Die Vor-GmbH im deutschen und chinesischen Recht

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris

(Dr. iur.)

eingereicht an der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Humboldt-Universität zu Berlin

von Yafei Wang

王亚飞

Präsidentin/Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Sabine Kunst

Dekanin/Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Prof. Dr. Martin Eifert

Gutachter: 1. Prof. Dr. Thomas Raiser

2. Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler

Tag der mündlichen Prüfung 19. 02. 2018
Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung

B. Die Problematik der Vor-GmbH

1. Rechtsprämisse: Vor-GmbH als ungeregelter Gegenstand
   1.1 Das Zustandekommen der GmbH
      1.1.1 Deutschlands § 11 GmbHG
      1.1.2 Chinas § 7 Gesellschaftsgesetzes
   1.2 Unversehrtheit des Anfangskapitals als Rechtsprämisse
      1.2.1 Eintragung als maßgeblicher Zeitpunkt im deutschen Recht
      1.2.2 Angabe der übernommenen Einlagen im chinesischen Recht

2. Gründe für den vorzeitigen Auftritt der GmbH
   2.1 Die den Gründungsvorschriften entsprechenden Gründungsakte
   2.2 Bewirkung der Sacheinlage vor Anmeldung im deutschen Recht
   2.3 Vorausgehende Genehmigungsverfahren im chinesischen Recht
   2.4 Verfolgung wirtschaftlicher Interessen

3. Spannung aufgrund von Vorbelastungen

C. Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland

1. Aufwertung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art
   1.1 Anfänglicher Versuch der Einordnung in den geschlossenen Kanon
   1.2 Anerkennung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art mit Sonderrecht

2. Vom Vorbelastungsverbot mit Handelndenhaftung zur Neukonzeption der Gesellschafterhaftung
   2.1 Von der Teilidentität mit Genehmigungsmöglichkeit zur Vollidentität
   2.2 Die Abwertung der Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG
      2.2.1 Druckfunktion der Handelndenhaftung
      2.2.2 Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung
   2.3 Die Aufwertung der in Rechtsfortbildung entwickelten Gesellschafterhaftung

D. Der Hintergrund des chinesischen Vor-GmbH-Rechts
1. Prägung durch die Gründungsvorschriften der AG ......................................................... 20
  1.1 Pflichtig zu unterzeichnende Gründervereinbarung bei AG-Gründung .................. 20
  1.2 Unbeschränkte Gesellschafterhaftung bei AG-Errichtung .................................. 21

2. Anleitende Justizmeinungen einzelner Oberer Volksgerichte ................................. 21

E. Das geltende Vor-GmbH-Recht in Deutschland und in China ................................ 26

1. Begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH ................................................................. 26
  1.1 Mehrstufiges Vorstadium vor Eintragung in Deutschland ............................... 26
  1.2 Keine Differenzierung des Vorstadiums in China ............................................. 27
  1.3 Vergleichung der Ansätze ...................................................................................... 30

2. Zusammensetzung des Vor-GmbH-Rechts ............................................................... 34
  2.1 Gesellschaftsvertrag erfüllt durch GmbHG in Deutschland ............................. 34
  2.2 Infrage stehende Rechtswirksamkeit der Gesellschaftssatzung in China ........... 36
  2.3 Stellungnahme ........................................................................................................ 37
    2.3.1 Vernachlässigte Gesellschaftssatzung in China ............................................ 37
    2.3.2 Paradoxe Haltung des chinesischen Gesetzgebers gegenüber der Vor-GmbH-Körperschaftsverfassung ................................................................. 40
    2.3.3 Rezeptionsmöglichkeit des deutschen Ansatzes im chinesischen Vor-GmbH-Recht de lege ferenda ................................................................. 42
    2.3.4 Regelungszustand des Vorgründungsstadiums in China ............................. 43
      2.3.4.1 Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensrechts .......................... 43
      2.3.4.2 Kontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH ........ 46

3. Das Binnenrecht der Vor-GmbH ................................................................. 48
  3.1 Die Geschäftsführung und der Umfang ihrer Befugnisse .................................. 48
    3.1.1 Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Geschäftsführung aufgrund des Gründungszweckes in Deutschland ......................................................... 48
    3.1.2 Geschäftsführung durch den Vorstand ohne Zweckbeschränkung in China ............................................................................................................................... 49
  3.2 Beschlüsse der Gesellschafter ............................................................................... 52
    3.2.1 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in Deutschland .... 52
    3.2.2 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in China ............ 54
  3.3 Zurechnung des aufgebrachten sowie erworbenen Vermögens .................... 57
    3.3.1 Gesamthandsvermögen in Deutschland ....................................................... 57
    3.3.2 Unternehmen als Träger des Vermögens in China ....................................... 57
3.4 Auflösung der Vor-GmbH
3.4.1 Auflösung der Vor-GmbH in Deutschland
3.4.2 Auflösung der Vor-GmbH in China
3.5 Liquidation der Vor-GmbH
3.5.1 Liquidation der Vor-GmbH in Deutschland
3.5.2 Liquidation der Vor-GmbH in China

4. Außenbeziehungen der Vor-GmbH
4.1 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in Deutschland
4.1.1 Von der deutschen Rechtsprechung anerkannte Rechtsfähigkeiten
4.1.2 Problematik der Rechtssubjektivität in Deutschland
4.1.3 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in China
4.1.3.1 Unternehmenstragende Vor-GmbH als Organisation anderer Art
4.1.3.2 Rechtsfähigkeit der Organisation anderer Art
4.1.3.2.1 Die Eigenschaft als juristische Person im zivilen Recht
4.1.3.2.2 Die juristische Person im Vergleich zur Rechtsfigur der "Organisation anderer Art"
4.1.3.2.3 Sonderregelungen der juristischen Unternehmensperson als Subkategorie
4.1.3.2.4 Vereinbarkeit mit dem neuen ATZ
4.1.3.3 Zusammenfassung
4.2 Vertretungsmacht und ihr Umfang
4.2.1 Anwendbarkeit des § 37 II GmbHG in Deutschland
4.2.2 Vertretung der Vor-GmbH durch den gesetzlichen Repräsentanten in China
4.2.2.1 Vorverlegung der Stellvertretung durch den gesetzlichen Repräsentanten
4.2.2.2 Unbeschränkte Vertretungsmacht
4.2.2.3 Problematik des Zurechnungsmechanismus im BeoVAGe III

5. Haftung der Vor-GmbH und der Gesellschafter
5.1 Haftung der Vor-GmbH
5.1.1 Haftung der Vor-GmbH in Deutschland
5.1.2 Haftung der Vor-GmbH in China
5.2 Haftung der Gesellschafter
5.2.1 Verlustdeckungshaftung vor Eintragung der Gesellschaft in Deutschland
5.2.1.1 Umfang der Verlustdeckungshaftung
5.2.1.2 Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung
5.2.1.3 Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung mit Ausnahmen ................................................................. 85
5.2.1.4 Problematik der Innenhaftung ........................................................................................................... 88
5.2.1.5 Ausfallhaftung ................................................................................................................................... 90
5.2.2 Gründerhaftung als besonders auszugestaltende Außenhaftung in China ................................................................. 90
5.2.2.1 Gründerhaftung bei gescheiterter GmbH-Errichtung ................................................................................. 90
5.2.2.1.1 Umfang der Gründerhaftung ......................................................................................................... 90
5.2.2.1.2 Die Gründerhaftung als Außenhaftung ......................................................................................... 91
5.2.2.2 Fortbildung der Gründerhaftung im Gründungsstadium ........................................................................ 92
5.2.2.2.1 Unbeschränkte Gründerhaftung vor Registrierung ......................................................................... 92
5.2.2.2.2 Nachrangige Außenhaftung der Gründer ......................................................................................... 92
5.2.2.2.3 Unmittelbare Außenhaftung der Gründer als Ausnahme .............................................................. 95
5.2.2.2.4 Keine Ausfallhaftung ................................................................................................................... 95
5.3 Unechte Vor-GmbH ..................................................................................................................................... 96
5.3.1 Unechte Vor-GmbH in Deutschland ......................................................................................................... 96
5.3.2 Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH im chinesischen Recht ......................................................... 98
6. Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH .......................................................... 100
6.1 Völliger Übergang mit Vorbelastungshaftung in Deutschland ........................................................................ 100
6.1.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt .............................................................................................. 100
6.1.2 Vorbelastungshaftung ............................................................................................................................ 101
6.1.2.1 Feststellung der Unterbilanz ............................................................................................................ 102
6.1.2.2 Verjährung der Ansprüche und Beseitigung der Unterbilanz ................................................................. 103
6.1.2.3 Verhältnis zur Differenzhaftung des Sacheinlegers gemäß § 9 GmbHG .................................................. 104
6.1.2.4 Unterbilanz als Eintragungshindernis ................................................................................................. 104
6.2 Völliger Übergang in China ................................................................................................................................ 105
6.2.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt ............................................................................................ 105
6.2.2 Rezeption der Vorbelastungshaftung im chinesischen Recht .......................................................................... 106
6.2.2.1 Vorbelastungshaftung als gesamtschuldnerische Innenhaftung ........................................................ 106
6.2.2.2 Unterbilanz ist kein Registrierungshindernis ...................................................................................... 108
7. Die Handelndenhaftung ................................................................................................................................ 108
7.1 Die Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG in Deutschland .............................................................. 108
7.1.1 Abgrenzung der Handelnden .................................................................................................................. 110
7.1.2 Abgrenzung der Verpflichtungen ........................................................................................................... 111
7.1.3 Regressansprüche gegen die Vor-GmbH ................................................................................................. 112
7.2 Die Handelndenhaftung der Gründer gemäß §§ 2, 3 BoeVAGE III in China ...................................................... 113
Die Vor-GmbH im deutschen und chinesischen Recht

A. Einleitung

Für die Möglichkeit einer Rechtsvergleichung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland und China, wie sie hier vorgelegt wird, sprechen drei grundlegende Feststellungen, die die Basis unserer Untersuchung bilden. Erstens, das Gründungsstadium, während dessen die im Mittelpunkt der Schrift stehende Vor-GmbH besteht, stellt in beiden Ländern eine notwendige Vorstufe dar, weil eine GmbH „der Natur der Sache und der Art der gesetzlichen Regelung“ nach „nicht uno actu als fertiges Organisationsgebilde“ zustande kommt, sondern ihre Gründung sich „in mehreren Akten vollzieht, die zeitlich auseinanderfallen.“\(^1\) Zweitens, für die fragliche Vor-GmbH fehlen vollständige Regelungen. Deshalb scheint es hinsichtlich der aufgetretenen Rechtsfragen eine unumgängliche Aufgabe, dieses Stadium sowie das in dieser Zeit entstandene Rechtsgebilde juristisch zu deuten. Und drittens hat es der Gesetzgeber sowohl in Deutschland als auch in China vor allem der Rechtsprechung\(^2\) und der Wissenschaft überlassen, eine Lösung zu finden.

Anders als in Deutschland, wo es sich um einen von der Wissenschaft eingeleiteten und in der Folge von der Rechtsprechung vorangetriebenen Entwicklungsprozess\(^3\) handelt, wurden in China in den Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III 2010 fünf Klauseln festgelegt, die die Vorgesellschaft nicht nur einer GmbH sondern auch einer AG undifferenziert regeln. Im neu erlassenen Allgemeinen Teil des Zivilrechts 2017 wird der Grundgedanke dieser Klauseln weiter zu einer allgemeinen Vorschrift auf alle Vorgesellschaften einer juristischen Person (§ 75) ausgedehnt. Während in China in der Form der Klauseln der Anschein des Ausgereiften besteht, ist es unbestreitbar, dass in Deutschland das durch Richterrecht unaufhörlich

\(^1\) Flume, FS Gessler, 1970, S. 3.
\(^2\) Für das deutsche Recht ausdrücklich in der Begründung des Regierungsentwurfs zum GmbHG von 1971, BTDs 8 /3088, 96.
\(^3\) MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 3.
fortzubildende Vor-GmbH-Recht der Rechtslage eher gerecht wird und sich vollständiger entwickelt hat. Eine Rechtsvergleichung ist deshalb nützlich, um das chinesische Recht kritisch zu überprüfen und um Vorschläge für seine Verbesserung zu machen.

In unserer Diskussion klammern wir die Problematik der Vor-GmbH bei rein wirtschaftlicher Neugründung und Einpersonen-GmbH aus, um die Vergleichung nicht unnötig komplex werden zu lassen.
B. Die Problematik der Vor-GmbH

1. Rechtsprämisse: Vor-GmbH als ungeregelter Gegenstand

1.1 Das Zustandekommen der GmbH

1.1.1 Deutschlands § 11 GmbHG

Der auf die aktienrechtliche Regelung des Art. 211 ADHGB zurückgehende § 11 GmbHG ist die einzige Vorschrift im deutschen Recht, die in sehr knapper Form die Rechtsverhältnisse der Vor-GmbH regelt. Im 2. Absatz wird die persönliche Haftung der Handelnden für bereits im Namen der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen angeordnet, weil gemäß Abs. 1 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor ihrer Eintragung in das Handelsregister als solche noch nicht besteht. Der Gesetzgeber wollte durch diese als Strafsanktion wirkende Norm das vorzeitige Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr verhindern und die vorzeitige Geschäftsaufnahme von vornherein vermeiden, statt die damit verbundenen Probleme zu regeln.

1.1.2 Chinas § 7 Gesellschaftsgesetz


4 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 113; Riedel, BB 1974, 1459.
5 Raiser/Veil, § 35 Rn. 96; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 115; Riedel, BB 1974, 1459.
6 Raiser/Veil, Rn. 96; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 114; Rittner, S. 111 ff., 365; Schmidt, 1972, S. 328 ff.; Ulmer/Habersack, § 11 Rn. 122.
7 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 114; BGHZ 80, 129, 134; Bergmann, 563, 564.
betreiben (§ 3 II VGeRe). Ungeachtet einer fehlenden Haftungsregelung darf man annehmen, dass jedenfalls „alle anderen Gründungsgeschäfte vorgenommen werden dürfen“.

1.2 Unversehrtheit des Anfangskapitals als Rechtsprämissen


1.2.1 Eintragung als maßgeblicher Zeitpunkt im deutschen Recht


10 冯果（Feng, Guo），第 72 页；邓峰（Deng, Feng），第 249 页；浙江省高级人民法院民事审判第二庭（Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang），第 11 页。
11 Ulmer/Habersack, Rn. 98; Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 134; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 155.
1.2.2 Angabe der übernommenen Einlagen im chinesischen Recht


---

12 Begründung zu § 9 I GmbHG, BTDs 8/1347 S 35.
13 BGHZ 37, 75; GBHZ 51, 157, 159f.


15 Kritik zur Herleitung des Unversehrtheitsgrundsatzes: Kersting, ZHR 175 (2011), 644; Cavin, S. 396 ff.
16 Dazu siehe die Gesetzesbegründung zum chinesischen Gesellschaftsgesetz: 《公司法释义》编写组（Kommission zum Erläutern des Gesellschaftsgesetzes），第 65 页。

Nach dem bisher Gesagten lässt sich aus dem Vorbelastungsverbot im Zusammenhang mit den strengeren und speziell auf das Anfangskapital anwendbaren Bestimmungen zur Kapitalaufbringung auf einen mindestens rechtlich geltenden Unversehrtheitsgrundsatz schließen.

2. Gründe für den vorzeitigen Auftritt der GmbH

2.1 Die den Gründungsvorschriften entsprechenden Gründungsakte

Die Gesetze beider Länder verneinen nicht, dass die Gesellschaft schon in der Gründungsphase in gewisser Weise existiert\textsuperscript{17}. Zum einen wird die „Gesellschaft “ schon immer in den Gründungsvorschriften als Bezugspunkt der Zurechnung verwendet, und zum anderen würde es der Logik ersichtlich zuwiderlaufen, etwas anderes anzunehmen, wenn dasselbe Gesetz bereits ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Handeln der Vor-GmbH verlangt\textsuperscript{18}, wie in §§ 6, 7, 8, 78 GmbH\textsuperscript{19} und §§ 6, 10, 28 GeG. Es gibt zwar wohl den gemeinsamen Versuch der Gesetzgeber, einen Auftritt der Vor-GmbH, insbesondere nach außen, zu verhindern. Dieser Versuch muss aber scheitern, da dieser Auftritt schon wegen der in den Gründungsvorschriften festgelegten Formbedürfnisse unvermeidlich scheint. Für diese Formbedürfnisse nenne ich als Beispiele die Bestellung des Gesellschaftsorgans und die pflichtige Angabe des Sitzes der Gesellschaft bei Anmeldung. (§§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 GmbH\textsuperscript{19} und § 23 Abs. 5 GeG).

\textsuperscript{17} Der BGH in II ZR 200/82 beschreibt die Vorgesellschaft als „notwendige Vorstufe zur juristischen Person, als ein besonderes, vom Gesetzgeber vorausgesetztes Rechtsgebilde mit einer eigentümlichen zeitlich und sachlich eng begrenzten Aufgabenstellung “. Siehe auch Baumbach/Hueck/Fastrich, §11 Rn. 1, 4; MüKoGmbH\textsuperscript{19}/ Merkt, Rn. 1.

\textsuperscript{18} Raiser/Veil, Rn. 97.

\textsuperscript{19} Siehe auch RGZ 58, 55.

2.2 Bewirkung der Sacheinlage vor Anmeldung im deutschen Recht

Besonders zu beachten ist der Sachgründungsfall in Deutschland, in dem ein Unternehmen als Sacheinlage in die GmbH einzubringen ist. Nach § 7 GmbHG muss die Sacheinlage vor Anmeldung der Gesellschaft bewirkt sein. Weil eine Stilllegung des Unternehmens bis zur Eintragung der Gesellschaft unzumutbar ist, weil vielmehr dessen Fortführung unerlässlich ist, muss die Vor-GmbH schon nach außen auftreten und die Vertretungsmacht des Geschäftsführers insoweit anerkannt werden, um die Bestand und Wert des Einlagegegenstands zu sichern. Dieser Umstand ist wegweisend für die Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts.

2.3 Vorausgehende Genehmigungsverfahren im chinesischen Recht

Im chinesischen Recht besteht keine entsprechende Regelung, die die Gesellschaft zur Übernahme der Sacheinlage vor der Anmeldung verpflichtet. Aber wie für die Aktiengesellschaft in Deutschland kann sich eine solche Verpflichtung bei der Festlegung der Satzung aus deren Bestimmungen ergeben. Bemerkenswert sind noch die vorausgehenden Genehmigungsverfahren für die GmbH-Errichtung. Zum einen geht es um die Prüfung der zu verwendenden Bezeichnung, die später Firma der eingetragenen GmbH wird. Nach §§ 17, 18 VGeRe muss dieses Verfahren vor der Anmeldung bei der Registerbehörde stattfinden, und wenn es erfolgt, behält die Gesellschaft die Rechte daran für die folgenden sechs Monate. Verboten ist es jedoch, unter diesem Namen Handelsgewerbe zu treiben (§ 19 VGeRe). Diese

---

20 Raiser/Veil, Rn. 108; Schmidt, NJW 1981, 1345; BGHZ 45, 338; BGHZ 51, 30, 32; BGHZ 80, 132.
Anordnung dient vor allem der Effizienz\textsuperscript{22}. Zum anderen müssen dem Antrag auf Registrierung die eventuellen staatlichen Genehmigungsurkunden (§§ 6 II, 12 II) beigefügt werden (§ 20 VGeRe). In Deutschland wurde eine ähnliche Vorschrift schon ersatzlos gestrichen (§ 8 I Nr. 6 a. F). Ein Grund liegt in den Unzuträglichkeiten, zu denen die Problematik der Vor-GmbH als Genehmigungsträger führte. Deshalb stellt die fehlende Behördenlaubnis in Deutschland anders als in China kein Eintragungshindernis dar\textsuperscript{23}.

2.4 Verfolgung wirtschaftlicher Interessen

GmbH ist eine wichtige Form der Handelsgesellschaften, die in beiden Ländern vorzugsweise gewählt wird, wenn Personen gemeinsam als Akteur am Markt teilnehmen wollen. Das belegt schon die große Zahl der jährlichen GmbH-Gründungen. Allerdings besteht der Wille, Gewinne zu erzielen, bereits, wenn die zukünftigen Gesellschafter eine GmbH-Gründung vorhaben, nicht aber erst nach dem Zustandekommen der GmbH, weshalb die Vor-GmbH in Deutschland, im Fall der Bargründung nicht anders als im Sachgründungsfall, ebenfalls als Unternehmensträgerin anerkannt wird\textsuperscript{24}. Für eine solche Anerkennung sprechen auch die in China vom Obersten Volksgericht erlassenen Justizbestimmungen, die einen Schwerpunkt auf die Außenbeziehungen der Vor-GmbH legen und keine Beschränkung von deren Tätigkeiten festsetzen, da ihr Auftritt aus wirtschaftlichem Grund oft vorkommt und insofern auch regelungsbedürftig ist.

3. Spannung aufgrund von Vorbelastungen

Spannungen resultieren vor allem aus dem gesetzlichen Versuch, die werbenden Tätigkeiten der Vor-GmbH zu verhindern, und den Erwägungen ihrer Gesellschafter, wirtschaftliche Interessen vorzeitig zu berücksichtigen ggf. sicherzustellen. Die

\textsuperscript{22} Eine Auffassung sieht darin auch die Anerkennung der Vorgesellschaft. Dazu siehe: 浙江省高级人民法院民二庭（Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang），第 11 页。

\textsuperscript{23} Windbichler, § 21 Rn. 10.

\textsuperscript{24} Schmidt, NJW 1981, 1345; Scholz/K. Schmidt Rn. 36; Ulmer/Habersack, Rn. 35.
Zentralfrage der Vor-GmbH besteht also darin, wie Wiedemann zu Recht formuliert hat, für wen im Rahmen einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme die Leistungen erbracht werden und wer später für sie haften soll. Dazu tauchen auch viele andere relevante Fragen auf, die detailliert sind und die Lage kompliziert machen. Im Wesentlichen fragt es sich, „welche Rechtsnatur die noch nicht rechtsfähige Gründerorganisation hat“, und weiter, „wie ihre Teilnahme am Rechtsverkehr juristisch konstruiert‘ werden kann und in welchem rechtlichen Verhältnis sie zur rechtsfähig gewordenen Gesellschaft steht“.

C. Entwicklung des Vor-GmbH-Rechts in Deutschland

Die deutschen Entscheidungen und Aufsätze zur Vor-GmbH sind zahlreich. Es ist also schwierig, ihren Inhalt auf einige Schlagwörter zu reduzieren, die die Entwicklung dieses Rechtsgebietes charakterisieren, insbesondere in der Phase, in der die Kernfragen noch ungeklärt waren und gerichtliche Lösungen daher hin und her schwankten. Trotzdem ist im allgemeinen eine Tendenz zur Aufwertung der Vor-GmbH festzustellen.

1. Aufwertung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art

1.1 Anfänglicher Versuch der Einordnung in den geschlossenen Kanon

In der Rechtsprechung wurde anfänglich der Versuch unternommen, die Vor-GmbH hinsichtlich ihrer Rechtsnatur in den geschlossenen Kanon einzuordnen. Seit einer Entscheidung im Jahr 1904 hat das Reichsgericht ständig, wie einige Stimmen im Schrifttum, die These vertreten, dass die „Vereinigung derjenigen Personen, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, "eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts’ sei. Jedoch hat das Reichsgericht, wie Flume richtig

25 Wiedemann, S. 439.
26 Raiser/Veil, Rn. 99.
27 M. Scholz, 3149; Gottschling, 152.
28 RG 58, 56. In RGZ 143, 372 wird diese ständig vertretene These wiederholt.
bemerkt, diese Formel mit dem Inhalt der fraglichen juristischen Person, in unserem Fall der GmbH erfüllt. Anders als diese Ansicht gehen manche Stimmen davon aus, die Vor-GmbH als einen nichtrechtsfähigen Verein zu behandeln. Schließlich gibt es noch die Auffassung, wonach sie als Vereinigung besonderer Art anzusehen sei, die sich der eingetragenen GmbH annähre.

1.2 Anerkennung der Vor-GmbH als Organisation eigener Art mit Sonderrecht


29 Flume, 1970, S. 17; RGZ 82, 288 ff.
30 Bayer, 551; Haberkorn, 1411; Beuthien, WM 2013, 1485, 1487.
31 Schreiber, S. 36, 56 ff., 65; Ehrenberg/Feine, 199 ff.
32 Diese These wird zuerst in der Entscheidung BGHZ 20, 281 für die Genossenschaft vertreten und in diesem Urteil wiederholt.
33 Später in der Entscheidung BGHZ 45, 338 hat der Zweite Senat wieder von der Organisation gesprochen, dass „sie mehr ist als eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft “.
34 Raiser/Veil, Rn. 100.
35 Raiser/Veil, Rn. 100.
2. Vom Vorbelastungsverbot mit Handelndenhaftung zur Neukonzeption der Gesellschafterhaftung


Von der Aufgabe des Verbots wurde vor allem die seit der Reichsgerichtszeit vertretene Teilidentität zwischen der Vor-GmbH und der eingetragenen GmbH unmittelbar betroffen, weil mit seiner Aufhebung der Weg für einen Übergang der Rechte und Pflichten aus Geschäften, die über die gründungsnotwendigen Geschäfte hinaus gehen, geebnet war. Mittelbar wurden noch die weitergehende Abwertung der Handelndenhaftung gemäß § 11 II und die Modifizierung der Gesellschafterhaftung bis zur Eintragung ausgelöst.

36 RGZ 58, 55, 56; RGZ 83, 370, 373; RGZ 105, 228, 229; RGZ 134, 121, 122; RGZ 141, 204, 209; RGZ 143, 368, 372; RGZ 149, 293, 303; RGZ 151, 86, 91; BGHZ 17, 385, 391; BGHZ 53, 210, 212; (Hinweis aus MünKoGmbHG/MerkT)
37 BGHZ 80, 129;
38 Scholz/K. Schmidt, Rn. 134; MüKoGmbHG/MerkT, Rn. 57, 155; Henssler/Strohn/Schäfer, § 11 Rn. 30.
39 MüKoGmbHG/MerkT, Rn. 148.
2.1 Von der Teilidentität mit Genehmigungsmöglichkeit zur Vollidentität


Aber hinsichtlich des Vorbelastungsverbots war ein reibungsloser Übergang, wie in einer späteren Entscheidung41 gezeigt worden war, auf die Rechtsakte beschränkt, die zur Vollendung der Eintragung notwendig waren, weil ansonsten der § 11 GmbHG zwecklos gewesen wäre. Um diesen Übergang zu begründen, führte das Reichsgericht den Gründungszweck dieser Gründerorganisation an. Aus seiner Sicht war diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts „zu dem Zweck, und zwar lediglich dazu begründet “…, „die in Aussicht genommene Gesellschaft mbH zur Entstehung zu bringen “. Deshalb konnten nur die aus gründungsnötigen Rechtsgeschäften entstehenden Rechte und Pflichten „über die Auflösung dieser Gesellschaft, die mit der Erreichung ihres Zweckes, der Eintragung der Gesellschaft mbH eintritt, hinausgehen und auch die Gesellschaft mbH berechtigen und verpflichten “42. Diese Formel war auf die Fälle, in denen auch andere Rechtsakte vorgenommen wurden, verallgemeinert. Nach dieser These berechtigten und verpflichteten solche nicht übergegangene Rechtsverhältnisse dann nur die Gründerorganisation. Immerhin durfte dies die GmbH auch gemäß §§ 177 BGB

40 RGZ 58, 55 ff. Diese Identität wird in RGZ 143, 372 auch betont.
41 RGZ 83, 373.
42 RGZ 83, 373.
genehmigen\textsuperscript{43}, und die Genehmigung hatte rückwirkende Kraft für die Zeit vor der Existenz der GmbH\textsuperscript{44}.

