäften außerhalb der Satzung herrührenden Teil weder sachgerecht noch praktikabel. Bei gemischten Sach- und Bargründungen wäre den Gläubigern damit ohnehin nicht viel geholfen, weil mindestens die Sacheinlagen bei Eintragung der GmbH zwangsläufig aus dem haftenden Vermögen der Vorgesellschaft ausscheiden müßten. Es wäre aber auch ungerechtfertigt, solche Vermögensstücke, die aus baren Einlagemitteln angeschafft worden sind - sofern sie sich von anderen überhaupt sicher unterscheiden lassen - von einem Übergang auf die GmbH auszuschließen. Ebensowenig liegt eine mögliche Lösung darin, durch Gesetz und Satzung nicht gedeckte Geschäfte einfach als unwirksam zu behandeln. Das kommt im wesentlichen nur bei Verträgen mit den Gründern selbst in Betracht, sofern es sich um eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften handelt (vgl. BGHZ 28, 314, 316; Urt. d. Sen. v. 19. 12. 74 - II ZR 177/72, LM AktG 1965, § 27 Nr. 1). Im übrigen verlangt das GmbH-Gesetz, anders als § 27 AktG, auch in der Neufassung des § 5 Abs. 4 die Festsetzung einer Sachübernahme in der Satzung nur insoweit, als diese auf eine Stammeinlage angerechnet werden soll (Deutler, GmbHRdsch 1980, 145, 147 f).

Freilich ist zu berücksichtigen, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Vorgesellschaft durch deren Zweck begrenzt ist, als notwendige Vorstufe zur juristischen Person deren Entstehung zu fördern und bis dahin das schon eingebrachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten (Scholz/Fischer, GmbHG § 11 Anm. 3 c, 5; Ulmer in Hachenburg § 11 Rdn. 36 f, 57, 92). Geht es dabei z. B. um die Fortführung eines als Sacheinlage eingebrachten Handelsgeschäfts, so wird sich diese Vertretungsbefugnis praktisch weitgehend mit der umfassenden Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer eingetragenen GmbH nach den §§ 35 ff GmbHG decken (Urt. d. Sen. v. 10. 1. 63 - II ZR 19/62, LM GmbHG § 11 Nr. 12). Bei Bargründungen beschränkt sie sich dagegen im allgemeinen auf solche Rechtshandlungen, die unerläßlich sind, um die gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen und die Eintragung selbst herbeizuführen. Die Gründer sind aber nicht gehindert, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer zu erweitern, zumal das GmbH-Gesetz, wie schon erwähnt, Erwerbsgeschäfte im Gründungsstadium nicht so streng wie das Aktienrecht beschränkt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die Gründer den oder die Geschäftsführer übereinstimmend ermächtigen, bereits vor der Eintragung ein Geschäft weiterzubetreiben oder zu eröffnen oder, wie hier, namens der Vorgesellschaft die Komplementärrolle in einer Kommanditgesellschaft und damit die Haftung nach § 128 HGB zu übernehmen. Hierfür bedarf es (anders als bei einem Mitgliederwechsel nach den Urteilen BGHZ 21, 242 und 29, 300) nicht der Form des § 2 GmbHG. Denn die Regelung der Organvertretungsmacht hat nur für die

Dauer der Vorgesellschaft Bedeutung, da nach der Eintragung § 37 Abs. 2 GmbHG eingreift. Schließt ein Geschäftsführer im Rahmen einer solchen Ermächtigung für die Vor-GmbH oder die durch sie vertretene Kommanditgesellschaft Geschäfte ab, so sind diese für und gegen den Geschäftsinhaber wirksam (so im Ergebnis Ulmer, wie zuvor; zu eng ders. in Festschr. f. Ballerstedt S. 291, 295: Erweiterung der Vertretungsmacht nur durch die Satzung; zu weitgehend andererseits Scholz/Winter aaO § 11 Anm. 7 und Binz, Haftungsverhältnisse S. 134 ff, die § 37 Abs. 2 GmbHG in das Gründungsstadium vorverlegen wollen: Unbeschränkte Organvertretungsmacht auch ohne besondere Ermächtigung).

