

Aktenzeichen: 10 AZR 908/94
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Matthias Prinz
Rechtsanwalt

www.prinz.law

Urteil vom 22. Januar 1997
- 10 AZR 908/94 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 03. Februar 1994
- 15 Ca 9038/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 11. August 1994
- 14 Sa 57/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH

Gesetz:

GmbHG § 11, § 9, § 13 Abs. 2, § 24; TVG § 1 Tarifverträge: Bau; Tarifvertrag über das Verfahren für den Urlaub, den Lohnausgleich und die Zusatzversorgung im Berliner Baugewerbe vom 28. Dezember 1979 in der Fassung vom 11. Februar 1991 und 1. Februar 1992 § 4; RsprEinhG § 2

Leitsatz:

Die Gesellschafter einer Vor-GmbH haften für deren Verbindlichkeiten unmittelbar unter anderem dann, wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist (im Anschluß an BGH Urteil vom 4. März 1996 - II ZR 123/94 - AP Nr. 6 zu § 11 GmbHG).

Hinweise des Senats: Abschließende Entscheidung des Rechtsstreits nach den Beschlüssen des Senats vom 23. August 1995 - 10 AZR 908/94 (A) - AP Nr. 4 zu § 11 GmbHG - und vom 10. Juli 1996 - 10 AZR 908/94 (B) - zur Veröffentlichung vorgesehen - sowie Urteil des BGH vom 4. März 1996 - II ZR 123/94 - AP Nr. 6 zu § 11 GmbHG.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



10 AZR 908/94

14 Sa 57/94 Berlin

Verkündet am
22. Januar 1997

Susdorf,
Reg.-Obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

PP.

.

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 1997 durch den Vorsit-
zenden Richter Dr.h.c. Matthes, die Richter Prof. Dr. Jobs



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

und Böck sowie die ehrenamtlichen Richter Großmann und Peters für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 11. August 1994 - 14 Sa 57/94 - insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 3. Februar 1994 - 15 Ca 9038/93 - zurückgewiesen hat.
2. Insoweit wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
3. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte als Gesellschafterin einer Vor-GmbH für die Beitragsschulden der Gesellschaft gegenüber der Klägerin haftet.

Die Klägerin, die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG (im folgenden nur: ZVK), ist nach Maßgabe des Tarifvertrages über das Verfahren für den Urlaub, den Lohnausgleich und die Zusatzversorgung im Berliner Baugewerbe vom 28. Dezember 1979 in der Fassung vom 11. Februar 1991 und 1. April 1992 - alle für allgemeinverbindlich erklärt - als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien die Einzugsstelle für die Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

Die Beklagte gründete zusammen mit Frau B Z durch notariellen Vertrag die "N GmbH". Sie war zu 40 % am Stammkapital beteiligt. Ihre Einlage wurde von ihr erbracht. Beide Gesellschafterinnen wurden im Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführerinnen bestellt, beide hatten Bankvollmacht über das Bankkonto der Gesellschaft. Die Beklagte unterzeichnete auch das Stammbblatt der Gesellschaft als Geschäftsführerin. Für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin erhielt sie ein Gehalt in Höhe von 2.983,29 DM brutto monatlich. Zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kam es in der Folgezeit nicht.

Die Gesellschaft nahm im Februar 1992 ihren Geschäftsbetrieb auf und führte von Februar 1992 bis Juni 1992 Bauarbeiten durch. Dabei wurden bis zu zehn gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigt. Der Steuerberater der Gesellschaft meldete monatlich der Klägerin für die "N GmbH" die Bruttolohnsumme der gewerblichen Arbeitnehmer und die Höhe der nach dem VTV Berlin geschuldeten Beiträge für den Urlaub, den Lohnausgleich und die Zusatzversorgung sowie die Winterbauumlage. Eine Zahlung der Beiträge an die Klägerin erfolgte nicht.

