

**15. Zum Begriff des Vorvertrags bei Gründung einer Gesellschaft mbH.  
GmbHG. § 2.**

II. Zivilsenat. Urtr. v. 7. Oktober 1930 i. S. Frau Schm. (Bekl.)  
w. R. Schm. u. Gen. (Pl.). II 535/29.

I. Landgericht Düsseldorf.

II. Oberlandesgericht baselstf.

Die Beklagte ist die Witwe des im Jahre 1927 verstorbenen Kommerzienrats W. Schm., des Bruders der beiden Kläger R. und H. Schm. Die drei Brüder, welche Teilhaber der Firma W. Schm.-Scho., offene Handelsgesellschaft in M., der Firma G. E. T., offene Handelsgesellschaft in M. und der Firma Süddeutsche Kommandite in S. waren, schlossen zur Regelung geschäftlicher Fragen und zur

Beilegung von Unstimmigkeiten einen vom 27. März 1906 datierten Vertrag. Die darin genannte Rh. Zuderwarenfabrik GmbH. wurde am gleichen Tage durch notariellen Vertrag zwischen K. und W. Schm. gegründet.

Nach dem Tode des W. Schm. stellte sich die Beklagte als seine Minorerin auf den früher schon von ihrem Mame vertretenen Standpunkt, daß der privatschriftliche Vertrag vom 27. März 1906 wegen Formmangels nichtig sei, und zwar — nach ihrer Prozeßbehauptung — u. a. deshalb, weil er einen Vorvertrag zur Gründung einer Gesellschaft mbH. enthalte.

Die Kläger verlangten mit der Klage Feststellung, daß der Vertrag rechtswirksam sei. Die beiden Vordergerichte erkannten dementsprechend. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

#### Gründe:

Das Berufungsurteil verneint, daß der Vertrag vom 27. März 1906 einen auf Gründung der Rh. Zuderwarenfabrik GmbH. gerichteten Vorvertrag darstelle, und erklärt ihn daher auch ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung für rechtswirksam. Es erachtet ihn und den notariellen Gründungssatz der Gesellschaft als in untrennbarem, einheitlichem Zusammenhang stehend und hält daher die zeitliche Reihenfolge der beiden Vertragsakte nicht für erheblich. Die Angriffe der Revision gegen diese Erwägungen sind in keiner Hinsicht begründet. Die Annahme des Berufungsgerichts, in der Vertragsurkunde vom 27. März 1906 sei kein die Gründung der Gesellschaft betreffender Vorvertrag enthalten, beruht einerseits auf rein tatsächlichen Erwägungen, anderseits auf rechtlich bedenkenfreier Würdigung des festgestellten Sachverhalts. Insbesondere ist die rechtliche Eigenart des Vorvertrags als eines die Beteiligten zum Abschluß eines inhaltlich hinreichend bestimmten Hauptvertrags in erzwingbarer Form verpflichtenden Parteiabkommens nicht verkannt. Das angefochtene Urteil entnimmt aus der Fassung der Verträge vom 27. März 1906 und aus den begleitenden Umständen, daß es den Brüdern Schm. gar nicht darauf angekommen sei, in dem privatschriftlichen Vertrag eine gegenseitige Verpflichtung zur Gründung der Gesellschaft mbH. einzugehen, daß vielmehr der gemeinsame Wille dazu bei ihnen selbstverständlich gewesen sein müsse, wenn man nicht den ganzen von der Gründung abhängigen Vertragsschluß als unsinnig bezeichnen wolle, und daß man eben angesichts dieser Selbst-

