

Wenn der Beschenkte vor dem Erbfall gestorben ist, richtet sich der Pflichtteilergänzungsanspruch gegen die Erben des Beschenkten. Sie treten mit dem Tode des Beschenkten an seine Stelle und haften für die Nachlaßverbindlichkeiten. Als solche sind in § 1967 Abs. 2 BGB die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten ausdrücklich aufgeführt. Zum Pflichtteilsrecht gehört nach einhelliger Meinung auch der Pflichtteilsergänzungsanspruch selbst dann, wenn er subsidiärer Art ist. Weil er seinem Wesen nach ein Pflichtteilsanspruch ist (vgl. schon RGZ 58, 124, 128; BGH MittBayNot 1972, 121 (nur Leitsatz) = DNotZ 1972, 541 = NJW 1972, 760 und Urteil vom 29. Mai 1974, NJW 1974, 1327), gelten für ihn auch — soweit dies mit seiner Eigenart zu vereinbaren ist — die pflichtteilsrechtlichen Bestimmungen (vgl. *Planck/Greif* 4. Aufl. Anm. 3 g, RGRK/Johannsen 12. Aufl. RdNr. 4, *Staudinger/Ferid* 10./11. Aufl. RdNr. 39 — jeweils zu § 2329 BGB —).

Der besondere Umstand, daß der in § 2329 BGB genannte Anspruchsgegner, der Beschenkte, vor dem Erblasser verstorben ist, schließt einen Pflichtteilsergänzungsanspruch nach dieser Bestimmung nicht aus. In einem solchen Fall treten die Erben des Beschenkten entsprechend den §§ 1922, 1967 Abs. 2 BGB in die Verpflichtungen ein, die der Besenkte aufgrund der Zuwendung zu gewärtigen hatte und die sich in seiner Person verwirklicht hätten, wenn er den Erbfall erlebt hätte. Diese bereits zu Lebzeiten des Beschenkten begründete potentielle Verpflichtungslage geht auf seine Erben über (vgl. *Boehmer* JW 1938, 2634 und RGRK/Kregel 12. Aufl. § 1922 RdNr. 15, jeweils m.w.N.). Das muß besonders dann gelten, wenn der Besenkte wie hier nach der Auflassung des geschenkten Grundstücks und kurz vor der vollzogenen Eintragung als Eigentümer im Grundbuch verstorben ist. Es wäre nach dem Schutzzweck des § 2329 BGB nicht einzusehen, daß zwar der Besenkte selbst gegebenenfalls den geschmäleren Pflichtteil nach Maßgabe des § 2329 BGB sollte ergänzen müssen, die wegen seines Todes an seine Stelle getretenen Erben jedoch — wenn er vor dem Erblasser verstorben ist — zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten das Geschenk in vollem Umfang behalten dürfen.

Der Gesetzgeber hat bewußt der Schenkung als Erwerbsgrund geringere Bedeutung gegenüber der Pflichtteilsberechtigung zugemessen. Insofern ist nicht — wie das Landgericht meint — der Fall des Widerrufs der Schenkung und damit § 532 Satz 2 BGB zum Vergleich heranzuziehen. Vergleichbar ist vielmehr der Fall der Rückforderung des Geschenkes wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 BGB. Für diesen Fall wird die Haftung der Erben des Besenkten jedoch bejaht (zutreffend *Staudinger/Reuss* 12. Aufl. § 528 RdNr. 5). Für die Haftung der Erben des Besenkten spricht auch die Parallele zu dem Anfechtungsrecht nach dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung. Die Entstehungsgeschichte des BGB zeigt, daß das durch § 2329 BGB eingeräumte Befriedigungsrecht diesen Rechtsbehelfen vom Gesetzgeber bewußt nachgebildet worden ist (vgl. Mot. V 467 f; Prot. V, 593). Für diese Rechtsbehelfe ist in § 11 Abs. 1 AnfG und § 40 Abs. 1 KO ausdrücklich die Haftung des Erben für die gegen den Erblasser begründete Anfechtung hervorgehoben. Diese besondere Hervorhebung erschien im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Gesetze — 1877 und 1879 — deshalb notwendig, weil es ein reichseinheitliches Bürgerliches Recht noch nicht gab. Von der Möglichkeit, bei der Anpassung dieser Gesetze an das BGB im Jahre 1898 (RGBl. 612 bzw. 709) die wegen § 1967 BGB überflüssig gewordene Hervorhebung der Haftung des Erben (so die einhellige Meinung im Schrifttum, vgl. *Jaeger* KO 8. Aufl. RdNr. 1, *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck* 9. Aufl. RdNr. 2, *Böhle-Stamschräder/Kilger* KO 13. Aufl. Anm. 1 — je-

