

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

6

GmbHG § 2 Abs. 1

Zur Frage, ob aus einem nicht in der Form des § 2 GmbHG geschlossenen Vorvertrag über die Gründung einer GmbH Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung abgeleitet werden können.

BGH, Urt. v. 21. September 1987 - II ZR 16/87 - OLG Nürnberg  
LG Amberg

# BUNDESGERICHTSHOF

6

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 16/87

Verkündet am:  
21. September 1987  
Spengler,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Helmut U[REDACTED], H[REDACTED]str. [REDACTED], D[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Gerhard H[REDACTED], S[REDACTED]str. [REDACTED], A[REDACTED],
2. Ernst H[REDACTED], N[REDACTED]str. [REDACTED], A[REDACTED],
3. Käthe H[REDACTED], N[REDACTED]str. [REDACTED], A[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

WI

6

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

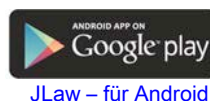
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 7. November 1986 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auch im Hilfsantrag abgewiesen worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Der Kläger macht gegen die Beklagten an ihn abgetretene, nach Beendigung der ersten Instanz rückabgetretene Schadensersatzansprüche des Zeugen Dr. G. aus der nicht zustandegekommenen Verpachtung eines von der M. KG in A. betriebenen Möbelgeschäfts geltend. Der Beklagte zu 1 ist der persönlich haftende Gesellschafter dieser Gesellschaft, seine Eltern, die Beklagten zu 2 und 3, sind deren Kommanditisten.

Nachdem die Eheleute G. den Beklagten zu 1 im Jahre 1976 persönlich kennengelernt hatten, erwähnte dieser ihnen gegenüber gesprächsweise die Absicht, das von der Kommanditgesellschaft betriebene Möbelhaus zu verpachten. Da sich die Eheleute G. an einer Anpachtung interessiert zeigten, kam es in der Folgezeit verschiedentlich zu Gesprächen über dieses Projekt, bei denen teilweise auch die Beklagten zu 2 und 3 anwesend waren. Am 24. März 1978 wurde zwischen den Eheleuten G. und dem Beklagten zu 1 eine Vereinbarung getroffen, nach welcher der Beklagte zu 1 ab 1.1.1979 für 10 Jahre das Möbelhaus G. KG an die Eheleute G. bzw. an eine zu errichtende GmbH verpachtete. Der Pachtzins sollte 12.000 DM pro Monat betragen. Für die Vorräte sowie den Fuhrpark und die Einrichtungsgegenstände wurde ein Betrag in Höhe von 500.000 DM angesetzt, der aber am Stichtag der Übernahme genau ermittelt werden sollte.

An der zu errichtenden GmbH sollte sich neben den Eheleuten G■■■■ auch der Beklagte zu 1 mit 20 % beteiligen, die er ggf. mit seinen Eltern teilen sollte. Aufgrund dieser Vereinbarung erarbeitete der Steuerberater des Beklagten zu 1 schriftliche Entwürfe eines Gesellschafts- und eines Pachtvertrages. Der Abschluß beider Verträge zer-  
schlug sich, nachdem die Beklagten zu 2 und 3 ihre dazu erforderliche Zustimmung versagten.

Der Kläger nimmt die Beklagten aus dem Gesichtspunkt eines bindenden Vorvertrages und des Verschuldens bei Vertragsschluß persönlich auf Ersatz des Dr. G■■■■ entstandenen Schadens in Anspruch. Er hat vorgetragen, der Beklagte zu 1 habe den Eheleuten G■■■■ den bevorstehenden Vertragsabschluß als sicher hingestellt. Auch in den Gesprächen, bei denen die Beklagten zu 2 und 3 zugegen gewesen seien, sei nie die Rede davon gewesen, daß diese zustimmen müßten. Im übrigen hätten die Beklagten zu 2 und 3 der geplanten Verpachtung und den im Zusammenhang damit erarbeiteten Vertragsentwürfen auch ihrerseits zugestimmt. Im Vertrauen darauf, daß es zur Errichtung der GmbH und zum Abschluß des Pachtvertrages käme, sei der Zeuge Dr. G■■■■ nicht sofort nach Abschluß seines zweiten juristischen Staatsexamens, sondern erst zum 1. April 1980 in den hessischen Staatsdienst eingetreten. Dadurch sei ihm ein Einkommensausfall entstanden. Der Kläger hat in erster Linie beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Auskunft und Rechnungslegung über sämtliche Geschäfte und den steuerlichen Gewinn der Kommanditgesellschaft in den

