

# Fälle zur Vertragsgestaltung

Eckert / Everts / Wicke

4. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-76780-7  
C.H.BECK

derschlägt.<sup>27</sup> Das bedeutet gleichzeitig, dass insbesondere die Vertragsgestaltung (und damit hier die Eheleute Moll) mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit leben muss, die sich neben einer ausgewogenen inhaltlichen Gestaltung vor allem in der Sicherung eines geordneten Beurkundungsverfahrens niederschlägt (vorherige Beratung, Versendung von Entwürfen, Hinweis auf die aktuelle Rechtsprechung und dabei vor allem auf eine spätere Ausübungskontrolle).

Dies vorausgeschickt, erscheint im vorliegenden Fall die geplante Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle am wenigsten problematisch.<sup>28</sup> Denn nach der „Kernbereichslehre“ des BGH nimmt der Zugewinnausgleich ohnehin die letzte Stufe ein und ist somit am ehesten verzichtbar, da er nicht an eine konkrete Bedarfslage anknüpft. In der Literatur wurde daher zu Recht die Erwartung geäußert, dass Modifizierungen des gesetzlichen Güterstandes bis hin zum Ausschluss des Zugewinns in großem Umfang toleriert werden.<sup>29</sup> Denn schließlich hält das Gesetz selbst mit der Gütertrennung die größtmögliche güterrechtliche Einschränkung bereit.<sup>30</sup> 24

## D. Unterhaltsvereinbarungen der Eheleute Moll

### I. Kein Verzicht auf Kindes- und/oder Trennungsunterhalt

Nach § 1601 BGB sind Verwandte in gerade Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren, hier also die Eheleute Moll gegenüber ihren – in Zukunft vielleicht vorhandenen – Kindern. Der Kindesunterhalt ist im Rahmen der gesetzlichen Parameter Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) und Leistungsfähigkeit (§ 1603 BGB) zwingend. Vereinbarungen über den Kindesunterhalt dürfen also keinen – auch nur teilweisen – Verzicht auf künftigen Unterhalt beinhalten oder auf einen solchen Verzicht hinauslaufen (§ 1614 Abs. 1 BGB). Entscheidend ist allein, ob der dem Unterhaltsberechtigten von Gesetzes wegen zustehende Unterhalt objektiv verkürzt wurde. Ob die Eheleute Moll aktiv zum Nachteil ihrer – künftigen – Kinder handeln wollen oder auch nur darum wissen, ist somit ebenso unerheblich wie ihre Prognose, die künftigen eigenen Einkünfte und Vermögensverhältnisse würden ohnehin nicht zu einer Bedürftigkeit führen. Die Norm will Manipulationen zulasten Dritter verhindern und auch im öffentlichen Interesse – zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen – gewährleisten, dass der Familienunterhalt jederzeit verfügbar ist; deshalb ist logischerweise § 1614 Abs. 1 BGB selbst auch nicht vertraglich abdingbar.<sup>31</sup> 25

Lediglich Konkretisierungen des Angemessenheitsrahmens nach § 1610 Abs. 1 BGB sind in engen Grenzen zulässig;<sup>32</sup> darum geht es vorliegend jedoch nicht. 26

Die von den Eheleuten Moll gewünschte Ausschlussvereinbarung betreffend den Kindesunterhalt ist also rechtlich in keiner Weise möglich. Dies gilt wegen § 1361 27

<sup>27</sup> Siehe etwa Palandt/*Siede* BGB § 1408 Rn. 7 ff.

<sup>28</sup> Siehe auch *Schwab* FamR GdR Rn. 239 mN zur Gütertrennung.

<sup>29</sup> Vgl. *J. Mayer* FPR 2004, 363 (370); *Wachter* ZFE 2004, 132 (140).

<sup>30</sup> Vgl. daher auch BGH NJW 2005, 2386 (2390); 2005, 2391.

