

Aktenzeichen: 3 AZR 388/82

Bundesarbeitsgericht Dritter Senat

Urteil vom 16. Oktober 1984

- 3 AZR 388/82 -

I. Arbeitsgericht

Dortmund

Urteil vom 5. Januar 1982

- 5 Ca 915/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Hamm

Urteil vom 22. Juni 1982

- 7 Sa 218/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Haftung des Vorgründers einer Einmann-GmbH

Gesetz:

GmbHG § 11 Abs. 2; BGB §§ 177 ff.

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 388/82

7 Sa 218/82 Hamm

Verkündet am
16. Oktober 1984

Clobes,
Reg.-Sekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 1984 durch den Richter Schaub als Vorsitzenden, die Richter Dr. Steckhan und Dr. Peifer sowie die ehrenamtlichen Richter Kynast und Dr. Menzel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitssgerichts Hamm vom 22. Juni 1982 - 7 Sa 218/82 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht Hamm zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

T a t b e s t a n d :

Der Kläger beansprucht von dem Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vorvertrages.

Der Kläger war Außendienstmitarbeiter einer G OHG. Nachdem über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden war, schloß er mit dem Beklagten am 30. Dezember 1980 folgenden Vorvertrag:

"Vorvertrag

30.12.1980

Unter der Voraussetzung der Neugründung der S GmbH Handel u. Vertrieb von Befestigungstechnik, Schrauben etc. bei Übernahme der bisher von Herrn W und seinen Vertretern betreuten Kundschaft sowie Aufgabenbereiche, die noch festzulegen sind an leitender Stelle, wird Herrn W die Stelle eines Prokuristen angeboten mit einem Gehalt von 7.500,-- DM brutto monatlich.

Weiterhin wird Herrn W ein Geschäftsanteil von 12 % an der zu gründenden GmbH angeboten.

Es werden in der neu zu gründenden Firma insgesamt 2 Prokuristen eingestellt, Geschäftsführer ist A Sc .

Jeder Prokurist ist zusammen mit dem Geschäftsführer vertretungsberechtigt.

Herr W sagte zu auf jeden Fall seinen bisherigen Vertreterbezirk mit einem monatlichen Umsatz von ca. 200.000,-- DM mit seinem Vertreterstab weiterhin zu betreuen und zu leiten.

gez. A Sc gez. W "

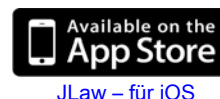
Außerdem unterzeichneten die Parteien am gleichen Tag eine Anlage zu diesem Vorvertrag, die folgenden Wortlaut hat:

"Sowie einer anteiligen Umsatzbeteiligung von 2 % des Gesamt-Netto-Umsatzes, die zu gleichen Anteilen unter den Außendienst-Führungskräften aufgeteilt wird.

Die in Frage kommenden Mitarbeiter werden vom Geschäftsführer und den beiden Prokuristen bestimmt."



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



- 3 -

Für den Abschluß des Vorvertrags verwendeten die Parteien einen Briefbogen der A Sc GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte ist.

Die notarielle Errichtungserklärung für die im Vorvertrag genannte S GmbH wurde am 8. Januar 1981 abgegeben. Alleinige Gesellschafterin ist die A Sc GmbH, vertreten durch den Beklagten. Dieser ist auch Geschäftsführer der neuen GmbH. Sie wurde am 26. Januar 1981 in das Handelsregister eingetragen.

Am 8. Januar 1981 verhandelten die Parteien über die vorgesehene Anstellung des Klägers bei der S GmbH. Nach dem ihm vom Beklagten vorgelegten Entwurf eines schriftlichen Anstellungsvertrags sollte der Klägers als Verkaufsleiter in die Dienste der neuen GmbH eintreten. In dem Entwurf war weiter vorgesehen, daß der Vertrag auf die Dauer von drei Monaten zur Probe abgeschlossen werden und mit Ablauf der Probezeit enden sollte, sofern er nicht zuvor verlängert würde. § 9 des Entwurfs enthielt ein einjähriges Wettbewerbsverbot. Als Karenzentschädigung war für die Dauer des Wettbewerbsverbots die Hälfte des zuletzt bezogenen monatlichen Grundgehalts vorgesehen.

Zur Unterzeichnung des Anstellungsvertrags kam es nicht, weil der Beklagte mit der vom Kläger verlangten Vereinbarung einer Karenzentschädigung in Höhe von 300.000,-- DM nicht einverstanden war.