Damit erweist es sich aus den schon angeführten Gründen als notwendig, sämtliche Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft, auch soweit sie aus nicht durch die Satzung gedeckten Geschäften stammen, nahtlos auf die GmbH übergehen zu lassen.

c) Dieser Übergang kann bei Verbindlichkeiten, die mit einer satzungsgemäß eingebrachten Sacheinlage, wie namentlich einem Handelsgeschäft, notwendig verbunden sind, zur Folge haben, daß der Wert des eingebrachten Gegenstandes den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage in Wirklichkeit nicht (oder nicht mehr) erreicht. In diesem Fall muß der Gesellschafter den Fehlbetrag in Geld ausgleichen (§ 9 GmbHG n. F.; ebenso zum bisherigen Recht BGHZ 68, 191; sog. Differenzhaftung). Der Unversehrtheitsgrundsatz wird hier also nicht buchstäblich, sondern wertmäßig verstanden, d. h. das eingebrachte Sachvermögen

soll bei Aufstellung einer Bilanz einen Aktivüberschuß in Höhe der Stammkapitalziffer aufweisen (Wiedemann, JuRA 1970, 453; Binz, Haftungsverhältnisse S. 95 ff).

Nicht grundsätzlich anders verhält es sich bei Bargründungen: Hier brauchen die in Geld geschuldeten Einlagen, anders als eine Sacheinlage, bei der Eintragung noch nicht in voller Höhe effektiv zur Verfügung der Geschäftsführer zu stehen (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG n. F.). In Höhe des Teils der Stammeinlage, der über die vorweg zu entrichtenden Mindestbeträge hinausgeht, bestehen vielmehr lediglich Einlageforderungen, die in der Eröffnungsbilanz als solche zu verbuchen sind. Insofern gilt auch bei Bargründungen der "Grundsatz der wertmäßigen Aufbringung des Stammkapitals". Dann ist es aber nur folgerichtig, hier ebenfalls eine Differenzhaftung eingreifen zu lassen, also die Gesellschafter gegenüber der eingetragenen GmbH zur Ausfüllung der Kapitallücke zu verpflichten, die bilanzmäßig durch Vorbelastungen entstanden ist. Denn es macht vom Sinn der Kapitalaufbringungsvorschriften her grundsätzlich keinen Unterschied, ob z. B. ein als Sacheinlage eingebrachtes Unternehmen infolge ungünstiger Geschäftsabschlüsse nachträglich nicht mehr den in der Satzung festgesetzten Wert hat, ob schon vor Fälligkeit eingezahlte Bareinlagen bei der Eintragung verbraucht sind (vgl. vorstehend zu b) oder ob das in Geldeinlagen und -~~ein~~lageforderungen verkörperte Stammkapital durch Verbindlichkeiten aus einer gemeinsam gewollten vorzeitigen Geschäftsaufnahme schon vor der Eintragung aufgezehrt ist, so daß die GmbH mit einer Unterbilanz oder sogar überschuldet ins Leben tritt.

Soll der gleiche, nunmehr ausdrücklich in § 9 GmbHG niedergelegte Rechtsgedanke in allen diesen vergleichbaren Fällen sachgerecht zur Geltung kommen, so bedeutet dies, daß die Gesellschafter auch bei einer Bargründung der GmbH gegenüber anteilig für die Differenz zwischen dem Stammkapital (abzüglich solcher Gründungskosten, die der Sache nach zu Lasten der GmbH gehen, wie insbesondere Eintragungs- und Bekanntmachungsgebühren) und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung haften, was gegebenenfalls eine Ausfallhaftung gemäß § 24 GmbHG einschließt. Damit sind die Interessen der Alt- und Neugläubiger ebenso wie die der Gesellschaft selbst mindestens so wirksam gewahrt wie bei einer Vorbelastungssperre, die durch einen nachträglichen Eintritt der GmbH in die von der Vorgesellschaft getätigten Geschäfte leicht umgangen werden könnte (Ulmer in Hachenburg, GmbHG § 11 Rdn. 27 ff, 91 sowie in Festschr. f. Ballerstedt S. 292 ff; Binz, Haftungsverhältnisse S. 127 ff). Die Bedenken, die im Schrifttum gegen eine solche (anteilige) Nachzahlungspflicht erhoben worden sind (Scholz/Winter aaO § 11 Anm. 38; Huber in Festschr. f. R. Fischer S. 290 ff unter Aufgabe seiner mit Ulmer übereinstimmenden Ansicht in Festschr. f. Hefermehl S. 252 f), greifen nicht durch. Sie unterschätzen die gesetzliche Bedeutung der an bestimmte Sicherheiten gebundenen Eintragung als Entstehungsgrund für die juristische Person (§ 11 Abs. 1, § 13 GmbHG), mit der die Vorschriften zum Schutz des Stammkapitals erst voll eingreifen, und verkennen auch, daß allein

die Differenzhaftung zu einer angemessenen Gleichbehandlung von Alt- und Neugläubigern führen kann. Denn beide erhalten die gleiche Chance, aus dem durch Nachzahlungen der Gesellschafter aufzufüllenden Gesellschaftsvermögen Befriedigung suchen zu können.