Die Beklagte selbst beantragte am 25. September 1992 die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der "N GmbH". Der Antrag wurde mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgelehnt.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte hafte nach § 11 Abs. 2 GmbHG für die Beitragsschuld der Gesellschaft. Sie sei als



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Geschäftsführerin der Gesellschaft Handelnde im Sinne dieser Vorschrift. Sie sei als Organ rechtsgeschäftlich für die Gesellschaft tätig geworden. Sie habe ihre Funktion als Geschäftsführerin auch ausgeübt, dem Steuerberater die Bruttolohnsummen zur Berechnung der Beitragspflicht mitgeteilt, mit dem Steuerberater und der Bank Verhandlungen geführt und für Überweisungen die erforderlichen Unterschriften geleistet. Auch nach den Regeln der OHG bzw. einer BGB-Gesellschaft hafte die Beklagte unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Die ZVK hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 51.601,21 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet, für die Gesellschaft eine Tätigkeit als Geschäftsführerin ausgeübt zu haben. Die Geschäfte seien sämtlich vom Vater von Frau Z , der keine Gewerbeerlaubnis gehabt habe, ohne ihre Kenntnis oder Genehmigung getätigt worden. Sie habe im Büro der Gesellschaft lediglich den Telefondienst wahrgenommen und die Lohnabrechnungen als Bote zum Steuerberater gebracht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich des Beitrages für die Zusatzversorgung (1.880,25 DM) stattgegeben, sie hinsichtlich des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beitrages für den Urlaub, den Lohnausgleich und der Winterbaumlage abgewiesen. Gegen diese Abweisung der Klage wendet sich die ZVK mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision der ZVK ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I.1. Das Landesarbeitsgericht geht in seiner Entscheidung davon aus, daß die Gesellschafter einer Vor-GmbH für nicht durch Rechtsgeschäft begründete Verbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt haften. Hinsichtlich der Beiträge für den Urlaub, den Lohnausgleich und andere Leistungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu erbringen habe, hat es jedoch eine Haftung der Beklagten mit der Begründung verneint, diese Leistungen müßten von der Sozialkasse dem Arbeitgeber ohnehin nur dann erstattet werden, wenn sein Beitragskonto ausgeglichen sei. Die Sozialkasse übernehme damit kein Risiko.

2. Mit dieser Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. Abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, warum ein geringeres "Versicherungsrisiko" der Sozialkasse die vom Landesarbeitsgericht angenommene unbeschränkte Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH entfallen lassen kann, übersieht das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung, daß seine Betrachtungsweise



schon dem Ausgleich der von Arbeitgebern des Baugewerbes gezahlten Urlaubsgelder nicht gerecht wird. Der Arbeitgeber des Baugewerbes hat dem bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer auf Verlangen nicht nur den bei ihm "verdienten Urlaub" zu gewähren, sondern auch den beim Vorarbeitgeber verdienten und durch die Lohnnachweiskarte ausgewiesenen Urlaub. Das von ihm an den Arbeitnehmer dafür gezahlte Urlaubsgeld, dessen Erstattung er von der Sozialkasse verlangen kann, kann daher höher sein als seine eigene Beitragsschuld. Die Mittel für die Erstattung des höheren Urlaubsgeldes an den Arbeitgeber werden gerade durch die Beiträge des Vorarbeitgebers, der seinerseits keinen oder nicht den vollen bis dahin verdienten Urlaub gewährt hat, aufgebracht. Fallen diese Beiträge aus, trägt die Sozialkasse das entsprechende Risiko.

3. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht allerdings davon aus, daß die Beklagte für die Klageforderung nicht nach § 11 Abs. 2 GmbHG haftet. Die Handelndenhaftung nach dieser Vorschrift erstreckt sich nur auf durch Rechtsgeschäft begründete Verbindlichkeiten. Das ist in der Rechtsprechung anerkannt (BGHZ 53, 210; 65, 378; auch BSG Urteil vom 28. Februar 1986 - 2 RU 21/85 - ZIP 1986, 645).

a) Die durch den für allgemeinverbindlich erklärten VTV-Berlin begründete Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes trifft den baugewerblichen Arbeitgeber. Baugewerblicher Arbeitgeber war die schon unter der Firma "N GmbH" handelnde Gesellschaft. Unter den Parteien ist unstreitig, daß diese Gesellschaft Arbeitnehmer mit baugewerblichen Arbeiten



- der Verlegung von Fliesen - beschäftigt und diese dafür entlohnt hat. Unter dieser Firma hat der Steuerberater für die Gesellschaft der Klägerin die monatlichen Bruttolohnsummen mitgeteilt und die geschuldeten Beiträge zu den Sozialkassen errechnet. Beitragspflichtig war daher die schon unter der Firma einer GmbH handelnde Gesellschaft.

b) Dem steht nicht entgegen, daß die Gesellschaft noch nicht ins Handelsregister eingetragen war und damit nach § 11 Abs. 1 GmbHG als Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als eigenständige juristische Person, noch nicht bestand.

