

## INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Literaturverzeichnis.....	XIII
<b><u>I. Abschnitt: Die Vorstellung des Problems</u></b>	
<b>§ 1: Einleitung.....</b>	<b>1</b>
I. Relevanz des Themas.....	1
1. Dauer des Eintragungsverfahrens.....	1
2. Behandlung der Handelndenhaftung in der Praxis.....	5
3. Behandlung des Problems in der Literatur.....	7
II. Der Gang der Untersuchung.....	8
<b>§ 2: Ein Überblick über die Haftungsverhältnisse bei der Vor-GmbH.....</b>	<b>9</b>
I. Haftung der Vor-GmbH.....	9
II. Die Gründerhaftung.....	10
1. Echte Vor-GmbH.....	10
a) Keine Außenhaftung.....	10
b) Unbeschränkte Außenhaftung.....	11
c) Beschränkte Außenhaftung.....	12
2. Unechte Vor-GmbH.....	13
3. Die Unterbilanzaufgabe.....	14
4. Vorgesellschaft in Liquidation.....	15
III. Die Haftung des Handelnden - § 11 Abs. 2 GmbHG.....	17
1. Sinn und Zweck der Handelndenhaftung.....	17
a) Haftung mit Straffunktion.....	17
b) Haftung mit Druckfunktion.....	19
c) Haftung mit Sicherungsfunktion.....	21
aa) Fehlen eines registergerichtlich überprüften Stammkapitals.....	21
(1) Prüfung eines ausreichenden Haftungsfundaments.....	21
(2) Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen.....	22
(a) Nachteile der Gläubiger einer Vor-GmbH.....	22
(b) Handelnder als Ausgleich.....	23

## II

bb)	Haftung für Repräsentation einer nicht publizierten Gesellschaft.....	24
d)	Funktionslosigkeit der Handelndenhaftung.....	26
aa)	§ 11 Abs. 2 GmbHG im Widerspruch zu den Grundsätzen des Vertretungsrechts.....	27
bb)	§ 11 Abs. 2 GmbHG im Widerspruch zu der Interessenslage der Beteiligten.....	28
cc)	§ 11 Abs. 2 GmbHG obsolet aufgrund des Normwandels.	30
e)	Nichtanwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG verstößt gegen EG-Richtlinie.....	31
f)	Ergebnis.....	33
2.	Tatbestand.....	34
a)	Sachlicher Anwendungsbereich.....	34
b)	Persönlicher Anwendungsbereich.....	34
c)	Handeln.....	35
aa)	Rechtsgeschäftliches Handeln.....	35
bb)	Nichtvertragliche Ansprüche.....	35
(1)	Ungerechtfertigte Bereicherung.....	35
(2)	Geschäftsführung ohne Auftrag.....	36
(3)	Öffentlich-rechtliche Kostenschuld.....	36
(4)	Culpa in contrahendo.....	37
(5)	Deliktisches Handeln.....	38
(a)	Unerlaubte Handlung des Geschäftsführers.....	38
(b)	Unerlaubte Handlung eines anderen Organs.....	38
d)	Im Namen der Gesellschaft.....	39
e)	Geschützter Gläubigerkreis.....	40
f)	Haftungsumfang und -inhalt.....	40
g)	Handelndenhaftung bei der Einmann-Vor-GmbH.....	41
3.	Vertraglicher Ausschluß der Handelndenhaftung.....	41
a)	Individualvertragliche Vereinbarung.....	42
b)	Formularvertragliche Vereinbarung.....	44
aa)	Vereinbarkeit der Klausel mit § 11 Nr. 7 AGBG.....	44
bb)	Vereinbarkeit der Klausel mit § 9 AGBG.....	44
c)	Ergebnis.....	46
<b>§ 3:</b>	<b>Die Entstehung des Problems.....</b>	<b>47</b>
I.	Unterschiedliche Reichweite von Handelnden- und Gründerhaftung.....	47

### III

<b>II.</b>	<b>Wandel der Rechtsprechung beim Handelndenbegriff...</b>	<b>47</b>
1.	Frühere Rechtsprechung.....	47
2.	Rechtsprechung seit BGHZ 47, 25.....	48
3.	Konsequenzen.....	49
a)	Frage nach der Gründerhaftung.....	49
b)	Frage nach Ausgleich zwischen Handelndem und Gründer.....	50
c)	Rückgriff des Handelnden gegen die Gründer als Spiegelbild der Gründerhaftung?.....	51
 <b>§ 4: Rechtsvergleichende Betrachtung.....</b>		<b>54</b>
I.	Die Rechtslage in Österreich.....	54
1.	Die gesetzliche Ausgangslage.....	54
2.	Die Handelndenhaftung.....	55
a)	Begründung der Handelndenhaftung.....	55
b)	Erlöschen der Haftung.....	56
3.	Die Gründerhaftung im Hinblick auf den Regreßanspruch des Handelnden.....	57
4.	Gegenüberstellung der Rechtslagen in Österreich und Deutschland.....	58
 II.	Die Rechtslage in der Schweiz.....	59
1.	Die Vorgesellschaft und die Haftungsverhältnisse...	59
2.	Der Tatbestand der Handelndenhaftung.....	61
a)	Der Begriff des Handelnden.....	61
b)	Handeln im Namen der Gesellschaft.....	62
3.	Der Regreßanspruch des Handelnden.....	63
4.	Gegenüberstellung der Rechtslagen in Deutschland und der Schweiz.....	64
 III.	Die Rechtslage in Frankreich.....	65
1.	Die gesetzliche Ausgangslage.....	65
2.	Die Handelndenhaftung.....	66
a)	Begründung der Handelndenhaftung.....	66
b)	Die Befreiung von der Haftung.....	67
3.	Der Regreßanspruch des Handelnden.....	68