Richtig ist allerdings, daß die nach Eintragung der GmbH drohende Differenzhaftung zu einem Interessenkonflikt zwischen (Fremd-)Geschäftsführern und Gründer-Gesellschaftern führen kann, wenn es um die Frage geht, ob eine schon in die Verlustzone geratene oder sogar überschuldete Gesellschaft noch zur Eintragung gebracht werden soll. Eine sachgerechte Lösung dieses Konflikts kann aber nur darin liegen, daß die Gesellschafter sich entscheiden müssen, ob sie an der Gründung festhalten und das hierzu fehlende Kapital nachschießen oder ob sie die Geschäftsführer anweisen wollen, den Eintragungsantrag zurückzuziehen, was dann alsbald zur Liquidation der Vorgesellschaft führen muß. Tun sie aber nichts dergleichen und setzen sie, ohne die Eintragung weiterzubetreiben, den Geschäftsbetrieb in der bisherigen Weise fort, so können sie sich auch hinsichtlich der Altschulden nicht mehr darauf berufen, sie hätten ihre Haftung auf das Stammkapital beschränkt. Das gilt unabhängig davon, ob sie ein Grundhandelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB betreiben oder nicht (vgl. BGHZ 51, 30, 32; 22, 240). Denn die Möglichkeit, die Haftung allein schon durch das Auftreten als "GmbH" zu begrenzen (BGHZ 72, 45, 49 f; Urt. d. Sen. v. 29. 5. 80 - II ZR 225/78, WM 1980, 955), rechtfertigt sich nur durch den gesetzlich vorgegebenen

Zwang, bis zur Entstehung der GmbH zunächst ein Vorstadium zu durchlaufen, und setzt voraus, daß die Gläubiger aufgrund dieses Auftretens tatsächlich erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine entweder schon bestehende oder demnächst entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten Haftungsfonds halten zu können. Entfällt diese Voraussetzung, ohne daß die Gesellschafter hieraus die notwendige Folgerung einer sofortigen Abwicklung der Vorgesellschaft ziehen, so brauchen sich die Gläubiger auch nicht mehr mit der Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG zufrieden zu geben, sondern können daneben die Gesellschafter persönlich voll in Anspruch nehmen.

d) Es ist nicht der Sinn der Differenzhaftung, die Eintragung der GmbH trotz unzureichender Kapitalausstattung zu ermöglichen (vgl. Geßler, BB 1980, 1385, 1387). Bei Bargründungen werden sich daher die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG n. F. und die entsprechende Prüfung durch das Registergericht gemäß § 9 c GmbHG n. F. in sinngemäßer Auslegung dieser Vorschriften auch darauf zu erstrecken haben, inwieweit das aus Geldeinlagen oder -einlageforderungen gebildete Startkapital bereits durch Verbindlichkeiten vorbelastet ist. Auf diese Weise werden Versuche erschwert, die strengeren Eintragungsvoraussetzungen bei einer Sachgründung zu umgehen.

3. Für den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich hieraus:

a) Nach der Errichtung der GmbH am 31. Juli 1978 ist die zunächst bestehende Vorgesellschaft durch Vereinbarung mit der bisherigen Kommanditistin persönlich haftende Gesellschafterin der "Bernd F. [REDACTED] KG" geworden. Ihre Stelle hat dann die eingetragene GmbH eingenommen. Die besonderen Fragen, die sich aus dem Betrieb eines nicht unter § 1 HGB fallenden Unternehmens ergeben (vgl. BGHZ 69, 95), spielen hier keine Rolle, weil die Kommanditgesellschaft bereits im Handelsregister eingetragen war. Damit entfällt eine Haftung der Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kommt diese Haftung nicht in Betracht, wenn ein namens der Kommanditgesellschaft eingegangenes Geschäft dieser gegenüber wirksam geworden ist, infolgedessen auch die eingetragene GmbH nach § 128 HGB haftet und auf diese Weise dem Interesse der Gläubiger an einer Verpflichtung des vertragsmäßigen Schuldners voll Genüge getan ist (BGHZ 76, 320). Das Bedenken des Landgerichts, ein Geschäftsführer könnte im Namen der GmbH ein vor deren Eintragung abgeschlossenes Geschäft nur deshalb genehmigen, um auf diese Weise seiner Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG zu entgehen, ist gegenstandslos, da die GmbH, wie zu 2 ausgeführt wurde, auch ohne Genehmigung in alle Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft eintritt, für einen dadurch bedingten Kapitalverlust aber die Gesellschafter zum Ausgleich heranziehen kann.