<sup>31</sup> Palandt/*v. Pückler* BGB § 1614 Rn. 1.

<sup>32</sup> Vgl. Palandt/*v. Pückler* BGB § 1614 Rn. 1 mwN und mit Bsp.

Abs. 4 S. 4 BGB auch für den etwaigen Trennungsunterhalt der Eheleute Moll selbst. § 1585c BGB erfasst demgemäß auch nur Vereinbarungen zu Unterhaltspflichten „für die Zeit nach der Scheidung“, nicht aber der Trennung.<sup>33</sup>

- 28 Allenfalls denkbar wäre jeweils die Schaffung eines Vollstreckungstitels in der notariellen Urkunde (Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Zuge eines abstrakten Schuldanerkenntnisses zu einem gewissen Unterhaltsbetrag. Im Hinblick auf den Kindesunterhalt kann dies für eine „einverständliche Scheidung“ wegen § 630 Abs. 1 Nr. 3 ZPO von Bedeutung sein. Dies kommt aber allenfalls in unmittelbarem Zusammenhang mit einer bevorstehenden Scheidung in Betracht; in rein vorsorgenden Eheverträgen ist hiervon wegen der noch ungewissen Einkommens- und Vermögensentwicklung dringend abzuraten.

## II. Grundsatz der Dispositionsfreiheit beim nachehelichen Unterhalt

- 29 Anders verhält es sich möglicherweise mit dem nachehelichen Unterhalt für den Fall der Scheidung. Einer Vereinbarung gemäß § 1585c BGB sind grundsätzlich alle Unterhaltsansprüche der §§ 1570–1573, 1575 und 1576 BGB zugänglich.<sup>34</sup> Da die gesetzlichen Regeln zum nachehelichen Unterhalt disponibel sind, kann auf den – auch und gerade auf den künftigen – Geschiedenenunterhalt sogar vollständig verzichtet werden, auch soweit der Anspruch auf § 1570 BGB gestützt werden könnte (Pflege und Erziehung gemeinschaftlicher Kinder). Hier bestehen zunächst allgemeine Grenzen der Vertragsfreiheit, namentlich aus § 138 Abs. 1 BGB für den speziellen Fall, dass ein Unterhaltsverzicht bereits bei seiner Vereinbarung erkennbar zulasten des Sozialhilfeträgers und damit der Allgemeinheit ging.<sup>35</sup> Dafür gibt es hier keine Anhaltspunkte.

## III. Begrenzung durch die richterliche Vertragskontrolle – Kernbereichslehre

- 30 Etwas anderes ergibt sich aber womöglich aus dem schon erwähnten Institut der Inhalts- und Ausübungskontrolle bei familienrechtlichen Vereinbarungen (→ Rn. 20ff.): Denn der Kindesbetreuungsunterhalt nach § 1570 BGB steht nach der „Kernbereichslehre“ des BGH auf der ersten Stufe und ist damit vertraglichen Vereinbarungen am wenigsten zugänglich (schon im Hinblick auf die Sicherung der schutzbedürftigen minderjährigen Kinder). Zwar kann auch der Betreuungsunterhalt im Rahmen eines Ehevertrages durch die Beteiligten disponibel sein, wenn diese bspw. eine gleichwertige berufliche Tätigkeit ausüben und sich Haushalt und Familienarbeit teilen. Gleiches gilt ebenfalls dann, wenn ab einem bestimmten Lebensalter eine Drittbetreuung der Kinder möglich ist oder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit gemeinsamen Kindern der Ehegatten gar nicht mehr zu rechnen war.<sup>36</sup> Hier ist aber all dies auf der einen Seite tatsächlich zu unsicher, auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass durch die seit 1.1.2008 eingetretene wesentliche Ver-

---

<sup>33</sup> §§ 1614, 1361 Abs. 4 BGB und die darauf aufbauende Differenzierung sollten einem Studierenden auch jenseits kautelarjuristischen Denkens geläufig sein.