Diese Genehmigungsmöglichkeit spricht vor allem für die Aufhebung des Vorbelastungsverbots und die Notwendigkeit der Einführung einer Vorbelastungshaftung, derzufolge die Gründer unbeschränkt für die Differenz zum Zeitpunkt der Eintragung haften. Denn in der Praxis gefährdeten die genehmigten Geschäfte den durch das Vorbelastungsverbot erstrebten Unversehrtheitsgrundsatz\textsuperscript{45}. Als unsachgerecht erwies sich insbesondere die teils aus dem Vorbelastungsverbot hergeleitete Teilidentität, wenn die nicht gründungsnotwendigen Geschäfte sogar Gewinn brachten. Zudem bereitete die Abgrenzung zwischen gründungsnotwendigen und anderen Rechtsgeschäften nach der Konzeption des Vorbelastungsverbots auch Schwierigkeiten\textsuperscript{46}.

\section*{2.2 Die Abwertung der Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG}

Die Handelndenhaftung gemäß 11 II GmbHG spielte eine wichtige Rolle in der Rechtsprechung. Sie erfüllte einerseits die bestrafungsfunktion, die von dem Konzessionssystem geprägt war und mit Aufgabe des Vorbelastungsverbots überholt ist\textsuperscript{47}, und andererseits die Sicherungsfunktion, die mit der Vervollständigung der Gesellschafterhaftung vielfach abgeschwächt\textsuperscript{48} oder sogar von manchen Autoren völlig abgelehnt wird\textsuperscript{49}.

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item\textsuperscript{43} RGZ 105, 230; RGZ 134, 122.
\item\textsuperscript{44} RGZ 134, 121.
\item\textsuperscript{45} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 56.
\item\textsuperscript{46} Dilcher, 92.
\item\textsuperscript{47} Baumbach/Hueck, Rn. 45.
\item\textsuperscript{48} Ulmer/Habersack/, Rn. 124; Scholz/K. Schmidt, Rn. 102; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 117; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45.
\item\textsuperscript{49} Weimar, 289, 298.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
2.2.1 Druckfunktion der Handelndenhaftung

Der strafrechtliche\textsuperscript{50} und polizeirechtliche\textsuperscript{51} Charakter der Handelndenhaftung (die Bestrafungsfunktion) hat sich nach dem Wechsel zum System der Normativbestimmungen erübrigt\textsuperscript{52}. Zudem ist es unrealistisch, die Geschäftstätigkeit im Gründungsstadium völlig zu unterbinden, weil dies den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht entspricht\textsuperscript{53}. Allerdings wurde und wird heute der Handelndenhaftung daneben noch eine Druckfunktion beigemessen, nämlich Druck auszuüben, dass die Gesellschaftsorgane zu einer beschleunigten Durchführung des Eintragungsverfahrens bewegt werden\textsuperscript{54}. Freilich ist diese Funktion auch beschränkt\textsuperscript{55}, weil die Sache der Eintragung regelmäßig mehr von der Arbeitsbelastung der Registergerichte und der Art des eingebrachten Stammkapitals abhängt. Für die Gesellschafter geht es nur um Stellung des Eintragungsantrages und die Reaktion auf Zwischenverfügungen\textsuperscript{56}.

2.2.2 Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung

Anfangs hatte die Handelndenhaftung eine praktisch wichtige Bedeutung in ihrer Sicherungsfunktion. Da die Vor-GmbH lange Zeit nicht als Rechtsträger anerkannt wurde, konnte sie wegen des Vorbelastungsverbots nicht für die fraglichen Verbindlichkeiten haften \textsuperscript{57}. Also mussten zumindest die Handelnden den Gläubigern als Schuldner zur Verfügung stehen\textsuperscript{58}. Dieser Funktion entsprach auch

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{50} RGZ 55, 302, 304.
\item \textsuperscript{51} RGZ 122, 172, 174.
\item \textsuperscript{52} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 114.
\item \textsuperscript{53} RGZ 159, 33, 43.
\item \textsuperscript{54} MHdB GesR III/Gummert, § 16 Rn. 94; Scholz/K. Schmidt, Rn. 103; Bork/Schäfer/Schroeter, § 11 Rn. 85; Henssler/Strohn/Schäfer, § 11 Rn. 48 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45.
\item \textsuperscript{55} Ulmer/Habersack, Rn. 124; Fleck, GmbHR 1983, 5, 13 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119; Meyer, 1176, 1183.
\item \textsuperscript{56} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 119.
\item \textsuperscript{57} RGZ 55, 302, 303 f.; RGZ 70, 296, 298.
\item \textsuperscript{58} BGHZ 47, 25, 29 f.; BGHZ 53, 210, 214; BGHZ 65, 378, 380 f.; BGHZ 66, 359, 360; BGHZ 69, 95, 103; BGHZ 76, 320, 323. (Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt)
\end{itemize}
\end{footnotesize}
die früher anerkannte weite Auslegung sämtlicher Gründer als Handelnde\textsuperscript{59}. Sicher war diese Funktion jedoch nur als Schutz gegenüber Dritten ausgestaltet, nicht aber gegenüber den Gesellschaftern, selbst wenn ihnen als Drittgläubigern eine Forderung zustand\textsuperscript{60}.

Diese Sicherungsfunktion verliert ihr Gewicht mit der Preisgabe des Vorbelastungsverbots, weil die Vor-GmbH nun unmittelbar als Schuldnerin mit ihrem Vermögen auftritt. Es bestand also kein Grund mehr, die Vor-GmbH von den Vorbelastungen zu befreien. Aber die Handelndenhaftung hatte sich noch nicht erübrigt, sofern der Begriff des Handelnden als Geschäftsführer oder als wie ein solcher Tätiger eng ausgelegt\textsuperscript{61} worden war und die Gründer nur bis zur Höhe der ausbleibenden Einlage beschränkt hafteten. Ansonsten wären die Gläubiger nicht ausreichend befriedigt worden\textsuperscript{62}.

Mit dieser Lage begründete der BGH\textsuperscript{63} eine weitere Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handelndenhaftung auf das Gründungsstadium. Diese greift nämlich vor der Entstehung der Vor-GmbH durch notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages noch nicht ein, weil die Gründer einer streng von der Vor-GmbH unterschiedenen Vorgründungsgesellschaft schon nach den personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen haften. Es ist also nicht nötig, noch eine Handelndenhaftung heranzuziehen. Diese Ansicht ist bis heute einhellig anerkannt\textsuperscript{64}, obwohl inzwischen eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung eingeführt und diese Begründung damit hinfällig wurde. Aber für den Ausschluss der Handelndenhaftung im Vorgründungsstadium spricht weiter, dass ihre Anwendung nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob eine GmbH-Gründung zukünftig für einen unbestimmten Zeitpunkt geplant ist oder nicht\textsuperscript{65}.

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{59} RGZ 55, 302, 303 f.; RGZ 70, 296, 298; Bergmann, 563, 565.
\item \textsuperscript{60} BGHZ 76, 320; Wicke, § 11 Rn. 14.
\item \textsuperscript{61} BGHZ 47, 25, 28 f.; BGHZ 65, 378 ff.
\item \textsuperscript{62} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 71.
\item \textsuperscript{63} BGHZ 91, 148, 150 f.
\item \textsuperscript{64} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 108; Scholz/K. Schmidt, Rn. 24; Gehrlein, DB 1996, 561; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn.37, 50.
\item \textsuperscript{65} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 108; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 109.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
Noch erheblich weiter abgeschwächt wurde die Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung\textsuperscript{66}, als der BGH die unbeschränkte Haftung der Gründer anerkannte, so dass die Handelndenhaftung nach herrschender Meinung heute nur noch in den Fällen besteht, in denen die Vor-GmbH mangels Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht verpflichtet wird, während eine Gegenauffassung\textsuperscript{67} sie in diesen Fällen aber aufgrund der Anwendung der §§ 177 BGB ebenfalls für überflüssig hält.

Außerdem kann die Handelndenhaftung wohl noch eine Ausgleichsfunktion haben hinsichtlich der im Gründungsstadium fehlenden Registerpublizität der Vor-GmbH\textsuperscript{68}. Da, mangels Eintragung im Handelsregister, die Ermittlung der Schuldner und die eventuelle Durchsetzung der Ansprüche gegen die Vor-GmbH sowie deren Gesellschafter erhebliche Schwierigkeiten bereitet\textsuperscript{69}, bietet die Handelndenhaftung als Ausgleich einen Schutz der Gläubiger, denn der Handelnde ist jederzeit als Schuldner greifbar\textsuperscript{70}.

2.3 Die Aufwertung der in Rechtsfortbildung entwickelten Gesellschafterhaftung

Eine persönliche Haftung der Gründer kommt in Betracht, wenn sie der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben. Aber auf die Frage, ob und inwieweit die Gesellschafter mit eigenem Vermögen haften, bietet das GmbHG keine Antwort an.

Nach der herrschenden Meinung bildet der teilweise aus § 13 II gezogene Umkehrschluss, dass die Gesellschafter vor Eintragung persönlich haften, keine

\textsuperscript{66} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45; Ulmer/Habersack, Rn. 124; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 117; Wiecke, Rn. 13.

\textsuperscript{67} Beuthien, GmbHR 1996, 561, 564 f.; Weimar, 289, 297 f.; Meyer, 1185 f..

\textsuperscript{68} Beuthien, ZIP 1996, 305, 312; Beuthien, ZIP 1996, 360, 367; Bergmann, 563, 570; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 45; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 120; Meyer, 1183; Raiser/Veil, Rn. 115.

\textsuperscript{69} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 120; W.-H. Roth, 597, 619.; andere Auffassung: Beuthien, GmbHR 2013, 1, 4.

\textsuperscript{70} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 118.
hinreichende Grundlage. § 11 II scheidet mit Beschränkung des Handelndenbegriffs ebenfalls aus.


71 Ulmer/Habersack, Rn. 75; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 70.
72 BGHZ 65, 378; BGHZ 72, 45; BGHZ 80, 182; Ulmer/Habersack, Rn. 78; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; Baum/Hueck/Fastrich, Rn. 23.
73 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73.
74 Ensthaler, 257; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 29; W. –H. Roth ZRG 1984, 597, 623; Raiser/Veil, BB 1996, 1346.
75 Ensthaler, 258; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; W. –H. Roth, 622; Kleindiek, 431;Brinkmann, 270; Lieb, 403.
76 Meister, 548; Flume, NJW 1981, 1753, 1755; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Kleindiek, 431.
77 John, 512; Ensthaler, 258; Dauner-Lieb, 86; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 73; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23; Flume, 1978, S. 517, 519 ff.; Kleindiek, 431; Meister, 548.
Geschäftsführers gegenüber den mit der Geschäftsaufnahme einverstandenen Gründern anerkannt werden\textsuperscript{78}.

Schließlich hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung\textsuperscript{79} von 1997 seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass die Gesellschafter unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH haften. Diese Entscheidung stützt sich auf allgemeine Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts\textsuperscript{80}. Danach setzt die Haftungsbeschränkung eine gesonderte Vereinbarung mit den Gläubigern voraus\textsuperscript{81}.

Mit der vor Eintragung eingreifenden Verlustdeckungshaftung und der ab Eintragung drohenden Vorbelastungshaftung ist nunmehr eine einheitliche Verfassung der Gesellschafterhaftung zustande gekommen\textsuperscript{82}, die sich völlig in der Rechtsfortbildung entwickelt hat. Doch stößt das Haftungskonzept, die Gesellschafterhaftung im Gründungsstadium auch als Binnenhaftung auszugestalten, teilweise auf weitere Kritik. Dazu ausführlich später.

\textbf{D. Der Hintergrund des chinesischen Vor-GmbH-Rechts}

In China steht die Problematik der Vor-GmbH in der wissenschaftlichen Literatur immer noch am Rand der Diskussion. Mehr hat die Rechtsprechung, als Vorreiter, auf diese Problematik reagiert\textsuperscript{83}. Allerdings ist noch kein vergleichbares System wie in Deutschland entstanden, das die Entscheidungen, insbesondere die des Obersten Volksgerichts, dokumentiert. Deshalb kann man sich nur anhand der älteren Fassungen von BeoVAGe III sowie anhand anleitender Meinungen einzelner

\textsuperscript{78} BGHZ 86, 122; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 23.
\textsuperscript{79} BGHZ 134, 333.
\textsuperscript{80} BGHZ 134, 333, 335; Raiser/Veil, Rn. 113.
\textsuperscript{81} Scholz/K. Schmidt, Rn. 96; MHD BaR GesR III/Gummert, Rn. 88; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 93.
\textsuperscript{82} BGHZ 80, 129, 137; Raiser/Veil, Rn. 113.
\textsuperscript{83} Der Ausdruck „Vor-GmbH“ wurde zum erstenmal in einem Urteil im Jahr 2005 benutzt: 佛山 市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Foshan), 典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案。

1. Prägung durch die Gründungsvorschriften der AG

1.1 Pflichtig zu unterzeichnende Gründervereinbarung bei AG-Gründung


⁵⁴ „Anleitende Meinungen der Oberen Volksgerichte“ bedeutet, dass Obere Volksgerichte einzelner Provinzen zu rechtlichen Problemen richtungweisend Stellung nehmen in einer Weise, die innerhalb der jeweiligen Provinz verbindlich ist.

1.2 Unbeschränkte Gesellschafterhaftung bei AG-Errichtung


2. Anleitende Justizmeinungen einzelner Oberer Volksgerichte

85 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页; 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 6 页; so auch die Literatur: 李晓春 (Li, Xiaochun), 第 154 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 70 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 114 页.

In den Anleitenden Meinungen des Oberen Volksgerichts von Shandong\(^{91}\) sowie in den beiden Entwürfen des Obersten Volksgerichts\(^{92}\) gilt die Grundregel, dass die vor Registrierung der Gesellschaft zwar für deren Rechnung, aber im Namen des Grüners geschlossene Geschäfte die GmbH weder berechtigen noch verpflichten. Ein Übergang auf diese ist nur durch deren ausdrückliche\(^{93}\) oder konkludente\(^{94}\) Übernahme möglich. Erfolgt sie, steht dem sie kennenden Gläubiger

---

\(^{86}\) Neben diesem Entwurf wurden auch zwei weitere Entwürfe der Justizbestimmungen, die anderen gesellschaftsrechtlichen Fragen behandeln, vom Obersten Volksgericht angefertigt. Jedoch wurden beide nur innerhalb des Gerichtssystems zur Diskussion veröffentlicht.

\(^{87}\) 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht) , 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (一) (草案) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf)，§§ 3-6。Im Folgenden wird dieser Entwurf als Entwurf 2003 abgekürzt.

\(^{88}\) 吴越, 第 43 页。

\(^{89}\) Der oben erwähnte § 79 GeG.

\(^{90}\) 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (三) (征求意见稿) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III) (2. Entwurf), 2010 年。Im Folgenden wird dieser Entwurf als Entwurf 2010 abgekürzt.

\(^{91}\) Das Obere Volksgericht von Shandong, §§ 2, 3.

\(^{92}\) Entwurf 2003: §§ 4 I, 5 I; Entwurf 2010: §§ 2 I, 3 I.

\(^{93}\) Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2; Entwurf 2003, § 5 II; Entwurf 2010, § 2 II.

\(^{94}\) Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2; Entwurf 2003, § 5 II; Entwurf 2010, § 2 II.


\[95\] Das Obere Volksgericht von Shandong, § 2.
\[96\] Entwurf 2003, § 5 II.
\[97\] Entwurf 2010, § 2 II.
\[98\] Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Entwurf 2003, § 4 I; Entwurf 2010, § 3 I.
\[99\] Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), §§ 34-38.
\[100\] Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), § 34 II.
\[101\] Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), § 35.
\[102\] Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), §§ 36, 37.
\[103\] Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), S. 39.

Trotz solcher Differenzen stimmen alle genannten Meinungen hinsichtlich einer unbeschränkten Außenhaftung\textsuperscript{110} der Gesellschafter als Gesamtschuldner für die auszugleichenden Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft überein, falls die Gesellschaft nicht zustande kommt. Regressansprüche bestehen also im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern\textsuperscript{111}. Erfolgt die Registrierung, so ist die Gesellschafterhaftung hinsichtlich der übergegangenen Rechtsverhältnisse ausgeschlossen\textsuperscript{112}. Eine Ausnahme\textsuperscript{113} davon bildet es nur, wenn der Gesellschafter

\textsuperscript{104} Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), S. 37.

\textsuperscript{105} Das Obere Volksgericht von Jiangsu, 《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)(二)》, (Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II), S. 37.

\textsuperscript{106} Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1, III, 2.

\textsuperscript{107} Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1, I.

\textsuperscript{108} Entwurf 2003, § 3 II.

\textsuperscript{109} Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.

\textsuperscript{110} Entwurf 2003: §§ 3 II, 6 I; Entwurf 2010: § 4 I; Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Das Obere Volksgericht von Jiangsu, S. 39; 浙江省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang), zur Frage I; Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 2.

\textsuperscript{111} Das Obere Volksgericht von Shandong § 4 I; Das Obere Volksgericht von Shanghai, Zur Frage I: 2; Entwurf 2003: für Gründungsaufwand § 6 I; Entwurf 2010, § 4 II, III; Das Obere Volksgericht von Jiangsu, § 39.

\textsuperscript{112} Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 I; Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.

\textsuperscript{113} Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 II; Entwurf 2003, § 4 II; Entwurf 2010, § 3 II.
den fraglichen Vertrag zwar namens der (Vor-)GmbH, aber für eigene Rechnung abgeschlossen hat. Von den daraus entstandenen Verpflichtungen ist die Gesellschaft jedoch erst befreit, wenn sie die Beweislast erfüllt und zudem der Vertragspartner den Umstand kannte oder kennen musste\textsuperscript{114}.

Fraglich ist, ab wann das, wie oben dargelegt, unterschiedlich ausgestaltete Vor-GmbH-Recht zur Anwendung kommt. Dazu gehen der Entwurf 2003\textsuperscript{115}, die Shandong-Meinungen\textsuperscript{116}, die Schanghai-Meinungen\textsuperscript{117} sowie die Jiangsu-Meinungen\textsuperscript{118} davon aus, dass das Gründungsstadium mit dem Abschluss einer Gründervereinbarung oder, bei deren Fehlen, einer Gesellschaftssatzung beginnt. Dagegen legt der Entwurf von 2010\textsuperscript{119} einen Wert auf die Abgrenzung des Gründer als Haftungsträger, statt einen Zeitpunkt zu bestimmen, obwohl dies nichts an der Haftungsfolge ändert, weil dort der Begriff des Gründer, der haftet, mit der Festlegung sowie Unterzeichnung der Gesellschaftssatzung zusammenhängt. Über die Parteifähigkeit der Vor-GmbH bestehen wiederum Meinungsunterschiede. Die Parteifähigkeit der Vor-GmbH haben die Beijing-Meinungen\textsuperscript{120} sowie die Shandong-Meinungen\textsuperscript{121} nachdrücklich bestritten\textsuperscript{122}, während der Jiangsu-Meinungen\textsuperscript{123} sowie die Zhejiang-Meinungen\textsuperscript{124} sie bejahen.

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
  \item \textsuperscript{114} Das Obere Volksgericht von Shandong, § 3 II; Entwurf 2003, § 4 II; Entwurf 2010, § 3 II.
  \item \textsuperscript{115} Entwurf 2003, § 3 I.
  \item \textsuperscript{116} Das Obere Volksgericht von Shandong, § 4.
  \item \textsuperscript{117} Das Obere Volksgericht von Shanghai, zur Frage I: 1 II.
  \item \textsuperscript{118} Das Obere Volksgericht von Jiangsu, § 34.
  \item \textsuperscript{119} Entwurf 2010, § 1.
  \item \textsuperscript{120} 北京市高级人民法院（Das Obere Volksgericht von Peking），《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（Versuchsweise durchgeführte anleitende Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes），zur Frage I: 1.
  \item \textsuperscript{121} Das Obere Volksgericht von Shandong, § 1.
  \item \textsuperscript{122} Stattdessen sollen entweder die Gründer in Gesamtheit oder die vollendete GmbH als Prozesspartei auftreten, je nachdem, ob eine Registrierung erfolgt ist.
  \item \textsuperscript{123} Das Obere Volksgericht von Jiangsu, § 35.
  \item \textsuperscript{124} Das Obere Volksgericht von Zhejiang, zur Frage I.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
E. Das geltende Vor-GmbH-Recht in Deutschland und in China

1. Begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH

1.1 Mehrstufiges Vorstadium vor Eintragung in Deutschland


125 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 4, 97; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 3; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 3; es wurde, wie von Baumann in der JZ 1998, 597, und in der NZG 2001, 218 (mit Müller), vorgeschlagen, noch innerhalb des Gründungsstadiums weiter zu differenzieren.
126 Wicke, Rn. 2; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 11 Rn. 2.
127 Priester, GmbHR, 1995, 481, 486; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 102; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 35.
128 BGH II ZR 311/83; Priester, GmbHR, 1995, 481, 485; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 103.
130 Scholz/K. Schmidt, Rn. 7, 12 f.
131 BGH II ZR 16/87; Ulmer/Habersack, Rn. 30.
132 Scholz/K. Schmidt, Rn. 9.
Vorgründungsgesellschaft zu differenzierende, nach außen auftretende Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG.

Nach herrschender Meinung ist die Vorgründungsgesellschaft der Rechtsnatur nach grundsätzlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ungeachtet der Form des zugrundeliegenden Vertrages. Wenn die Gesellschafter bereits ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 II HGB betreiben, dann stellt sie eine OHG dar. Nach den allgemeinen Haftungsvorgaben haften neben der verpflichteten Vorgründungsgesellschaft mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen auch die Gesellschafter analog § 128 HGB persönlich für die Verbindlichkeiten der

\[\text{134} \] BGHZ 91, 148, 151; BGH NJW 1983, 2822 f; NJW 1998, 1645; Priester, GmbHHR, 1995, 481, 485; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 103, 104.
Gesellschaft, unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch,\textsuperscript{135} sofern keine Vereinbarung zur Haftungsbeschränkung gemäß § 158 BGB getroffen wird.

1.2 Keine Differenzierung des Vorstadiums in China

Eine begriffliche Abgrenzung der Vor-GmbH hat das Oberste Volksgericht in seinen Justizbestimmungen offengelassen. Nach der in seinem Namen herausgegebenen Begründung\textsuperscript{136} sowie der herrschenden Meinung\textsuperscript{137} in der Literatur entsteht eine Vorgesellschaft, sobald sämtliche Gründer sich zur GmbH-Gründung vertraglich zusammenschließen\textsuperscript{138} und ggf. eine

\textsuperscript{135} Römermann/Strehle, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 3, Rn. 11 ff; MÜKoGmbHG/Merk Rn. 7, 106; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 60; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 37; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; Scholz/K. Schmidt, Rn. 17.

\textsuperscript{136} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 57 页；Bestätigt vom Obersten Volksgericht im Jahr 2015, siehe: 江必新 (Jiang, Bixin)、何东宁 (He, Dongning), 第 1 页；

\textsuperscript{137} Bu, S. 205; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 91 页; 施天涛 (Shi, Tianzao), 第 113 页; 石金平 (Shi, Jinping), 第 72 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页; 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 公司案件审判指导 (Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht), 第 120 页; 吴越 (Wu, Yue), 第 54 页; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 林颖娜 (Luan, Yingna), 第 25 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 94 页。Einige Autoren gehen zwar von Festlegung der Gesellschaftssatzung als Beginn der Vor-GmbH aus, jedoch ohne eine Begründung dafür zu geben. Dazu siehe: 刘俊海 (Liu, Junhai), 第 96 页; 孙瑞玺 (Sun, Ruixi), 第 89 页; 石少侠 (Shi, Shaoxia), 第 61 页; 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 160 页; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 128 页; 龚志忠 (Gong, Zhizhong), 第 336 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 崔勤之 (Cui, Qinzi), 第 149 页; 孙晓洁 (Sun, Xiaojie), 第 118 页。Eine dritte Auffassung meint, dass das Gründungsstadium nur dann mit der Festlegung einer Gesellschaftssatzung beginnt, wenn keine Gründervereinbarung geschlossen wird. Dazu siehe: 王作全 (Wang, Zuoquan), 第 51 页。Die beiden letzten Ansichten entsprechen der aktuellen Rechtslage nicht, weil § 4 II BeoVAGe III die Höhe des Ausgleichsanspruchs eines unverhältnismäßig gezahlten Gründers im Innenverhältnis vorschreibt, falls diese Verhältnismäßigkeit unklar ist. Die Annahme der beiden Minderheitenäußerungen, dass der Zeitpunkt, zu dem entweder eine Gründervereinbarung oder eine Gesellschaftssatzung zustande kommt, für den Anfang des Gründungsstadiums maßgebend ist, würde diese Vorschrift nutzlos machen, weil die Anteile unbedingt in der Vereinbarung oder Satzung festgelegt werden.

\textsuperscript{138} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页。
Gründervereinbarung unterzeichnen\textsuperscript{139}, die vor allen Dingen die Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Gründern zur GmbH-Errichtung begründet\textsuperscript{140}. Die Gründervereinbarung stellt keinen Vorvertrag, sondern einen Gesellschaftsvertrag\textsuperscript{141} dar, und ist auf die Vollendung einer GmbH-Errichtung ausgerichtet\textsuperscript{142}. Deshalb endet die entstandene Vor-GmbH, die die Literatur\textsuperscript{143} und Rechtsprechung\textsuperscript{144} als zivile Partnerschaft im Sinn des § 30 der Grundsätze des

\textsuperscript{139} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页。

\textsuperscript{140} 施天涛 (Shi, Tiaotao), 第 122 页。

\textsuperscript{141} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33, 35 页; 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 122 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 13 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 79 页。

\textsuperscript{142} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33, 34 页; 赵旭东 (Zhao, xudong), 新公司法实务精答 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 第 1 页。

\textsuperscript{143} Dazu siehe: 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 29 页; 王德山 (Wang, Deshan), 第 94 页; 杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 92 页。 Eine zweite Auffassung geht davon aus, dass die Vor-GmbH als eine der Organisation anderer Art im Sinn des § 52 BeoVAZPG ähnelnde Organisation zu behandeln ist. Ein wesentlicher Unterschied zu dieser liegt darin, dass das Zustandekommen einer Organisation anderer Art unbedingt eine Registrierung voraussetzt, die für Vor-GmbH unzweckmäßig und somit nicht erforderlich ist. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 4 页; 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 56 页。 Meines Erachtens liegen beide Auffassungen nicht weit auseinander, da die Organisation anderer Art eigentlich ein Oberbegriff solcher Gestaltungsformen ist, die stärkere Rechtssubjektivität aufweisen und nach Außen als Einheit agieren. Zu dieser Kategorie gehört das Partnerschaftsunternehmen als eine der wichtigsten Subkategorien, dem die zivile Partnerschaft zugrunde liegt. In Hinsicht auf die Rechtsanwendung der Vor-GmbH ist folglich wie bei der ersten Auffassung auf das Partnerschaftsrecht zurückzugehen. Eine dritte Auffassung meint einfach, dass die Vor-GmbH ein Partnerschaftsunternehmen ist; dazu siehe: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 66 页。 Eine vierte Auffassung hält dagegen die Vor-GmbH für eine Sonderorganisation, die sich einer GmbH annähert; dazu siehe: 吴越 (Wu, Yue), 第 40 页。

\textsuperscript{144} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 公司案件审判指导 (Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht), 第 120 页; 吴庆宝 (Wu, Qingbao), 最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (2013-2014 年卷) (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band 2013/2014), 第 38 页。
Zivilrechts ansieht, auch nicht mit der Festlegung der Gesellschaftssatzung\textsuperscript{145}, sondern entweder mit der Registrierung der Gesellschaft oder mit dem endgültigen Scheitern der GmbH-Errichtung\textsuperscript{146}. Die Unterzeichnung der Gesellschaftssatzung als ein wichtiger Schritt stellt nun einen der die Registrierung herbeiführenden Gründungsakte einer GmbH dar\textsuperscript{147}.