Jahren 1979 bis 1981 sowie zur Versicherung der Richtigkeit dieser Angaben an Eides statt und zum Ersatz des noch zu beziffernden Schadens nebst Zinsen zu verurteilen. Mit seinem Hilfsantrag, mit dem er die im Rahmen der Vertragsverhandlungen entstandenen Reise- und Beratungskosten sowie den Verdienstausschlag des Dr. G. [REDACTED] geltend macht, hat er beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 107.232,80 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagten haben die Aktivlegitimation des Klägers bestritten und im übrigen vorgetragen, den Eheleuten G. [REDACTED] sei von Anfang an bekannt gewesen, daß die Verträge der Zustimmung der Beklagten zu 2 und 3 bedurft hätten, deren Erteilung ihnen zu keinem Zeitpunkt als sicher hingestellt worden sei. Die Vertragsverhandlungen seien letztlich daran gescheitert, daß die Ehefrau G. [REDACTED] die im Gesellschaftsvertrag der GmbH vorgesehene Regelung der Geschäftsführung nicht akzeptiert habe.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Die Berufung des Klägers, der seine im übrigen unverändert gebliebenen Anträge unter Berücksichtigung der inzwischen erfolgten Rückabtretung auf Leistung an Dr. G. [REDACTED] umgestellt hat, blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat teilweise Erfolg.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, unabhängig von den im übrigen zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils könne die Klage schon deshalb keinen Erfolg haben, weil der Zeuge Dr. G. die behaupteten Ansprüche nicht alleine geltend machen und demnach der Kläger auch nicht Leistung an ihn alleine verlangen könne. Da die Eheleute G. das Möbelgeschäft gemeinsam unmittelbar oder mittelbar über eine GmbH pachten und selbst betreiben wollten, habe zwischen ihnen eine Gesellschaft bestanden. Da trotz eines entsprechenden Aufklärungsbeschlusses keine weiteren Darlegungen des Klägers erfolgt seien, müsse von dem gesetzlichen Regelfall ausgegangen werden, daß alle Gesellschafteransprüche, die aus der gesamthänderischen Bindung entstanden seien, nur gemeinsam geltend gemacht werden könnten. Dies hält revisionsgerichtlicher Prüfung nur teilweise stand.

1. Keinen Erfolg kann die Revision haben, soweit sie sich gegen die Abweisung des Hauptantrages wendet, mit dem der Kläger, gestützt vor allem auf die Behauptung eines schon abgeschlossenen Vorvertrags, begehrt, die Eheleute G. im Ergebnis so zu stellen, als sei die Gesellschaft errichtet und das Möbelgeschäft der KG an sie verpachtet.