## IV

4.	Gegenüberstellung der Rechtslagen in Deutschland und Frankreich.....	69
IV.	Die Rechtslage in England.....	70
1.	Entstehung der company.....	70
2.	Die Beteiligten.....	70
3.	Gründervereinigung vor Inkorporation.....	71
4.	Verhältnis der company zu der Gründervereinigung vor Inkorporation - pre-incorporation contracts....	74
5.	Regeßansprüche des Promoters gegen die company....	76
6.	Schutz der Gründer vor persönlicher Haftung.....	77
7.	Anspruch des Handelnden gegen die Gründer .....	78
8.	Gegenüberstellung der Rechtslagen in Deutschland und England.....	79
V.	Ergebnis.....	80

### II. Abschnitt: Der Anspruch des Handelnden nach bisherigen Lösungsversuchen

<b>§ 5:</b>	<b>Der Anspruch des Handelnden gegen die Gesellschaft.</b>	83
I.	Anstellungsvertrag und Organstellung.....	83
II.	Anspruch aus dem Anstellungsvertrag.....	84
1.	Wirksamer Anstellungsvertrag.....	84
a)	Aufwendungen.....	84
b)	Erforderlichkeit.....	85
c)	Rechtsfolge.....	86
d)	Anspruchsgegner.....	87
aa)	Vorgründungsgesellschaft.....	87
bb)	Vorgesellschaft.....	88
(1)	Vertragsschluß nach Errichtung der Gesellschaft....	88
(2)	Vertragsschluß vor Errichtung der Gesellschaft....	88
cc)	GmbH.....	90
2.	Fehlerhafter Anstellungsvertrag.....	90
III.	Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683, 677 BGB).....	92

<b>§ 6: Der Anspruch des Handelnden gegen die Gründer.....</b>	<b>93</b>
I. Das Modell des Bundesgerichtshofes - Auslegung des Dienstvertrages.....	93
1. Die Position des Bundesgerichtshofes.....	93
2. Kritik.....	94
a) Auslegung des Dienstvertrages.....	95
b) Auslegung oder Rechtsfortbildung?.....	96
aa) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch Rechtsfortbildung.....	98
bb) Haftung bei Auskunftsverträgen durch Rechtsfortbildung.....	99
cc) Gründerhaftung gegenüber dem Handelnden durch Rechtsfortbildung.....	101
c) Vereinbarkeit der Haftungsbeschränkung mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme.....	102
aa) Stillschweigender Verzicht auf die Haftungsbeschränkung.....	102
bb) Berufung auf die Haftungsbeschränkung als Verstoß gegen § 242 BGB.....	103
cc) Haftungsbeschränkung wegen beschränkter Vertretungsmacht.....	107
d) Ergebnis.....	109
II. Das Modell von Ulmer - Freistellungsvereinbarung...	109
1. Die Position von Ulmer.....	109
2. Kritik.....	110
a) Stillschweigende Willenserklärung.....	111
b) Voraussehbarkeit der Deckung der Geschäftstätigkeit durch das Stammkapital.....	112
III. Ulmers neuer Ansatz: Verlustdeckungspflicht .....	113
1. Haftung bei Scheitern der Eintragung.....	113
2. Konsequenzen des Meinungswandels.....	114
a) Unbeschränkte Innenhaftung statt beschränkter Außenhaftung.....	114
b) Verlustdeckungspflicht und Rückgriffsanspruch.....	115
c) Verlustdeckungspflicht ohne gesetzliche Grundlage..	116
d) Alternative: Haftung der Gründer aus § 11 Abs. 2 GmbHG.....	118

IV.	<b>Das Modell von H. Schmidt - Gründer als Handelnde bei Abschluß des Anstellungsvertrages.....</b>	120
1.	Die Position von H. Schmidt.....	120
2.	Kritik.....	120
a)	Handelndenbegriff der h.M.....	120
b)	Anspruchsberechtigt nur der Fremdgeschäftsführer...	122
c)	Ansatz: Gründer als Handelnde.....	124
V.	<b>Ablehnung eines Rückgriffsanspruchs des Handelnden gegen die Gründer.....</b>	125
1.	Abstimmung zwischen Rückgriffsanspruch und Unterbilanzhaftung.....	125
2.	Fortsetzung der Haftungslage der Vorgründungsge-sellschaft.....	127