\textsuperscript{145} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页。

\textsuperscript{146} 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 2 页。

\textsuperscript{147} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 33 页; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 25 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 52 页; 李晓伟 (Li, Jianwei), 第 74 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 96 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 90 页; 于华江 (Yu, Huaijiang), 第 27 页。

\textsuperscript{148} 刘俊海 (Liu, Junhai), 第 96 页; 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 113 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 94 页。

\textsuperscript{149} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 84 页。
zu einer Gesellschaftssatzung gelangen. Jedoch finden in allen Fällen Vorbereitungshandlungen statt\textsuperscript{150}.

1.3 Vergleichung der Ansätze

Unzweifelhaft stellt der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der im Gründungsstadium stattfinden soll, in beiden Ländern eine gesetzliche Pflicht bei der GmbH-Errichtung dar. Üblich ist wohl auch, dass die aufgrund des vertraglichen Zusammenschlusses entstandene Gründergesellschaft bereits namens der Vor-GmbH oder namens der GmbH gegenüber Dritten handelt. Denn die vorausgehende Vorarbeit beschränkt sich zumeist nicht auf das Innenverhältnis der Gründer untereinander\textsuperscript{151}. Es muss also ein Zurechnungssubjekt für die entstandenen Rechtsverhältnisse vorhanden sein. Zu dieser Problematik hat das chinesische Recht eine zeitlich undifferenzierte Vor-GmbH konzipiert, während das deutsche Recht zwischen Vorgründungsgesellschaft und Gründungsgesellschaft streng unterscheidet und die Kontinuität mit der Begründung der Wesensverschiedenheit bestreitet\textsuperscript{152}. Aus demselben Grund lässt sich das in Deutschland entwickelte Vorgesellschaftsrecht auch nicht auf die Vorgründungsgesellschaft anwenden\textsuperscript{153}. Es kommen die Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäft in der deutschen Rechtsprechung zur Anwendung, wonach das Handeln namens einer „GmbH“ oder „GmbH in Gründung“ im Vorgründungsstadium einfach als falsche Bezeichnung\textsuperscript{154} gedeutet wird. Denn die entstandenen Rechtsverhältnisse berechtigen und verpflichten nur die Vorgründungsgesellschaft oder ggf. den Einzelkaufmann als wahren

\textsuperscript{150} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 98; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 110 页。

\textsuperscript{151} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 98; So auch die chinesische Literatur: 郭雳 (Guo, Li), 第 143 页; 何侃 (He, Kan), 第 39 页; 龚志忠 (Gong, Zhizhong), 第 335 页; 张民安 (Zhang, Minan), 第 73 页。

\textsuperscript{152} BGHZ 91, 148, 151; NJW 1998, 1645, NJW 2001, 2635; Scholz/K. Schmidt, Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 38; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 109; andere Auffassung: Roth/Altmeppen/Roth, § 11 Rn. 74; Kießling, S. 352 ff.

\textsuperscript{153} Ulmer/Habersack, Rn. 30; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 58; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 104, 109; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; andere Auffassung: Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 75.

\textsuperscript{154} BGHZ 91, 148.
Rechtsträger\textsuperscript{155}. Möglich ist es aber, die Rechtsverhältnisse auf die Vor-GmbH sowie danach, in der Folge, auf die GmbH durch Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB\textsuperscript{156} übergehen zu lassen. Falls das Geschäft unter aufschiebender Bedingung vorgenommen wird, erfordert es eine Genehmigung gemäß § 177 BGB\textsuperscript{157}. Für die verbleibenden Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haften also die Gründer grundsätzlich persönlich\textsuperscript{158}, sofern keine Freistellung mit dem Vertragspartner vereinbart ist\textsuperscript{159}.


Eigentlich sollte das Vorgründungsstadium nicht anders als das Gründungsstadium beurteilt werden, wenn man davon ausgeht, dass beide im Wesentlichen nur verschiedene Abschnitte einer und derselben Entwicklung darstellen. Das Zustandekommen der GmbH ist stets der Zweck der Gründer, sobald „greifbare Ansätze zu einer GmbH-Gründung vorhanden “\textsuperscript{161} sind. Das

\textsuperscript{155} BGHZ 91, 148, 152; BGH II ZR 366/96; Scholz/K. Schmidt, Rn. 17; Schmidt, GmbHR 1998, 615 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 36; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 105.
\textsuperscript{156} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 37; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn.60; Raiser/Veil, Rn. 114. MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 107, 109.
\textsuperscript{157} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 106.
\textsuperscript{158} BGH II ZR 200/82; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 38.
\textsuperscript{159} BGH II ZR 200/82; BGH VIII ZR 306/99; Scholz/K. Schmidt, Rn. 23; Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 60; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 2; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 107.
\textsuperscript{160} Scholz/K. Schmidt, Rn. 10.
\textsuperscript{161} Der BGH hat in der Entscheidung BGH II ZR 103/61 so formuliert.


Noch mehr für eine Trennung von Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH spricht es, dass nach Festlegung des Gesellschaftsvertrages eine wesentliche Veränderung an dem Rechtsgebilde, insbesondere an seinen Innenverhältnissen vorgeht, insofern als in dieser Gründergesellschaft eine Gesellschaftskörperverfassung entsteht. Der chinesische Ansatz bemerkt zwar die Kontinuität des GmbH-Errichtungsvorgangs, berücksichtigt aber die dabei immer stärker zutage tretende Subjektivität164 der Vor-GmbH nicht genug. Die Tatsache, dass eine amtliche Prüfung noch nicht erfolgt ist, hindert nicht, dass die Vor-GmbH bereits mit einer der Willensbildung dienenden und sich einer vollendeten GmbH annähernden Struktur auftreten kann. Hierbei taucht in dieser Phase, die im

162 Michalski/Funke, § 11 Rn. 3.
163 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 97.
164 So auch die Literatur: 吴越 (Wu, Yue), 第 48 页。
deutschen Recht als Gründungsstadium bezeichnet wird, eine andere Frage auf, 
nämlich ein Wettbewerb hinsichtlich des ausführenden Organs der Gesellschaft. 
Dazu meint die chinesische Rechtsprechung, dass die Gesamtheit der Gründer 
weiterhin den Vorrang hat\(^{165}\), während im deutschen Recht bereits jetzt der 
Geschäftsführer diese Aufgabe übernimmt. Dieser Wechsel ist folgerichtig, da er 
dem Willen der Gründer eher entspricht, die von Anfang auf eine GmbH zum Zweck 
 des Handelsgewerbes abzile. Außerdem werden auch die ansonsten 
unvermeidlichen dogmatischen Schwierigkeiten zur Klärung der Rechtsnatur der 
Vor-GmbH vermieden. Die aus dem chinesischen Ansatz resultierende 
Verwirrung\(^{166}\) in der Dogmatik erkennt man daran: in der Justizbegründung zum 
BeoVAGe III wird die Vor-GmbH einerseits als eine mehr als nur in der Vorstellung 
existierende Rechtsverwaltungsform anerkannt, für die die Gesamtheit der Gründer 
as Organ agiert. Aber andererseits führt das Scheitern der GmbH-Erstellung zu 
einer sofortigen Beendigung der Vor-GmbH, ohne dass eine Liquidation 
erforderlich ist. Es verbleiben dann nur noch die einzelnen Gründer, die den 
Gesellschaftsgläubigern gegenüber als Haftungsträger zur Verfügung stehen\(^{167}\).

Der deutsche Ansatz, der den mit der Satzungsbestellung vollgezogenen 
Strukturwandel beachtet, hat noch weitere Vorzüge. Zum einen erleichtert er die 
Begründung der Kontinuität zwischen Vor-GmbH und GmbH. Ausführlich heißt die 
These, dass es sich bei der Vor-GmbH um einen sich der GmbH annährenden 
„körperschaftlich strukturierten Rechtsträger sui generis\(^{168}\)“ handelt und neben 
ihrer Übereinstimmung in der Organisation auch die der „beteiligten 
Personen“ und der „vermögensrechtlichen Struktur\(^{169}\)“ gegeben sind. Zum

\(^{165}\) So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 崔勤之 (Cui, Qinzhi), 第 149 页。

\(^{166}\) Als Lösung zu dieser Problematic wird in der chinesischen Literatur teilweise vorgeschlagen, 
dass die Rechtsstellung der Gründer einer GmbH in zweierlei Hinsicht zu sehen ist. Zum einen 
sind sie in der Gesamtheit das Organ der Vor-GmbH, zum anderen sind sie untereinander 
partnerschaftlich verbunden. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 崔勤之 (Cui, Qinzhi), 第 151 

\(^{167}\) 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen 
zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des 
Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 
第 85 页。

\(^{168}\) Prinz/Winkeljohann/Schwaiger, Rn. 15.

\(^{169}\) MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 6; Dazu auch die Entscheidungsgründe im BGHZ 80, 129.
anderen wird auch der Weg teilweise geebnet, um die sich mit Positivismus
gegensätzlich und deshalb z. B. wegen der Problematik der Vorgesellschaft schon
gefährdete Lehre von der juristischen Person mit substantiellem Inhalt zu
erfüllen. Jedoch besagt diese Feststellung meines Erachtens nicht, dass das
geltende chinesische Vor-GmbH-Recht grundsätzlich verändert und völlig von
Neuem ausgestaltet werden müsse. Denn seine Ergänzung und Konkretisierung
sind möglich. Darauf kommen wir später zurück.

2. Zusammensetzung des Vor-GmbH-Rechts

2.1 Gesellschaftsvertrag erfüllt durch GmbHG in Deutschland

Das Vor-GmbH-Recht lässt sich in Deutschland als Sonderrecht ausbilden. Das
Innenverhältnis einer Vor-GmbH bestimmt sich zunächst nach dem
Gesellschaftsvertrag. Hinsichtlich der Besonderheiten der Vorgesellschaft erfolgt
seine Auslegung aber noch nicht nach normativen Grundsätzen. Dabei werden
auch die subjektiven Vorstellungen der Gründer berücksichtigt. Nur soweit dem
Gesellschaftsvertrag keine Regelungen zu entnehmen sind, ist im Ansatz auf die auf
die Vor-GmbH anwendbaren Normen des GmbHG zurückzugreifen. Ohne Weiteres
gelten die darauf zugeschnittenen Gründungsvorschriften, von diesen vor allem die
Bestimmungen zur Bestellung des ersten Geschäftsführers (§ 6), zur Leistung der
Einlagen und Erstellung des Sachgründungsberichts (§§ 5 IV, 7 II und §§ 3, 82 I)
sowie zur Haftung bei Gründungsmängeln (§§ 9, 9a). Aus dem
Gesellschaftsvertrag und dem Gründungszweck der Vor-GmbH ist jeder Gründer
verpflichtet, an der Beseitigung von Eintragungshindernissen mitzuarbeiten. Der
Erfüllungsanspruch kann auch ohne Beteiligung des Geschäftsführers von jedem
der übrigen Gründer geltend gemacht werden.

171 Raiser/Veil, Rn. 102.
172 MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 14; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 17.
173 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 17; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 13, 14.
174 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 19; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 8; MüKoGmbHG/Merkt, § 11
Rn. 19.
2.2 Infrage stehende Rechtswirksamkeit der Gesellschaftssatzung in China


unterworfenen Organmitglieder noch zu bestellen\textsuperscript{180}. Eine andere Auffassung\textsuperscript{181} vertritt dagegen die sofortige Wirkung der Gesellschaftssatzung, für deren Wirksamkeit es vor allem auf die übereinstimmenden Willenserklärungen der Gründer ankomme\textsuperscript{182}. Mit dem Unterzeichnen sämtlicher Gründer solle sie schon rechtlich wirken. Darüber hinaus müsse die Gesellschaftssatzung beim Fehlen einer Gründervereinbarung auch die Rechtsverhältnisse des Gründungsstadiums regeln\textsuperscript{183}, insbesondere solche hinsichtlich der Entgegennahme der von Gesellschaftern zu übernehmenden Einlagen\textsuperscript{184}. Eine dritte Ansicht\textsuperscript{185} bejaht die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung im Gründungsstadium nur teilweise, nämlich soweit es sich dabei um ihren schuldrechtlichen Teil handelt.

2.3 Stellungnahme

2.3.1 Vernachlässigte Gesellschaftssatzung in China

Im chinesischen Recht wird die Gesellschaftssatzung im Gründungsstadium wesentlich vernachlässigt. Dies führt unmittelbar zu einem unbestimmten Regelungszustand insbesondere des Innenverhältnisses einer Vor-GmbH. Da die noch nicht registrierte Gesellschaftssatzung kaum den Schutz des Rechtsverkehrs betrifft, sind sowohl der Gesetzgeber als auch das Oberste Volksgericht weniger motiviert, eine endgültige Antwort hinsichtlich ihres Wirkungszeitpunkts zu geben. Im BeVAGe III wird das Schwergewicht auch nur auf die Außenbeziehungen einer Vor-GmbH gelegt. Dies könnte überwiegend daran liegen, dass zum einen der Abschluss einer Gesellschaftssatzung keine Mitwirkung des Notars wie in Deutschland erfordert (§ 2 I), der sie gemäß § 17 I BeurkG rechtlich kontrolliert\textsuperscript{186}.

\textsuperscript{180} 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184 页。
\textsuperscript{181} 施天涛, 第 131 页; 张远堂, 第 121 页; 甘培忠, 第 161 页; 李志萍, 第 85 页; 刘乃忠, 戴瑛, 第 84 页。
\textsuperscript{182} 施天涛 (Shi, Tiaotao), 第 131 页。
\textsuperscript{183} 施天涛 (Shi, Tiantao), 第 132 页; 张远堂 (Zhang, Yuantang), 第 121 页; 李志萍 (Li, Zhiping), 第 90 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 85 页。
\textsuperscript{184} 赵旭东 (Zhao, Xudong), 公司法学 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 第 184、185 页; 张远堂 (Zhang, Yuantang), 第 121 页。
\textsuperscript{185} 赵旭东 (Zhao, Xudong), 第 185 页; 李晓春 (Li, Xiaochun), 第 52 页; 李建伟 (Li, Jianwei), 第 140 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 93 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 107 页; 于华江 (Yu, Huajiang), 第 57 页。
\textsuperscript{186} Raiser/Veil, § 35 Rn. 3.
Bei uns in China ist dafür die Registerbehörde zuständig, und eine Kontrolle erfolgt erst beim Antrag auf Registrierung (§ 23 VGeRe). Zum anderen wird das Vorliegen einer Gründervereinbarung oder wenigstens eines vertraglichen Zusammenschlusses immer noch als das unterstellt, womit eine Vor-GmbH als Bezugspunkt der Zurechnung entsteht.


Nach der wohl herrschenden Meinung gilt seit der Novellierung des Gesellschaftsgesetzes 2005 das Normativsystem hinsichtlich der Entstehung einer GmbH. Dazu siehe: Bu, S. 301; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 王明明 (Wang, Mingming), 55；冯果 (Feng, Guo), 第 55 页；甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 30 页；雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 100 页；李建伟 (Li, Jianwei), 第 78 页；李晓春 (Li, Xiaochun), 第 39 页；李志萍 (Li, Zhiping), 第 80 页；刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 68 页；王作全 (Wang, Zuoquan), 第 54 页；王德山 (Wang, Deshan), 第 69 页；杨永志 (Yang, Yongzhi), 第 96 页；任尔昕 (Ren, Erxin), 企业与公司法学 (Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 第 93 页；张新民 (Zhang, Xinmin), 杨连专 (Yang, Lianzhuang), 第 39 页；于华江 (Yu, Huajiang), 第 29 页。

Für die sofortige Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung könnte noch sprechen, dass es dogmatische Schwierigkeiten auslösen würde, wenn man beim Fehlen einer Gründervereinbarung etwas Anderes annehmen würde. Wie schon erwähnt, herrscht in der Literatur\textsuperscript{190} und Rechtsprechung\textsuperscript{191} die Meinung, dass

\textsuperscript{188} Im chinesischen GmbH-Recht ist für die Geschäftsführung obligatorisch entweder ein Vorstand gemäß §§ 37 II, 44 III, 45 oder ein geschäftsführender Vorsteher (chinesischer Ausdruck) wegen eines verhältnismäßig kleinen Umfangs der Gesellschaft gemäß § 50 zu bestellen. Ein Geschäftsführer ist nach § 49 optional vom Vorstand zu bestellen und diesem verantwortlich.

\textsuperscript{189} 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 （Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen），第 35 页。

\textsuperscript{190} 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna)，第 29 页；王德山 (Wang, Deshan)，第 94 页；杨永志 (Yang, Yongzhi)，第 92 页。
eine Vor-GmbH der Rechtsnatur nach eine Partnerschaft im Sinn des § 30 AGZ
darstellt. Und als Voraussetzung für ihr Zustandekommen schreibt § 31 AGZ eine
schriftliche Vereinbarung vor, die die Gründer treffen müssen. Ursprünglich wurde
in der älteren Fassung kein Formzwang angeordnet. Für die Annahme der
Partnerschaftsbeziehungen wurde folgerichtig auch eine mündliche Vereinbarung
zugelassen, sofern nach Ansicht192 des Obersten Volksgerichts beim Erfüllen
anderer Voraussetzungen mindestens zwei Personen, die kein Interesse an der
Partnerschaft hatten, dies bezeugen konnten (§ 50). Ob diese im Jahr 1988
verabschiedete Justizbestimmung nach dem Inkrafttreten der 2009 geänderten
Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts noch gilt, ist fraglich193. Hinsichtlich dieser
Anforderung soll aber in unserem Zusammenhang für alle Fälle der Beschluss einer
Gesellschaftssatzung genügen. Es gibt freilich noch weiteres Problem, wenn
wenigstens einer der Gründer der GmbH keine Einzelperson ist. Denn das
Partnerschaftsrecht ist nach § 30 AGZ ausdrücklich für eine Partnerschaft
konzipiert, deren Verbandsmitglieder Einzelpersonen sein müssen.

Bei den Auslegungen der Gesellschaftssatzung soll, wie die deutsche Erfahrung
lehrt, der subjektive Gründerwillen erforscht werden. Denn in dieser Phase ist ihre
Bekanntmachung gemäß § 6 III noch nicht zu erwarten. Deshalb entsteht im
Rechtsverkehr auch kein schutzwürdiges Vertrauen im Hinblick auf deren Inhalt.

2.3.2 Paradoxe Haltung des chinesischen Gesetzgebers gegenüber
der Vor-GmbH-Körperschaftsverfassung

Widersprüchlich ist jedoch Folgendes: das Gesellschaftsgesetz fordert einerseits,
wie argumentiert, eine bereits im Gründungsstadium geschaffene
Körperschaftsverfassung der Gesellschaft, die die Bestellungen der

191 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算条理解与适用 (Erläuterungen zu
Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie
zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 35 页。 
192 Versuchsweise durchgeführte Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der
193 Nach der herrschenden Meinung wird eine mündliche Partnervereinbarung rechtlich nicht
anerkannt; dazu siehe: 姚海放 (Yao, Haifang), 第 16 页。

Trotz der Widersprüche hat sich das Oberste Volksgericht in seinen Justizbestimmungen der Auffassung angeschlossen, nach der bis zur Registrierung der Gesellschaft die Gesamtheit der Gründer das Gesellschaftsorgan ist.

\[\text{\textsuperscript{194}}\text{In den Regelungen zur Registrierung des gesetzlichen Repräsentanten einer juristischen Unternehmensperson wird vorgeschrieben, dass die Bestellung erst nach dem Zustandekommen der juristischen Unternehmensperson gilt (§ 3).}\]

\[\text{\textsuperscript{195}}\text{§ 38: Der Verantwortliche, der gemäß dem Gesetz oder der Organisationssatzung der juristischen Person in Vertretung der juristischen Person Amtsgewalt ausübt, ist der gesetzliche Repräsentant der juristischen Person.}\]
2.3.3 Rezeptionsmöglichkeit des deutschen Ansatzes im chinesischen Vor-GmbH-Recht de lege ferenda

Wie schon gezeigt, ist der deutsche Ansatz, nämlich ein weiter differenziertes Vorstadium der GmbH, vorteilhaft. Es fragt sich deshalb, ob eine Rezeption dieses Ansatzes im chinesischen Recht möglich ist. Das Oberste Volksgericht schafft mit fünf Vorschriften in seinem BeoVAGe III nur einen Regelungsrahmen. Sie behandeln zunächst die Übergangsfrage, ob und inwieweit die Rechtsverhältnisse wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme auf die entstandene GmbH übergehen dürfen. Eine Differenzierung besteht nur darin, dass der Übergang bei der namens der Vor-GmbH gehandelten Geschäftsaufnahme sich mit dem Entstehen der GmbH ohne weiteres vollzieht (§ 3 I BeVAGe III), während bei einer solchen, die im eigenen Namen des Gründern gehandelt wurde, eine ausdrückliche oder konkludente Übernahme durch die GmbH vorausgesetzt wird (§ 2 II BeVAGe III). Zudem übernimmt die GmbH die Delikthaftung wegen einer Organhandlung zur GmbH-Errichtung (§ 5 BeVAGe III). Weiter wird die unbeschränkte Außenhaftung der Gründer für alle entstandenen Verbindlichkeiten mit Regressmöglichkeit im Innenverhältnis anerkannt, falls die GmbH nicht zustande kommt (§ 4 BeVAGe III). Das sind alle Regelungen. Die Rechtsverhältnisse während des gesamten Vorstadions sind also nicht geregelt. Wir könnten also unproblematisch die Differenzierung zwischen Vorgründungsstadium und dem Gründungsstadium einführen, und bei allen einzelnen Vorschriften des Gesellschaftsgesetzes überprüfen, ob sie analog auf die erst im Gründungsstadium befindliche Vor-GmbH angewandt werden können.

Außerdem benötigen die vorhandenen Vorschriften selber eine Novellierung, weil die ungleiche Behandlungsweise, je nachdem, ob der Geschäftsbetrieb im eigenen Namen oder namens der Vor-GmbH aufgenommen wird, kaum Zustimmung verdient. Der große Unterschied in der Risikoverteilung führt unzweifelhaft dazu, dass der Gründer lieber namens der Vor-GmbH handelt, um die

196 Siehe auch das Urteil: 绍兴市中级人民法院（Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing），浙江某装饰工程有限公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰合同纠纷案。
197 Siehe das Urteil: 北京市第一中级人民法院（Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking），闫林诉权金城特许经营纠纷案。

Mit der aktuellen chinesischen Rechtslage wird es kaum unvereinbar sein, den deutschen Regelungsmodus einzuführen und die Gesellschaftssatzung nach deren Bestimmung für die Vor-GmbH gelten zu lassen. Es kann sich bei einer Rechtsfortbildung hier im Wesentlichen nur um eine Ergänzung und Konkretisierung handeln. Jedoch müsste die Vor-GmbH auf jeden Fall mehr sein als eine zivile Partnerschaft, wie sie das Oberste Volksgericht vorstellt.

2.3.4 Regelungszustand des Vorgründungsstadiums in China

2.3.4.1 Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensrechts

Wenn die weitere Differenzierung des Vorstadiums einer GmbH, nämlich die Gegenüberstellung von Vorgründungsstadium und Gründungsstadium, ins chinesische Recht eingeführt wird, ist zunächst festzustellen, dass die Rechtslage des Vorgründungsstadiums in China, wo die entstandene Gründergesellschaft als zivile Partnerschaft angesehen wird, grundsätzlich erhalten bleibt. Parallel zum deutschen Recht sollte man sich nur fragen, ob das Partnerschaftsunternehmensrecht, das für ein Partnerschaftsunternehmen als eine spezielle Ausprägung von ziviler Partnerschaft gesetzt worden ist, zur Anwendung kommt, wenn die Gründergesellschaft bereits in dieser Phase „in die Dimension des Handelsgewerbes hinein wächst“

Eigentlich wurden vor 1988 alle Partnerschaften, die für den „Betrieb“ zu irgendeinem Zweck gegründet werden, undifferenziert von den grundlegenden Regelungen aus der AGZ geregelt. Eine unternehmenstragende Partnerschaft hatte

\[198\] Windbichler, § 12 Rn. 6.
also nur einen Spezialfall\textsuperscript{199} gebildet, bis das Partnerschaftsunternehmen in der „Versuchsweise durchgeführten Verordnung über Privatunternehmen“ als eine der drei Privatunternehmensformen\textsuperscript{200} anerkannt wurde (§§ 6 II, 8) und danach von dem diese Verordnung ersetzenden und 1997 vom Volkskongress erlassenen Partnerschaftsunternehmensgesetz seither weiter geregelt wurde. Mit anderen Worten, die Regelungen des Partnerschaftsunternehmensrechts legen den Partnerschaftsbegriff der AGZ zugrunde\textsuperscript{201}. Wenn die Rechtsprechung die Gründergesellschaft der GmbH im Allgemeinen als zivile Partnerschaft ansieht und dementsprechende Haftungsvorgaben gelten lässt, ist die Heranziehung des Partnerschaftsunternehmensgesetzes als eines Sonderrechts bei Rechtsanwendung auf solche Vorgründungsgesellschaften, die bereits ein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreiben, folgerichtig.

Zu beachten ist aber noch die in dem Gesetz angeordnete Registrierung, die ein Hindernis für die Heranziehung sein könnte (§ 9 I PUnGe). Anders als im deutschen Handelsrecht, wo die Registereintragung entweder „deklaratorisch“\textsuperscript{202} oder „konstitutiv“\textsuperscript{203} ist, je nachdem, ob es sich dabei um einen „Istkaufmann“ (§

\footnotesize
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{199} So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan), 任尔昕 (Ren, Erxin), 第 57, 80, 81 页；叶林 (Ye, Lin), 叶敏 (Ye, Min), 第 27 页。
\item \textsuperscript{200} Die 1988 verabschiedete Vorläufige durchgeführte Verordnung über die Privatunternehmen lässt als Privatunternehmen drei Unternehmensformen zu, nämlich Einzelpersonenunternehmen (§ 6 Nr. 1), Partnerschaftsunternehmen (§ 6 Nr. 2) und GmbH (§ 6 Nr. 3).
\item \textsuperscript{201} So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 4 页。
\item \textsuperscript{202} MüKoHGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 3.
\item \textsuperscript{203} MüKoHGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 3.
\end{itemize}

204 So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 140 页; 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 33 页; 姚海放 (Yao, Haifang), 第 33 页。

205 Eine Gegenaffassung wird damit begründet, dass dies dazu führen würde, dass die Gründer eines Partnerschaftsunternehmens im Namen der Vor-GmbH das Handelsgewerbe betreiben, ohne die ansonsten gesetzlich erforderliche Registrierung herbeizuführen. Dazu siehe: 吴越 (Wu, Yue), 第 47 页。Dem ist nicht zu folgen. Denn die Befürchtung der genannten Gefahr setzt die Gleichstellung des Partnerschaftsunternehmensrechts und des Vor-GmbH-Rechts voraus. In der vorliegenden Schrift wird allerdings der Aufbau eines Sonderrechts für die Vor-GmbH vertreten. Das Heranziehen des Partnerschaftsunternehmensrechts bezieht sich demnach nur auf die Vorgründungsgesellschaft sowie die unechte Vor-GmbH (dazu siehe 5.3). Zudem muss die Gründergesellschaft nach § 50 VAoVAAGZ ohnehin dem Partnerschaftsrecht unterstehen. Es besteht also keine Kausalität zwischen dem Heranziehen dieses Rechts und dieser Rechtsfolge. Zu dieser Begründung siehe auch: 王肃元 (Wang, Suyuan), 任尔昕 (Ren, Erxin), 第 83 页。

206 Siehe das Urteil: 江苏省高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Jiangsu), 南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等六人买卖合同纠纷案。In diesem Urteil geht es um ein als Einpersonenunternehmen registriertes Unternehmen, das jedoch in der Form einer Partnerschaft errichtet und betrieben wird.