verständlichkeit am gleichen Tage sofort den Gründungsakt selbst in der gesetzlichen Form vorgenommen habe. Diese Feststellungen beruhen nicht nur auf möglicher, sondern auf durchaus naheliegender und jedenfalls rechtlich nicht zu beanstandender Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen. Sind auch in dem privatschriftlichen Vertrag vom 27. März 1906 die für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags wesentlichen Angaben (§ 3 GmbHG.) enthalten (Firma, Sitz, Zweck, Stammkapital, Einlagen der Gesellschafter) und würde auch der Vertrag als Gründungsvorvertrag nach ständiger, auch weiterhin festzuhaltender Rechtsprechung (RGZ. Bd. 66 S. 116; RGUrt. v. 16. April 1920 II 487/1919 und vom 24. April 1908 II 589/1907) der Form des § 2 GmbHG. zweifellos bedürftig sein, so ist doch die Meinung der Revision nicht zwingend, die Parteien hätten nur dann Anlaß gehabt, in den Vertrag vom 27. März 1906 eine Verpflichtung zur Gründung der Gesellschaft nicht aufzunehmen, wenn sie tatsächlich gewußt hätten, daß der Vorvertrag formbedürftig sei; das sei ihnen aber in Wirklichkeit nicht bekannt gewesen. Auch wenn die Parteien das Formerfordernis nicht kannten, blieb doch die Möglichkeit, daß sie wegen der am 27. März 1906 erfolgten, also vorher mit Rücksicht auf bestimmte gemeinsame Interessen von ihnen notwendigerweise als feststehend behandelten Gründung der Gesellschaft von einer besonderen schriftlichen Bindung durch Vorvertrag bewußt Abstand genommen haben. Es ist durchaus denkbar, daß eine vorläufig nicht formgerechte, aber auf gemeinsamer Interessenlage beruhende Bindung ihren Ausdruck in Vereinbarungen findet, welche die näheren Verhältnisse der erst zu gründenden Gesellschaft zu regeln bestimmt sind, deren Entstehung jedoch nur als sicher voraussetzen, nicht aber selbst eine Verpflichtung zur Gründung schaffen sollen. Dem Formerfordernis des § 2 GmbHG. unterliegen solche Vereinbarungen nicht, solange sie des Charakters eines eigentlichen Gründungsvortrags ermangeln. Ihre Rechtswirkung, falls es nicht zur Gründung kommt, ist Frage des Einzelfalles. Im gegenwärtigen Rechtsstreit stellt sich der Vertrag vom 27. März 1906 seinem Wesen nach als umfassende Regelung der ganzen gesellschaftlichen Beziehungen der Brüder Schm. auf lange Zukunft dar, dazu bestimmt, alle gemeinschaftlichen Unternehmungen in die Dachgesellschaft Schm.-Scho. einzugliedern und deren Verhältnisse zu ordnen. Die neuzugründende Gesellschaft mbH. erscheint in diesem Zusammen-

hang nur als unselbständiges, den anderen Betrieben gleichgeordnetes Glied des Ganzen, und sowohl die Einleitung des Vertrags: „als Gesellschafter einer neuen auf Grund anliegenden Gründungsvertrags zu errichtenden G.m.b.H. . .“ wie die spätere Erwähnung (§ 3), daß die Firma Schm.-Scho. die von W. und R. Schm. zu gleichen Teilen gezeichnete Einlage von zusammen 200000 M. vorschiesse, macht klar ersichtlich, daß es sich bei dieser Wortfassung nicht um eine Gründungsverpflichtung handeln konnte, sondern daß der Gründung wegen eben auf die als Vertragsanlage behandelte Gründungsurkunde verwiesen wurde. Dieser notarielle Gründungsakt trug aber das Datum vom 27. März 1906, mithin das gleiche wie der privatschriftliche Vertrag. Daraus folgt zwingend, daß die Parteien — mag der Privatvertrag zeitlich abgeschlossen sein, wann er will — durch seine Datierung jedenfalls und zwar gerade dann, wenn er etwa schon an einem früheren Tage vollzogen gewesen sein sollte, ihn als mit dem notariellen Vertrag gleichzeitig und zusammengehörig behandelt wissen wollten. Damit würde auch aus diesem Grunde jede Voraussetzung für die Annahme entfallen, daß darin ein Vorvertrag des Gründungsaktes enthalten sei. Zum mindesten hat die Beklagte, die für den von ihr behaupteten Nichtigkeitsgrund beweispflichtig ist, für ihre Meinung nichts Entscheidendes vorgebracht. Insbesondere würde auch daraus nichts zugunsten ihrer Vertragskonstruktion folgen, daß der Vertrag vom 27. März 1906 bestimmt gewesen sein soll, alle früher bestehenden Streitigkeiten zu bereinigen . . .