<sup>34</sup> MüKoBGB/Maurer BGB § 1585c Rn. 1 mN zur Rspr.

<sup>35</sup> Siehe etwa BGH NJW 1991, 913.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 1370.

schärfung des nachehelichen Unterhaltsrechts<sup>37</sup> die potenzielle Belastung eines wahrscheinlich Unterhaltspflichtigen ohnehin gering(er) ist.

### 1. Beibehaltung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts

N wird daher im Interesse eines iÜ rechtsbeständigen Vertrages dazu raten, den Be- 31  
treuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB möglichst unverändert anhand der gesetzli-  
chen Bestimmungen zu übernehmen, auch wenn die Geburt gemeinsamer Kinder  
derzeit noch nicht in Aussicht ist. Jedoch erscheint ein Ausschluss des nacheheli-  
chen Unterhalts auf der zweithöchsten Stufe, nämlich wegen Alters und/oder  
Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB) und auch iÜ hier möglich, da die Ehe nicht im  
Alter geschlossen wird und beide Ehegatten gesund sind, also überhaupt nicht ab-  
sehbar ist, ob H und/oder F im Alter oder bei Krankheit (welcher?) unterhaltsbe-  
dürftig werden.

### 2. Vereinbarungen über die Unterhaltshöhe

Sofern die Eheleute Moll also den nachehelichen Betreuungsunterhalt aus einem 32  
wechselseitigen Unterhaltsverzicht herausnehmen – was möglich ist<sup>38</sup> –, dürfte  
ihnen dennoch daran gelegen sein, zumindest dessen Höhe vorab zu bestimmen.  
Diese wird bestimmt nach § 1577 BGB durch die Bedürftigkeit des betreffenden  
Ehegatten und iÜ nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1  
und 2 BGB. Insofern sind an sich Vereinbarungen – gleichsam „erst recht“ – nicht  
nur über den Bestand des Anspruchs, sondern auch über seine Höhe möglich, ins-  
besondere über den Unterhaltsbedarf.<sup>39</sup> Möglich ist also auch, das unterhaltsrecht-  
lich relevante Nettoeinkommen mit einem bestimmten Betrag, am besten einem  
Höchstbetrag,<sup>40</sup> festzuschreiben. Dieses „Einfrieren“ kann gefährlich sein, wenn ein  
Ehegatte tatsächlich doch nicht mehr arbeitet und auch iÜ zu Zufallsergebnissen  
führen. Ebenso möglich, aber mit Unwägbarkeiten behaftet, wäre eine Verein-  
barung, nach welcher in die Ermittlung der Unterhaltshöhe lediglich Einkünfte  
aus selbstständiger und/oder unselbstständiger Arbeit einfließen sollen, nicht aber  
aus sonstigen Einkunftsarten. Sofern die Höhe derzeit jedoch nicht absehbar ein-  
em Unterhaltsverzicht gleichkommt und somit insbesondere keine Vereinbarung  
zulasten etwaiger gemeinsamer Kinder droht, wird N nach eingehender Erörte-  
rung der Sachlage und der möglichen Konsequenzen eine Beurkundung nicht ab-  
lehnen.

Dementsprechend wäre – unter Beachtung der vorstehenden Einschränkungen – 33  
im vorliegenden Fall insoweit von der Wirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung sub  
specie § 138 Abs. 1 BGB auszugehen, allerdings vorbehaltlich einer späteren Aus-  
übungskontrolle bei nachträglicher Veränderung der Verhältnisse (etwa wenn sich  
ein Ehegatte nunmehr ausschließlich der Verwaltung eigenen Vermögens widmen

<sup>37</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3189) – § 1570  
BGB: grundsätzlich nur noch drei Jahre ab Geburt, wie bei nicht miteinander verheirateten Eltern  
(§ 1615I Abs. 2 BGB), wobei die Neufassung durch den BGH streng ausgelegt wird und das alte  
„Altersphasenmodell“ abgeschafft ist, vgl. BGH NJW 2009, 1956.