207 范健 (), 王建文 (), 第 91 页; 周贤日 (), 第 139 页。
Partnern bis zur Auflösung und Abwicklung der Partnerschaft. Deshalb ist es zur Schließung von Regelungslücken und zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger notwendig\textsuperscript{208}, eine Heranziehung dieses Gesetzes zu bejahen, sofern die gefundene Vorschrift, wie die Formel im deutschen Vor-GmbH-Recht für analoge Anwendung des GmbH-Rechts lautet, die Registrierung nicht voraussetzt. Darüber hinaus kommt diese hier vorgeschlagene analoge Anwendung des Partnerschaftsunternehmensrechts auch im Gründungsstadium für die Vor-GmbH in Betracht, falls eine unechte Vor-GmbH entsteht, die dem entwickelten Vor-GmbH-Recht nicht mehr unterstehen soll.

Jedoch könnten neben der erforderlichen Registrierung noch weitere Hindernisse auftauchen, nämlich wenn eine GmbH oder eine AG sich als Gründer an der GmbH-Errichtung beteiligen. Denn nach § 12 GeG dürfen sie kein Mitglied eines Unternehmensträgers sein, für dessen Verbindlichkeiten eine unbeschränkte Haftung droht. Im PUnG existiert ebenfalls ein solches Verbot\textsuperscript{209}. Nach § 3 PUnG ist es staats eigenen Alleinkapitalgesellschaften, staatseigenen Unternehmen, Gesellschaften mit börsengängigen Anteilen, Institutionseinheiten, die öffentlichen Interessen dienen, und gesellschaftlichen Körperschaften verboten, gewöhnliche Partner zu sein, die gemäß § 2 II PUnG für Partnerschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften müssen. Diese beiden Vorschriften sollen, angesichts der Besonderheiten der Gründergesellschaft einer GmbH, in diesem Fall nicht gelten.

\textsuperscript{208} Eine ähnliche Auffassung vertritt, dass das Partnerschaftsunternehmensgesetz auf alle faktisch bestehenden Partnerschaften analog anzuwenden ist. Sie stützt sich auf „Ausnutzen rechtlicher Ressourcen“. Dazu siehe: 王肃元 (Wang, Suyuan), 任尔昕 (Ren, Erxin), 第 83 页。

\textsuperscript{209} Dieses Verbot haben die damaligen Gesetzgeber in zweierlei Hinsicht begründet. Zum einen geht es um den geschichtlich erklärbaren besonderen Schutz der staatseigenen Unternehmen vor der Gefahr, dass ihr Kapital wegen unzureichender Rechtskontrolle durch den möglichen Missbrauch der Geschäftsführungsmacht vermindert werden könnte; dazu siehe: 黄毅成 (Huang, Yicheng). Zum anderen sei der vermeintliche Widerspruch zu vermeiden, dass als GmbH und AG betriebene staatseigene Unternehmen einem Missverständnis zufolge nur beschränkt haften, während die Partner grundsätzlich unbeschränkt haften müssen; dazu siehe: 厉以宁, (Li, Yining).
2.3.4.2 Kontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH

In dem BeoVAGe III bejaht das Oberste Volksgericht die Kontinuität zwischen der Gründergesellschaft zur GmbH-Errichtung und der GmbH. Es gibt also hinsichtlich der Übergangsfrage keine Unterscheidung des Vorgründungsstadiums vom Gründungsstadium. Diese Rechtslage soll unverändert bleiben. Das deutsche Recht leugnet zwar einen automatischen Übergang der begründeten Rechtsverhältnisse, aufgrund Wesensverschiedenheit zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH, lässt eine Schuldübernahme aber doch zu. Um eine unnötige Belastung der Vor-GmbH zu vermeiden, brauchen wir nur den Befreiungsanspruch, den das Oberste Volksgericht als Ausnahme für die entstandene GmbH anbietet, vorverlegt gelten zu lassen. Demnach kann die Vor-GmbH von einer Verbindlichkeit aus dem Vorgründungsstadium befreit werden, wenn sie mit Beachtung des Gutgläubigerschutzes auch die Beweislast dafür erfüllt, dass die zugrundeliegende Geschäftsaufnahme zwar namens der Vor-GmbH, aber nicht für die Gesellschaft, sondern für Rechnung des handelnden Gründers gehandelt wurde.

Im Folgenden wird unsere Diskussion sich auf das Gründungsstadium sowie die Vor-GmbH im Sinn des deutschen Rechts konzentrieren.
3. Das Binnenrecht der Vor-GmbH

3.1 Die Geschäftsführung und der Umfang ihrer Befugnisse

3.1.1 Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Geschäftsführung aufgrund des Gründungszweckes in Deutschland


\(^{210}\) BGHZ 80, 129, 139; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 20; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 15; Raiser/Veil, Rn. 104.

\(^{211}\) K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 79; Scholz/K. Schmidt, Rn. 32.;

\(^{212}\) Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 12.

\(^{213}\) Flume, 1971, S. 12.
Vorbelastungsverbots tritt, die Bindung der Geschäftsführer an eine Ermächtigung gebietet\textsuperscript{214}. Demgemäß dürfen die Geschäftsführer bei Bargründungen ohne Weiteres alles zur Herbeiführung der Eintragung Erforderliche tun, während bei Sachgründungen wegen Bestand- und Werterhaltung der Sacheinlage eine erweiterte oder sogar unbeschränkte Geschäftsführungsbeugnis gegeben ist, die keine Zustimmung der Gründer braucht, dem Willen der Gründer aber unzweifelhaft entspricht\textsuperscript{215}. Für die Haftung der Geschäftsführer gilt bereits § 43 GmbHG wegen Sorgfaltspflichtverletzungen, soweit nicht § 9a als spezieller Tatbestand eingreift\textsuperscript{216}. Hier wird, wegen des Rechtsvergleichungszwecks dieser vorliegenden Schrift, der fakultativ (§ 52) oder nach Mitbestimmungsvorschriften obligatorisch zu bildende Aufsichtsrat im Gründungsstadium nicht berücksichtigt.

\subsection*{3.1.2 Geschäftsführung durch den Vorstand ohne Zweckbeschränkung in China}


Eine Beschränkung des Umfangs der Geschäftsführung könnte durch den Gründungszweck gegeben sein. Zum einen gilt das Verbot des Handelsgewerbes rechtlich noch (§ 3 II VGeRe). Zum anderen muss die zur GmbH-Errichtung entstandene Gründergesellschaft, die nach der ursprünglichen Konzeption des

\textsuperscript{214} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 10; Scholz/K. Schmidt, Rn. 59.
\textsuperscript{215} Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 21; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 17, 24.
\textsuperscript{216} BGH II ZR 114/ 85; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 20; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 9; MückoGmbHG/Merkt, Rn 26.

In der Justizbegründung des Obersten Volksgerichts zu BeoVAGe III wird die Gesamtheit der Gründer zwar ausdrücklich als Gesellschaftsorgan speziell für „Tätigkeiten zur GmbH-Errichtung“ beschrieben, aber dem Wortlaut der einzelnen Justizbestimmungen (BeoVAGe III §§ 1-5) ist bei näherem Hinsehen kaum zu entnehmen, dass ein Tätigkeitsrahmen auch tatsächlich bestehe. Mit anderen Worten, die vorhandenen Vorschriften erfüllen kaum die Forderung, eine Beschränkung zu erreichen, selbst wenn ein solches Ziel gesetzt wurde. Einer Erklärung bedarf jedoch noch der Wortlaut des § 2 I, wo der Ausdruck „aus dem Zweck der GmbH-Errichtung“ verwendet wird. Man soll diesen Ausdruck hier nicht als Beschreibung eines Tatbestandes verstehen und von ihm darauf schließen, dass die Gründergesellschaft nicht durch Rechtsverhältnisse aus den nicht gründungsnotwendigen Geschäften berechtigt und verpflichtet werden kann. Dies ist in zweierlei Hinsicht zu begründen. Einerseits behandelt diese Vorschrift eigentlich die Zurechnungsfrage der aus vorzeitiger Geschäftsaufnahme resultierenden Rechtsverhältnisse, zu der der Grüner im eigenen Namen gehandelt hat, während der § 3 I, der parallel an § 2 I schließt, sich dagegen auf die Rechtsverhältnisse wegen Geschäftsaufnahme im Namen der errichteten GmbH...

\[\text{217} \quad \text{奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 34 页。}

\[\text{218} \quad \text{Eine andere Auffassung meint, dass die Justizbestimmungen sich speziell auf die Rechtsverhältnisse wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme beziehen, von der die gründungsnotwendigen Tätigkeiten bereits ausgeschlossen werden, weils diese ohne weiteres die Vor-GmbH berechtigen und verpflichten. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 7 页。Dieser Ansicht ist aus den hier gegebenen Begründungen nicht zu folgen.}

\[\text{219} \quad \text{Die Gegenauffassung siehe: 何侃 (He, Kan), 第 40 页。}

Fraglich ist aber, ob man eine Beschränkung des Geschäftsführungsumfangs wie in Deutschland einführen soll. Eine mögliche Rechtfertigung könnte ebenfalls die unbeschränkte Gründerhaftung sein. Obwohl die Justizbestimmungen eine Gründerhaftung nur für den Fall anordnen, dass die GmbH nicht zustande kommt (§ 4 I), würde die Annahme, dass die Gründer im Gründungsstadium auch unbeschränkt haften, nicht gegen die gegenwärtige Rechtslage verstoßen, weil das

\[220\] Xi Xiaoming (Xi, Xiaoming), 高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 38 页; dazu auch die Literatur: Wu Qingbao (Wu, Qingbao), 高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题 (公司裁判指导卷) (增订版) (Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht) (Band zum Gesellschaftsrecht) (erweiterte Auflage), 第 75 页。

\[221\] Dilcher, 92.

3.2 Beschlüsse der Gesellschafter

3.2.1 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in Deutschland


---

222 MüKoGmbHG/Merket, § 11 Rn. 31; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 22; Raiser/Veil, Rn. 103.
223 Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; Zöllner, 1421.


224 MünKoGmbHG/Merkt, Rn. 33, 34; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 8; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 22; Raiser/Veil, Rn. 103.
225 Ulmer/Habersack Rn. 47; Ulmer/Löbbe § 2 Rn. 24.
226 Priester, ZIP 1987, 280, 283; Scholz/K. Schmidt, Rn. 57; Schmidt, GmbHR 1987, 77, 83.
228 Zum Ausscheiden: BGHZ 21, 242, 246; zum Beitritt: BGHZ 15, 204, 206; zum Gesellschafterwechsel: BGH II ZR 409/02; BGHZ 29, 300, 303; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63; Ulmer/Habersack, Rn. 48. MüKoGmbHG/Merkt, Rn 36; Raiser/Veil, Rn. 103; Lohr, 117.
229 BGHZ 15, 204, 206; BGHZ 21, 242, 245f; BGHZ 29, 300, 303(Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt).
230 Manger, 356; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 37.
231 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 38.

3.2.2 Mehrheitsbeschlüsse in der Versammlung als Grundsatz in China

Die Gesellschafterversammlung ist nach entsprechender Anwendung des § 36 das „machthabende Organ“ (chinesischer Ausdruck) der Vor-GmbH. Sie übt die

---

232 BGH II ZR 409/02; Ulmer/Habersack, Rn. 14, 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 13.
233 BGH II ZR 409/02; Ulmer/Habersack, Rn. 14, 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 63.
234 BGHZ 134, 333, 334f.
236 BGHZ 21, 378, 383; Scholz/K. Schmidt, Rn. 50.

Satzungsänderungen brauchen vor dem Antrag auf Registrierung keine Eintragung (Unanwendbarkeit von § 12 II GeG). Eine Entscheidung über sie bedarf grundsätzlich der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Ob und inwieweit die Gesellschaftssatzung davon abweichen darf, ist fraglich, weil dies nach §§ 42, 43 II

\(^{238}\) 王军 (Wang, Jun), 第 217 页。


Parallel zum deutschen Recht gilt das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter auch für den Gesellschafterwechsel, für das Ausscheiden und den Beitritt eines Gesellschafters im Gründungsstadium. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters kommt § 177 GeG über Kapitalherabsetzung nicht in Betracht\textsuperscript{240}.


\textsuperscript{240} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 38.
3.3 Zurechnung des aufgebrachten sowie erworbenen Vermögens

3.3.1 Gesamthandsvermögen in Deutschland

Das Gesellschaftsvermögen wird wegen erforderlicher Mindesteinlagen gemäß § 7 I, II sowie durch den rechtsgeschäftlichen Erwerb schon vor der Eintragung gebildet\(^{241}\). Nach herrschender Meinung entsteht durch die Leistung der Einlagen ein Gesamthandsvermögen\(^{242}\). Anders als diese Ansicht vertreten manche, das Gesellschaftsvermögen als ein Sondervermögen eigener Art zu behandeln\(^{243}\). Damit wird das Problem vermieden, das speziell bei der Einpersonen-Vorgesellschaft auftritt, dass keine Gesamthandsgemeinschaft existiert.

3.3.2 Unternehmen als Träger des Vermögens in China

In der chinesischen Literatur wird selten über das im Gründungsstadium einer GmbH gebildete Gesellschaftsvermögen diskutiert. Jedoch sind in der Literatur schon Meinungen über das Vermögen einer Partnerschaft sowie eines Partnerschaftsunternehmens entstanden, die auch für unseren Zusammenhang relevant sind, wenn man davon ausgeht, dass die Rechtsprechung bei der rechtlichen Behandlung die Vor-GmbH einer Partnerschaft gleichsetzt.


\(^{241}\) Raiser/Veil, Rn. 105.
\(^{242}\) BGHZ 80, 129, 135; Ulmer/Habersack, Rn. 41; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 7.
\(^{243}\) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 61; Rittner, 321 ff.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 35; Raiser/Veil, Rn. 105.
vermittelnde Auffassung meint, dass dies von den Partnern in der Partnervereinbarung zu bestimmen ist.


Allerdings soll das Vermögen bei einer zivilen Partnerschaft, die kein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreibt, nicht in gleicher Weise betrachtet werden, da ihre Verselbständigung dafür wohl nicht genügt. Als ein Beleg ist die differenzierte Behandlung hinsichtlich ihrer Parteifähigkeit anzuführen, die die Rechtsprechung schon seit 1998 kennzeichnet. Die anfänglich getroffene Unterscheidung stützte sich darauf, ob die zivile Partnerschaft über eine Firma

244 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 145-146 页; 王利明 (Wang, Liming), 第 61 页。
245 So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页。
246 So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan), 第 85 页; 叶林 (Ye, Lin), 叶敏 (Ye, Min), 第 27 页。
247 Zu dieser Auffassung auch die Literatur: 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 64 页; 王肃元 (Wang, Suyuan), 第 86 页; 叶林 (Ye, Lin)、叶敏 (Ye, Min), 第 29 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页。Eine Gegenauffassung geht zwar von einem Unternehmensvermögen aus, meint aber, dass dessen Rechtsnatur ungeklärt bleibt. Dazu siehe: 苏号朋 (Su, Haopeng), 第 39 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 任尔昕 (Ren, Erxin), 田国平 (Tian, Guoping), 第 48 页。
248 So auch die Literatur: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 10 页。
verfügt. Denn bei Partnerschaften, die eine Firma verwandten, musste im Zivilprozess die registrierte Firma, die rechtlich geprüft und genehmigt worden war, als Prozesspartei und der Verantwortliche der Partnerschaft als Prozessrepräsentant behandelt werden (VAoVAAGZ § 45 I), während bei anderen Partnerschaften sämtliche Partner Streitgenossen im Sinn des § 53 II ZPG (VAoVAAGZ § 45 II) waren. Diese These wurde im Jahr 1992 aktualisiert, weil inzwischen das Partnerschaftsunternehmen, das an die Stelle der mit einer Firma betriebenen Partnerschaft trat, rechtlich anerkannt wurde. Diese Form steht also nunmehr im Vordergrund für Gründer, die ein Handelsgewerbe mitunternehmerisch betreiben wollen. Demgemäß wird das Partnerschaftsunternehmen nach der neu formulierten These gegenüber allen anderen Partnerschaften im Sinn des allgemeinen Zivilrechts besser gestellt und privilegiert. Bei den letzteren sind im Zivilprozess nämlich immer die sämtlichen Partner Streitgenossen, ohne dass unterschieden würde, ob eine Firma verwendet wird oder nicht. Ob sie vorliegt, wird nur in den Rechtsurkunden angegeben (§ 47 AnVFAZPG). Dagegen ist das Partnerschaftsunternehmen im Zivilprozess immer als Prozesspartei zu behandeln (§ 40 Nr. 1 AnVFAZPG).

Nach dem Gesagten ist klar, dass das Partnerschaftsunternehmen eine deutliche Aufwertung erfahren hat. Es hat zwar keine rechtliche Gleichstellung mit einer natürlichen Person oder einer juristischen Person, die zuerst in den AGZ (§§ 9, 36 I AGZ) und danach im neu verabschiedeten Allgemeinen Teil des Zivilrechts als eigenständige Rechtssubjekte behandelt werden(§§ 13, 57), gehört aber zu den Organisationen anderer Art im Sinn des § 102 I ATZ, deren Rechtsträgerschaft nach dem systematischen Verständnis dieses Gesetzes sich eigentlich nicht von denen der beiden genannten Rechtsfiguren unterscheidet. Das werde ich später begründen.

250 Eine wohl herrschende Auffassung vertritt, dass die registrierte Partnerschaft als eine nach außen auftretende Organisation zu unterstellen ist, während die übrigen Formen jeweils nur eine Gesamtheit der schuldberechtigten Beziehungen unter den Partnern darstellen. In der Terminologie wird die organisierte Partnerschaft der vertraglichen Partnerschaft gegenüber gestellt. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 5 页; 吕来明 (Lv, Laiming), 向红芳 (Xiang, Hongfang), 陈峰 (Chen, Feng), 第 53 页。
3.4 Auflösung der Vor-GmbH

3.4.1 Auflösung der Vor-GmbH in Deutschland

Im Deutschen Recht führt die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu einem Formwechsel, nicht zur Auflösung. Sie besteht als GmbH mit dem Vermögen und den Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft fort\footnote{MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 42; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 36; Ulmer/Habersack, Rn. 90.}. Der Fortfall der Eintragungsabsicht der Gründer und eine dennoch stattfindende Fortsetzung der Geschäftstätigkeit machen die Vorgesellschaft durch Formzwang zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG, einer sogenannten unechten Vorgesellschaft\footnote{Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 37; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 42.}. Hieraus ergibt sich ebenfalls kein Auflösungsgrund.

Dagegen führt die gültige Ablehnung des Eintragungsantrages zur Auflösung der Vor-GmbH\footnote{MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 172; Raiser/Veil, Rn. 106.}. Nach der herrschenden Meinung beruht dies auf der analogen Anwendung von § 726 BGB, da der Zweck der Vor-GmbH, die Eintragung herbeizuführen, nicht mehr zu erreichen ist\footnote{Ulmer/Habersack, Rn. 52; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 41; MüKoGmbHG/Merkt, Rn.172.}. Weitere Auflösungsgründe sind, analog § 60 I Nr. 1, der Ablauf einer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit\footnote{Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Passarge, 646, 647.}; analog § 60 I Nr. 2, der Beschluss der Gründer\footnote{Ulmer/Habersack, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 41; MüKoGmbHG/Merkt, Rn.172.}; analog §§ 60 I Nr. 3, 61, das Auflösungsurteil\footnote{Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30.} sowie analog § 60 I Nr. 4, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Vor-GmbH\footnote{Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30.} bzw. die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse analog § 60 I Nr. 5\footnote{Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 23.}. Für den Beschluss der
Auflösung soll nach herrschender Meinung analog § 60 I Nr. 2 eine Dreiviertelmehrheit genügen, weil die Minderheitsmeinung den Mehrheitsbeschluss zur Auflösung, der nach einer Eintragung stattfinden muss, nicht hindert.


Tod sowie Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Mitgesellschafters bilden keine gesetzlichen Auflösungsgründe. Aus ihnen kann sich aber ein Grund für die übrigen Gesellschafter zur außerordentlichen Kündigung ergeben.

3.4.2 Auflösung der Vor-GmbH in China

Die Registrierung einer Gesellschaft soll nach dem Vorbild des deutschen Vor-GmbH-Rechts als ein Formwechsel beurteilt werden. Sie besteht also als GmbH mit dem Vermögen und den Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft fort. Die

---

260 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 33; Ulmer/Habersack, Rn. 53; Flume, FS Geßler, S. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 30.
261 BGHZ 169, 270, 275 ff; Ulmer/Habersack, Rn. 53; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 23.
262 Scholz/K. Schmidt, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 66; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 44.
263 RGZ 82, 288, 290 f; Ulmer/Habersack, Rn. 54; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 67; Scholz/K. Schmidt Rn. 64; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 30; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 37; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 45.
264 Ulmer/Habersack, Rn. 54; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 45.
Kontinuität zwischen Vor-GmbH und registrierter GmbH wird von der Rechtsprechung nicht infrage gestellt (§ 3 I BeoVAGe III).

In den Justizbestimmungen wird nur für den Fall, in dem die GmbH nicht zustande kommt, eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung bestimmt (§ 4 BeoVAGe III). Auflösungsgründe werden nicht erwähnt. Deshalb können wir diese nur aus den entsprechenden Regelungen des Partnerschaftsrechts analog herleiten. Da die zivile Partnerschaft im AGZ ebenfalls nur in knapper Form geregelt wird, ist zur analogen Anwendung wiederum das Partnerschaftsunternehmensgesetz heranzuziehen.


3.5 Liquidation der Vor-GmbH

3.5.1 Liquidation der Vor-GmbH in Deutschland

Nach herrschender Meinung ist die Vor-GmbH im deutschen Recht, mit Ausnahme der Einpersonen-Vergesellschaft, nach Auflösung zu liquidieren. Früher waren in der Rechtsprechung\textsuperscript{265} die Vorschriften §§ 730 ff BGB anzuwenden, wonach die Liquidation durch sämtliche Gesellschafter gemeinsam zu erfolgen hatte, weil die Vor-GmbH noch keine juristische Person sei, und deshalb an der Liquidation auch noch kein öffentliches Interesse bestehe. In neuerer Rechtsprechung\textsuperscript{266} gelangt die Gegenansicht\textsuperscript{267} zur Herrschaft, wonach die Liquidation analog §§ 66 ff zu erfolgen habe, sofern diese die Eintragung nicht voraussetzen. So werde der Gläubigerschutz dadurch berücksichtigt, dass die Abwicklung durch den Geschäftsführer statt die Gesellschafter, die unbeschränkt haften, erfolge\textsuperscript{268}. Entsprechend tritt die im Grundurteil\textsuperscript{269} anerkannte Unterbilanzhaftung an die Stelle der allgemeinen Nachschuss- und Verlustausgleichspflicht gemäß §§ 735 BGB.

3.5.2 Liquidation der Vor-GmbH in China

Die Vor-GmbH soll, wie im deutschen Vor-GmbH-Recht, nach Auflösung liquidiert werden\textsuperscript{270}. Gegensätzliche Meinungen hinsichtlich des Liquidators können vermieden werden, da sowohl das Partnerschaftsunternehmensgesetz als auch das Gesellschaftsgesetz bestimmen, dass die Liquidation durch sämtliche Verbandsmitglieder erfolgt (§ 86 I PUnG, § 183 GeG). Die neue geschaffene

\textsuperscript{265} BGHZ 51, 30, 33; BGHZ 86, 122, 127; Riedel, GmbHR 1973, 220; Fleck, ZGR 1975, 215.

\textsuperscript{266} BGHZ 169, 270, 281.

\textsuperscript{267} Scholz/K. Schmidt, Rn. 65; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 69; Roth/Altmepen/Roth, Rn. 59; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 46; Raiser/Veil, Rn. 106.

\textsuperscript{268} Ulmer/Habersack Rn. 55; Rittner, S. 349 f.; MüKoGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 46.

\textsuperscript{269} BGHZ 134, 333 ff.

\textsuperscript{270} 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 2 頁。
Vorschrift § 70 II ATZ, wonach für eine juristische Person die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans die Liquidatoren sind, findet keine Anwendung, da zu dieser Frage die abweichenden Regelungen des Gesellschaftsgesetzes nach § 70 II ATZ ausdrücklich Vorrang haben. Entsprechend tritt die in der Justizbestimmung eingeführte unbeschränkte Gesellschafterhaftung für alle Schulden ein (§ 4 I BeoVAGe III).

4. Außenbeziehungen der Vor-GmbH

4.1 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in Deutschland

4.1.1 Von der deutschen Rechtsprechung anerkannte Rechtsfähigkeiten

Die deutsche Vor-GmbH ist namens- und firmenrechtsfähig, grundbuch-, konto-, wechsel- und scheckfähig, aktiv und passiv parteifähig.

---

271 Der Name ist als Firma zu behandeln, wenn die Vorgesellschaft wegen Betrieb des Handelsgewerbes im Sinn des § 1 II HGB eine Handelsgesellschaft ist. Dazu siehe BGHZ 120, 103, 106; Ulmer/Habersack, Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 75.; Scholz/K. Schmidt Rn. 38; MüKoGmbH/Merkt GmbH § 11 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 13; noch weitergehend: Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 42, der die Vorgesellschaft auch ohne Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens für firmenrechtsfähig hält.

272 BGHZ 45, 338, 347; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 14.

273 Kontofähigkeit ergibt sich schon aus § 7 II, III, der die Zahlungen an die Vorgesellschaft verlangt. BGHZ 45, 338, 347; Ulmer/Habersack Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 14.

274 BGHZ 117, 323,326; Ulmer/Habersack Rn. 63; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 39; Baumbach/Hueck Fastrich, Rn. 15; Michalski/Funke, Rn. 59.

275 BGH NJW 1998, 1079; Scholz/K. Schmidt, Rn. 42; Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann die Vorgesellschaft die bisherige Prozessführung genehmigen: Michalski/Funke, Rn. 60. Ihre Parteifähigkeit ergibt sich aus der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit und nicht aus § 50 II ZPO: MüKoGmbH/Merkt Rn. 53; Ulmer/Habersack, Rn. 64.
insolvenzrechtsfähig\textsuperscript{276} und auch grundrechtsfähig\textsuperscript{277}. Insbesondere darf sie sich als persönlich haftende Gesellschafterin an einer Kommanditgesellschaft beteiligen\textsuperscript{278}.

### 4.1.2 Problematik der Rechtssubjektivität in Deutschland

Die Vor-GmbH ist nicht Formkaufmann als juristische Person gemäß § 13 III, da noch keine Eintragung erfolgt ist. Deshalb ist sie Handelsgesellschaft nur, wenn ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 HGB wegen eines eingebrachten Unternehmens oder sonstiger Geschäftsaufnahme betrieben wird\textsuperscript{279}. Jedoch kann sie nach allgemeiner Meinung als Vorgesellschaft selber Trägerin von Rechten und Pflichten sein\textsuperscript{280}. Die zwei in der Literatur und Rechtsprechung verfolgten Thesen führen zu großen Meinungsunterschieden bei der weiteren Klärung dieser Rechtsträgerschaft.

