

0

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 111/71

URTEIL

Verkündet am

2. Mai 1974

Werner,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns, jetzt Rentners Helmut R [REDACTED],  
F [REDACTED], O [REDACTED] Landstraße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

den Ingenieur Horst M [REDACTED], E [REDACTED],  
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 14. Oktober 1970 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt vom Beklagten gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG aufgrund folgenden Sachverhalts die Bezahlung von Statikerarbeiten, die er im Jahre 1964 ausgeführt hat:

Im Oktober 1963 meldeten der Beklagte und der Kaufmann W. als Gesellschafter sowie der Kaufmann V. als alleiniger Geschäftsführer in privatschriftlicher Form die Gründung der "R.-R.-Vertriebs-GmbH" zur Eintragung in das Handelsregister mit dem Bemerkens an, die Gesellschaft habe am 1. Oktober 1963 begonnen. Auf gerichtlichen Hinweis schlossen der Beklagte und W. am 26. Februar 1964 den Gesellschaftsvertrag

- 3 -

in notarieller Form ab. Danach war Gegenstand des Unternehmens unter anderem die Errichtung von Bauwerken auf eigene und fremde Rechnung (§ 2). In § 3 heißt es, der Beklagte habe "in die Gesellschaft eine Bauabteilung mit dem dazu erforderlich technischen Personal eingebracht", die mit 250.000 DM bewertet werde. Außerdem sollte der Beklagte neben einem Barbetrag ein Grundstück sowie "eine Lizenz von der Firma S [REDACTED], P [REDACTED] für eine Fertigung (Feldfabrikation) von Bauteilen einbringen, falls ihm diese Lizenz von dieser Firma übertragen werden sollte"; dabei handelte es sich um die in Deutschland bis dahin nicht allgemein anerkannte "Gypsolith-Bauweise". Zu Geschäftsführern wurden die beiden Gesellschafter und V [REDACTED] bestellt (§ 6); jeweils zwei Geschäftsführer waren zusammen vertretungsberechtigt, jedoch sollte die Gesellschafterversammlung auch bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer dem einzelnen Alleinvertretungsmacht erteilen können.

Diesen Gesellschaftsvertrag sandte V [REDACTED] als Geschäftsführer unter dem 9. März 1964 an das Registergericht. Nach Beanstandung durch das Gericht teilte V [REDACTED] mit Schreiben vom 6. April 1964 unter anderem mit, der Beklagte habe die übernommene Bareinlage erbracht und die restliche Einlage durch die "Übergabe von 45 Baufach- und Hilfsarbeitern sowie Bautechnikern sowie durch komplette Übergabe von Werkzeugen, Geräten und Maschinen" geleistet. Nach weiteren Beanstandungen änderten die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag in notarieller Verhandlung vom 24. September 1964 hinsichtlich der Firma sowie zu § 3 dahin ab, daß es sich um eine Bargründung handele und die Gesellschafter ihre



Stammeinlagen bereits voll eingezahlt hätten. Die GmbH wurde dann am 20. Oktober 1964 mit der neuen Firma in das Handelsregister eingetragen.

Schon vor der Eintragung hatte V [REDACTED] als Geschäftsführer der "R [REDACTED]-R [REDACTED]-Vertriebs-GmbH" den Architekten Koenen mit der Planung für mehrere in der Gypsolith-Bauweise herzustellende Typenhäuser beauftragt. K [REDACTED] vergab mit Ermächtigung V [REDACTED] die statischen Berechnungen an den Kläger. Dieser führte den Auftrag bis Anfang Juli 1964 aus und berechnete hierfür am 9. September 1964 der damals noch nicht eingetragenen GmbH 2.727 DM. Mit Schreiben vom 6. Oktober 1964 erkannte V [REDACTED] für die "GmbH" die Rechnung an.

Mit der Behauptung, der Beklagte und W [REDACTED] hätten den Architektenauftrag an K [REDACTED] erteilt, jedenfalls aber der Beauftragung K [REDACTED] durch V [REDACTED] und der Vergabe der Statikerarbeiten zugestimmt, hat der Kläger beantragt, den Beklagten gesamtschuldnerisch mit W [REDACTED] zur Zahlung von 2.727 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat mit seinem Antrag auf Klagabweisung eingewandt, er habe mit den Typenhäusern nichts zu tun gehabt; weder habe er dem Architekten K [REDACTED] oder dem Kläger einen Auftrag erteilt, noch V [REDACTED] zur Auftragserteilung bevollmächtigt. Die Statik des Klägers sei zu aufwendig, unwirtschaftlich und auch sonst mangelhaft gewesen. Der Aufforderung zur Nachbesserung in bestimmter Frist sei der Kläger nicht nachgekommen. Infolge der zu aufwendigen Statik hätten sich die Häuser erheblich verteuert. Mit einem hieraus hergeleiteten Schadensersatz-