Die durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages errichtete aber noch nicht eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Vor-GmbH) untersteht einem Sonderrecht, das den gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen GmbH entspricht, soweit nicht die Eintragung im Handelsregister unverzichtbar ist. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 21, 242; 45, 338; 51, 30; 80, 129), der sich das Bundesarbeitsgericht angeschlossen hat (Urteil vom 8. November 1962 - 2 AZR 11/62 - AP Nr. 1 zu § 11 GmbHG; Urteil vom 29. März 1983 - 3 AZR 548/80 - nicht veröffentlicht). Diese Vor-GmbH kann Trägerin von Rechten und Pflichten sein, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (BGHZ 80, 129). Von daher kann auch die noch nicht eingetragene, aber schon unter ihrer Firma "N GmbH" handelnde Gesellschaft Schuldnerin der Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes sein.



c) Die Beitragsschuld der Vor-GmbH gegenüber der Klägerin ist nicht durch rechtsgeschäftliches Handeln der Beklagten als Geschäftsführerin der Vor-GmbH begründet worden. Die Pflicht des baugewerblichen Arbeitgebers, Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes zu entrichten, wird ihm - auch gegen seinen Willen - unmittelbar durch den für allgemeinverbindlich erklärten VTV-Berlin auferlegt. Voraussetzung für das Entstehen der Beitragschuld ist allein, daß der baugewerbliche Arbeitgeber baugewerbliche Arbeiten durch Arbeitnehmer verrichtet und an diese dafür Arbeitsentgelt zahlt. Der Umstand, daß die Beschäftigung von Arbeitnehmern und die Erledigung baugewerblicher Arbeiten für Dritte ihrerseits auf Rechtsgeschäften mit den Arbeitnehmern oder dem Auftraggeber beruhen, reicht nicht aus, um eine Haftung der Beklagten als Geschäftsführerin der Vor-GmbH nach § 11 Abs. 2 GmbHG zu begründen. Die Handelndenhaftung basiert auf dem Gedanken, daß der im Namen der Vor-GmbH Handelnde seinem Geschäftspartner dafür einstehen muß, daß das Rechtsgeschäft auch mit der durch die Eintragung zur juristischen Person erstarkten GmbH zustande kommt. Die ZVK war aber nicht Geschäftspartner eines Rechtsgeschäfts, das die Beklagte mit ihr abgeschlossen hat.

II. Ob die Beklagte als Gesellschafterin der Vor-GmbH für deren Beitragsschuld haftet, kann auf der Grundlage des bisher festgestellten Sachverhaltes vom Senat noch nicht entschieden werden.

1. Der Senat hat in seiner Sitzung vom 23. August 1995 erwogen, die Klage der ZVK mit der Begründung abzuweisen, daß die Gesellschafter einer Vor-GmbH für deren Schulden nur beschränkt auf



ihre Einlagen haften. Er hat sich an einer entsprechenden Entscheidung durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gehindert gesehen, das in seiner Entscheidung vom 28. Februar 1986 (- 2 RU 21/85 - ZIP 1986, 645) entschieden hatte, daß die Gesellschafter einer Vor-GmbH für nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Vor-GmbH unbeschränkt haften. Der Senat hat daher durch Beschluß vom 23. August 1995 (- 10 AZR 908/94 (A) - AP Nr. 4 zu § 11 GmbHG) dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für nicht rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Vor-GmbH nur beschränkt haften.

Noch während des Verfahrens vor dem Gemeinsamen Senat hat der Bundesgerichtshof - und zwar der für Fragen des Gesellschaftsrechts zuständige Zweite Zivilsenat - seinerseits dem Gemeinsamen Senat die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH für Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt und grundsätzlich nur im Verhältnis zur Vorgesellschaft haften (Beschluß vom 4. März 1996 - II ZR 123/94 - AP Nr. 6 zu § 11 GmbHG = BB 1996, 1349).