Manche\textsuperscript{281} sehen in einer Vor-GmbH, bei der es mehrere Gründer gibt, eine Gesamthandsgemeinschaft mit Sondervermögen. Hinsichtlich ihrer vorhandenen Organisation sowie Teilnahme am Rechtsverkehr, sei die Vor-GmbH als rechtsfähige Einheit zu behandeln. Andere halten die Vor-GmbH für teilrechtsfähig, da sie zwar ohne Eintragung nicht die Eigenschaft einer juristischen Person erlangen, aber als Träger des Gesellschaftsvermögens anerkannt werde. Ihre Besonderheiten müssten berücksichtigt werden\textsuperscript{282}. Eine dritte Auffassung geht davon aus, dass die mit der einzutragenden GmbH zweckidentisch bestehende Vor-GmbH, die bereits über ein

\textsuperscript{276} BGH NZG 2003, 1167; Scholz/K. Schmidt, Rn. 43. Praktisch unwichtig ist der dogmatische Streit über die Rechtsgrundlage der Konkursfähigkeit, sei es der § 11 I InsO für juristische Personen (Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 17; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 49), sei es der § 11 II InsO für Gesellschaftsformen ohne Rechtspersönlichkeit (Wicke, Rn. 3; Henssler/Ströhnl/Schäfer, Rn. 16).

\textsuperscript{277} BVerfG, GmbHR 2014, 301 zur Berufsfreiheit.

\textsuperscript{278} BGHZ 80, 129; NJW 1985, 736; Scholz/K. Schmidt, Rn. 39, 162; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 16, 53; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80, 167; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 92; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 16.

\textsuperscript{279} Scholz/K. Schmidt, Rn. 37 f; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 8; MHD GesR III/Gummert, Rn. 47; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 44; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 76; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 13; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 51.

\textsuperscript{280} BGHZ 80, 129, 132; Scholz/K. Schmidt Rn. 34.

\textsuperscript{281} Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Ulmer/Habersack, Rn. 59; MHD GesR III/Gummert, Rn. 6.

\textsuperscript{282} Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 74; Michalski/Funke, Rn. 47: neuer Typus eines teilrechtsfähigen Verbandes.
Gesellschaftsvermögen verfügt, als vollwertige Trägerin von Rechten und Pflichten angesehen werden soll 283.

Bislang hat die Rechtsprechung vermieden, ein bestimmtes dogmatisches Konzept zu vertreten. Sie hat in der Praxis daran festgehalten, im Einzelfall stets zu prüfen, ob der Vor-GmbH eine der GmbH entsprechende Rechtsfähigkeit zuzuerkennen sein soll 284.

4.1.3 Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH in China

4.1.3.1 Unternehmenstragende Vor-GmbH als Organisation anderer Art

Wie schon erwähnt, muss die Bezeichnung (die spätere Firma) der errichteten GmbH in einem vorausgehenden Verfahren bei der Registerbehörde überprüft werden. Ist diese Überprüfung erfolgt, dann behält die Gesellschaft die Rechte an der Bezeichnung für sechs Monate. Die dafür von der Behörde ausgestellte Genehmigung muss, mit anderen Unterlagen, auch beim Antrag auf Registrierung eingereicht werden. Diesen Anordnungen ist zu entnehmen, dass der Vor-GmbH wenigstens die Namens- sowie Firmenrechtsfähigkeit vom Gesetz zuerkannt wird oder zuerkannt werden muss. Folgerichtig ist weiter anzunehmen, dass der Vor-GmbH die Parteifähigkeit 285 zuerkannt werden muss, damit sie gerichtlichen Rechtsschutz bekommt. Da die Rechtsprechung die Vor-GmbH einer zivilen Partnerschaft gleichstellt, muss eine unternehmenstragende Vor-GmbH, die demgemäß einem Partnerschaftsunternehmen gleicht, auch als Träger des gebildeten Gesellschaftsvermögens angesehen werden. Darüber hinaus kommt ihr, analog, nach dem Partnerschaftsunternehmensrecht auch die Insolvenzfähigkeit

283 Hinweis aus MüKoGmbHG/Merkt: Scholz/K. Schmidt Rn. 34 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 5; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 24; so auch Raiser/Veil, Rn. 120: vorläufige Rechtsfähigkeit.

284 MüKoGmbHG/Merkt, § 11 47.

285 Siehe das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。In diesem Urteil wird der „GmbH in Gründung“ die Parteifähigkeit vom Obersten Volksgericht zuerkannt. Tatsächlich werden dabei ihr Grundbuchfähigkeit sowie die Fähigkeit, Berechtigte eines Darlehensvertrages zu sein, auch zuerkannt, die als gerichtlich zu schützende Rechtsgüter vorausgesetzt sind. Zustimmung in der Literatur: 范健 (Fan, Jian), 王建文 (Wang, Jianwen), 第 126 页。
gemäß § 92 PUnG zu. Weitere Rechtsanhalte sind auch im Zivilprozessrecht zu finden, in dem, neben natürlicher Person und juristischer Person, noch die Organisation anderer Art bestimmt wird, die im Zivilprozess als eigenständiges Rechtssubjekt auftreten darf (§ 48 I ZPG). Nach § 52 Nr. 2 ZPG stellt das Partnerschaftsunternehmen eine solche dar. Unter dieser Perspektive soll die Qualifikation der Parteifähigkeit auch zumindest für eine unternehmenstragende Vor-GmbH gelten.

Zusammengefasst ergibt sich aus dem bisher Gesagten, dass der Vor-GmbH die Namensrechtsfähigkeit, Parteifähigkeit sowie Insolvenzfähigkeit unproblematisch zu verleihen sind, ohne eine dogmatische Problematik auszulösen. Es ist aber nicht zu übersehen, dass immer noch der Bedarf entsteht, ihr weitere Rechtsfähigkeiten zuzuerkennen, sofern diese für ihren Auftritt nach außen notwendig sind. Angesichts der aktuellen Rechtslage liegt die Frage nahe, ob man die Vor-GmbH als eine vollwertige Rechtsträgerin wie eine juristische Person legitimieren darf. Dieser Versuch soll vor allen Dingen dem Wunsch der Rechtsprechung genügen, die den Entstehungszeitpunkt der Vor-GmbH vor allem deshalb vorverlegt hat, weil ein Zurechnungssubjekt so früh wie möglich geschaffen werden muss.

Als Begründung wird hierbei von einem Vergleich der rechtlichen Substanz einer Organisation anderer Art als Oberbegriff der Vor-GmbH mit der rechtlichen Substanz einer juristischen Person ausgegangen und überprüft, was die Eigenschaft der letzteren Rechtsfigur eigentlich impliziert, sodass man die Rechtssubjektivität der ersten benachteiligen und die beiden insoweit nicht gleichsetzen darf.

4.1.3.2 Rechtsfähigkeit der Organisation anderer Art

4.1.3.2.1 Die Eigenschaft als juristische Person im zivilen Recht

Der chinesische Gesetzgeber hielt sich zu näherer Bestimmung der juristischen Person nicht in der Weise des deutschen Gesetzgebers zurück, sondern verfuhr im Zivilrecht anders. In den „Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts “ benutzt er diesen Begriff nicht nur als Überschrift des dritten Kapitels (§§ 36 ff), zur

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der Gesetzgeber für die Rechtssubjektivität einer juristischen Person noch etwas Anderes hinzufügt. Die juristische Person soll nämlich dem Wortlaut nach die Rechte und Pflichten „selbständig“ tragen. Dieser Ausdruck kommt nicht nur im § 36, sondern auch im § 37 vor, wo die Bedingungen vorgeschrieben sind, welche Rechtsgebilde diese Eigenschaft erlangen können: Es sind in Verbindung mit § 36 I solche geschäftsfähigen Organisationen, die dem Recht gemäß errichtet sind, über das notwendige Vermögen oder die notwendigen Regelaufwendungen verfügen, die eine eigene Bezeichnung, Organisationsorgane und Stätte haben und unabhängig zivile Haftungen übernehmen können. Damit ist klar, dass sich die in der Definition ausdrücklich genannte „Selbständigkeit“ eindeutig auf die Form der Haftungsübernahme bezieht.

Dieses hervorgehobene Merkmal soll meines Erachtens jedoch der Rechtsfähigkeit, die eine juristische Person ebenso wie ein Mensch verdient, gegenübergestellt und von dieser unabhängig behandelt werden, da die Definition der natürlichen Person als Rechtsperson (§ 9) keine Modifizierung in der Formulierung enthält. Das heißt, ein Mensch erhält seine Rechtsfähigkeit bereits mit

286 Eine Auffassung meint, dass der Hinweis auf die eigenständige Haftungsübernahme hauptsächlich auf den gesetzgeberischen Willen, die Privatisierung der staatseigenen Unternehmen durchzuführen, zurückzuführen sei. Dazu siehe: 任尔昕 (Ren, Erxin), 田国平 (Tian, Guoping), 第 50 页。
287 Die wohl herrschende Gegenauffassung meint, dass die eigenständige Haftungsübernahme inhaltlich die wichtigste Eigenschaft juristischer Personen bildet. Dazu siehe: 甘培忠 (Gan, Peizhong), 第 54 页; 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 30 页。
der Geburt, ohne Bindung an eine besondere Haftungsform. Und dies besagt natürlich nicht, dass er als Rechtsperson nicht in der Regel eigenständig haftet, und es verhindert zweifellos auch nicht, dass in bestimmten Fällen neben ihm noch andere Rechtssubjekte mithalten können. Desgleichen gilt es für die juristische Person, dass die Möglichkeit einer Mithaftung ihrer Mitglieder nicht völlig ausgeschlossen ist. Die Kausalität soll also, worauf manche Autoren hinweisen, so begriffen werden, dass selbändig Haftung zu übernehmen, keine Bedingung für den Rechtsstatus einer juristischen Person bildet, sondern umgekehrt, dass die rechtliche Zuerkennung der Eigenschaft einer juristischen Person zur selbständigen Haftungsübernahme führt.

Für das hier vorgeschlagene Rechtsverständnis könnte auch sprechen, dass im neu verabschiedeten ATZ die Haftungsbeschränkung als ein Merkmal (§ 60) getrennt von anderen Bedingungen (§ 58 I) angeordnet wird. Und alle anderen Bedingungen einer juristischen Person wurden inhaltlich unverändert in die §§ 13 ff. und §§ 57 ff. des Gesetzes übernommen.

4.1.3.2.2 Die juristische Person im Vergleich zur Rechtsfigur der “Organisation anderer Art”

Eine Definition der „Organisation anderer Art“, die im neu verabschiedeten ATZ „Nicht-Juristische-Person-Organisation“ heißt (§§ 102), findet man zuerst in der Justizbestimmung, wonach eine Organisation anderer Art im Sinn des § 48 I ZPG eine dem Recht gemäß errichtete Organisation ist, die über ein bestimmtes Verfassungsorgan und Vermögen verfügt, jedoch keine Eigenschaft als juristische Person erlangt hat (§ 52 BeoVAZPG). Beim näheren Hinsehen ist es nicht schwer festzustellen, dass ihr größter Unterschied zu einer juristischen Person darin liegt, dass sie mit keiner eigenständigen Haftungsübernahme ausgestattet wird. Diese soll das sein, was ihr im Vergleich zu einer juristischen Person fehlt. Allerdings

288 So auch die Literatur: 王肃元 (Wang, Suyuan), 第 86 页。
289 朱庆育 (Zhu, Qingyu), 第 421 页; 尹田 (Yin, Tian), 第 217 页。
291 So auch die Literatur: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 57 页; 梁慧星 (Liang, Huixing), 第 147 页; Zu beachten ist, dass noch weitere Unterschiede bestehen können. Als Beispiel dafür sind die
muss diese Differenzierung, wie oben argumentiert, nicht mit der vollen Rechtsfähigkeit zusammenhängen.


Nach dem hier vorgenommenen Vergleich bemerkt man sofort, dass die benützten rechtlichen Elemente beide Rechtsfiguren nicht strikt trennen können und dass deren entferntes Nebeneinander insoweit nur in der Vorstellung existiert, als die „eigenständige Haftungsübernahme“, wie hier vorgeschlagen, aus dem Zusammenhang ausgeschlossen wird. Auf diese Weise wird weiter der Weg dahin geebnet, dass man der Organisation anderer Art, deren Mitglieder persönlich mithalten sollen, ebenfalls die volle Rechtsfähigkeit zuerkennt, ohne dogmatische Probleme auszulösen, da ihr in diesem Fall nicht zugleich die Eigenschaft einer juristischen Person verliehen wird. Mit anderen Worten handelt es sich dabei nur um eine beschränkte Auslegung des Sonderinhalts der Eigenschaft als juristischer Person, die eine Organisation anderer Art nach ihrer Definition nicht erlangt, auf die für sie separat gesetzte Haftungsform.


292 朱庆育，第 422 页。
4.1.3.2.3 Sonderregelungen der juristischen Unternehmensperson als Subkategorie

Da sich die Organisationen anderer Art bisher nur auf den Kreis der Handelsunternehmen beschränken, muss ein Vergleich im Interesse der Vollständigkeit wohl auch die Vorschriften der juristischen Unternehmensperson, die die entsprechende Subkategorie der juristischen Person ist, berücksichtigen. Nach der für sie geschaffenen allgemeinen Vorschrift des § 41 I, die alle oben genannten Bedingungen einer juristischen Person unverändert übernimmt, weist der Gesetzgeber als eine Sonderbedingung noch auf das Vorliegen einer Organisations satzung hin. Es ist fraglich, ob diese Sonderbedingung mit ihrer Eigenschaft als juristische Person verbunden ist und insoweit zu den Voraussetzungen ihrer Rechtsfähigkeit gehört. Selbst wenn man dies bejaht, lässt sich eine mit dieser Bedingung vorgenommene Unterscheidung einer juristischen Unternehmensperson von einer Organisation anderer Art ebenfalls nicht recht fertigen, da zumindest das Zustandekommen eines Partnerschaftsunternehmens auch eine schriftliche Partnervereinbarung voraussetzt. Der dogmatische Unterschied, dass diese der Rechtsnatur nach kein Organisationsvertrag ist und damit einer Gesellschaftssatzung nicht gleichgestellt werden kann, ändert nichts daran, dass das Partnerschaftsunternehmen

293 BeoVAZPG § 40.
294 Eine Auffassung vertritt, dass der sprachliche Unterschied im Gesetzestext zwischen der durch Registrierung erlangten Eigenschaft (§ 41 I AGZ) der juristischen Unternehmensperson und den Bedingungen einer juristischen Person im Allgemeinen (§ 37 AGZ) schon dafür sprechen könnte, dass die solche Bedingungen erfüllende juristische Unternehmensperson vor der Registrierung zwar nicht die Eigenschaft einer juristischen Person als solche, aber bereits deren Rechtsfähigkeit besitzen kann. Dazu siehe: 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 33, 34 頁。 Dem ist nicht zu folgen, da § 36 II AGZ klar ausspricht, dass die Rechtsfähigkeit sowie Geschäfts fähigkeit einer juristischen Person erst mit ihrem Zustandekommen entsteht. Dafür soll im Zusammenhang mit dem § 7 GeG der Zeitpunkt, an dem der Gewerbeschein ausgestellt wird, maßgebend sein, obwohl man wohl keine Verbindung zwischen beiden Vorschriften, die mit einem großen zeitlichen Abstand geschaffen wurden, ansehicht der Ausdrucksweise unterstellen darf.
295 Eine Auffassung meint, dass die Gesellschaftssatzung einer GmbH sich hinsichtlich deren rechtlich geregelt em Mindestinhalt nicht so stark von der Partnerschaftsvereinbarung eines Partnerschaftsunternehmens unterscheidet (§ 14 PUG, § 23 GeG). Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 6 頁。

4.1.3.2.4 Vereinbarkeit mit dem neuen ATZ

Dieser Erklärungsversuch, in der Eigenschaft einer juristischen Person zwischen der Rechtsfähigkeit einerseits und der separat gesetzten Haftungsform andererseits zu unterscheiden, ist vor allem darauf gerichtet, die Organisation anderer Art als ein der juristischen Person hinsichtlich der Rechtsfähigkeit zu legitimieren. Dieser Trend

296 Eigentlich ist die Rechtsfähigkeit des Partnerschaftsunternehmens bereits teilweise in der chinesischen Literatur bejaht. Dazu siehe: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 8 页; 任尔听 (Ren, Erxin), 田国平 (Tian, Guoping), 第 50 页; 张晖 (Zhang, Hui), 第 102 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页; 姚海放 (Yao, Haifang), 第 27 页; 江平 (Jiang, Ping), 第 21 页; 王明锁 (Wang, Mingsuo), 梁向峰 (Liang, Xiangfeng), 第 67 页; 张晋红 (Zhang, Jinhong), 第 62 页; 王建文 (Wang, Jianwen), 第 41 页; 赵旭东 (Zhao, Xudong), 企业与法纵论 (Über das Unternehmen und das Recht), 第 367-372 页。
297 Siehe das Urteil: 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。
298 So auch die Literatur: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 51 页; 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 25 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 第 9 页; 周贤日 (Zhou, Xianri), 第 145 页.

Die neu formulierte Definition, die die dogmatisch kaum erklärbaren Einzelheiten aufgibt und einfach hinter sich lässt, könnte nach unserem Verständnis auch dafür sprechen, dass sich die Rechtsfähigkeit vielmehr auf die Außenbeziehungen der Rechtsgestaltungsformen bezieht.

---

299 Eine Auffassung vertritt, dass aus dem Wortlaut schon sprachlich darauf zu schließen ist, dass die Organisation anderer Art selber Träger der Rechte und Pflichten sein kann, obwohl es sich dabei um eine Teilfähigkeit handelt, da die Formulierung hier eine anerkannte Geschäftsfähigkeit besage, und für diese Rechtsfähigkeit unbedingt vorausgesetzt werde. Dazu siehe: 郭明瑞 (Guo, Mingrui), 第 51, 56 页; So auch: 王保树 (Wang, Baoshu), 第 9 页。③⁰⁰ Windbichler, Rn. 6。

4.1.3.3 Zusammenfassung

Wie gezeigt, sollte man die unbestimmte Rechtslage hinsichtlich der Rechtsfähigkeit einer Organisation anderer Art, die weder Mensch noch juristische Person ist, nur der konservativen Einstellung sowohl des Gesetzgebers als der

301 Die alte Fassung legt ebenfalls Wert auf den Auftritt der die Grundform des Verbands darstellenden zivilen Partnerschaft als Einheit nach außen, nicht auf ihre Innenverhältnisse, weil die Regelungen der zivilen Partnerschaft dort nicht als ein Abschnitt des Schuldverhältnisses wie im deutschen BGB, sondern als ein Abschnitt des Kapitels „Bürger (natürliche Person)“ positioniert werden. Zu dieser Ansicht siehe auch die Literatur: 贾桂茹 (Jia, Guiru), 杨丽 (Yang, Li), 薛荣革 (Xue, Rongge), 第 5、91、107 页。Darüber hinaus ist die rechtliche Gleichstellung aller drei Subjekte bereits im 1993 erlassenen Gesetz des wirtschaftlichen Vertrages gegeben (§ 2). Das dieses ersetzende Vertragsgesetz von 1999 bestätigt sie erneut (§ 2).

In unserem Zusammenhang sollte es jetzt feststehen, dass die Vor-GmbH irgendeine Rechtsnatur haben muss, sei es die eines Partnerschaftsunternehmens, sei es die einer Organisation anderer Art. Sie muss, sofern sie ein Handelsgewerbe betreibt, unproblematisch rechtsfähig sein. Dabei handelt es sich auch nicht um eine durch den Gründungszweck bedingte Teilrechtsfähigkeit, weil eine

302 So auch die Literatur: 冯果 (Feng, Guo), 第 71 页。
303 Es wird teilweise in der Literatur vertreten, dass die Vor-GmbH für alle gründungsnotwendigen Geschäftstätigkeiten rechtsfähig ist und insofern eine Teilrechtsfähigkeit genießt. Darüberhinausgehende Geschäfte sind nicht nichtig. Sie berechtigen und verpflichten entweder den Handelnden oder die später vollendete GmbH, je nachdem, in wessen Namen sie aufgenommen werden. Für den letzteren Fall ist keine Genehmigung der GmbH erforderlich. Dazu siehe: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 9 页。 Über diese Auffassung auch: 陈连军 (Chen, Lianjun), 王明明 (Wang, Mingming), 栾颖娜 (Luan, Yingna), 第 30 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 71 页; 雷兴虎 (Lei, Xinghu), 第 128 页; 刘乃忠 (Liu, Naizhong), 戴瑛 (Dai, Ying), 第 100 页; 王作全 (Wang, Zuoquan), 第 94 页; 王保树 (Wang, Baoshu), 何东宁 (He, Dongning), 第 148 页。
gesetzliche Beschränkung als solche nicht gegeben ist. Zu beachten ist nur: da das geltende Recht eine zivile Partnerschaft anders als ein Partnerschaftsunternehmen behandelt, muss eine Vor-GmbH, die kein Unternehmen trägt, auch in gleicher Weise benachteiligt werden. Für eine Qualifizierung der Vor-GmbH als unternehmenträgend soll das Vorbereitungsgeschäft genügen, wie z. B. Anmietung des Geschäftsraumes.

4.2 Vertretungsmacht und ihr Umfang

4.2.1 Anwendbarkeit des § 37 II GmbHG in Deutschland

Im deutschen Recht vertreten die Geschäftsführer die Vor-GmbH analog § 35 I gerichtlich und außergerichtlich. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, besteht bei mehreren Geschäftsführern analog § 35 II Gesamtvertretungsmacht. Nach Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ist hierfür die konkrete Bezeichnung der Vor-GmbH nicht erforderlich. Der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung nach gilt § 37 II im Gründungsstadium noch nicht. Ähnlich wie für die Geschäftsführungsbefugnis, ist eine unbeschränkte Vertretungsmacht erst dann gegeben, wenn sämtliche Gesellschafter ihr zugestimmt haben, nämlich durch Zweckerweiterung der Vorgesellschaft, oder wenn es um Bestands- und Werterhaltung eingebrachter Sacheinlagen, insbesondere Unternehmen, geht. Andernfalls ist die

304 BGH NJW 2008, 2441.
305 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 24; Wicke, Rn. 5.
306 BGH NJW 1998, 1645; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 7; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 18; Wicke, Rn. 5; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 68; Scholz/K. Schmidt, Rn. 69; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 89.
307 Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 19; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 19 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 63, 65; Roth/Altemeppen/Roth, Rn. 47; Wicke, Rn. 5; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25.
308 BGHZ 53, 210, 212; BGHZ 65, 378, 383; BGHZ 80, 129, 139.
309 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 27; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20; BGHZ 80, 129, 139; BGHZ 80, 183; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 17; Roth/Altemeppen/Roth, Rn. 47; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 87; Lutter, 1076.
310 BGHZ 80, 129, Ulmer/Habersack, Rn. 69; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 26; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20.
Vertretungsmacht auf die gründungsnötigen Geschäftesaufgaben beschränkt. Die Rechtsgeschäfte, die außerhalb der Vertretungsmacht vorgenommen werden, verpflichten die Vor-GmbH also nicht. Die Beschränkung ist vor allem in dem Haftungsrisiko der Gründer für die daraus entstandenen Verluste begründet. Zudem seien Dritte bereits durch die Handelndenhaftung nach § 11 II ausreichend geschützt.


Eine dritte Ansicht legt großen Wert auf den Schutz des Rechtsverkehrs, lehnt jedoch wie die herrschende Meinung eine Anwendung des § 37 II ab. Manche Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht sich aus allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ergeben könne, wenn die Vor-GmbH ein Handelsgewerbe betreibe oder nach Art und Umfang vergleichbar unternehmerisch tätig sei. Andere Autoren

311 BGHZ 80, 139; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 26; Baumbach/Hueck/Faschtrich, Rn. 20; Ulmer/Habersack, Rn. 68.
312 MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 66.
313 BGHZ 80, 139; Ulmer/Habersack, Rn. 68; Wicke, Rn. 5; Baumbach/Hueck/Fastrapich, Rn. 19, 20; MüKoGmbHHG/Merkt Rn. 63, 158; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25.
314 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 25; Ulmer/Habersack, Rn. 71; Baumbach/Hueck/Faschtrich, Rn. 19; Fleck, GmbHR 1983, 9.
316 Scholz/K. Schmidt Rn. 73.
318 Kießling, S. 256.
dagegen verneinen, dass die Vertretungsmacht nach Belieben der Gesellschafter im Umfang beliebig erweitert werden dürfe. Die Vertretungsmacht beschränke sich also wegen des Gründungszwecks der Vorgesellschaft auf gründungsnotwendige Geschäfte.

Bei Führungslosigkeit tritt Passivvertretung durch die Gesellschafter gemäß § 35 I und Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a III InsO ein. Darüber hinaus können Bevollmächtigte aufgrund der Prokura oder einer Vollmacht die Vor-GmbH vertreten, deren Erteilung aber der Vertretungsmacht der Geschäftsführer entsprechen müssen. Möglich ist auch der Abschluss der Rechtsgeschäfte für die zukünftige GmbH, zu dem eine ausdrückliche Vereinbarung benötigt wird. Die in diesem Fall namens der Vor-GmbH vorgenommenen Rechtsgeschäfte betreffen dann nur die später eingetragene GmbH.

4.2.2 Vertretung der Vor-GmbH durch den gesetzlichen Repräsentanten in China

4.2.2.1 Vorverlegung der Stellvertretung durch den gesetzlichen Repräsentanten


---

319 Ulmer/Habersack, Rn. 70.
320 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 20.
321 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 67; Scholz/K. Schmidt, Rn. 74.
322 BGHZ 72, 45, 48; Ulmer/Habersack, Rn. 74; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 69.
323 Scholz/K. Schmidt, Rn. 70; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 69.
324 Andere Auffassung: 王军 (Wang, Jun), 第 260 页.

4.2.2.2 Unbeschränkte Vertretungsmacht


325 Siehe das Urteil: 绍兴市中级人民法院（Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing），浙江省装饰工程有限责任公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰合同纠纷案。
An dieser geklärten Rechtslage ändert sich nichts, selbst wenn man von der Konzeption des Obersten Volksgerichts ausgeht, die eine Vor-GmbH als zivile Partnerschaft ansieht, und demgemäß die Vorschriften des Partnerschaftsunternehmensrechts zur analogen Anwendung heranzieht, da eine Beschränkung der Befugnisse der Partner, die Partnerschaft zu vertreten, nach § 37 PUnG und § 170 ATZ, ebenso wie bei einer GmbH, einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden darf. Eine gleiche Rechtsstellung hat wohl auch ein Nichtpartner, der nach § 31 Nr. 6 PUnG mit Zustimmung sämtlicher Partner zur Geschäftsführung bestellt wird, da er in Überschreitung seiner Befugnisse nach § 35 PUnG nur auf Ersatz gegenüber der Partnerschaft haftet. Das heißt, die Partnerschaft wird auch in diesem Fall berechtigt und verpflichtet.

Darüber hinaus überzeugt eine Begründung der Beschränkung der Vertretungsmacht mit dem Gründungszweck auch deshalb nicht, weil, wie erörtert, die Tätigkeiten einer Vor-GmbH nicht durch diesen beschränkt werden können. Ferner gibt es in China auch keine Handelndenhaftung im Sinn des § 11 II GmbHG, die dem Vertragspartner als Ausgleich einer beschränkten Vertretungsmacht hinreichenden Schutz gewähren könnte. Es steht also fest, dass es sich bei Stellvertretung einer Vor-GmbH um eine uneingeschränkte Vertretungsmacht handelt.

