

**Keine Handelndenhaftung im Stadium der GmbH-  
Vorgründungsgesellschaft -  
Solidarhaftung der Gesellschafter einer GesBR bei Abschluß eines  
einheitlichen Vertrages**

ecolex 1998, 636

**§ 1202, § 1203 ABGB; Art 8 Nr 11 EVHGB; § 2 Abs 1 GmbHG**

OGH 21.4.1998, 2 Ob 2254/96a

1. Der erkennende Senat schließt sich der in der deutschen L und Rspr vertretenen Ansicht an, daß die Handelndenhaftung des § 2 Abs 1 GmbHG im Stadium der Vorgründungsgesellschaft, für welche noch kein GmbH-Recht gilt, nicht in Betracht kommt (Hinweis auf *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG<sup>8</sup>, § 11 Rz 104).
2. Eine Vorgründungsgesellschaft, die auf keinem formgültigen Vorgründungsvertrag beruht und die kein Vollhandelsgewerbe betreibt, ist als GesBR zu beurteilen (Hinweis auf OGH GesRZ 1981, 178 [zust *Ostheim*]; SZ 54/69; 7 Ob 530/90).
3. Nimmt diese GesBR als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teil, indem sie mit Dritten Rechtsgeschäfte im Namen der zu gründenden GmbH abschließt, haften ihre Gesellschafter für die eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich, unbeschränkt und solidarisch (Hinweis auf *Strasser* in Rummel, ABGB II<sup>2</sup>, §§ 1202, 1203 Rz 6 mwN aus der Rspr zur Solidarverpflichtung bei Abschluß eines einheitlichen Vertrages durch eine GesBR).

**Anmerkung:** Eine Vorgründungsgesellschaft entsteht in der Praxis durch formlosen Zusammenschluß der potentiellen künftigen GmbH-Gesellschafter, um die GmbH-Gründung bzw die künftigen Geschäfte der GmbH vorzubereiten. Zutreffend qualifiziert der OGH dieses Gesellschaftsverhältnis als GesBR. Kommt es bereits im Vorgründungsstadium - also vor Errichtung des GmbH-Gesellschaftsvertrages - zu einer aktiven Mitunternehmerschaft, so ist dieses Gesellschaftsverhältnis (bei Vorliegen der Voraussetzungen) allenfalls auch als OHG zu qualifizieren. Karsten Schmidt (in Scholz, GmbHG<sup>8</sup>, § 11 Rz 15; derselbe, GesRZ 1983, 1 [4]) hingegen unterscheidet diesfalls strikt zwischen der Vorgründungsgesellschaft als Gründergemeinschaft einerseits und der (daneben zusätzlich bestehenden) unternehmenstragenden Gesellschaft andererseits

(dagegen Priester, GmbHR 1995, 482 ff). Zu einem automatischen Vermögensübergang (Übergang von Rechten und Pflichten von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft bzw die spätere eingetragene GmbH kommt es mangels Identität nicht. Es bedarf vielmehr einer rechtsgeschäftlichen Übernahmevereinbarung (Einzelrechtsnachfolge; vgl Fantur, aaO, 160 f mwN).

Streng nach dem Wortlaut des § 2 Abs 1 S 2 GmbHG unterliegt der Handelndenhaftung auch jener, der bereits im Vorgründungsstadium im Namen der (künftigen) GmbH gehandelt hat. Koppensteiner und Reich-Rohrwig haben sich deutlich für eine solche Auslegung ausgesprochen, weil in der Handelndenhaftung eine Art Garantie dafür zu erblicken sei, daß die GmbH entsteht und das betreffende Geschäft genehmigt (Koppensteiner, GmbHG [1994], § 2 Rz 7; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> [1997], Rz 1/511).