b) Unter dem Gesichtspunkt, daß die Beklagte als Mitglied der Vorgesellschaft deren Haftung nach § 128 HGB, beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen und noch geschuldete Einlagen, mittragen mußte, läßt sich ihre Verurteilung

durch die Vorinstanzen ebenfalls nicht halten. Denn diese Mithaftung ist spätestens mit der Eintragung der GmbH erloschen (Wiedemann, JuRA 1970, 456 f; K. Schmidt, NJW 1978, 1979, 1980, GmbHRdsch 1973, 152 sowie Zur Stellung der oHG S. 346 ff). Dabei kann offenbleiben, ob an der Auffassung festzuhalten ist, daß die Gläubiger der Vorgesellschaft deren Mitglieder bis zur Höhe ihrer noch nicht geleisteten Einlagen auch persönlich in Anspruch nehmen können (BGHZ 72, 45, 48 f; 65, 378, 382), oder ob nur die Vorgesellschaft mit ihrem Gesamthandsvermögen - einschließlich noch offener Einlageforderungen - haftet (so Binz, Haftungsverhältnisse S. 233 ff; Huber in Festschr. f. R. Fischer S. 285 ff; vgl. auch R. Fischer in Pro GmbH S. 164). Auch wenn man mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats die Gründer für Schulden der Vorgesellschaft (auch) persönlich haften läßt, ist es mit dem nur vorläufigen Charakter dieser Haftung schlecht zu vereinbaren, daß sie das Erlöschen der Vorgesellschaft infolge des Übergangs aller Rechte und Pflichten auf die eingetragene GmbH überdauern soll, sei es auch nur mit der - ihren Wert stark vermindern - Einschränkung, daß der Verpflichtete sich durch Leistung seiner noch ausstehenden Einlage in das Gesellschaftsvermögen befreien kann (so Ulmer in Hachenburg § 11 Rdn. 33, 64). Denn dadurch, daß der Gläubiger die juristische Person mit ihrem gesetzlichen Garantiekapital in Anspruch nehmen kann, hat er alles erreicht, was sein als "GmbH" auftretender Geschäftsgegner ihm versprochen hat. Eine daneben fortbestehende persönliche Haftung der Gründer ginge über

die Verpflichtungserklärung des Geschäftsführers und die ihm zugrundeliegende Vertretungsmacht hinaus. Hierfür besteht angesichts der zu 2 c erörterten Differenzhaftung auch kein Bedürfnis. Zudem ist kein Grund ersichtlich, Gläubiger der Vorgesellschaft durch eine Nachhaftung der Gründer zusätzlich zur Haftung der eingetragenen GmbH gegenüber Neugläubigern zu bevorzugen. Auch sollte es nicht dem Gutdünken des einzelnen Gesellschafters anheimstehen, ob er einen solchen Gläubiger befriedigen und dadurch eine etwaige Differenzhaftung aller Gesellschafter verringern will, oder ob er in die Gesellschaftskasse zahlt und es der Geschäftsführung überläßt zu entscheiden, welche Gesellschaftsschulden vordringlich zu tilgen sind. Auf die Behauptung der Beklagten, das Stammkapital der GmbH sei voll eingezahlt worden, kommt es daher nicht mehr an.

c) Die Beklagte könnte aber für die Klageforderung deshalb persönlich einstehen müssen, weil ihre Bevollmächtigten, soweit sich bisher übersehen läßt, die Bestellungen bei der Klägerin noch unter der Firma "Bernd F. [REDACTED] KG" aufgegeben haben und hieraus nicht zu ersehen war, daß an die Stelle von Bernd F. [REDACTED] als persönlich haftender Gesellschafter eine Vorgesellschaft getreten war, die dann in der eingetragenen GmbH aufgehen sollte, womit die Geschäftsführerhaftung der Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG entfiel. Tritt eine GmbH & Co. KG im Rechtsverkehr unter einer Firma auf, die keinen Hinweis auf die Beteiligung einer juristischen Person enthält und deshalb den Eindruck

erweckt, es stehe mindestens ein Gesellschafter mit seinem gesamten Privatvermögen unbeschränkt für Geschäftsschulden ein, so kann der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unter Umständen einem Geschäftspartner aus veranlaßtem Rechtsschein haften (BGHZ 62, 216, 222 f; 64, 11, 17 ff). Nicht anders ist es zu beurteilen, wenn die unter irreführender Firma abgeschlossenen Geschäfte in eine Zeit fallen, in der sich die Komplementär-GmbH noch im Stadium der Gründung befindet.

Die Beklagte hat zwar behauptet, die Klägerin sei bei Auftragserteilung ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß sie es nunmehr mit einer GmbH & Co. KG zu tun habe. Das ist aber bestritten, so daß es weiterer Tatsachenfeststellungen bedarf. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel Fleck Dr. Bauer Bundschuh Brandes