4.2.2.3 Problematik des Zurechnungsmechanismus im BeoVAGe III

Nach §§ 2, 3 BeoVAGe berechtigen und verpflichten ein namens der Vor-GmbH geschlossenes Geschäft grundsätzlich unmittelbar die Gesellschaft, während ein im Namen des Gründers vorgenommenes Geschäft noch von der Gesellschaft übernommen werden muss, damit die erwünschten Rechtsfolgen eintreten. Aus dieser rechtlichen Gestaltung ist damit zu rechnen, dass die Gründer lieber namens der Vor-GmbH handeln und das Risiko den Mitgesellschaftern auferlegen würden. Das heißt, anstelle des Handelnden müssen die übrigen Gründer die Beweislast erfüllen, um einen Regress für die Gesellschaft bzw. für sich selbst, im Innenverhältnis, zu fordern, falls ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt. Dies zieht das Oberste Volksgericht zwar in Erwägung und räumt der

---

326 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie


\(^{327}\) Zu dieser Problematik wird teilweise in der Literatur vorgeschlagen, dass die Frage prozessual zu behandeln ist. Das heißt, es ist, statt materielle Kriterien zu suchen, danach zu fragen, ob die fragliche einzelne Geschäftsaufnahme Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erhalten hat. Dazu siehe: 郭雳 (Guo, Li), 第 144 页。
Innenverhältnis zusteht. Eigentlich wird die Situation der Gesellschafter schon dadurch erleichtert, dass der Vorstand funktioniert und ihre Aufgaben hinsichtlich der Geschäftsführungsangelegenheiten wahrnimmt. Für die Ausübung der Organvertretungsmacht durch den gesetzlichen Repräsentanten soll die jeweils angegebene Bezeichnung dabei keine Rolle spielen. Zudem ist die Geschäftsaufnahme für die zukünftige GmbH mit gesonderter Vereinbarung möglich. Die vorgenommenen Rechtsgeschäfte betreffen dann nur die später registrierte GmbH.

5. Haftung der Vor-GmbH und der Gesellschafter

5.1 Haftung der Vor-GmbH

5.1.1 Haftung der Vor-GmbH in Deutschland

Die Vor-GmbH haftet in Deutschland wie die spätere GmbH mit dem Gesellschaftsvermögen für ihre Verbindlichkeiten. Für das Verschulden ihrer Organe haftet sie in analoger Anwendung des § 31 BGB. Auch das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Sonderrechtsverhältnissen gemäß § 278 BGB sowie ihrer Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB wird ihr zugerechnet.

5.1.2 Haftung der Vor-GmbH in China

Für Rechnung der errichteten GmbH könnten die Gesellschafter im Gründungsstadium entweder im Namen der Vorgesellschaft bzw. der fertigen GmbH oder im eigenen Namen handeln (§§ 2, 3 BeoVAGe III). Im letzteren Fall muss die GmbH noch konkludent oder ausdrücklich die Geschäfte übernehmen, um sich zu berechtigen und zu verpflichten (§ 2 II BeoVAGe III). Nach der herrschenden

---

328 Raiser/ Veil, Rn. 110.
329 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 39, 96; Henssler/Strohn, Rn. 28; NJW-RR 1989, 637; Scholz/K. Schmidt, Rn. 77; Michalski/Funke, Rn. 64; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 26; Ulmer/Habersack, Rn. 85; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 105; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 22; Beuthien, BB 1996, 1337 f.; Raiser/Veil, Rn. 110.
330 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 39; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, Rn. 77; Auch Beuthien, BB 1996, 1337, 1339.
Meinung\textsuperscript{331} steht unter diesen Umständen dem Vertragspartner ein Wahlrecht zu. Er kann seine aus einem getätigten Geschäft resultierenden Ansprüche entweder gegenüber der registrierten GmbH oder dem handelnden Gründer geltend machen. Das Gründungsstadium wird, wie erwähnt, in den Justizbestimmungen nicht geregelt. Jedoch sollen die genannten Regeln, in einer weiten Auslegung, vorverlegt auch für die Vor-GmbH gelten\textsuperscript{332}.

Lieg bei der GmbH-Errichtung eine Delikthandlung eines Gesellschafters vor, so geht die ausgelöste Haftung auf die GmbH über, falls die Registrierung erfolgt. Andernfalls haften alle Gründer (§ 5 I BeoVAGe III). Regressansprüche haben die Mitgesellschafter, die kein Verschulden vertreten, nur im Innenverhältnis (§ 5 II BeoVAGe III). Diese Regelungen sind dahin zu verstehen, dass bereits die Vor-GmbH haftet. Ansonsten würde bei diesem Übergang der Vorhaftungsträger fehlen.

5.2 Haftung der Gesellschafter

5.2.1 Verlustdeckungshaftung vor Eintragung der Gesellschaft in Deutschland

5.2.1.1 Umfang der Verlustdeckungshaftung

Mit Verlustdeckungshaftung ist gemeint, dass die Gesellschafter für alle Unterbilanz auslösenden Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft bis zu ihrer Eintragung in

\textsuperscript{331} Eine Gegenauffassung geht davon aus, dass der Handelnde nach der Vertragsübernahme der Gesellschaft immer noch als Gesamtschuldner zur Leistung zur Verfügung steht. Dabei besteht also kein Wahlrecht. Dazu siehe das Urteil: 北京市第一中级人民法院 (Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking), 闫林诉权金城特许经营纠纷案; auch die Literatur: 何侃 (He, Kan), 第 38 页. Dem ist nicht zu folgen, da diese Auffassung der Justizbegründung eindeutig zuwiderläuft. Dazu siehe: 奚晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 35 页; auch die Literatur: 江必新 (Jiang, Bixin), 何东宁 (He, Dongning), 第 7 页; 冯果 (Feng, Guo), 第 73 页; 石金平 (Shi, Jinping), 第 69 页.

\textsuperscript{332} So auch das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案. Demnach haftet die Gesellschaft bereits vor der Registrierung.

5.2.1.2 Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung

Ob Geltendmachung der Verlustdeckungshaftung das Scheitern der Eintragung voraussetzt, ist umstritten. Während das Grundsatzurteil des BGH dies bejaht und teilweise Zustimmung in der Literatur gefunden hat, vertritt die Gegenauffassung eine kontinuierliche Ausgleichspflicht der Gesellschafter, wonach dieser Anspruch jederzeit durch pfändende Gläubiger geltend gemacht werden kann, sofern Verluste wegen Geschäftsaufnahme entstehen. Für die erste Ansicht spricht die Schwierigkeit bei der Feststellung der Verlusthöhe vor dem Scheitern der Eintragung und das erhebliche Prozessrisiko, da die Verlusthöhe

333 BGHZ 134, 333, 339 ff.; BGHZ 149, 273, 274.
334 BGHZ 65, 378, 381 f.; BGHZ 72, 45, 47.
336 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25.
337 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25; Henssler/Strohm/Schäfer, Rn. 31.
338 Scholz/K. Schmidt, Rn. 95; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.
340 BGHZ 134, 333, 341; Meister, 549.
341 Monheimius, 387; Michalski/Funke, Rn. 66.
342 Ulmer/Habersack, Rn. 121; Ulmer, ZIP 1996, 733, 738; Michalski/Funke, Rn. 69; Außenhaftung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 95; Zöller, 1410.
343 Gummert, DStR 1997, 1007, 1010; Monheimius, 387.

Eine vermittelnde Ansicht berücksichtigt alle relevanten Faktoren und unterscheidet also zwischen Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs aus Verlustdeckungshaftung. Demnach entsteht dieser bereits mit dem eingetretenen Verlust, wird aber erst mit dem Scheitern der Eintragung fällig. Praktische Probleme und dogmatische Probleme sind mit dieser Deutungsweise bewältigt.

5.2.1.3 Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung mit Ausnahmen

Verlustdeckungshaftung als Innenhaftung besagt, dass die Gründer nicht dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sind, sondern nur gegenüber der Vor-GmbH haften. Dieses Modell begründet der BGH mit systematischen Erwägungen, etwa damit, dass der Unversehrtheitsgrundsatz nicht nur im Zeitpunkt der Eintragung, sondern auch während des gesamten Gründungsstadiums sichergestellt sein muss. Dadurch wird eine zum Ausgleich entstandener Verluste fortlaufende Pflicht der Gesellschafter geschaffen. Für eine Innenhaftung spreche auch, dass ein Wettlauf der Gläubiger bei Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschafter vermieden und eine gleichmäßige

----

344 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.
345 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.
346 Scholz/K. Schmidt, Rn. 89.
347 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.
348 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 89.
349 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 26.
350 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 75.
351 Dauner-Lieb, 82, 89 f.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 89; Schütz, 733.
Befriedigung erzielt wird\textsuperscript{352}. Darüber hinaus sei es für Gesellschafter als Kapitalanleger, die sich nur geringfügig beteiligen, unzumutbar, dass stets von Gläubigern gegen sie vorgegangen werde\textsuperscript{353}, insbesondere nicht wegen einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung\textsuperscript{354}.

Es steht der Binnenhaftung als Regelfall aber nicht entgegen, dass den Gläubigern, aufgrund einiger in der Literatur und Rechtsprechung anerkannter Fallgruppen, ausnahmsweise durch zugelassene Außenhaftung ermöglicht wird, unmittelbar auf das Privatvermögen der Gesellschafter zuzugreifen, wenn im Einzelfall eine vorherige Inanspruchnahme der Vor-GmbH durch Innenhaftung aussichtslos oder für die Gläubiger unzumutbar ist. Dies hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung als Möglichkeit eingeräumt\textsuperscript{355}.

Als der erste Ausnahmefall ist die unechte Vorgesellschaft\textsuperscript{356} zu nennen. Jedoch bildet sie eigentlich keine Ausnahme vom Binnenhaftungsmodell, sondern von der Vorgesellschaft, da sie schon keine Vorgesellschaft mehr ist\textsuperscript{357}. Um eine Außenhaftung zu vermeiden, muss die Vor-GmbH nach dem Scheitern der Gründung die Geschäftstätigkeit einstellen und umgehend gemäß §§ 60 ff. liquidieren\textsuperscript{358}.

Die Außenhaftung kommt auch zur Anwendung, wenn es sich dabei um eine Einpersonen-Vor-GmbH\textsuperscript{359} handelt. Die Gläubiger müssen in diesem Fall nicht den Umweg über das Binnenhaftungsmodell gehen\textsuperscript{360}, weil der einzige Gesellschafter

\textsuperscript{352}BGHZ 134, 333, 340; Goette, DStR 1996, 517, 519; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29; Kort, ZIP 1996, 109, 114; Lutter, 1077; MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 75.

\textsuperscript{353}MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 75, 79.

\textsuperscript{354}Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29.

\textsuperscript{355}MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 80.

\textsuperscript{356}BGHZ 152, 290; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Theobald, S. 50 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 28, 81.

\textsuperscript{357}MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 81.

\textsuperscript{358}MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 177; Peetz, 935; Drygala, ZIP 2002, 2311, 2313.

\textsuperscript{359}BGHZ 134, 333, 341; Lutter, 1073, 1077; Ulmer, ZIP 1996, 733, 737; Ulmer/Habersack, Rn. 84; Wiegand, 1069.

\textsuperscript{360}Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; Gummert, DStR 1997, 1007, 1010; MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 82.
ohnehin allein und vollumfänglich für alle Verluste haftet\textsuperscript{361}. Als weitere Argumentation ist von der Sonderstellung des Einzelgesellschafters abzuleiten, dass die Gläubiger in diesem Fall schutzwürdiger\textsuperscript{362} sind, weil der Gesellschafter keiner Kontrolle durch Mitgesellschafter unterliegt und die Inanspruchnahme seines Privatvermögens dadurch leicht vermeiden kann, dass er selber als Geschäftsführer oder durch alleiniges Weisungsrecht die von Gläubigern geltend gemachte Haftungsfordernis gegenüber einem Fremdgeschäftsführer aus Gesellschaftsvermögen ausgleicht\textsuperscript{363}. Seine Haftung als Handelnder im Sinn des § 11 II bleibt unberührt\textsuperscript{364}.

Gibt es nur einen Gläubiger der Vor-GmbH\textsuperscript{365}, ist eine persönliche Innenhaftung der Gesellschafter ebenfalls ausgeschlossen, weil deren Zweck, den möglichen Wettlauf der Gläubiger zu verhindern und ihre gerechte Befriedigung zu sichern, entfällt. Diese Ausnahme ist allerdings nicht praktikabel, weil der Gläubiger normalerweise keine Kenntnis davon hat, dass er der einzige Gläubiger der Vor-GmbH ist\textsuperscript{366}. Um ein erhöhtes Prozessrisiko zu vermeiden, verklagt er für alle Fälle zuerst die Gesellschaft.

Eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter ist auch zugelassen bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH\textsuperscript{367}. Das beruht auf der Prozessökonomie\textsuperscript{368}. Jedoch verschärft sich in diesem Fall das Risiko des Gläubigerwettlaufs\textsuperscript{369}. Um diesen zu vermeiden, ist eine bloße Innenhaftung anzunehmen\textsuperscript{370}. Fraglich ist, wann Vermögenslosigkeit vorliegt. In der Rechtsprechung wird eine Vor-GmbH für vermögenslos gehalten, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen

\textsuperscript{361} Ulmer/Habersack, Rn. 84; Drygala, Jura 2003, 433, 440; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.
\textsuperscript{362} Ulmer/Habersack, Rn. 84; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.
\textsuperscript{363} Ulmer/Habersack, Rn. 84.
\textsuperscript{364} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 82.
\textsuperscript{365} BGHZ 134, 333, 341; Lutter, 1073, 1077; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 83; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27.
\textsuperscript{366} Cebulla, 976; Drygala, Jura 2003, 433, 440.
\textsuperscript{367} BAG Urt. 10 AZR 165/98; BAG Urt. 10 AZR 908/94; BFH Urt. VII R 82/97; BSG NJW-RR 2000, 1125; Lutter, 1073, 1077.
\textsuperscript{368} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 34;
\textsuperscript{369} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.
\textsuperscript{370} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.
Massenmangel abgelehnt wird\(^{371}\), oder nach Eröffnung wegen Massenunzulänglichkeit eingestellt worden ist\(^{372}\) und der Insolvenzverwalter die Durchgriffsansprüche auch nicht durchsetzt\(^{373}\). Kritisiert wird diese Auffassung wegen der in diesem Fall der Gesellschaft noch zustehenden Verlustdeckungsansprüche\(^{374}\). Als Lösung dieser Frage sollen solche Ansprüche außer Betracht gelassen werden\(^{375}\), da eine Inanspruchnahme der vermögenslosen Vor-GmbH unzumutbar ist. Manche schlagen sogar vor, bei Geschäftsführungslosigkeit einer Vor-GmbH deren Vermögenslosigkeit anzunehmen. Dem ist nicht zu folgen, weil aus dem Fehlen des Geschäftsführers nicht auf diese zu schließen ist und eine voreilige Inanspruchnahme der Gesellschafter zur Folge haben könnte\(^{376}\). Im Übrigen wird die Gesellschaft bei der Geschäftsführungslosigkeit passiv durch Gesellschafter vertreten.

Zu beachten ist noch, dass die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter nicht aus personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen resultiert. Sie stellt keine eigenständige Außenhaftung, sondern nur eine Ausnahme\(^{377}\) vom Binnenhaftungsmodell dar. Deshalb handelt es sich dabei nur um eine anteilige Haftung und keine Gesamtschuld der Gesellschafter\(^{378}\).

### 5.2.1.4 Problematik der Innenhaftung

\(^{371}\) BAG NJW 1997, 3331; BFH NJW 1998, 2926; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.
\(^{372}\) BAG Urt. 10 AZR 165/98; BAG Urt. 10 AZR 238/05; BAG ZIP 1997, 1544; BFH DStR 1998, 1129.
\(^{373}\) BAG Urt. 10 AZR 238/05.
\(^{375}\) Wiegand, 1065, 1069; Ulmer/Habersack, Rn. 83; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84; Gummert, DStR 1997, 1010; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27.
\(^{376}\) Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.
\(^{377}\) Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 84.
\(^{378}\) BAG Urt. 10 AZR 165/98; BAG ZIP 1997, 1544; BFH DStR 1998, 1129; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 27; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 38; MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 85; andere Auffassung: BAG Urt. 9 AZR 483/96; Altmeppe, 3275.; Scholz/K. Schmidt, Rn. 95.

Trotzdem ist nicht zu übersehen: bei der Wahl zwischen Binnen- und Außenhaftungsmodell handelt es sich vor allem um die Form der Abwicklung der...

⁷⁹ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 79; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 29; Cebulla, 975; Dauner-Lieb, 91; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Lutter, 1073, 1076 f.; Schütz, 727, 732; Scholz/K. Schmidt, Rn. 86 f.; Lieb, S. 399, 414 f.; Roweder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 96 f.; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 49; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Ulmer, ZIP 1996, 733.
⁸⁰ BAG NJW 1996, 3165.
⁸¹ BSG ZIP 2000, 494, 496.
⁸² BFH NJW 1998, 2926.
⁸³ Dauner-Lieb, 87 ff.; Schütz, 727, 732 ff.; Roweder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 94.
⁸⁴ Scholz/K. Schmidt, Rn. 91 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 22; Kleindiek, ZGR, 1997, 427, 436 ff.; Roth/Altmeppen/Roth, Rn. 55; Michalski/Funke, Rn. 67; Roweder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97 ff.; Zöllner, FS Wiedemann, 2002, 1383, 1405 ff.; Beuthien, Zur Haftung der Vorgenossenschaft, WM 2002, 2261, 2262; Raiser/Veil, Rn. 124 ff.; Altmeppen, 3272 ff.; Flume, DB 1998, 48 ff..
⁸⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 28.
⁸⁶ Roweder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76; über das Prinzip der Innenhaftung: Hartmann, 66, 71; Ulmer, ZIP 1996, 733, 738; Schütz, 732.
⁸⁷ Kleindiek, 437; Roweder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 97; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76.
⁸⁸ MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 28.

5.2.1.5 Ausfallhaftung

Bei der persönlichen Innenhaftung der Gesellschafter handelt es sich um eine anteilige Verpflichtung. Scheitert die Vollstreckung gegen einzelne Gesellschafter, dann haften die Übrigen, die vorzeitiger Geschäftsaufnahme zugestimmt haben müssen, analog § 24 für den Ausfall.

5.2.2 Gründerhaftung als besonders auszugestaltende Außenhaftung in China

5.2.2.1 Gründerhaftung bei gescheiterter GmbH-Errichtung

5.2.2.1.1 Umfang der Gründerhaftung

389 Schmidt, ZHR 156, (1992), 93, 115; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 76.
390 Scholz/K. Schmidt, Rn. 91; Rowedder/Schmidt-Leitchof/Schmidt-Leitchof, Rn. 98.
391 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 86.
392 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 78; Scholz/K. Schmidt, Rn. 91; Rowedder/Schmidt-Leitchof/Schmidt-Leitchof, Rn. 98.
393 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 78; Scholz/K. Schmidt, Rn. 91.
394 Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 31; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25.
In den Justizbestimmungen wird eine unbeschränkte Gründerhaftung für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorgeschrieben, falls die GmbH-Errichtung scheitert (§§ 4, 5 BeoVAGe III). Dazu gehören die Pflichten aus Geschäften (§§ 2, 3 BeoVAGe III), die der gesetzliche Repräsentant vorgenommen hat oder die durch Übernahme auf die Gesellschaft übergegangen sind, und gesetzliche Verbindlichkeiten wegen Delikthaftung (§ 5 BeoVAGe III) sowie sonst entstandener Gebühren (§ 4 BeoVAGe III). Ausgeschlossen davon sind jedoch die Altschulden des als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, deren Übernahmen keine erforderliche Zustimmung der Gläubiger gemäß §§ 6, 7 BeoVUmEiUn erhalten haben. Da der Beginn des Handelsgewerbes, wie oben vorgeschlagen, von der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter abhängen soll, sind diejenigen von ihnen, die keine Zustimmung ausdrücklich oder konkludent erteilt haben, von der Haftung aus vorzeitiger Geschäftsaufnahme befreit. Nach analoger Anwendung des § 44 II PUnG haftet ein neu eingetreterener Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Altverbindlichkeiten.

5.2.2.1.2 Die Gründerhaftung als Außenhaftung


---

395 奚晓明（Xi, Xiaoming），最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用（ Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen），第91页。
entspricht diese Ansicht auch einer eigenständigen gesamtschuldnerischen Haftung im Sinn des § 87 AGZ sowie des § 178 I ATZ im allgemeinen.

5.2.2.2 Fortbildung der Gründerhaftung im Gründungsstadium

5.2.2.2.1 Unbeschränkte Gründerhaftung vor Registrierung


5.2.2.2.2 Nachrangige Außenhaftung der Gründer
Dagegen wird von uns ein besonderes Außenhaftungsmodell vertreten\textsuperscript{396}. Damit ist gemeint, dass die Vor-GmbH die Gläubiger zuerst mit eigenem Vermögen befriedigen soll, bevor ein Zugriff auf das Privatvermögen aller Gesellschafter als Gesamtschuldner gestattet wird. Diese Auffassung wird das Oberste Volksgericht wohl auch nicht zurückweisen, da in seinem Grundurteil von 2005\textsuperscript{397} so entschieden wird, dass die als Prozesspartei auftretende „Gesellschaft in Gründung“ zum Ausgleich ihrer Schulden verpflichtet ist. Ob ihre Gesellschafter mithaften sollen, wird überhaupt nicht erwähnt.

Für eine Außenhaftung spricht vor allem die Tatsache, dass die Gesellschafter der Vor-GmbH als Kapitalanleger nicht damit rechnen, dass gegen sie ständig von Gläubigern vorgegangen werden könnte. Sonst hätten sie zum Betrieb des Handelsgewerbes nicht die GmbH als Handelsgesellschaftsform gewählt.

Hinzu kommen noch die systematischen Erwägungen, die sich auf die Besonderheiten des chinesischen Rechts stützen, da im chinesischen Handelsrecht die hier vorgeschlagene Außenhaftung die Grundform der Verbandsmitgliederhaftung darstellt, nicht die gesamtschuldnerische Haftung im eigentlichen Sinn des § 87 AGZ sowie des § 178 ATZ. Das Partnerschaftsunternehmensgesetz schreibt zwar vor, dass die gewöhnlichen Partner entweder gemäß § 2 II PUnG (Gewöhnliche Partnerschaftsunternehmen) oder gemäß §§ 2 III, 83, 84 PUnG (Beschränkte Partnerschaftsunternehmen) gesamtschuldnerisch haften, dass die Gläubiger des Partnerschaftsunternehmens sie aber nicht direkt in Anspruch nehmen dürfen. Stattdessen muss ein Umweg über das Unternehmen gegangen werden, sofern das Partnerschaftsunternehmen noch über Vermögen verfügt. Das heißt, diese Partnerhaftung ist nicht primär und unmittelbar. Die Partner haben also eine Einrede wie bei einer Bürgschaft. Wenn die Verbindlichkeiten des Partnerschaftsunternehmens nicht auszugleichen sind, haften die Partner erst untereinander als Gesamtschuldner nach § 39 PUnG. Demnach

\textsuperscript{396} Eine andere Auffassung vertritt zwar auch eine nachrangig stehende Gründerhaftung, meint aber, die Mitgesellschafter hafteten nur bis zur Höhe ihrer ausstehenden Einlagen. Für die nicht ausgeglichenen Verbindlichkeiten haftet dann der Handelnde unbeschränkt. Dazu siehe: 吴越，第 40 页。

\textsuperscript{397} Siehe das Urteil: 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht)，福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案。
haftet jeder nicht anteilmäßig, sondern für alle nicht ausgeglichenen Schulden und

darf nicht auf die Mitpartner verweisen. Einen Regress kann er im Innenverhältnis
nehmen (§ 40, § 33 I PUnG). Auf jeden Fall ist eine unternehmenstragende
Vor-GmbH offensichtlich unabhängiger von den Mitgliedern als ein
Partnerschaftsunternehmen. Man muss also auch ein entsprechend konzipiertes
Haftungsmodell für sie gelten lassen. Dabei handelt es sich nicht um eine rein
prozessuale Frage, auf die man die Auswahl der Haftungsform reduzieren darf, da

eine Benachteiligung der Vor-GmbH in diesem Punkt offensichtlich gegen die
Systematik des geltenden Rechts verstoßen würde. Wenn man die Besonderheiten
der Vor-GmbH beachtet und eine Gründerhaftung für sie ausgestaltet, ist den
Gründern das durch ein solches Außenhaftungsmodell erreichte Privileg
einzuräumen, damit die Mindestanforderung an eine widerspruchsfreie
Rechtsdogmatik erfüllt wird.

Darüber hinaus lässt sich eine Verneinung der Haftungsbeschränkung nicht mit
der Begründung rechtfertigen, dass eine Registrierung der Gesellschaft weder als
GmbH noch als Partnerschaftsunternehmen erfolgt. Denn einerseits bejaht die hier
vertretene Sonderaußenhaftung doch die vollständige Befriedigung der Gläubiger.
Und andererseits genießen die Gründer einer GmbH in China viel mehr
Vertragsfreiheit als in Deutschland hinsichtlich der Verschiedenheiten in den
Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Rechts. Man sollte also die zu
vollziehende Überprüfung bei der Registrierungsbehörde nicht so aufwerten, dass
die Vor-GmbH benachteiligt werden darf. Zudem kommt eine Registrierung als
Partnerschaftsunternehmen wiederum wegen Unzweckmäßigkeit nicht in Betracht.
Als dogmatische Voraussetzung für die hier vorgeschlagene Außenhaftung ist es
erneut notwendig, die deutsche Deutungsweise einzuführen, die zwischen
Entstehung und Fälligkeit der Gesellschafterhaftung unterscheidet. Das heißt, die
Haftung wird grundsätzlich erst fällig, wenn die GmbH-Errichtung scheitert. Dies
entsprüicht auch der durch BeoVAGE III bestimmten Rechtslage. Jedoch entsteht die
Haftung hier nicht mit dem eingetretenen Verlust der Gesellschaft wie im
deutschen Recht. Denn die hier konzipierte Gründerhaftung ist keine
Verlustdeckungshaftung im Sinn des deutschen Rechts, die sich mit einer mit der
Gesellschaftseintragung an ihre Stelle tretenden Vorbelastungshaftung verbindet,
sondern wird aus den Grundsätzen der Außenhaftung im eigentlichen Sinn
abgeleitet und ist allein darauf gerichtet, dass die Gläubiger völlig befriedigt werden können. Insofern sollte die Gründerhaftung immer noch auf einer Außenhaftung beruhen. Das heißt, sie entsteht schon mit dem Beginn der Geschäftsaufnahme der Vor-GmbH und setzt in Rücksicht auf ihre Akzessorietät nur das Bestehen der Haftung der Gesellschaft voraus.

5.2.2.2.3 Unmittelbare Außenhaftung der Gründer als Ausnahme


5.2.2.2.4 Keine Ausfallhaftung
Bei der persönlichen Haftung der Gesellschafter handelt sich um keine anteilsmäßige Außenhaftung, sondern im Wesentlichen um eine gesamtschuldnerische Haftung. Es ist also den Gläubigern überlassen, ob oder gegenüber welchen Gesellschaftern sie die Ansprüche geltend machen. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, die Leistung völlig zu bewirken, und nimmt erst danach den Regress im Innenverhältnis.