Der Kläger hat vorgetragen, bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrages hätte er nach Ablauf der kurzen Befristung aufgrund des Wettbewerbsverbots vom deutschen Markt ausgeschlossen werden können. Der Arbeitsvertrag habe nicht dem Vorvertrag entsprochen. In den Vorgesprächen sei nie über die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots gesprochen worden. Von einer Probezeit sei nicht die Rede gewesen. In dem Vertragsentwurf habe eine Regelung über die ihm zustehende Umsatzprovision gefehlt. Die Übertragung eines Geschäftsanteils an ihn sei nicht mehr beabsichtigt gewesen. Er habe

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

daher davon ausgehen können, daß der Beklagte endgültig die Regelungen des Vorvertrages nicht habe übernehmen wollen, und somit die Unterzeichnung des Anstellungsvertrags ablehnen müssen. Die Forderung auf Vereinbarung einer Karenzentschädigung in Höhe von 300.000,-- DM sei wegen der vom Beklagten angebotenen schlechten Vertragsbedingungen rechnerisch und wirtschaftlich nicht überzogen gewesen. Durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten sei ihm ein Schaden in Höhe dreier Monatsgehälter, also von 22.500,-- DM brutto, sowie der bei einem angenommenen Monatsumsatz von 200.000,-- DM zu erwartenden Provision von insgesamt 12.000,-- DM brutto entstanden. Davon abzuziehen sei das erhaltene Arbeitslosengeld in Höhe von 6.217,90 DM. Der Kläger hat beantragt,

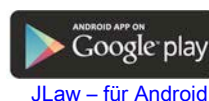
den Beklagten zu verurteilen, an ihn
28.282,10 DM brutto nebst 10 % Zinsen seit
dem 26. Januar 1981 auf 15.000,-- DM und
auf den Restbetrag von 13.282,10 DM seit
Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, allein der Kläger habe das Scheitern der Vertragsverhandlungen zu vertreten. Im Einverständnis mit dem Kläger sei in dem Anstellungsvertrag mit der neuen GmbH ein Wettbewerbsverbot vorgesehen worden, das der Regelung in seinem bisherigen Arbeitsvertrag entsprochen habe. Im Gespräch vom 8. Januar 1981 sei der Kläger mit den Bedingungen des ihm vorgelegten Anstellungsvertrages einverstanden gewesen. Der Kläger selbst habe gesagt, eine Beteiligung an der GmbH wolle er nicht. An der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots habe auf Seiten der neuen GmbH ein berechtigtes Interesse bestanden. Im Übrigen hafte er aus Rechtsgründen nicht. Die Klageforderung sei allenfalls gegen die S
GmbH zu richten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter.



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



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat keine ausreichenden Feststellungen getroffen, ob der Beklagte mit der Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages in Verzug geraten ist. Dies führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Der Beklagte ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts für etwaige Schadenersatzansprüche passiv-legitimiert.

1.a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, nicht der Beklagte, sondern allenfalls die S

GmbH hafte auf Schadenersatzansprüche. Der Beklagte habe nämlich gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG für die S

GmbH gehandelt. Mit ihrer Eintragung in das Handelsregister sei diese in die Haftung der Beklagten eingetreten. Insoweit hat sich das Landesarbeitsgericht einer früher vom Bundesgerichtshof vertretenen Meinung angeschlossen (vgl. BGH LM GmbHG § 11 Nr. 11, 25 und 30). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, sie ist auch inzwischen vom Bundesgerichtshof aufgegeben worden (BGH Urteil vom 7. Mai 1984 - II ZR 276/83 - ZIP 1984, 950).

b) Die Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG ist erst ab dem Zeitpunkt zu rechtfertigen, von dem an das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Anwendung findet. Dies ist aber erst ab notariellem Abschluß des Gesellschaftsvertrages, nicht aber in dem zeitlich davorliegenden Vorgründungsstadium der Fall. Mit Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrages entsteht eine Vorgesellschaft, die bereits weitgehend dem GmbH-Recht untersteht. Sie kann als Träger von Rechten und Pflichten nach außen hin im Rechtsverkehr auftreten und tritt mit der Eintragung ins Handelsregister ohne weiteres in alle Rechte und Pflichten der dann rechtlich entstehenden GmbH ein (BGHZ 80, 129 = ZIP 1981, 394). Die strenge Haftung des § 11 Abs. 2 GmbHG im Gründungsstadium hat den Zweck, wegen der beschränkten Haftung der Gesellschafter sicherzustellen, daß im Gründungsstadium wenigstens



eine Person verantwortlich haftet, solange die begrenzte Kapitalgrundlage der GmbH noch nicht gerichtlich kontrolliert ist. Nichts anderes gilt auch bei der Einmanngründung einer GmbH. An die Stelle des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages tritt die einseitige, notariell zu beurkundende Erklärung des Gründers.

c) Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn bereits vor notariell beurkundetem Abschluß des Gesellschaftsvertrages bzw. der Errichtungserklärung des Einmanngründers für die Gesellschaft gehandelt wird. In diesem Stadium handelt es sich um eine eigenständige Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, um eine offene Handelsgesellschaft, für deren Schulden alle Beteiligten unbeschränkt haften. Die Rechte und Pflichten dieser Gesellschaften gehen nicht auf die spätere GmbH über, da das GmbH-Recht noch nicht gilt. Wird für eine derartige Vorgründungsgesellschaft gehandelt, so haftet der wahre Rechtsträger aus dem Rechtsgeschäft, wenn der Handelnde bevollmächtigt war, oder der Handelnde haftet nach § 179 BGB, wenn er keine Vollmacht besaß oder der Rechtsträger nicht existiert. Entsprechendes gilt im Falle der Einmanngründung.

2. Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze muß der Beklagte für etwaige Schulden der Vorgründungsgesellschaft eintreten.

a) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte persönlich für die Vorgründungsgesellschaft gehandelt hat, auch wenn für die Niederschrift des Vorvertrages ein Geschäftsbogen der A Sc GmbH benutzt worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat ferner festgestellt, daß nach dem Willen der Parteien der Beklagte Verhandlungspartner sein sollte. Die Rechtswirksamkeit des Vorvertrages stellt die Revision vergeblich in Abrede.



- 7 -

b) Zu unrecht meint die Revision, der Vorvertrag sei nicht hinreichend bestimmt. Ein wirksamer Vorvertrag setzt voraus, daß sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Vertrages zumindest bestimmbar ist (RGZ 124, 81, 83; BGH LM § 154 BGB Nr. 4 Bl. 1 R, BB 1968, 12). Für die Wirksamkeit eines Vorvertrages reicht es aus, daß in diesem eine so weitgehende Einigung erzielt worden ist, daß sich der Inhalt des Hauptvertrages im Streitfall im Wege ergänzender Auslegung ermitteln läßt (Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., Einführung 4 b vor § 145 m.w.N.). Eine solche Bestimmtheit besaß der Vorvertrag vom 30. Dezember 1980, auch wenn es im vorliegenden Fall beim Versuch, den endgültigen Arbeitsvertrag zustandezubringen, Streitigkeiten unter den Parteien gegeben hat.

Der Vorvertrag ist auch nicht nichtig. Zwar enthält der Vertrag die Verpflichtung, daß dem Kläger ein Geschäftsanteil von 12 % an der zu gründenden GmbH übertragen wird. Diese Vertragsbestimmung ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG i. Verb. mit § 125 BGB nichtig, weil sie nicht notariell getroffen wurde. Diese Formvorschrift gilt auch für den Vorvertrag (Baumbach/Hueck, GmbHG, 12. Aufl., § 15 Anm. 4 C). Entgegen der Regel des § 139 BGB führt diese Teilnichtigkeit jedoch nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vorvertrages. Der Vorvertrag sollte auch bei Nichtigkeit der Beteiligungsabrede wirksam sein. Der Kläger war wegen des Konkurses seines früheren Arbeitgebers auf eine neue Beschäftigung angewiesen und der Beklagte wollte sich die Markterfahrung des Klägers zunutze machen. Dieser Vertragszweck hatte die Parteien zusammengeführt und zu vorvertraglichen Regelungen des Arbeitsverhältnisses, die als Hauptsache der Gesamtvereinbarung anzusehen sind, geführt.

II. Das Landesarbeitsgericht muß noch weitere Feststellungen treffen, ob der Beklagte mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages in Verzug geraten ist (§ 326 BGB). Dies hat es von seinem Rechtsstandpunkt aus bislang nicht geklärt.



- 8 -

1. Das Landesarbeitsgericht wird zunächst prüfen müssen, ob der Beklagte vom Kläger in Verzug gesetzt worden ist. Dies setzt voraus, daß der Kläger am 8. Januar 1981 den Beklagten gemahnt hat, mit ihm einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Entscheidend ist, ob der Kläger an den Beklagten eine bestimmte Leistungsaufforderung gerichtet hat, die von diesem nach §§ 133, 157 BGB als Aufforderung zur Erbringung der geschuldeten Leistung aufzufassen war (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 284 Anm. 3 b). Der Wirksamkeit der Mahnung steht nicht entgegen, wenn der Kläger eine Karenzentschädigung in Höhe von 300.000,-- DM verlangt hat. Allerdings ist eine Mahnung wirkungslos, wenn der Gläubiger vorsätzlich eine erheblich überhöhte Forderung geltend macht (vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, 12. Aufl., § 284 Rz 25 a.E.). Ob dieser Fall hier vorlag, wird erst beurteilt werden können, wenn das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, ob die Arbeitsbedingungen, die der Beklagte dem Kläger am 8. Januar 1981 anbot, als ordnungsgemäße Erfüllung des Vorvertrages anzusehen waren oder ob sie für den Kläger unzumutbar waren, wenn nicht die Risiken des Vertragsabschlusses durch die Vereinbarung der Karenzentschädigung in Höhe von 300.000,-- DM ausgeglichen wurden.

2. Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, der Kläger habe den Beklagten wirksam gemahnt, so muß es prüfen, ob der Verzug eingetreten ist, obwohl der Kläger keine Nachfrist (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) gesetzt hat. Das kann der Fall sein, wenn der Beklagte die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Eine solche Verweigerung ist anzunehmen, wenn der vom Beklagten am 8. Januar 1981 vorgelegte Entwurf eines Anstellungsvertrags im Zusammenhang mit seinem Verhalten als endgültige Ablehnung der Erfüllung des Vorvertrages aufzufassen war.

Schaub

Dr. Steckhan

Dr. Peifer

Kynast

Dr. Menzel



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