weils zu § 40 KO; *Warneyer/Bohnenberg* Anm. II, *Böhle-Stamschräder/Kilger* AnfG 5. Aufl. Anm. I 1, *Jaeger*, Gläubigeranfechtung, 2. Aufl. Anm. 1 — jeweils zu § 11 AnfG) zu streichen, hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Er hat vielmehr den Wortlaut dieser Bestimmungen seit 1877 bzw. 1879 unverändert gelassen (vgl. § 33 Abs. 1 KO a.F., RGBl 1877, 351, 357 und § 11 Abs. 1 AnfG, RGBl 1879, 277, 279). Unter diesen Umständen kommt es auf die insbesondere vom Landgericht und von der Revision herangezogene Bestimmung des § 822 BGB in diesem Zusammenhang nicht an. Deshalb kann unentschieden bleiben, ob die Verweisung in § 2329 BGB — wie auch die in §§ 2287, 1390 und 528 BGB — § 822 BGB einbezieht.

3. Weil danach grundsätzlich die Klägerin im Rahmen des § 2329 BGB die Möglichkeit des Zugriffs auf das vom Erblasser auf seinen Sohn übertragene und kraft Erbgangs auf die Beklagten übergegangene Anwesen hat, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden.

Das Berufungsgericht wird bei seiner erneuten Entscheidung jedenfalls für die Berechnung eines etwaigen Ergänzungsanspruchs die Rechtsprechung zu § 2330 BGB (vgl. z.B. BGH LM BGB § 2330 Nr. 2 = DNotZ 1968, 49 und BGH WM 1978, 905), das Pflichtteilsrecht des Bruders der Klägerin selbst, auf das er verzichtet hat (§ 2310 Satz 2 BGB), und gemäß § 2327 BGB die Zuwendung an die Klägerin zu beachten haben.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

11. GmbHG §§ 8, 9 c, 11; HGB § 161 (*Zum Recht der Vor-GmbH*)

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, Urteil vom 9.3.1981 — II ZR 54/80 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Ehemann der Beklagten, B. F., war persönlich haftender Gesellschafter der „B. F. 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 B. F. machten von der gleichen Möglichkeit keinen Gebrauch. Stattdessen errichtete die Beklagte zusammen mit einem

Steuerbevollmächtigten durch Vertrag vom 31. Juli 1978 die „Bauunternehmen F. 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 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. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

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 „B. F. 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 = DNotZ 1975, 224; Urt. v. 15.1.68 — II ZR 221/65, WM 1968, 509) für möglich (ebenso *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 11 RdNr. 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 instande, durch ihre Geschäftsführer als Vertretungsorgan nach außen geschlossen aufzutreten (*Ulmer* a.a.O. § 11 RdNr. 102; eingehend hierzu *Binz* a.a.O. 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 = DNotZ 1967, 381).

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 Kapitalschutzvorschriften 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 „Komplementärfähigkeit“ 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 ausgelöst. 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 eingetragenen 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* a.a.O. 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 *H. Schmidt*, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 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* a.a.O. § 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 = DNotZ 1976, 300 m.Anm. *Priester*; 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* a.a.O. § 11 RdNr. 22 ff, 89 ff u. in Festschr. f. Ballerstedt, 1975, S. 279 ff; *Scholz/Winter* a.a.O. § 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).