5.3 Unechte Vor-GmbH

5.3.1 Unechte Vor-GmbH in Deutschland

Eine unechte Vor-GmbH liegt vor, wenn die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag zwar abgeschlossen, die Eintragung aber niemals beabsichtigt haben, oder wenn sie den Geschäftsbetrieb fortsetzen, statt die Abwicklung zu betreiben, obwohl die Eintragungsabsicht nachträglich weggefallen ist oder die Eintragung gescheitert ist. Nach der herrschenden Meinung sind die Regeln über Verlustdeckungshaftung nicht auf sie anwendbar, da ohne ernsthafte Gründungsabsicht nur eine GbR oder eine OHG entsteht, oder sich eine Vor-GmbH mit dem Zeitpunkt des Wegfalls der Eintragungsabsicht in diese umwandelt, je nachdem, ob bereits ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 II HGB betrieben wird.
(OHG) oder nicht (GbR). Für beide Fälle kommt der § 128 HGB unmittelbar oder analog zur Anwendung\textsuperscript{403}. Genauer gesagt, wird es sich dabei nicht um eine bloß anteilige Haftung handeln, sondern nach der herrschenden Meinung um eine unbeschränkte Gesamtschuld der Gesellschafter nach außen. Nach der Rechtsprechung des BGH zählen zu den Verbindlichkeiten nicht nur die nach der Aufgabe der Eintragungsabsicht entstandenen Schulden, sondern auch die begründeten\textsuperscript{404} oder gemäß §§ 25, 28 HGB übergegangenen\textsuperscript{405} Altschulden aus der Zeit davor. Die angewandte Außenhaftung hat nämlich eine Rückwirkung. Zudem erstreckt sie sich nach § 160 HGB und § 130 HGB auch auf Gesellschafter, die nach dem Entstehen der unechten Vorgesellschaft ausscheiden\textsuperscript{406} oder eintreten\textsuperscript{407}. Für die vor der Umwandlung in eine unechte Vorgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter kommt dagegen nur die Verlustdeckungshaftung im Innenverhältnis in Betracht\textsuperscript{408}.

In der Praxis ist die Aufgabe der Eintragungsabsicht im Einzelfall schwer nachweisbar\textsuperscript{409}, weil es auf das subjektive Element des Gründerwillens ankommt\textsuperscript{410}. Für den BGH bildeten diese Schwierigkeit sowie das Bedenken des Gläubigerwettlaufs einst die Gründe, die Innenhaftung auch bei unechten Vorgesellschaften, die sich zu einem späteren Zeitpunkt umwandeln, zu befürworten\textsuperscript{411}. Diese Ansicht wurde in seiner späteren Revisionsentscheidung\textsuperscript{412} aufgegeben, da die durch die Innenhaftung erreichte Privilegierung derartiger Gesellschaften dogmatisch nicht gerechtfertigt werden kann. Sie sollten nicht anders als unechte Gesellschaften, bei denen von Anfang an keine Eintragung

\textsuperscript{403} Scholz/K. Schmidt, Rn. 99; Ulmer/Habersack, Rn. 28; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; Theobald, S. 50 f.; Kort, 109, 111; Monhemius, 384, 391; Wiegand, 1065, 1070; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 95, 178; Wicke, Rn. 11; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 38, 40.

\textsuperscript{404} BGHZ 152, 290, 294; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 24; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; Wiegand, 1070.

\textsuperscript{405} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 178.

\textsuperscript{406} MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 178.

\textsuperscript{407} MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 178.

\textsuperscript{408} MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 178.

\textsuperscript{409} MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 178.

\textsuperscript{410} MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 176.

\textsuperscript{411} BGHZ 134, 333, 341; MüKoGmbHHG/Merkt, Rn. 174; Schmidt, GmbHR 2001, 27 ff..  

\textsuperscript{412} BGHZ 152, 290.
beabsichtigt wird und die Gesellschafter nach personengesellschaftsrechtlichen
Grundsätzen haften, behandelt werden\footnote{BGHZ 22, 240 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 33; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 175; Ulmer/Habersack, Rn. 27; Scholz/K. Schmidt, Rn. 162 f.; BGHZ 152, 290, 154 f.}. Eine Gesellschaftsform würde auch dann
geschaffen, wenn sie den Charakter als eine werdende juristische Person verliert\footnote{MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 175; BGHZ 152, 290.}.

Dementsprechend hat der BGH hinsichtlich jener Beweisschwierigkeit
bestimmte objektive Kriterien entwickelt. Indizien für ein Nichtvorhandensein der
Eintragungsabsicht könnten sein, dass bereits die Stellung des Eintragungsantrages
unterbleibt\footnote{Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 39; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 32.}, dass den Beanstandungen des Registergerichts bei der Eintragung
nicht abgeholfen wird\footnote{BGHZ 152, 290; Scholz/K. Schmidt, Rn. 159, 162; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 39; Ulmer/Habersack, Rn. 27; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176.}, dass ein Gesellschafterbeschluss über die Auflösung der
Gesellschaft vorliegt\footnote{BAG Urt. 9 AZR 483/96.}, oder dass ein Insolvenzantrag vom Geschäftsführer gestellt
wird\footnote{BAG Urt. 10 AZR 165/98.}. Die lange Dauer des Eintragungsverfahrens alleine genügt nicht\footnote{BGHZ 152, 290, 296.}. Bei
näherer Betrachtung der Indizien stellt man fest, dass es sich nicht um eine
endgültige Aufgabe der Eintragungs- oder Abwicklungsabsicht handeln muss,
sondern nur um eine entscheidende Vernachlässigung der Eintragung oder
Abwicklung handeln kann\footnote{Scholz/K. Schmidt, Rn. 162; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 176; Fleck, GmbHR 1983, 5, 15.}.

5.3.2 Rezeption der Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH im
chinesischen Recht

Wie erwähnt unterscheidet die chinesische Rechtsprechung nicht zwischen echter
und unechter Vor-GmbH. Dieser Umstand schließt aber eine Rezeption der
Rechtsfigur der unechten Vor-GmbH nicht aus. Sie bedarf nur der Begründung. Die
Frage ist meines Erachtens in zweierlei Hinsichten zu sehen. Zum einen geht es um
die praktische Seite hinsichtlich der Rechtsfolgen. Im deutschen Recht führt der


Außerdem wäre es sicherlich bedeutsam, die vom BGH entwickelten objektiven Kriterien hinsichtlich der Frage, ob die Absicht zur GmbH-Errichtung aufgegeben worden ist, ebenfalls zu übernehmen, da auch bei uns die Beweisschwierigkeiten existieren würden.
6. Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH

6.1 Volliger Übergang mit Vorbelaustungshaftung in Deutschland

6.1.1 Volliger Übergang ohne Übertragungsakt


Der reibungslose Übergang betrifft nicht nur Vermögenswerte, sondern auch alle anderen Rechte und Verbindlichkeiten, die durch Rechtsgeschäfte begründet wurden. Darunter wird beim Eigentum am Grundstück eine Berichtigung des Grundbuchs genügen. Hierbei fällt also keine Grunderwerbsteuer an. Laufende

---

421 Feine, S. 201 ff.; F. Scholz, GmbHR 1956, 3, 4; Dilcher, 89, 92 ff; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152 ff., 26; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 135; Weimar, 289, 291; Büttner, 130 ff.; Rittner, 325 ff.
422 BGH ZR 31/81; Ulmer/Habersack, Rn. 87 ff.; Ulmer, FS Ballerstedt, 1975, 279, 300; Binz, 74 f., Fn. 193; Hüffer, 161, 167; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 58.
423 Ulmer/Habersack, Rn. 89; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 58.
424 Ulmer/Habersack, Rn. 90; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 56; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.
425 BGHZ 80, 129; BGH ZR 31/81; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 90; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 56; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.
426 Ulmer/Habersack, Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 80; Scholz/K. Schmidt Rn. 41; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 14; MüKoGmbHG/Merkt Rn. 53.
Prozesse werden von der GmbH durch Berichtigung der Parteibezeichnung statt Parteiwechsel fortgesetzt, ohne unterbrochen werden zu müssen. Die gegen die Vor-GmbH ergangenen Urteile sowie Vollstreckungstitel gelten ohne weiteres weiter.

6.1.2 Vorbelastungshaftung


Als Zeitpunkt, in dem die Vorbelastungshaftung eingreift, sieht eine Gegenauflage eine eintragungsfreie Anmeldung an. Eine solche Vorverlegung wird damit begründet, dass die GmbH nicht erst mit der Eintragung

---

427 BFHE 64, 74; Ulmer/Habersack, Rn. 158; Scholz/K. Schmidt, Rn. 152; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.
428 Ulmer/Habersack, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 156; MüKoGmbHG/Merkt, Rn.151.
429 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 151.
430 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 154.
431 BGHZ 80, 129, 141; BGH II ZR 115/81; Ulmer/Habersack, Rn. 112; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 165.
432 Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 25; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 31; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 159; Gummert, DStR 1997, 1009.
entstehe, sondern mit der Vor-GmbH identisch sei. Da diese Ansicht schon dem Wortlaut des § 11 I zuwiderläuft, stößt sie auf Widerstand.

6.1.2.1 Feststellung der Unterbilanz


Fraglich ist, welche Verluste nicht zu dem Differenzbetrag zählen. Nach der herrschenden Meinung soll jede wertmäßige Differenz ungeachtet ihres

435 Scholz/K. Schmidt, Rn. 141.
436 Ulmer/Habersack, Rn. 104; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 159.
437 BGHZ 165, 391, 401; BGH II ZR 115/81; Gehrlein, BB 2006, 910; Goette, DStR 2006, 715; Luttermann/Lingl, NZG 2006, 455; Weitemeyer, NZG 2006, 648; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; Ulmer/Habersack, Rn. 105; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28.
438 BGH II ZR 115/81; Ulmer/Habersack, Rn. 105; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 42.
439 BGHZ 165, 391, 396; BGHZ 124, 282, 286; BGHZ 140, 35, 38; Priester, ZIP 1982, 1141, 1142; Schulze-Osterloh, 535; Ulmer/Habersack, Rn. 108; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.
440 Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161; eine andere Auffassung bei Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 47 ff..
441 BGHZ 80, 129, 141; BGHZ 124, 282, 283; Scholz/K. Schmidt, Rn. 143; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 48; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 161, 165.
442 Ulmer/Habersack, Rn. 112; Michalski/Funke, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 165.
Entstehungsgrundes ausgeglichen werden\textsuperscript{443}. Ausgeschlossen sind nur die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Gründungskosten\textsuperscript{444}.

Wenn vor Eintragung bereits eine als Unternehmen anzusehende Organisationseinheit entstanden ist, die einen eigenen Vermögenswert hat, dann ist sie mit dem Firmenwert nach Ertragswert des gesamten Unternehmens als Ganzes zu bewerten\textsuperscript{445}. Ansonsten werden die Aktiva im Zeitpunkt der Eintragung nach Fortführungswnerten\textsuperscript{446} oder Veräußerungswerten\textsuperscript{447} bewertet, je nachdem, ob die Gesellschaft noch fortzuführen oder schon überschuldet ist.

\textbf{6.1.2.2 Verjährung der Ansprüche und Beseitigung der Unterbilanz}

Der Ausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter verjährt analog § 9 II\textsuperscript{448} in zehn Jahren. Wenn der zur Geltendmachung des Anspruchs pflichtige Geschäftsführer die Geltendmachung unterlässt oder die Verjährungsfrist verstreichen lässt, ist ihm eine Schadensersatzverpflichtung gemäß § 43 entstanden\textsuperscript{449}. Zur Vermeidung genügt die Aktivierung des Anspruchs und seine Feststellung in der Bilanz\textsuperscript{450}.

\begin{flushright}
\textsuperscript{443} BGHZ 105, 300, 303; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Michalski/Funke, Rn. 141; Theobald, S. 63 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 162.
\textsuperscript{444} BGHZ 80, 129, 141; Ulmer/Habersack, Rn. 106; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Michalski/Funke, Rn. 141; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 162; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 62; Raiser/Veil, Rn. 112.
\textsuperscript{445} Luttermann/Lingl, NZG 2006, 454 f.; Weitemeyer, NZG 2006, 648, 649 f.; Fleischer, 752; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; Ulmer/Habersack, Rn. 109; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164; BGHZ 165, 391, 396; BGHZ 140, 35, 36 f.; BGH II ZR 11/01.
\textsuperscript{446} BGHZ 165, 391, 396; Ulmer/Habersack, Rn. 109; Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.
\textsuperscript{447} Scholz/K. Schmidt, Rn. 144; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 164.
\textsuperscript{448} BGHZ 105, 300; Ulmer/Habersack, Rn. 118; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 64; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 28; Priester, ZIP 1982, 1141, 1143; Fleck, GmbHR 1983, 5, 13; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.
\textsuperscript{449} Scholz/K. Schmidt, Rn. 149; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.
\textsuperscript{450} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 167.
\end{flushright}
Umstritten ist, ob eine Beseitigung der Unterbilanz automatisch zum Erlöschen der Unterbilanzhaftung führt. Dafür spricht nach einer Auffassung, dass das Vorliegen der Unterbilanz die Basis der Vorbelastungshaftung bilde und ein Rückgriff der Gesellschafter für die Außenhaftung auf freies Gesellschaftsvermögen zulässig sei.451 Dagegen spricht jedoch sich der BGH aus, da der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gelte.

6.1.2.3 Verhältnis zur Differenzhaftung des Sacheinlegers gemäß § 9 GmbHG

Für die sich aus eingebrachter Sacheinlage ergebende Differenz kommt grundsätzlich der § 9 GmbHG vorrangig zur Anwendung. Um die entsprechende Höhe der im Zeitpunkt der Anmeldung feststehende Differenz reduziert sich der Anspruch der Gesellschaft aus Vorbelastungshaftung, da die Differenzhaftung aus § 9 nur den Zeitraum bis zur Anmeldung der Gesellschaft erfasst, während nach der Anmeldung nur noch die Verlustdeckungshaftung in Betracht kommt. Fraglich ist, ob dieser Vorrang sich auch auf die vor Anmeldung eingetretenen Verluste erstreckt. Die Dagegensprechenden begründen ihre Ansicht damit, dass die Gründer – so wird unterstellt – das Risiko des Verlustes ab Einbringung der Sacheinlagen gemeinsam tragen wollten.455

6.1.2.4 Unterbilanz als Eintragungshindernis

Die Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung muss nach herrschender Meinung ausgeglichen sein. Ansonsten führt sie zur Ablehnung der Eintragung. Die

451 Scholz/K. Schmidt, Rn. 150.
452 BGHZ 165, 391, 396 f.
453 Scholz/K. Schmidt, Rn. 148; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 30; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 169.
454 Scholz/K. Schmidt, Rn. 148; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 30; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 169.
455 Scholz/K. Schmidt, Rn. 148.
456 BGHZ 80, 129, 143; Theobald, 67; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 171.
Gegenäussung\textsuperscript{457} sieht die nach Anmeldung eintretende Unterbilanz schon nicht mehr als Eintragungshindernis an. Da eine Überprüfung durch das Registergericht weder praktikabel noch der Dogmatik nach nötig sei\textsuperscript{458}. Zum einen lasse sich die Höhe der Unterbilanz erst nach erfolgter Eintragung feststellen\textsuperscript{459}. Eine Prüfung müsse unzumutbar lange dauern. Zum anderen sei sie nicht gerechtfertigt, weil es das Vorbelastungsverbot nicht mehr gebe\textsuperscript{460}. Aus dem Unversehrtheitsgrundsatz sei nicht darauf zu schließen, dass das Anfangskapital im Zeitpunkt der Eintragung vorhanden sein müsse\textsuperscript{461}. Vielmehr müsse der mit der Unterbilanz entstandene Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich genügen\textsuperscript{462}. Eine Ausnahme von dieser These könne darin bestehen, dass das Registergericht annehmen darf, dass die Gesellschafter nicht in der Lage sind, diese Ansprüche zu befriedigen\textsuperscript{463}. Teilweise wird die Überschuldung als ein Eintragungshindernis angesehen\textsuperscript{464}.

6.2 Völliger Übergang in China

6.2.1 Völliger Übergang ohne Übertragungsakt

Mit der Registrierung kommt in China die GmbH gemäß § 7 I GeG zustande. Alle ihre Rechte und Pflichten, die entweder in ihrem Namen gemäß § 3 I BeoVAGe III begründet oder gemäß § 2 II BeoVAGe III übernommen worden sind, werden auch zu solchen der GmbH\textsuperscript{465}, da das Oberste Volksgericht\textsuperscript{466} sowie die chinesische

\textsuperscript{457} Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.; Ulmer/Habersack, Rn. 113; Raiser/Veil, § 35 Rn. 121; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c Rn. 8, 12; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 46; Ulmer, ZGR 1981, 591, 603 f..

\textsuperscript{458} Ulmer/Habersack, Rn. 113; Ulmer, ZGR 1981, 593, 603 f.

\textsuperscript{459} Ulmer/Habersack, Rn. 114.

\textsuperscript{460} Ulmer/Habersack, Rn. 115.

\textsuperscript{461} Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.

\textsuperscript{462} Ulmer/Habersack, Rn. 115; Scholz/K. Schmidt, Rn. 138; Raiser/Veil, Rn. 121.

\textsuperscript{463} Ulmer/Habersack, Rn. 116; Scholz/K. Schmidt, Rn. 138; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c Rn. 12; Scholz/K. Schmidt, Rn. 137 f.

\textsuperscript{464} Zum reibungslosen Übergang der gründungsnötwendigen Geschäfte, siehe das Urteil: 东莞市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan), 梁亚安诉东莞市昊艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案.

\textsuperscript{466} 袁晓明 (Xi, Xiaoming), 最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用 (Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen), 第 58, 59 頁.

6.2.2 Rezeption der Vorbelastungshaftung im chinesischen Recht

6.2.2.1 Vorbelastungshaftung als gesamtschuldnerische Innenhaftung

Wie schon erörtert, gilt in China rechtlich immer noch ein freilich kaum funktionierendes Vorbelastungsverbot. Außerdem herrscht ein Unversehrtheitsgrundsatz hinsichtlich des Anfangskapitals, das vor der Registrierung einzubringen ist. Deshalb kommt eine Rezeption der in Deutschland richterlich fortgebildeten Vorbelastungshaftung in Betracht. Dabei soll es sich, nicht anders als bei dem deutschen Vorbild, um alle Verluste handeln, die nicht wegen gründungsnotwendiger Geschäftstätigkeiten entstanden sind. Ausgeschlossen sind auch die Altschulden des als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, die ohne Zustimmung der Gläubiger gemäß §§ 6, 7 BeoVUmEiUn nicht auf die GmbH übergegangen sind.

Fraglich ist, um was für eine Haftung es sich dabei handelt. Zunächst soll sie grundsätzlich eine Innenhaftung sein. Der daraus resultierende Anspruch kommt

---

467 Li Jianwei (Li, Jianwei), 第 91 页; Shi Tianbao (Shi, Tianbao), 第 116 页; Liu Junhai (Liu, Junhai), 第 62 页; andere Auffassung: Liu Naizhong (Liu, Naizhong), 第 103 页。
468 Siehe das Urteil: 东莞市中级人民法院 (Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan), 梁亚安诉东莞市奥艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案。 In diesem Urteil geht das Obere Volksgericht der Provinz Guangdong davon aus, dass die wegen gründungsnotwendiger Geschäfte entstandenen Verbindlichkeiten nach dem Zustandekommen der GmbH ohne weiteres auf diese übergehen sollen. Kriterien dafür, welche Geschäftstätigkeiten dazu zählen, werden in dem Urteil nicht angegeben.
demnach ausschließlich der GmbH zu, da eine andere Annahme nicht mit §3 GeG zu vereinbaren ist, wonach die Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern mit eigenem Vermögen haftet und die Gesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft bis zur Höhe des Betrages der von ihnen übernommenen Anteile haften.


Weiter fragt es sich, ob es bei der Vorbelastungshaftung um eine anteilsmäßige Haftung unter den Gesellschaftern geht. Dem Wortlaut des § 30 GeG nach müssen die übrigen Mitgesellschafter für die Differenz wegen nicht unwesentlicher Überwertung der Sacheinlagen gesamtschuldnerisch mithaften, falls der betroffene Gesellschafter diese nicht ausgleichen kann. Nicht anders verhält es sich bei der Ausgleichshaftung hinsichtlich Fehlbeträgen anderer Einlagen (§ 13 BeoVAGe III). Deshalb soll man mit der hier vorgeschlagenen Vorbelastungshaftung ebenso verfahren und der obigen Frage ein klares Nein entgegenstellen, da beide zur Absicherung des Anfangskapitals dienen und somit eine gemeinsame Rechtsnatur

469 王军 (Wang, Jun)，第 129 页。
aufweisen müssen. Mit der endgültig festgestellten Differenz entsteht also eine Gesamtschuld sämtlicher Gesellschafter gegenüber der GmbH, um das Anfangskapital wieder aufzufüllen.

Über den Zeitpunkt, in dem die Vorbelastungshaftung eingreift, sollte es keine Streitigkeit geben, da für die Ausgleichspflicht, sowohl wegen der im GeG geregelten überwerteten Sacheinlagen als auch wegen in den Justizbestimmungen geregelter anderer Einlagen, der Zeitpunkt, in dem die GmbH entsteht, maßgebend ist.

Nach § 20 BeoVAGe III unterliegt der Ausgleichsanspruch der Gesellschaft, der Mitgesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger wegen Fehlbeträgen der Einlagen keinen Verjährungsvorschriften. Dies soll analog für den hier vorgeschlagenen Anspruch der Gesellschaft und der Mitgesellschafter aus Vorbelastungshaftung gelten.

6.2.2.2 Unterbilanz ist kein Registrierungshindernis


7. Die Handelndenhaftung

7.1 Die Haftung der Handelnden gemäß § 11 II GmbHG in Deutschland


---

470 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 122; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 46; Ulmer/Habersack, Rn. 131; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 109; Scholz/K. Schmidt, Rn. 107; BGHZ 91, 148, 152; BGH II ZR 69/84.
471 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 122.
472 Scholz/K. Schmidt, Rn. 107.
473 Ulmer/Habersack, Rn. 137; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 118; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 48; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 90; Dilcher, 89, 95; K. Schmidt, GmbHR 1973, 146, 149 f.; MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 132.
474 BGHZ 72, 45, 48; Ulmer/Habersack, Rn. 74, 137; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, Rn. 118; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 132; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 48; Flume, FS Geßler, 1970, S. 3, 22; Jula, 1597, 1599 f.
475 BGH II ZR 69/77; Ulmer/Habersack, Rn. 146; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 130; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 145; Wicke, Rn. 14; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53.
476 BGHZ 70, 132, 139 ff.; Ulmer/Habersack, Rn. 143; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 131; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 138, 152.
steht und ihre Kapitalausstattung auch schon durch das Registergericht kontrolliert worden ist. Es besteht also kein Grund mehr, die Altgläubiger (Gläubiger vor der Eintragung) anders als die Neugläubiger (Gläubiger nach der Eintragung) zu schützen.

7.1.1 Abgrenzung der Handelnden

Nach heutiger Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur werden nur nach § 6 III GmbHG oder § 46 Nr. 5 GmbHG bestellte Geschäftsführer als Handelnde im Sinn des § 11 II behandelt. Zu diesen gehören aber auch ein fehlerhaft bestellter Geschäftsführer sowie ein faktischer Geschäftsführer, der nicht bestellt wurde und keine Vertretungsmacht hat, aber wie ein Geschäftsführer auftritt. Ausgeschlossen sind dagegen die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme nur zugestimmt haben, und Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder andere Vertreter der Vor-GmbH, die nicht wie Geschäftsführer auftreten und somit auch nicht als faktische Geschäftsführer haften sollen.

Da in diesen Ausnahmefällen die Vor-GmbH mangels Vertretungsmacht nicht wirksam verpflichtet wurde, setzt sich eine unbeschränkte persönliche Haftung also trotz Eintragung der GmbH ins Handelsregister fort, sofern die zugrunde

477 MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 145; Scholz/K. Schmidt, Rn. 130.
478 BGHZ 47, 25, 28 f.; BGHZ 65, 378, 381; BGHZ 66, 359, 360; Die weite Auslegung, die die Gesellschafter als Handelnde behandelt, wurde zunächst vom Reichsgericht und auch noch vom BGH vertreten.
479 Scholz/K. Schmidt, Rn. 116; Ulmer/Habersack, Rn. 126, 133; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 127; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47; Raiser/Veil, Rn. 116.
480 Scholz/K. Schmidt, Rn. 113; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 128.
481 BGHZ 65, 378, 380; BGHZ 66, 359, 360; Scholz/K. Schmidt, Rn. 115; Ulmer/Habersack, Rn. 135;
482 BGHZ 65, 378, 380 f.; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 129.
483 BGHZ 66, 359, 361; Scholz/K. Schmidt, Rn. 116; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 47; Roth/Almeppen/Roth, Rn. 30; Beuthien, ZIP 1996, 360, 368; Bork/Schäfer/Schroeter, Rn. 88; MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 129.
484 Ulmer/Habersack, Rn. 147; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 36; Henssler/Strohn/Schäfer, Rn. 59; Scholz/K. Schmidt, Rn. 132; Raiser/Veil, Rn. 117.
liegenden Geschäfte nicht genehmigt wurden\textsuperscript{485}. Fraglich ist nur, ob diese Haftung
als eine Handelndenhaftung nach § 11 II oder als eine sich aus § 179 BGB
ergebende persönliche Haftung\textsuperscript{486} weiter besteht.

### 7.1.2 Abgrenzung der Verpflichtungen

Unter den Begriff des Handelns fallen die rechtsgeschäftlichen\textsuperscript{487}, und, der
herrschenden Meinung\textsuperscript{488} nach, auch die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen
wie Geschäftsführung ohne Auftrag oder die Leistungskondiktion, sofern die
entstandenen Verbindlichkeiten ihren Ursprung in rechtsgeschäftlichem Handeln
der Geschäftsführer haben. Die Geschäftsführer haften also weder für gesetzliche
Verbindlichkeiten\textsuperscript{489} wie Steuern, Gebühren und Altschulden des eingebrachten
Unternehmens gemäß § 25 I HGB, noch für deliktthaftes Handeln der
Gesellschaftsorgane\textsuperscript{490}.

Beim Handeln ist die Beteiligung des Geschäftsführers in irgendeiner Weise
erforderlich\textsuperscript{491}, da § 11 II auf das rechtsgeschäftliche Handeln abstellt\textsuperscript{492}. Der
Geschäftsführer kann sich unmittelbar oder durch Einschaltung eines Dritten\textsuperscript{493}

\textsuperscript{485} Ulmer/Habersack, Rn. 147; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 129, 146; Wicke, Rn. 14;
Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 53; Scholz/K. Schmidt, Rn. 132.

\textsuperscript{486} Scholz/K. Schmidt, Rn. 132; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 130; Eine
Auffassung sieht in diesem Fall § 11 II als lex specialis zu §§ 177, 179 BGB an. Dazu siehe:
Raiser/Veil, Rn. 117; Michalski/Funke, Rn. 92.

\textsuperscript{487} Ulmer/Habersack, Rn. 136; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Scholz/K.
Schmidt, Rn. 117; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 130; Beuthien, BB
1996, 1337, 1339; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 32; andere Auffassung: Wicke, Rn. 13;
Raiser/Veil, Rn. 117.

\textsuperscript{488} Ulmer/Habersack, Rn. 136; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Scholz/K.
Schmidt, Rn. 117; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 130; Wicke, Rn. 13; andere Auffassung: Scholz/K. Schmidt, Rn. 117; Raiser/Veil, Rn. 117.

\textsuperscript{489} Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 49; Scholz/K. Schmidt, Rn. 117; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120; Wiecke, Rn. 13.

\textsuperscript{490} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 130; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 120.

\textsuperscript{491} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115.

\textsuperscript{492} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131.

\textsuperscript{493} BGHZ 53, 210, 214; Ulmer/Habersack, Rn. 138; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff,
Rn. 115; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131.
mittelbar beim Abschluss des Geschäfts beteiligen. Gleiches gilt es für die nach
seinen Weisungen handelnden Bevollmächtigten\textsuperscript{494}. Nicht anders verhält es sich,
wen ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer einen anderen
Geschäftsführer zu alleinigem Handeln ermächtigt\textsuperscript{495}. Es genügt für die
Handelsindenhhaftung aber nicht, wenn er, wie schon erwähnt, dem vorzeitigen
Geschäftsbeginn nur zugestimmt oder das geschlossene Geschäft des anderen
Geschäftsführers geduldet\textsuperscript{496} oder ihm nur nachträglich zugestimmt hat\textsuperscript{497}.
Ausgeschlossen sind auch die nach seiner Abberufung vorgenommenen
Geschäfte\textsuperscript{498}.