<sup>38</sup> Vgl. statt aller etwa *Rauscher FamR Rn. 636*.

<sup>39</sup> Vgl. statt aller etwa *Rauscher FamR Rn. 636*.

<sup>40</sup> Vgl. nämlich den Fall BGH NJW 2009, 842 zur Sittenwidrigkeit eines vertraglich vereinbarten  
fixen Unterhaltsbetrags.

sollte), über die N gemäß § 17 BeurkG belehren wird. Außerdem wird der Notar eine sog. Salvatorische Klausel in den Vertrag einfügen, die bewirken soll, dass der güterrechtliche Teil in seiner Wirksamkeit unabhängig vom unterhaltsrechtlichen Teil sein soll.<sup>41</sup>

### E. Pflichtteilsverzicht

- 34 Die Eheleute Moll haben das strukturelle Problem, dass zwar eine gegenseitige Erbinsetzung an sich wünschenswert wäre, dies aber im Hinblick auf dadurch eintretende „Zufallsergebnisse“ bei der Vermögensverteilung nach dem Letztversterbenden ein Ungerechtigkeitspotenzial birgt. Denn der Längerlebende würde im Fall der Kinderlosigkeit – vorbehaltlich anderweitiger genauer letztwilliger Verfügung – nicht nur sein eigenes Vermögen, sondern auch das ererbte, das letztlich aus der Schwiegerfamilie stammt, allein in seinem Verwandtenkreis vererben. Durch Rückforderungsklauseln in den Übergabeverträgen und zusätzlich qualifizierte Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag (hierzu auch → Fall 8) kann man dem nur begrenzt entgegensteuern, sofern sich überhaupt entsprechende Regelungen finden.
- 35 Jeder der Eheleute Moll wird daher dafür Sorge zu tragen haben, dass im Falle seines Todes das aus seiner Familie stammende Vermögen wieder an diese zurückfällt (oder aber auch gemeinsame Kinder sofort bedacht werden). Da somit das wesentliche Nachlassvermögen dem überlebenden Ehegatten mutmaßlich vorenthalten werden wird, drohen pflichtteilsrechtliche Ansprüche über §§ 2305–2307 BGB, selbst wenn er – wie auch immer – bedacht sein sollte. Auf das Pflichtteilsrecht kann nach § 2346 Abs. 2 BGB gesondert verzichtet werden; als eingeschränkter Erbverzicht bedarf ein solcher Vertrag der notariellen Beurkundung nach § 2348 BGB. N wird den Eheleuten Moll daher, wenn sie schon keine erbrechtlichen Regelungen in ihrem Vertrag wünschen, zumindest einen wechselseitigen Pflichtteilsverzicht nahelegen, um jedem der Eheleute die volle Testierfreiheit im Interesse des Familienvermögens zu geben. Einen Erbverzicht wird er nicht empfehlen; zwar würde hierdurch nur das gesetzliche Erbrecht, nicht ein Erbrecht aufgrund Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen, aber anders als beim Pflichtteilsverzicht führt ein Erbverzicht wegen des fingierten Wegfalls des Verzichtenden zur Erhöhung der Pflichtteilsquoten anderer Pflichtteilsberechtigter, insbesondere also etwaiger Kinder.

---

<sup>41</sup> Vgl. allgemein zur Wirkweise solcher Klauseln etwa Palandt/*Ellenberger* BGB § 139 Rn. 17 f.