Der Gründungsvorvertrag, durch den sich mehrere Personen zur Gründung einer GmbH verpflichten, bedarf nach herrschender Meinung der Form des § 2 GmbHG, da andernfalls der mit der Formvorschrift u.a. bezweckte Schutz vereitelt würde (Scholz-Karsten Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 11 Rdnr. 12 m.w.N.). Die Umdeutung in ein - formfreies (vgl. BGH, Urt. v. 23. November 1972 - II ZR 126/70, WM 1973, 67 und v. 14. Dezember 1968 - II ZR 138/67, WM 1969, 291) - Versprechen der Beklagten, für den Fall, daß sie eine GmbH gründen würden, die Eheleute G. an dieser zu beteiligen, scheidet vorliegend aus. Die GmbH war ausschließlich als die Rechtsform ins Auge gefaßt worden, unter der sich die Anpachtung des Möbelgeschäfts durch Dr. G. und seine Ehefrau vollziehen sollte. Der Beklagte zu 1 sollte daran lediglich eine Minderheitsbeteiligung erwerben können, an der er evtl. wiederum seine Eltern, die Beklagten zu 2 und 3, beteiligen wollte. Dagegen stand die Übertragung des Möbelgeschäfts auf eine von den Beklagten zu gründende GmbH außerhalb der Anpachtungspläne der Eheleute G. zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion. Kam jedoch die Gründung einer GmbH ohne Dr. G. und seine Ehefrau von Anfang an nicht einmal als gedankliche Möglichkeit in Betracht, so fehlte es von vornherein an einem Objekt, auf das sich ein Versprechen, die Eheleute G. daran zu beteiligen, hätte beziehen können. Es handelt sich deshalb bei dem vom Kläger behaupteten Vorvertrag um einen echten Gründungsvorvertrag, der uneingeschränkt der Formvorschrift des § 2 GmbHG unterliegt und

mangels Einhaltung dieser Form unter allen Umständen nichtig wäre. Hatte das von dem Kläger behauptete Versprechen der Beklagten, das Möbelgeschäft zu verpachten, ausschließlich die Verpachtung an eine von den Parteien zu gründende GmbH zum Gegenstand, so war dieses Versprechen für den Fall des Nichtzustandekommens der GmbH-Gründung gegenstandslos. Ein aus dem behaupteten Pachtvertrag ableitbarer Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung mit dem Inhalt, so gestellt zu werden, als ob die GmbH gegründet und das Geschäft der KG an sie verpachtet worden wäre, scheitert an dem auf der Formnichtigkeit des Vorgründungsvorvertrages beruhenden Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung zur Gründung der als Pächter vorgesehenen GmbH. Angesichts des Schutzzwecks der Formvorschrift läßt sich ein solcher auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Schadensersatzanspruch auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß wegen unbegründeten Abbruchs der Vertragsverhandlungen über die Gründung der GmbH herleiten. Eine Verpachtung des Möbelgeschäfts unmittelbar an die Eheleute G. ohne Zwischenschaltung einer GmbH konnte dagegen schon deshalb nicht ernstlich in Betracht kommen, weil durch die Gründung der GmbH den Beklagten die Möglichkeit eröffnet werden sollte, sich ebenfalls an dem verpachteten Unternehmen zu beteiligen. Ansprüche auf ein Erfüllungssurrogat, wie sie der Kläger mit dem in Form der Stufenklage erhobenen Hauptantrag geltend macht, scheiden schon aus diesen Gründen aus.

2. Dagegen hat die Revision Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, daß die Vorinstanzen auch den auf Zahlung

von 107.232,80 DM gerichteten Hilfsantrag des Klägers abgewiesen haben. Mit diesem auf das negative Interesse beschränkten Antrag verlangt der Kläger Ersatz des Einkommensausfalls, der Dr. G. dadurch entstanden ist, daß er im Vertrauen auf die bevorstehende Anpachtung des Möbelgeschäfts nicht sofort nach Abschluß seines zweiten juristischen Staatsexamens, sondern erst zum 1. April 1980 in den hessischen Staatsdienst eingetreten ist, sowie Ersatz der Dr. G. anlässlich der fehlgeschlagenen Verhandlungen entstandenen Reise- und Beratungskosten. Da dieser Schaden Dr. G. persönlich entstanden ist, ist der Kläger als sein gesetzlicher Prozeßstandschafter (§ 265 ZPO) berechtigt, den Anspruch auf Ersatz dieses Schadens mit einem auf Zahlung an Dr. G. gerichteten Antrag geltend zu machen. In rechtlicher Hinsicht stützt sich dieser Anspruch im Gegensatz zu dem mit dem Hauptantrag verfolgten nicht auf die aus dem Zustandekommen eines verpflichtenden Vorvertrages folgende vertragliche Bindung, sondern auf den Vorwurf, die Beklagten hätten dadurch, daß sie ohne triftigen Grund von dem vorher als sicher hingestellten Vertragsschluß Abstand genommen hätten, schuldhaft gegen ihre mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen entstandenen Sorgfaltspflichten verstoßen. Angesichts der Natur des in Frage stehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses liegt es nahe anzunehmen, daß die Beachtung der daraus entspringenden Pflichten Dr. G. persönlich geschuldet wurde. Es ist deshalb rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht, ohne zwischen den mit dem Haupt- und dem Hilfsantrag geltend gemachten Ansprüchen zu unterscheiden,