7.1.3 Regressansprüche gegen die Vor-GmbH

Liegt Vertretungsmacht und ordnungsgemäße Pflichterfüllung\textsuperscript{499} vor, kann der
gemäß § 11 II haftende Geschäftsführer nach §§ 675, 670 BGB aus seinem
Anstellungsvertrag Regress bei der Gesellschaft nehmen\textsuperscript{500}. Ansonsten kann er nur
nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag Regress nehmen\textsuperscript{501} (§§
677, 683, 670 BGB).

Ein Regressanspruch gegen die Gründer wurde früher bis zur Höhe ihrer
ausbleibenden Einlagen anerkannt, sofern die Gründer der Geschäftsaufnahme
zugestimmt hatten\textsuperscript{502}. Das hängt mit der damals geltenden beschränkten

\textsuperscript{494} BGHZ 53, 206, 208; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; Ulmer/Habersack,
Rn. 138; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn.
47.
\textsuperscript{495} Ulmer/Habersack, Rn. 138; Scholz/K. Schmidt, Rn. 114; Beuthien, GmbHR 2013, 1, 6;
MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131.
\textsuperscript{496} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131.
\textsuperscript{497} Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 115; MüKoGmbHG/Merk, Rn. 131.
\textsuperscript{498} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 143; Ulmer/Habersack, Rn. 149; MHD GesR III/Gummert, Rn. 104.
\textsuperscript{499} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 143; Ulmer/Habersack, Rn. 149; MHD GesR III/Gummert, Rn. 104.
\textsuperscript{500} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 143; Ulmer/Habersack, Rn. 149; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff,
Rn. 129; Scholz/K. Schmidt, Rn. 126; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; andere Auffassung: Scholz/K.
Schmidt, Rn. 126; MHD GesR III/Gummert, Rn. 104; Raiser/Veil, Rn. 118.
\textsuperscript{501} MüKoGmbHG/Merk, Rn. 143; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; Ulmer/Habersack, Rn. 150;
Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, Rn. 129; andere Auffassung: Scholz/K. Schmidt, Rn.
126; Raiser/Veil, Rn. 118.
\textsuperscript{502} BGHZ 86, 122; W.-H. Roth, ZGR 1984, 597, 619; Scholz/K. Schmidt, Rn. 127 f..
persönlichen Haftung der Gründer zusammen\textsuperscript{503}. Jetzt wird stattdessen entsprechend der seit 1997 anerkannten unbeschränkten Gründerhaftung vermehrt die Ansicht vertreten, dass die Gesellschafter auch für den Regressanspruch unbeschränkt haften. Je nachdem, ob in der Literatur dem Innenhaftungsmodell oder dem Außenhaftungsmodell gefolgt wird, spricht der Autor sich gegen\textsuperscript{504} oder für\textsuperscript{505} eine unmittelbare Regresshaftung der Gründer aus. Im ersten Fall haften sie gegenüber der Gesellschaft für den Ausgleich des entstandenen Verlustes.

7.2 Die Handelndenhaftung der Gründer gemäß §§ 2, 3 BoeVAGe III in China

Die Handelndenhaftung im chinesischen Recht bezieht sich nicht auf eine Vertretungshandlung des gesetzlichen Repräsentanten einer Vor-GmbH, sondern auf die Stellvertretung eines Gründers. Eine solche Haftung wird also ausgelöst, wenn ein Gründer gemäß § 2 BoeVAGe III im eigenen Namen für die Vor-GmbH gehandelt hat und die daraus entstandenen Rechtsverhältnisse entweder nicht von dieser übernommen werden, oder zwar doch übernommen werden, der Vertragspartner den Erfüllungsanspruch aber trotzdem dem betreffenden Gründer gegenüber geltend macht. Die Handelndenhaftung kommt ebenfalls in Betracht, wenn ein Gründer gemäß § 3 II BoeVAGe III zwar namens der Vor-GmbH, jedoch für eigene Rechnung gehandelt hat und der Vertragspartner diesen Umstand kannte oder kennen musste. Denn in diesem Fall wird die Vor-GmbH dadurch nicht gültig berechtigt und verpflichtet. Diese Haftung beschränkt sich nicht auf das Gründungsstadium im Sinn des deutschen Rechts, sondern kann auch vor Festlegung der Gesellschaftssatzung entstehen.

Grundsätzlich entfällt die Handelndenhaftung nicht mit der Registrierung der GmbH, da es in China nicht um die Problematik der Vor-GmbH als eines untauglichen Haftungsträgers geht wie bei der Handelndenhaftung gemäß § 11 II

\textsuperscript{503} Scholz/K. Schmidt, Rn. 127 f.
\textsuperscript{504} MüKoGmbHG/Merkt, Rn. 144; Baumbach/Hueck/Fastrich, Rn. 54; MHdB GesR III/Gummert, Rn. 105, 106.
\textsuperscript{505} Scholz/K. Schmidt, Rn. 128; W.-H. Roth, 597, 620.
GmbHG, sondern um die Frage einer gültigen Stellvertretung. Hat der Vertragspartner sein Wahlrecht nach § 2 II BeoVAGe III ausgeübt und der betroffene Gründer dementsprechend geleistet, soll er den Regress von der Vor-GmbH bzw. von der entstandenen GmbH bekommen, die die fraglichen Rechtsverhältnisse schon übernommen hat.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

In der vorliegenden Diskussion geht es zwar um eine Rechtsvergleichung des Vor-GmbH-Rechts, es wurde der Schwerpunkt aber immer darauf gelegt, nach dem Vorbild des deutschen Rechts etwa Vorschläge zur Verbesserung des chinesischen Rechts zu machen. Als Zusammenfassung in diesem letzten Kapitel soll auf die Kernfragen der Problematik zurückgegangen werden: Für wen wird eine Leistung aufgrund vorzeitiger Geschäftsaufnahme erbracht? Wer soll dafür haften? Und weiter, wie ist die Rechtsnatur der Vor-GmbH beschaffen?

1. Zurechnungsfrage

In beiden Ländern wird die Vor-GmbH als ein notwendiges Vorstadium der GmbH rechtlich anerkannt. Hinsichtlich der Zurechnungsfrage vorzeitiger Geschäftsaufnahme werden in Deutschland objektive Kriterien anhand der Differenzierung zwischen dem Vorgründungsstadium und dem Gründungsstadium mit zugelassenen Schuldübernahmen entwickelt. Als das wichtigste dieser Kriterien ist der Grundsatz des unternehmensbezogenen Geschäfts zu nennen. Unterdessen spielt die Frage kaum eine Rolle, ob der Stellvertretungsberechtigte beim Handeln die richtige Bezeichnung angibt, sofern es deutlich ist, dass er die Geschäftstätigkeit nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung vornimmt. Dagegen legt die chinesische Rechtsprechung Wert auf beide Elemente mit einer positiv formulierten These. Danach berechtigen und verpflichten die namens der Vor-GmbH geschlossenen Geschäfte grundsätzlich unmittelbar die Vor-GmbH oder die später vollendete GmbH, ohne irgendeinen Übertragungsakt. Eine Ausnahme bilden solche Geschäfte, bei denen die Tätigkeiten nicht für Rechnung
der Gesellschaft aufgenommen wurden. Jedoch muss in diesen Fällen auch der Gutgläubigerschutz Vorrang haben.

Da der Beginn des Gründungsstadiums in der chinesischen Rechtslage unbestimmt bleibt und der gesetzliche Repräsentant bis zur Registrierung nicht auftritt, das heißt, die Unabhängigigkeit der Vor-GmbH und deren Interesse von den Gründern nicht genug sichergestellt ist, wird die rechtliche Behandlung der fraglichen Geschäfte hinsichtlich ihrer Zurechnung wesentlich erschwert. Zudem ist der deutsche Deutungsansatz auch deswegen vorteilhaft, weil er nicht nur eine sachgerechte Lösung dazu anbietet, sondern auch den Weg ebnet, aufgrund einer mehr als nur dogmatisch begründeten Identitätstheorie die passenden Vorschriften im GmbHG vorverlegt auf die Vor-GmbH anzuwenden, und insofern deren Besonderheiten berücksichtigt.


2. Haftungsfrage

Es wird in beiden Ländern davon ausgegangen, dass die Gründer während des Gründungsstadiums einer GmbH unbeschränkt haften müssen. Dies stützt sich auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts sowie des Handelsrechts. Ein Unterschied liegt jedoch in der Form der Haftungsübernahme. Bei der Verlustdeckungshaftung handelt sich in Deutschland um eine anteilmäßige Innenhaftung der Gründer, die dadurch privilegiert werden, während das chinesische Recht eine gesamtschuldnerische Außenhaftung der Gründer vorsehen soll. Eine so konzipierte Haftung sieht zwar die Vor-GmbH als Haftungsträger als nachrangig an, sie stellt aber nur die Grundform der handelsrechtlichen

3. Rechtsnatur der Vor-GmbH

Im deutschen Recht wird die Vor-GmbH als eine Organisation anderer Art anerkannt, ohne dass ein bestimmtes dogmatisches Konzept hinsichtlich ihrer Rechtsnatur vertreten wird. Dagegen versucht die chinesische Rechtsprechung immer noch, die Vor-GmbH in den geschlossenen Kanon einzuordnen. Nach ihrer Ansicht ist sie rechtlich als zivile Partnerschaft zu behandeln. Dem ist nicht zu folgen. Stattdessen sollte für die Vor-GmbH ein Sonderrecht ausgebildet werden. Angesichts ihrer Rechtsfähigkeit sollte zumindest eine unternehmenstragende Vor-GmbH der Rechtssystematik nach einem Partnerschaftsunternehmen gleichgestellt werden. Demnach würde sie die Rechtsstellung einer „Organisation anderer Art“ genießen, der nach unserer Diskussion bereits keine andere Rechtsfähigkeit als die einer juristischen Person zukommt.
Literaturverzeichnis

I. Chinesische Literatur:

1. 北京市高级人民法院 (Das Obere Volksgericht von Peking), 《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(Versuchsweise durchgeführte anleitende Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes), 2004 年。
2. 陈连军 (Chen, Lianjun)、王明明 (Wang, Mingming)、栾颖娜 (Luan, Yingna), 《公司法学》(Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 吉林大学出版社, 2014 年。
3. 程显波 (Cheng, Xianbo), 论公司章程的法律效力 (Über die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung), 载: 《知与行》, 2016 年第 10 期。
4. 邓峰 (Deng, Feng), 《普通公司法》(Das allgemeine Gesellschaftsrecht), 中国人民大学出版社, 2009 年。
5. 范健 (Fan, Jian), 王建文 (Wang, Jianwen), 《商法总论》(Das allgemeine Handelsrecht), 法律出版社, 第一版, 2011 年。
6. 范健 (Fan, Jian), 王建文 (Wang, Jianwen), 《公司法》(Das Gesellschaftsrecht), 法律出版社, 第二版, 2008 年。
7. 冯果 (Feng, Guo), 《公司法》(Das Gesellschaftsrecht), 武汉大学出版社, 2007 年。
8. 甘培忠 (Gan, Peizhong), 《企业与公司法学》(Das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 北京大学出版社, 2001 年。
9. 关于审理公司纠纷案件若干问题的规定 (一) (草案) (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf), 2004 年, 载: 《中国民商审判》, 法律出版社, 2004 年。
10. 《公司法释义》编写组 (Kommission zum Erläutern des Gesellschaftsgesetzes），《中华人民共和国公司法释义》(Erläuterungen zum Gesellschaftsgesetz), 中国法制出版社, 2005 年。
11. 龚志忠 (Gong, Zhizhong), 《公司业务——律师基础实务》(Gesellschaftsrechtspraxis: Handbuch für Anwälte), 中国人民大学出版社, 2014 年。
12. 郭雳 (Guo, Li), 论我国公司资本制度的最新发展——《公司法司法解释(三)》之解读 (Über die neusten Entwicklungen der Regelungen zum Kapital der Gesellschaft: Erläuterungen zu den Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III), 载: 《法商研究》, 2012 年第 4 期。
13. 郭明瑞（Guo, Mingrui），民法总则中非法人组织的制度设计（Über die Rechtsgestaltung der Regelungen zur Nicht-Juristische-Person-Organisation im Allgemeinen Teil des Zivilrechts），载：《法学家》，2016 年第 5 期。
14. 何侃（He, Kan），对《公司法司法解释（三）》（征求意见稿）第二、三条的解读和译文（Erläuterungen zu §§ 2,3 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III（Entwurf）），载：《重庆科技学院学报（社会科学版）》，2010 年第 14 期。
15. 黄毅成（Huang, Yicheng），关于《中华人民共和国合伙企业法》（草案）的说明（Erläuterungen zum Entwurf des Partnerschaftsunternehmensgesetzes），载：《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》，1997 年第 1 号。
16. 贾桂茹（Jia, Guiru），杨丽（Yang, Li），薛荣革（Xue, Rongge），《市场交易的第三主体——非法人团体研究》（Die dritte Partei im Markt: über die Nicht-Juristische-Person-Verbände），贵州人民出版社，1995 年。
17. 江必新（Jiang, Bixin），何东宁（He, Dongning），《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与使用（公司卷）》（Grundsatzentscheidungen des Obersten Volksgerichts（Band des Gesellschaftsrechts）），第二版，中国法制出版社，2015 年。
18. 江平（Jiang, Ping），《共同经营体法律地位初探》（Eine Vorstudie zur Mitunternehmerschaft），载：《中国法学》，1986 年第 1 期。
19. 江苏省高级人民法院（Das Obere Volksgericht von Jiangsu），《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）（二）》，（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），2007 年。
20. 江苏省高级人民法院民二庭（Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Jiangsu），公司设立中的民事责任若干问题（Zu einigen Fragen der zivilrechtlichen Haftungen bei der Gesellschaftsgründung），载：《人民司法》，2003 年第一期。
21. 雷兴虎（Lei, Xinghu），《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），北京大学出版社，第二版，2012 年。
22. 李瑜（Li, Yu），浅析公司设立协议与公司章程的适用（Eine Vorstudie zu den Anwendungen der Gründungsvereinbarung und der Gesellschaftssatzung），载：《中国经贸导刊》，2010 年第 4 期。
23. 李建伟（Li, Jianwei），《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），中国人民大学出版社，2008 年。
24. 李晓春（Li, Xiaochun），《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），厦门大学出版社，2012 年。
25. 李志萍（Li, Zhiping），《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），中共中央党校出版社，第二版，2007 年。
26. 厉以宁（Li, Yining），全国人大法律委员会关于《中华人民共和国公司法》（草案）审议结果的报告》（Bericht von Rechtsausschuss des Nationalen Volkskongresses über den Entwurf des Gesellschaftsgesetztes），载：中国人大网，1995 年 5 月，访问时间：2017 年 7 月。
27. 梁慧星（Liang, Huixing），《民法总论》（Das allgemeine Zivilrecht），法律出版社，2011 年。
28. 刘俊海（Liu, Junhai），《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），北京大学出版社，第三版，2013 年。
29. 刘乃忠（Liu, Naizhong），戴瑛（Dai, Ying），《新公司法学》（Ein Lehrbuch zum neuen Gesellschaftsgezsetz），中国法制出版社，2007 年。
30. 吕来明（Lv, Laiming），向红芳（Xiang, Hongfang），陈峰（Chen, Feng），论我国合伙类型的立法选择（Über die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaftsformen in der Gesetzgebung），载：王保树主编，《中国商法年刊》（2006），北京大学出版社，2007 年。
31. 任尔昕（Ren, Erxin），田国平（Tian, Guoping），论我国合伙企业法律人格的选择（Über die Rechtspersönlichkeit des Partnerschaftsunternehmens），载：王保树主编，《中国商法年刊》（2006），北京大学出版社，2007 年。
32. 任尔昕（Ren, Erxin），《企业与公司法学》（Das Lehrbuch zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht），兰州大学出版社，2006 年。
33. 任尔昕（Ren, Erxin），我国法人制度之批判——从法人人格与有限责任制度的关系角度考察（Kritik der Regelungen über die juristische Person: aus Perspektive der Verhältnisse zwischen ihrer Rechspersönlichkeit und der Haftungsbeschränkung），载：《法学评论》，2004 年第 1 期。
34. 山东省高级人民法院（Das Obere Volksgericht von Shandong），《关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》（Versuchsweise durchgeführte Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes），2007 年 1 月 15 日。
35. 上海市高级人民法院（Das Obere Volksgericht von Shanghai），《关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（二）》（Ansichten zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes II），2003 年 12 月 18 日。
36. 施天涛（Shi, Tiantao），《公司法论》（Über das Gesellschaftsrecht），法律出版社，第三版，2014 年。
37. 石金平（Shi, Jinping）, 《公司纠纷诉讼指引与实务解答》（Praxishandbuch zum Gesellschaftsrecht），法律出版社，2014 年。
38. 石少侠（Shi, Shaoxia）, 《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），中国政法大学出版社，第三版，2012 年。
39. 苏号朋（Su, Haopeng）, 论合伙企业财产的法律性质（Über die Rechtsnatur des Vermögens eines Partnerschaftsunternehmens），载：《法学》，1997 年第 12 期。
40. 隋彭生（Sui, Pengsheng）, 《公司法》（Das Gesellschaftsrecht），中国人民大学出版社，第四版，2012 年。
41. 孙瑞玺（Sun, Ruixi）, 公司章程法律效力研究（下）（Über die Rechtswirkung der Gesellschaftssatzung）（2. Hälffe），中国法院网，2004 年 9 月，访间时间：2017 年 2 月。
42. 孙晓洁（Sun, Xiaojie）, 《公司法基本原则》（Grundzüge des Gesellschaftsrechts），中国检察出版社，2006 年。
43. 王保树（Wang, Baoshu）, 合伙企业团体能力的思考大纲（Überlegungen zur Rechtspersönlichkeit des Partnerschaftsunternehmens），载：王保树主编，《中国商法年刊》（2006 年），北京大学出版社，2007 年。
44. 王保树（Wang, Baoshu）、崔勤之（Cui, Qinzhi）, 《中国公司法原理》（Grundzüge des chinesischen Gesellschaftsrechts），社会科学文献出版社，第三版，2006 年。
45. 王德山（Wang, Deshan）, 《公司法》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），中国政法大学出版社，2008 年。
46. 王建文（Wang, Jianwen）, 合伙法律地位研究（Über die Rechtsstellung der Partnerschaft），载：《南京工业大学学报（社会科学版）》，2003 年第 3 期。
47. 王军（Wang, Jun）, 《中国公司法》（Das Gesellschaftsrecht Chinas），高等教育出版社，第一版，2015 年。
48. 王利明（Wang, Liming）, 《民法》（Das Zivilrecht），中国人民大学出版社，第六版，2014 年。
49. 王明锁（Wang, Mingsuo）、梁向峰（Liang, Xiangfeng）, 关于合伙的独立民商主体地位的思考（Über die Rechtsstellung der Partnerschaft als unabhängiges Subjekt im Zivil- und Handelsrecht），载：《河南大学学报》，2002 年第 1 期。
50. 王肃元（Wang, Suyuan）、任尔昕（Ren, Erxin），我国合伙法律制度的现状及探讨（Überlegungen zu den aktuellen Regelungen der Partnerschaft），载：《中国法学》，2003 年第 1 期。
51. 王作全（Wang, Zuoquan）, 《公司法学》（Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht），北京大学出版社，2015 年。
52. 吴庆宝（Wu, Qingbao），《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（公司裁判指导卷）》（增订版），（Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht） (Band zum Gesellschaftsrecht) （erweiterte Auflage），中国法制出版社，2011 年。
53. 吴庆宝（Wu, Qingbao）主编，《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2013-2014 年卷）》（Antworten von Experten des Obersten Volksgerichts auf Fragen im Zivil- und Handelsrecht） (Band 2013/2014)，中国法制出版社，2013 年。
54. 吴越（Wu, Yue），《公司设立民事责任规则模式研究——兼评最高法院的司法解释意见稿》（Über den Zurechnungsmechanismus der zivilrechtlichen Haftungen bei Gesellschaftsgründung: Kommentierung vom Entwurf der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts），载：《法学研究》，2007 年第 4 期。
55. 奚晓明（Xi, Xiaoming），《解读最高人民法院司法解释、指导案例(商事卷)》（Erläuterungen zu Bestimmungen sowie Grundsatzentscheidungen des Obersten Volksgerichts）(Band zum Handelsrecht)，人民法院出版社，2014 年。
56. 奚晓明（Xi, Xiaoming），《最高人民法院关于公司法解释三、清算纪要理解与适用》（Erläuterungen zu Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III sowie zur Protokoll der Sitzung für Liquidationsregelungen），人民法院出版社，2014 年。
57. 奚晓明（Xi, Xiaoming）主编，《公司案件审判指导》（Anleitungen für Fälle im Gesellschaftsrecht），法律出版社，2014 年。
58. 姚海放（Yao, Haifang），《新合伙企业法精解与运用》（Erläuterungen sowie Anwendung des neuen Partnerschaftsunternehmensgesetzes），中国法制出版社，2006 年。
59. 杨永志（Yang, Yongzhi），《公司法学》(Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht)，知识产权出版社，2008 年。
60. 叶林（Ye, Lin），叶敏（Ye, Min），《合伙企业法》的定位与法律协调问题（Positionierung sowie rechtliche Koordination des Partnerschaftsunternehmensgesetzes），载：王保树主编，《中国商法年刊》（2006），北京大学出版社，2007 年。
61. 尹田（Yin, Tian），《民事主体理论与立法研究》（Zivilrechtssubjekt in der Theorie sowie in der Gesetzgebung），法律出版社，2003 年。
62. 于华江（Yu, Huajiang），《公司法学》(Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht)，知识产权出版社，2006 年。
63. 赵旭东（Zhao, Xudong），《公司法学》(Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht)，高等教育出版社，第二版，2006 年。
64. 赵旭东 (Zhao, Xudong), 《新公司法实务解答》 (Das neue Gesellschaftsgesetz in der Praxis), 人民法院出版社, 2005 年。
65. 赵旭东 (Zhao, Xudong), 《企业与法纵论》 (Über das Unternehmen sowie das Recht), 法律出版社, 2003 年。
66. 张远堂 (Zhang, Yuantang), 《公司法实务指南》 (Anleitungen zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes), 中国法制出版社, 2007 年。
67. 张晖 (Zhang, Hui), 后《合伙企业法》时代的有限责任公司法 (Das GmbH-Recht nach der Verabschiedung des Partnerschaftsunternehmensgesetzes), 载: 王保树主编，《中国商法年刊 (2006)》, 北京大学出版社, 2007 年。
68. 张晋熙 (Zhang, Jinhong), 合伙的法律主体地位探析 (Die Partnerschaft als Rechtssubjekt), 载: 《广东商学院学报》, 2000 年第 3 期。
69. 张民安 (Zhang, Minan), 公司设立制度研究 (Über das Gründungsrecht der Gesellschaft), 载: 《商事法论集》 (第七卷), 法律出版社, 2002 年。
70. 张新民 (Zhang, Xinmin), 杨连支 (Yang, Lianzhuang), 《公司法学》 (Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht), 重庆大学出版社, 2003 年。
71. 浙江省高级人民法院民二庭 (Die zweite Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang), 浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于公司法适用疑难问题的理解 (Ansichten der zweiten Zivilkammer des Oberen Volksgerichts von Zhejiang zu einigen Fragen der Anwendung des Gesellschaftsgesetzes), 载: 《中国民商审判》, 2004 年 第 3 卷。
72. 郑景元 (Zheng, Jingyuan), 困境与出路: 设立中公司人格研究 (Das Dilemma und der Ausweg: über die Rechtspersönlichkeit der Vor-Gesellschaft ), 载: 《云南大学学报法学版》, 2006 年第 2 期。
73. 周贤日 (Zhou, Xianri), 《合伙企业法》的定位与功能探讨 (Über die Positionierung sowie die Funktionen des Partnerschaftsunternehmensgesetzes), 载: 《中国商法年刊》 (2006), 载: 王保树主编, 北京大学出版社, 2007 年。
74. 朱庆育 (Zhu, Qingyu), 《民法总论》 (Das allgemeine Zivilrecht), 北京大学出版社, 第二版, 2016 年。
75. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（一）（草案） (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes I) (Entwurf), 2003 年。
76. 最高人民法院 (Das Oberste Volksgericht), 关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（征求意见稿） (Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III) (2. Entwurf), 2010 年。
77. 佛山市中级人民法院（Das Volksgericht der Mittelstufe von Foshan），典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案，文书号：2005 佛中法民五终字第 634 号判决，载：《人民法院报》2005 年 12 月 27 日。

78. 绍兴市中级人民法院（Das Volksgericht der Mittelstufe von Shaoxing），浙江某装饰工程有限公司诉绍兴县都市春天某公司、柴某某装饰工程合同纠纷案，文书号：2011 浙绍民终字第 1324 号。

79. 北京市第一中级人民法院（Das erste Volksgericht der Mittelstufe von Peking），闫林诉权金城特许经营纠纷案，文书号：2011 一中民终字第 12031 号。

80. 江苏省高级人民法院（Das Obere Volksgericht von Jiangsu），南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒等六人买卖合同纠纷案，载：《最高人民法院公报》2011 年，第 7 期。

81. 东莞市中级人民法院（Das Volksgericht der Mittelstufe von Dongguan），梁亚安诉东莞市昊艺电子有限公司公示设立阶段支出返还案，文书号：2012 东中法民二终字第 261 号。

82. 最高人民法院（Das Oberste Volksgericht），万家裕诉丽江宏瑞水电开发有限公司股东资格确认纠纷案，文书号：2014 民提字第 00054 号。

83. 最高人民法院（Das Oberste Volksgericht），福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案，文书号：2005 民二终字第 147 号。

II. Deutsche Literatur


44. Hartmann, Ingo, Gründerhaftung der Vor-GmbH, WiB 1997.
53. Luttermann, Claus, Lingl, Markus, Unterbilanzhaftung, Organisationseinheit der Vor-GmbH und Haftungskonzept, NZG 2006.
56. Lohr, Martin, Änderungen bei der Vor-GmbH, GmbH-StB 2005.
68. Passarge, Malte, Besondere Rechtsformen in der Liquidation, NZG 2010.
93. Schreiber, Otto, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925.
98. Ulmer, Peter, Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH, ZIP 1996.
100. Weitemeyer, Birgit, Die Unterbilanzhaftung bei „Start-up-Unternehmen “, NZG 2006.

III. Abkürzungsverzeichnis

1. AGZ (民法通则): Allgemeine Grundgesätze des Zivilrechts Chinas
2. ATZ (民法总则): Allgemeiner Teil des Zivilrechts
3. BeoVAGe (最高人民法院关于《公司法》适用若干问题的规定（三）): Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Gesellschaftsgesetzes III 2010:
4. BeoVAZPG（最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释）: Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Zivilprozessgesetzes
5. BeoVUmEiUn（最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定）: Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zur Umwandlung des Eigentumssystems von Unternehmen
6. BeurkG: Beurkundungsgesetz
7. GeG（公司法）: Chinesisches Gesellschaftsgesetz
8. GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
9. PUnGe（合伙企业法）: Partnernerschaftsunternehmensgesetz
10. VAoVAAGZ（最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见（试行））: Versuchsweise durchgeführte Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China
11. VGeRe（公司登记管理条例）: Verordnung über Gesellschaftsregistrierung
12. ZPG（民事诉讼法）: Zivilprozessgesetz