Demgegenüber halte ich es für richtig, diese Bestimmung teleologisch zu reduzieren, weil der - ohnehin kaum auszumachende - Normzweck der Handelndenhaftung (dazu eingehend Fantur, aaO, 22 ff mwN) auf das Vorgündungsstadium nicht paßt (Fantur, 107). Auch der OGH vertritt jetzt - in Änderung seiner Rechtsprechung und unter allgemeiner Berufung auf die dL und Rspr - diese Ansicht (gegenteilig noch SZ 35/15; OGH NZ 1989, 101).

Zur Beantwortung der Fragen, wer nun konkret für eine in der Vorgründungsphase eingegangene Verbindlichkeit haftet und welchen Regeln diese Haftung unterliegt, muß mE in jedem Einzelfall folgende Prüfung vorgenommen werden: Zunächst ist zu prüfen, auf welchen Vertragspartner der Abschlußwille - vom (Empfänger-)Horizont des Dritten aus - gerichtet war. Den von den Beteiligten verwendeten Parteibezeichnungen kann dabei bestenfalls Indizfunktion zugeordnet werden. War die (noch nicht errichtete) GmbH als Vertragspartner gewollt und wurde dem Dritten deren (jedenfalls vorläufige) Nichtexistenz verschwiegen, so haftet der unmittelbar Handelnde als falsus procurator analog Art 8 Nr 11 EVHGB. Die als GesBR (bzw OHG) zu qualifizierende Vorgründungsgesellschaft trifft diesfalls grundsätzlich keine Haftung, ausgenommen die Handlungen des unmittelbar Auftretenden sind ihr bzw ihren Gesellschaftern aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze zurechenbar.

War hingegen die Vorgründungsgesellschaft als solche (etwa als Unternehmensträger) als Vertragspartner gewollt, so ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der Handelnde für diese Vertretungsmacht hatte. Bei einer GesBR ist dies insb dann der Fall, wenn der Handelnde geschäftsführungsbefugt ist (vgl dazu Strasser in Rummel, ABGB II<sup>2</sup>, § 1201 Rz 1; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>, 66). Wurde die Vorgründungsgesellschaft mangels

Vertretungsmacht des Handelnden nicht wirksam verpflichtet, so haftet dieser dem Dritten wiederum als Scheinvertreter (im Fall einer GesBR nach den zur culpa in contrahendo entwickelten Grundsätzen, im Fall einer OHG hingegen gemäß Art 8 Nr 11 EVHGB).

Nur dann, wenn die Vorgründungsgesellschaft als solche - im vorliegenden Fall eine GesBR - wirksam verpflichtet wurde, kommt es zu den vom OGH skizzierten Haftungsfolgen. Die Gesellschafter haften demnach persönlich, unbeschränkt und solidarisch. Im Sinne der ständigen Rspr trifft die Gesellschafter einer GesBR eine Solidarhaftung nämlich dann, wenn ihre Verpflichtung auf einem mit einem einheitlichen Vertrag erteilten Auftrag beruht (zB OGH WBI 1989, 221; weitere Nachweise bei Strasser in Rummel, ABGB II<sup>2</sup>, §§ 1202, 1203 Rz 6). Diese Rspr beruht auf dem aus Treu und Glauben abgeleiteten allgemeinen Rechtssatz, wonach bei gleichzeitiger Eingehung einer Schuld durch mehrere Personen im Zweifel auch alle zur ungeteilten Hand für die sich daraus ergebenden Verbindlichkeiten aufkommen müssen (SZ 27/299; SZ 67/68). Unabhängig davon kann sich die Solidarhaftung aber bereits aufgrund Art 8 Nr 1 EVHGB sowie § 1203 letzter HS ABGB ergeben (vgl Kramer in Straube, HGB<sup>2</sup>, Art 8 Nr 1 Rz 3 mwH). Für Quotenhaftung bei der GesBR bleibt daher nur mehr wenig Raum (Welser, GesRZ 1978, 141 [144]). Vgl dazu auch Oberhammer, JBI 1997, 624 sowie derselbe, RdW 1996, 572.

**Dr. Lukas Fantur**  
**Rechtsanwalt**  
**[www.fantur.at](http://www.fantur.at)**