### **III. Abschnitt: Eigener Lösungsvorschlag**

§ 7:	<b>Anspruch des Geschäftsführers gegen die Gründer aus § 11 Abs. 2 GmbHG .....</b>	131
I.	Rückgriffsanspruch gegen die Gründer als notwendiges Mittel der Risikoverteilung.....	131
1.	Erforderlichkeit eines Ausgleichs zwischen Handelndem und Gründer.....	131
2.	Alternative: Rückgriffsanspruch oder Verlustdek-kungspflicht.....	133
II.	<b>Haftung der Gründer als Handelnde nach § 11 Abs. 2 GmbHG.....</b>	134
1.	Handelndenhaftung der Gründer nach Art. 7 der EG-Richtlinie.....	134
a)	Inhalt von Art. 7 der Richtlinie.....	135
b)	Haftungsvoraussetzungen nach Art. 7 der Richtlinie.	136
aa)	Handeln im Namen der Gründungsgesellschaft.....	136
(1)	Wortlaut.....	136
(2)	Sinn und Zweck.....	137
bb)	Fehlende Schuldübernahme durch die Gesellschaft....	138
cc)	Fehlen abweichender Vereinbarungen.....	139
c)	Gesamtschuldnerische Haftung.....	140
d)	Art. 7 der Richtlinie und § 11 Abs. 2 GmbHG.....	140

e)	<b>Ergebnis.....</b>	142
2.	<b>Haftungsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 2 GmbHG.....</b>	142
a)	<b>Persönlicher Anwendungsbereich: Handelnder.....</b>	142
aa)	<b>Auslegung des Begriffs "Handelnder".....</b>	142
(1)	<b>Wortlaut.....</b>	142
(2)	<b>Sinn und Zweck.....</b>	145
(3)	<b>Keine Rückkehr zum weiten Handelndenbegriff.....</b>	147
bb)	<b>Handelnder bei Abschluß des Anstellungsvertrages ohne unmittelbare Beteiligung der Gründer.....</b>	148
(1)	<b>Abschluß des Anstellungsvertrages durch den Aufsichtsrat.....</b>	149
(a)	<b>Haftung des Aufsichtsrates nach § 11 Abs. 2 GmbHG</b>	149
(b)	<b>Rückgriff des Aufsichtsrates gegen die Gründer...</b>	150
(2)	<b>Abschluß des Anstellungsvertrages durch den erstbestellten Geschäftsführer.....</b>	151
(a)	<b>Haftung des Geschäftsführers nach § 11 Abs. 2 GmbHHG.....</b>	151
(b)	<b>Rückgriff des erstbestellten Geschäftsführers gegen die Gründer.....</b>	152
(3)	<b>Abschluß des Anstellungsvertrages durch Vertreter oder Bote.....</b>	152
(4)	<b>Zwischenergebnis.....</b>	153
cc)	<b>Einwände gegen die Einbeziehung der Gründer in den persönlichen Anwendungsbereich der Handelndenhaftung.....</b>	154
(1)	<b>Haftung der Gründer entbehrlich wegen Haftungsfähigkeit der Vorgesellschaft?.....</b>	155
(2)	<b>§ 11 Abs. 2 GmbHG als Organhaftung.....</b>	155
dd)	<b>Ergebnis.....</b>	158
b)	<b>Sachlicher Anwendungsbereich: Vor-GmbH.....</b>	158
c)	<b>Handeln im Namen der Gesellschaft.....</b>	160
d)	<b>Geschützter Gläubigerkreis.....</b>	161
e)	<b>Ergebnis.....</b>	162
3.	<b>Umfang der Haftung.....</b>	162
a)	<b>Ansprüche gegen die Gesellschaft.....</b>	162

## VIII

aa)	Wirksamer Anstellungsvertrag.....	162
bb)	Fehlerhafter Anstellungsvertrag.....	163
cc)	Geschäftsführung ohne Auftrag.....	164
b)	Außenhaftung der Gründer gegenüber allen Gläubigern?.....	164
4.	Subsidiarität der Haftung der Gründer.....	165
a)	Ansicht des Bundesgerichtshofes.....	165
b)	Stellungnahme.....	165
5.	Gesamtschuld.....	167
a)	Verhältnis Gesellschaftshaftung - Handelndenhaftung	167
b)	Gesamtschuldnerische Haftung der Gründer.....	168
aa)	Gesamtschuldnerische Haftung gegenüber Fremdgeschäftsführer.....	168
bb)	Pro rata Haftung gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer.....	169
6.	Ende der Haftung.....	170
III.	Ergebnis.....	172
<b>§ 8:</b>	<b>Schluß.....</b>	<b>173</b>