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 eines werdenden Unternehmens für eine noch in Gründung befindliche Kapitalgesellschaft nach Möglichkeit überhaupt verhindern; so begnügte er sich damit, bei gleichwohl schon vor der Eintragung aufgenommener 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 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 Handelndengriffes 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 = DNotZ 1976, 300). 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 = DNotZ 1967, 381). Damit läßt sich die Forderung, die künftige GmbH tunlichst von Vorbelastrungen 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 (BTDrs. 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 verlaublichen 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, BTDrs. 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 RdNr. 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 = DNotZ 1976, 300 m.Anm. Priester). 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 RdNr. 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. Ebenso wenig 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 RdNr. 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. DNotZ 1964, 419 = 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 a.a.O.* § 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 = DNotZ 1977, 423; 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 Kapitalücke 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 -einlageforderungen 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 derselbe, 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 Eintrags- 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 RdNr. 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 a.a.O.* § 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 Grundhandels-gewerbe 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. = MittBayNot 1978, 165; 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, sie 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 sinn-gemäßer Auslegung dieser Vorschriften auch darauf zu erstrecken haben, inwieweit das aus Geldeinlagen oder -ein-lageforderungen 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 „B. F. KG“ geworden. Ihre Stelle hat dann die eingetragene GmbH eingenommen. Die besonderen Fragen, die sich aus dem Betrieb eines nicht unter § 1 HGB anfallenden 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 Be-

tracht, 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).

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. = MittBayNot 1978, 165; 65, 378, 382 = DNotZ 1976, 300 m.Anm. *Priester*), 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 RdNr. 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 „B. F. KG“ aufgegeben haben und hieraus nicht zu ersehen war, daß an die Stelle von B. F. 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 Gesellschaf-

ter 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 = DNotZ 1974, 743; 64, 11, 17 ff = DNotZ 1975, 738). 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.

12. GmbHG §§ 6, 11, 47; AktG 1965 § 242 (*Zur Geschäftsführerbestellung vor Eintragung der GmbH und zur Frage der Geltendmachung der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen*)

**1. Zur Bestellung des Geschäftsführers genügt ein mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßter Gesellschafterbeschuß auch dann, wenn die GmbH noch nicht im Handelsregister eingetragen ist.**

**2. Die Nichtigkeit eintragungspflichtiger Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann in entsprechender Anwendung des § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit der Eintragung ins Handelsregister drei Jahre verstrichen sind (Abweichung von BGHZ 11, 231).**

BGH, Urteil vom 23.3.1981 — II ZR 27/80 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien sind zu gleichen Teilen die Gesellschafter der X. oHG und jeder allein zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigt. Der Kläger hält sich vorwiegend in Brasilien auf und hat deshalb dem Beklagten, der die Geschäftsführung allein ausübt, ab 15. Juni 1964 eine Generalvollmacht erteilt.

Nachdem es infolge Arbeitskämpfen zu einer zeitweisen Betriebsstilllegung gekommen war, gründete der Beklagte eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter zunächst er und später statt seiner eine am 28. August 1975 gegründete GmbH wurde. Beide Gesellschaftsverträge hatte der Beklagte im eigenen Namen und aufgrund der Generalvollmacht zugleich im Namen des Klägers geschlossen. In gleicher Weise faßte er in Verbindung mit der Beurkundung des GmbH-Vertrages einen Gesellschafterbeschuß, durch den er sich zum einzigen Geschäftsführer der GmbH bestellte. Die Kommanditgesellschaft übernahm anstelle der offenen Handelsgesellschaft die Herstellung und den Vertrieb, die offene Handelsgesellschaft blieb Besitzgesellschaft. Der Kläger billigt die Gründung der Gesellschaften. Er hat auch zunächst die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer der GmbH gebilligt, jedoch im zweiten Rechtszuge den Standpunkt vertreten, daß sie unwirksam sei, und deshalb hilfsweise eine dahingehende Feststellung beantragt. Mit dem Hauptantrage begehrt er die Verurteilung des Beklagten, in seine, des Klägers, Bestellung zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH einzuwilligen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Abweisung bestätigt, aber aufgrund des Hilfsantrages festgestellt, daß die Bestellung des Beklagten unwirksam ist. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Klageabweisung, mit der Anschlußrevision der Kläger seinen Hauptantrag weiter. Die Revision (2.) hatte Erfolg, die Anschlußrevision (1.) nicht.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht hat eine Verurteilung des Beklagten nach dem Hauptantrage, in die Bestellung des Klägers zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer einzuwilligen, im Ergebnis zutreffend abgelehnt. Zwar sind die Parteien