## Fall 10. Start up!

*Schwierigkeitsgrad: hoch<sup>1</sup>*

*Bearbeitungszeit: 5 Stunden*

### Sachverhalt

Der Jurastudent Maximilian Kaiser (K), der gerade ein Praktikum beim Notar Dr. Franz Niederhuber (N) in Würzburg absolviert, hat kürzlich mit einigen Kommilitonen den Verein „Unternehmertum Law Clinic Würzburg e.V.“ zur studentischen Rechtsberatung von Existenzgründern und Unternehmern errichtet. Er berichtet von zwei interessanten Fällen, die er – nicht zuletzt zur eigenen Ausbildung – gerne mit N besprechen möchte:

„Drei Freunde von mir, ein Mathematik-, ein Informatik- und ein Wirtschaftstudent, sind gerade dabei, ein Unternehmen aufzubauen mit einer genialen Geschäftsidee: Sie möchten eine App entwickeln, die einerseits die Nutzung elektronischer Nachrichtendienste wie WhatsApp erlaubt, ohne dass diese Zugriff auf sonstige Daten auf dem Mobiltelefon nehmen können, und die andererseits die Inanspruchnahme von Internetsuchdiensten wie Google ermöglicht, ohne dass diese zuverlässige Informationen über den Absender erhalten und seine Daten kommerziell verwerten können. Sie haben sich zu diesem Zweck eine Garage angemietet und dort ein kleines Büro mit Laptop etc eingerichtet. Auf einer Gründermesse haben sie Investoren kennengelernt („Business Angels“), die sich für ihren Business-Plan sehr interessiert haben und sich gern im Rahmen einer ersten Finanzierungsrunde beteiligen möchten. Im nächsten Schritt soll daher nunmehr eine GmbH oder eine UG (haftungsbeschränkt) errichtet werden, in die das Unternehmen eingebracht werden soll. Ein weiterer Kommilitone hat empfohlen, eine GmbH zu gründen und 12.500 EUR in bar einzuzahlen. Die eingezahlten Mittel könnten sodann zum Erwerb des Unternehmens von den Gründern verwendet werden oder ihnen als Darlehen wieder ausgezahlt werden. Ich frage mich zudem, ob das nun schon in Anfängen bestehende Unternehmen nicht in eine GmbH umgewandelt werden kann. Der Mietvertrag über die Garage wurde zu äußerst günstigen Konditionen abgeschlossen und soll daher mit auf die GmbH übertragen werden. Allerdings ist der Vermieter etwas schwierig und soll nach Möglichkeit nicht beteiligt werden. Gäbe es da eine Möglichkeit? Angedacht ist auch, zunächst eine UG (haftungsbeschränkt) zu gründen und diese anschließend in eine GmbH umzuwandeln. Wie würde das funktionieren? Könnte die GmbH auch umgekehrt wieder in die UG (haftungsbeschränkt) wechseln?

In einem anderen Fall des Unternehmertum Law Clinic Würzburg e.V. gibt es gerade richtig ‚Zoff‘. Der Anteil eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters wurde von der Gesellschafterversammlung wegen eines wichtigen Grundes in seiner Person eingezogen, nachdem jener für private Zwecke mehrfach und trotz wiederholter Abmahnung ordentlich in die Kasse gegriffen hatte. Der ausgeschlossene Ge-

<sup>1</sup> Die Klausur ist primär für einen gesellschaftsrechtlichen Schwerpunktbereich gedacht.

sellschafter beansprucht nun weiter Dividendenzahlungen und verlangt Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft. Er bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes und behauptet, die Einziehung sei nicht wirksam, solange er seine Abfindung noch nicht vollständig erhalten habe. Außerdem sei der Einziehungsbeschluss wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nichtig, da man es versäumt habe, die übrigen Anteile aufzustocken oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden. Für die Zukunft überlegen die verbleibenden Gesellschafter nun, eine neue Einziehungsregelung in die Satzung aufzunehmen, wonach die Einziehung eines Geschäftsanteils durch Mehrheitsbeschluss ohne Angabe von Gründen und ohne die Gewährung einer Abfindung möglich sein soll.“