Der Bundesgerichtshof geht in diesem Beschluß auf der Grundlage einer neuen Konzeption der Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH davon aus, daß die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft grundsätzlich unbeschränkt haften. Allerdings handele es sich insoweit um eine Innenhaftung gegenüber der Vorgesellschaft selbst, nicht aber um eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Diese müßten sich



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

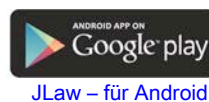
vielmehr an die Vor-GmbH halten und könnten ggfs. deren Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschafter pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Sowohl das Bundessozialgericht als auch der Senat haben sich daraufhin der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht zur Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH angeschlossen (Beschuß des BSG vom 31. Mai 1996 - 2 S (U) 3/96 - und Beschuß des Senats vom 10. Juli 1996 - 10 AZR 908/94 (B) -, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Die Entscheidung des BGH hat im Schrifttum Kritik erfahren (Raiser/Veil, Die Haftung der Gesellschafter einer Gründungs-GmbH, BB 1996, 1344; Wilhelm, Rechtsanwendung und Konzepte - Zur Vorlage eines Konzepts über die Haftung bei der Vor-GmbH durch den Zweiten Zivilsenat des BGH, DB 1996, 921; Karsten Schmidt, ZIP 1996, 353 und 593; Ensthaler, Zur Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH - Innenhaftung oder Außenhaftung?, BB 1997, 257 ff.; zustimmend Windbichler, in Anm. zu AP Nr. 4 zu § 11 GmbHG und Ulmer, Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH, ZIP 1996, 733). Wesentliches Argument dieser Kritik ist es, daß die Abwicklungslast für Verbindlichkeiten der Vor-GmbH, wenn es nicht zu deren Eintragung in das Handelsregister kommt, den Gläubigern auferlegt werde, die sich zunächst an die Vor-GmbH halten müßten und erst danach die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen könnten. Der Senat hat sich gleichwohl der Ansicht des BGH angeschlossen, auch aus der Erwägung, daß die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts, insbes. des Rechts der Vor-GmbH, dem dafür zu-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



ständigen und kompetenteren Fachsenat des Bundesgerichtshofes überlassen werden sollte.

2. Auch auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann die Klage gegen die Beklagte als Gesellschafter der Vor-GmbH noch nicht abgewiesen werden.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung Ausnahmen von dem dargestellten Grundsatz herausgestellt. Es heißt dort (unter II 2 a.E.) - offenbar im Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten eines Zugriffs nur auf die Vor-GmbH - "ist die Vor-GmbH vermögenslos oder sind weitere Gläubiger nicht vorhanden, kann ebenso wie bei der Ein-Mann-Vor-GmbH dem Gläubiger der unmittelbare Zugriff gestattet werden. Die Eröffnung dieser Möglichkeiten schafft keine Abwicklungsschwierigkeiten".

Im vorliegenden Fall liegt es nahe, einen solchen Ausnahmefall für den unmittelbaren Zugriff auf einen Gesellschafter der Vor-GmbH anzunehmen. Die von der Beklagten selbst beantragte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Vor-GmbH, zu deren Eintragung es aus nicht vorgetragenen Gründen nie gekommen ist, ist mangels Masse abgelehnt worden. Das spricht dafür, daß die Vor-GmbH vermögenslos gewesen ist. Auf der anderen Seite hat die Beklagte vorgetragen, das Geschäft der Vor-GmbH sei im wesentlichen vom Vater der Mitgesellschafterin Z geführt worden, der dann auch den Betrieb von B nach außerhalb verlegt habe. Das läßt die Annahme zu, daß trotz formeller "Masselosigkeit" doch noch ein Betrieb mit entsprechendem Betriebsvermögen vorhanden war, an den sich die Klägerin halten könnte.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 12 -

Bei dieser unklaren Sachlage kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Beide Parteien müssen Gelegenheit haben, zu diesem Ausnahmetatbestand, der allein eine unmittelbare Haftung der Beklagten gegenüber der ZVK begründen könnte, Stellung zu nehmen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes haftet der Gesellschafter einer Vor-GmbH auch bei unmittelbarer Inanspruchnahme nur anteilig. In welchem Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern die Beklagte an der Vor-GmbH beteiligt war, ist nicht festgestellt. Auch welche Leistungen die übrigen Gesellschafter auf die Forderung der Beklagten möglicherweise schon erbracht haben, konnte im Termin vor dem Senat nicht aufgeklärt werden. Auch insoweit wird das Landesarbeitsgericht weitere Feststellungen zu treffen haben.

Der Rechtsstreit war daher an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Matthes

Richter Dr. Jobs ist
durch Urlaub an der
Unterschrift verhindert

Böck

Matthes

Großmann

Peters



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