an der offenen Handelsgesellschaft, aus der die beiden neuen Gesellschaften hervorgegangen sind, mit gleichen Rechten und Pflichten beteiligt. Das spricht dafür, daß der Beklagte, als er in Ausnutzung seiner Generalvollmacht die beiden Gesellschaften aus der offenen Handelsgesellschaft ausgliederte, grundsätzlich darauf bedacht sein mußte, die bis dahin bestehende Parität auch in diesen Gesellschaften aufrechtzuerhalten. Ein daraus abzuleitendes Recht des Klägers, auch in der GmbH gleichberechtigt mit dem Beklagten zum Geschäftsführer bestellt zu werden, setzt aber voraus, daß er bereit und imstande ist, diese Rechtsstellung im Interesse der Gesellschaften auch wirklich auszuüben und die auf ihr beruhenden Pflichten zu erfüllen. Das ist unstreitig nicht der Fall. So ist der Kläger zwar geschäftsführender Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Tatsächlich hat er jedoch deren Geschäfte nicht geführt und beabsichtigt dies auch in Zukunft nicht. Er hält sich überwiegend in Brasilien auf und leitet dort eigene Unternehmen. Soweit der Beklagte bei der Führung des Unternehmens die Zustimmung des Klägers benötigt, macht er von der ihm am 15. Juni 1964 erteilten Generalvollmacht Gebrauch. Unter diesen Umständen hätte eine Bestellung des Klägers zum Mitgeschäftsführer in der GmbH keine sachliche Grundlage. Auf eine nur formale, tatsächlich durch den Beklagten mit wachsender Organstellung hat der Kläger aber keinen Anspruch, da die vertragliche Gleichbehandlung der beiden Gesellschafter Rechte und Pflichten umfaßt. Sie widerspräche auch dem gesetzlichen Bild des Geschäftsführers einer GmbH, der nicht allein der Gesellschaft gegenüber gehalten ist, deren Angelegenheit mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu besorgen (§ 43 Abs. 1 GmbHG), sondern zugleich öffentliche, vor allem der Sicherung des Stammkapitals dienende Pflichten hat, auf deren Erfüllung Gesellschaft oder Gesellschafter nicht verzichten können (vgl. z.B. §§ 7 ff, 30 ff, 41, § 43 Abs. 3, § 49 Abs. 3, §§ 64, 78 ff GmbHG n.F.).

2. Der Hilfsantrag des Klägers ist ebenfalls unbegründet. Der Geschäftsführer einer GmbH wird gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrage oder nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts des Gesetzes, also der §§ 46 Nr. 5, 47 ff GmbHG, bestimmt. Der Beklagte hat den zweiten Weg beschritten; er hat die Gesellschafterversammlung beschließen lassen. Inwieweit Beschlüsse, die vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister ergehen und nicht die Änderung des Gesellschaftsvertrages betreffen (zu diesem Fall vgl. BGHZ 21, 242, 246), mehrheitlich gefaßt werden können, ist umstritten. Für die Bestellung von Geschäftsführern, um die es hier allein geht, ist die Frage dahin zu beantworten, daß ein Mehrheitsbeschuß genügt (ebenso *Hachenburg/Ulmer*, 7. Aufl., § 11 Anm. 39; *Scholz/Winter*, GmbHG 6. Aufl. § 11 Anm. 14; *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 343; *Bayer*, JZ 1952, 551, 553). Das folgt zwar nicht schon aus § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n.F. (= § 6 Abs. 2 Satz 3 a.F.), da die dort ausgesprochene Verweisung auf die Vorschriften des dritten Abschnitts nichts darüber besagen, inwieweit sie und insbesondere der Mehrheitsgrundsatz des § 47 Abs. 1 GmbHG bereits im Gründungsstadium gelten. Es ergibt sich aber daraus, daß die Gründungsgesellschaft als notwendige Vorstufe zur juristischen Person dem Recht der eingetragenen GmbH schon insoweit untersteht, als es mit ihrem besonderen Zweck vereinbar ist und nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzt (BGHZ 51, 30, 32; 21, 242, 246).

Darunter fällt auch § 46 Nr. 5 i.V.m. § 47 Abs. 1 GmbHG. Denn schon vor Eintragung der Gesellschaft muß zwingend mindestens ein Geschäftsführer vorhanden sein, weil nur er die Eintragung herbeiführen kann (§§ 7, 78 GmbHG). Seine Bestel-