N zeigt sich sehr interessiert an den geschilderten Fällen und übergibt dem K zur Vorbereitung der Beratung einen Katalog mit folgenden Fragen, die dieser in einer gutachterlichen Stellungnahme beantworten möchte:

1. Welche Verfahrensschritte sind für die Gründung einer GmbH erforderlich?
2. Was muss in einer GmbH-Satzung stehen?
3. Kann die GmbH vor ihrer Eintragung im Handelsregister bereits Verträge abschließen? Wäre dies empfehlenswert?
4. Kann die eingezahlte Bareinlage zum Erwerb des bisherigen Unternehmens verwendet oder als Darlehen an die Gesellschafter ausgezahlt werden?
5. Was ist eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)? Welche Besonderheiten ergeben sich bei Frage 4, wenn nicht eine GmbH, sondern eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) gegründet werden soll?
6. Bedarf die Übertragung des Unternehmens der Zustimmung Dritter? Kann dies ggf. vermieden werden?
7. Kann die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) auch durch Formwechsel gegründet werden?
8. Wie kann die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in eine GmbH umgewandelt werden? Wäre auch eine Rückumwandlung möglich?
9. Auf welchem Weg können die Investoren später an der GmbH beteiligt werden?
10. Was sind die Voraussetzungen einer Zwangseinziehung?
11. Ist die Einziehung im vorliegenden Fall aus den genannten Gründen unwirksam?
12. Bestehen Bedenken gegen eine Satzungsregelung, welche die abfindungslose Einziehung von Geschäftsanteilen durch Mehrheitsbeschluss gestattet?
13. Was ist von der Geschäftsführung nach wirksam erfolgter Einziehung zu veranlassen?

**Bearbeitervermerk:** Das Gutachten des K ist zu entwerfen.

## Gliederung

	Rn.
Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH .....	1
Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages .....	2

	Rn.
Frage 3: Die Vor-GmbH .....	3
Frage 4: Die verdeckte Sacheinlage .....	6
Frage 5: Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) .....	9
Frage 6: Der Formwechsel .....	12
Frage 7: Das Anwachsungsmodell .....	16
Frage 8: Der Übergang von der UG zur GmbH .....	17
Frage 9: Die Kapitalerhöhung .....	18
Frage 10: Die Einziehung eines Geschäftsanteils .....	19
Frage 11: Die Wirksamkeit der Einziehung .....	20
Frage 12: Die abfindungslose Hinauskündigung .....	23
Frage 13: Die neue Gesellschafterliste .....	25

## Lösung

### Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH

Die Gründung einer GmbH erfordert folgende Verfahrensschritte (s. §§ 2 ff. 1 GmbHG, insbesondere § 8 GmbHG)<sup>2</sup>:

- Abschluss eines notariellen Gesellschaftsvertrages (§ 2 GmbHG; § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG);
- Geschäftsführerbestellung (§ 6 GmbHG; § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG);
- Einzahlung des Stammkapitals. Bareinlagen sind mindestens zu einem Viertel bzw. in Höhe von 12.500 EUR, Sacheinlagen sind vollständig zu leisten (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG; s. im Fall von Sacheinlagen ferner § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GmbHG);
- Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3);
- Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister durch die Geschäftsführer (§ 7 Abs. 1, § 78 GmbHG) in notariell beglaubigter Form (§ 12 HGB). Im Rahmen der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, dass die Einlagen ordnungsgemäß erbracht sind (§ 8 Abs. 2 GmbHG) und dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG entgegenstehen (§ 8 Abs. 3 GmbHG). Ferner sind eine inländische Geschäftsanschrift sowie Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzugeben (§ 8 Abs. 4 GmbHG).
- Die GmbH entsteht als solche mit ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG).

### Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH muss nach § 3 Abs. 1 GmbHG enthalten: die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital übernimmt. Im Fall von Sacheinlagen müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des

<sup>2</sup> Vgl. *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 5f.



Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Neben dem zwingenden Inhalt werden in den Gesellschaftsvertrag in der Praxis noch zahlreiche fakultative Regelungen getroffen (s. etwa § 3 Abs. 2, § 15 Abs. 5, § 34 GmbHG).<sup>3</sup>

### Frage 3: Die Vor-GmbH

- 3 Zwar existiert die GmbH nach dem Gesagten als solche erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages gemäß § 2 GmbHG kommt allerdings bereits die sog. Vor-GmbH zur Entstehung. Maßgebliche Zäsur ist die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages. Die Vorgesellschaft ist ein Rechtsträger eigener Art, der mit der durch Eintragung im Handelsregister entstehenden GmbH identisch ist.<sup>4</sup> Die durch die Vor-GmbH begründeten Rechte und Pflichten gehen damit auf die GmbH über. Auf die Vor-GmbH ist ferner weitgehend GmbH-Recht anzuwenden, soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt oder sonst mit der Beschränkung auf das Gründungsstadium nicht vereinbar ist.<sup>5</sup> Die Vorgesellschaft ist heute als Träger von Rechten und Pflichten allgemein anerkannt und kann bereits Inhaber eines Unternehmens sein.<sup>6</sup>
- 4 Allerdings ist die Vertretungsmacht der Vor-GmbH nach herrschender Meinung in Abweichung von § 37 Abs. 2 GmbHG im Außenverhältnis nicht in allen Fällen unbeschränkt.<sup>7</sup> Vielmehr ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Vor-GmbH im Grundsatz durch deren Zweck begrenzt, als notwendige Vorstufe zur juristischen Person deren Entstehung zu fördern und bis dahin das schon eingebrachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten.<sup>8</sup> Daher ist wie folgt zu differenzieren: Sofern ein als Sacheinlage eingebrachtes Unternehmen fortzuführen ist, wird die Vertretungsmacht praktisch unbeschränkt sein. Bei Bargründungen beschränkt sie sich hingegen regelmäßig auf solche Rechtshandlungen, die unerlässlich sind, um die Eintragung herbeizuführen. Darüber hinaus können die Gesellschafter die Geschäftsführer auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten zur vorzeitigen Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigen. In diesem Fall ist die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis wie bei der eingetragenen GmbH unbeschränkt.<sup>9</sup> Angesichts der weitreichenden Haftungsrisiken, die durch ein Tätigwerden der Vor-GmbH für die Gesellschafter entstehen können (dazu → Rn. 5), ist insoweit die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.<sup>10</sup>
- 5 Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Tätigwerden der GmbH vor Eintragung im Handelsregister erhöhte Haftungsrisiken hervorrufen kann: Neben der sog. Handelndenhaftung der Geschäftsführer gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG gilt dies insbe-

---

<sup>3</sup> Siehe auch *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 14 ff.

<sup>4</sup> BGHZ 80, 129 (137 ff.).

<sup>5</sup> BGH NJW 2000, 1193 (1194).

<sup>6</sup> Vgl. im Einzelnen *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 52 ff.; Scholz/*K. Schmidt* GmbHG § 11 Rn. 27 ff.; *Wicke* GmbHG § 11 Rn. 3; ferner *Prütting/Weller* HandelsR Rn. 482.

<sup>7</sup> BGHZ 80, 129 (139); OLG Brandenburg NZG 2002, 869 zur AG; *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 54; *Wicke* GmbHG § 11 Rn. 5; aA insbesondere Scholz/*K. Schmidt* GmbHG § 11 Rn. 72.

<sup>8</sup> BGHZ 80, 139.

<sup>9</sup> Zutr. *Altmeyden* GmbHG § 11 Rn. 33 f.

<sup>10</sup> BGHZ 80, 139; Baumbach/*Hueck/Fastrich* GmbHG § 11 Rn. 20; ferner MüKoGmbHG/*Merkt* GmbHG § 11 Rn. 158.