auch den Hilfsantrag des Klägers mit der Begründung abgewiesen hat, Dr. G■■■■ und infolgedessen der Kläger als sein Prozeßstandschafter könne den Klageanspruch mit Rücksicht auf das Bestehen einer Gesellschaft zwischen Dr. G■■■■ und seiner Ehefrau nicht alleine geltend machen und demnach auch nicht Zahlung an Dr. G■■■■ alleine verlangen.

Auch der Verweis des Berufungsgerichts auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils vermag die Abweisung des Hilfsantrags nicht zu tragen. Der Kläger hat sich in der Berufungsbegründung zum Beweis der Richtigkeit seiner Behauptung, daß die Beklagten in den Eheleuten Groß das Vertrauen auf das Zustandekommen des Unternehmenspachtvertrages bis zu dem für diese überraschenden Abbruch der Verhandlungen aufrechterhalten haben, wiederholt auf das Zeugnis der Ehefrau des Dr. G■■■■ bezogen. Diesen Beweisanspruch durfte das Berufungsgericht nicht, wie die Revision mit Erfolg rügt, übergehen. Das Beweisthema, zu dem die Zeugin benannt worden war, war entscheidungserheblich: Wenn die Beklagten tatsächlich bis zuletzt den Abschluß des Pachtvertrages gegenüber Dr. G■■■■ und seiner Ehefrau als sicher hingestellt haben und sodann die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund für die andere Seite überraschend abgebrochen haben, so könnte darin ein Verschulden bei Vertragsschluß liegen, das grundsätzlich geeignet ist, den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu rechtfertigen. Da die Zeugin infolge des nur auf die erste Instanz beschränkten Verzehrs auf ihre Vernehmung vor dem Landgericht nicht gehört worden war, handelte es sich nicht um eine erneute,

sondern um eine erstmalige Vernehmung. Die Anhörung dieser Zeugin stand damit nicht im Ermessen des Berufungsgerichts. Zugleich war nicht ohne eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung auszuschließen, daß ihre Aussage Anlaß zu einer Erneuerung auch der übrigen Beweisaufnahme und zu einer abweichenden Würdigung des Beweisergebnisses insgesamt geben konnte. Der in der Übergehung dieses Beweisanktritts liegende Verfahrensfehler führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit darin auch die Abweisung des Hilfsantrags aufrechterhalten worden ist, damit das Berufungsgericht die unterlassene Beweisaufnahme nachholen kann. Dies gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich auch mit den weiteren Verfahrensrügen der Revision auseinanderzusetzen.

Bei seiner neuen Entscheidung wird sich das Berufungsgericht, wenn es einen Anspruch von Dr. G. gegen die Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluß dem Grunde nach bejaht, auch damit auseinanderzusetzen haben, daß Dr. G. nur Ersatz desjenigen Schadens verlangen kann, der ursächlich darauf zurückzuführen ist, daß er es im Vertrauen gerade auf die Gründung der GmbH und auf das Zustandekommen des Unternehmenspachtvertrages unterlassen hat, sich zu einem früheren Zeitpunkt um eine Anstellung zu bemühen. Seine Angaben bei seiner Vernehmung als Zeuge

vor dem Landgericht könnten Zweifel daran hervorrufen, ob sein später Eintritt in den erlernten Beruf tatsächlich auf dem den Beklagten entgegengebrachten Vertrauen und nicht vielmehr auf Schwierigkeiten, früher eine geeignete Stelle zu finden, beruht.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Röhricht

Dr. Henze