anspruch, den ihm die GmbH abgetreten habe, hat der Beklagte vorsorglich gegen die Klageforderung aufgerechnet. Im Wege der Widerklage hat er beantragt, den Kläger zur Zahlung von 49.465,25 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seine Anträge zur Klage- und Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält den Beklagten als "Handelnden" im Sinne von § 11 Abs. 2 GmbHG für verpflichtet, die Honorarrechnung des Klägers zu begleichen. Es geht davon aus, daß spätestens mit der Anmeldung der GmbH zum Handelsregister im Oktober 1963 eine Vorgesellschaft entstanden sei und deren Mitglieder einverständlich V. die Alleinvertretungsmacht übertragen hätten. Diese Vertretungsregelung, so stellt es fest, habe nach dem Willen der Gesellschafter ungeachtet der später im notariellen Vertrag vom 26. Februar 1964 vereinbarten Gesamtvertretung bis zur Eintragung der GmbH weiter gegolten. So habe V. bei der Einreichung des notariellen Vertrags, beim Abschluß des Lizenzvertrages über die Gypsolith-Bauweise, bei der Abtretung der angeblichen Schadensersatzansprüche an den Beklagten sowie bei der Auftrags-

vergabe an den Architekten K. [REDACTED] und den Kläger unbeanstandet weiterhin allein für die Vorgesellschaft gehandelt. Dabei könne dem Beklagten und seinem Mitgesellschafter W. [REDACTED] unmöglich entgangen sein, daß die in Gründung befindliche GmbH die Errichtung der Typenhäuser vorbereitet und mit dem Bau auch bereits begonnen habe, was unter anderem planerische und statische Vorarbeiten, die Erwirkung der Baugenehmigung und vor allem vertragliche Absprachen mit dem Bauherrn erfordert habe.

Darüber hinaus habe der Beklagte die Beauftragung des Klägers dadurch konkret mit verursacht, daß er mit den anderen Gesellschaftern verabredet habe, die Gypsolith-Bauweise in Deutschland einzuführen. Zur baldigen Verwirklichung dieses Vorhabens habe er maßgeblich beigetragen, wie sich aus dem Gesellschaftsvertrag vom 26. Februar 1964 und der Mitteilung des Geschäftsführers V. [REDACTED] an das Registergericht vom 6. April 1964 über die vom Beklagten erbrachten Sacheinlagen ergebe.

II. Diese Feststellungen in Verbindung mit dem unstreitigen Sachverhalt tragen im Ergebnis die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte hafte nach § 11 Abs. 2 GmbHG für die Werklohnverpflichtung, die Völkel im Namen der noch nicht eingetragenen GmbH gegenüber dem Kläger eingegangen ist.

1. Die Erörterungen des Berufungsgerichts über die Vertretungsmacht des Geschäftsführers V [REDACTED] sind allerdings insofern mißverständlich, als dort von einer "Vertretung der Vorgesellschaft" die Rede ist (BU 12/13). Die Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG setzt ein Handeln im Namen der künftigen GmbH und nicht (nur) namens der Vorgesellschaft (= Gründervereinigung) voraus (BGHZ 51, 30, 33; 53, 210, 211; BAG Urt. v. 7. 6. 73 - 2 AZR 181/72, WM 1973, 1330 = Betrieb 1973, 1804). Die gegenteilige Auffassung (vgl. Wiedemann, JurA 1970, 439, 460 f; Flume in Festschr. Ernst Geßler, 1971 S. 3, 20 ff, 31 ff; K. Schmidt, GmbHRdsch. 1973, 146, 149 f und NJW 1973, 1595, 1596 m.w.N.) geht am Wortlaut und am Sinn der Bestimmung vorbei, der darin liegt, daß die Partei, in deren Namen gehandelt wird, noch nicht besteht und deshalb dem Geschäftspartner in der Person des Handelnden ein Schuldner gegeben wird (BGHZ 53, 210, 214). Hier ist aber unstreitig (BU 2, 11), daß V [REDACTED] im Namen der noch nicht eingetragenen GmbH den Architekten K [REDACTED] ermächtigt hat, die Statikerarbeiten zu vergeben, und K [REDACTED] daraufhin ebenfalls namens der GmbH den Kläger mit diesen Arbeiten beauftragt hat.

2. Nach der Rechtsprechung des Senats erfordert § 11 Abs. 2 GmbHG kein unmittelbares Handeln in eigener Person. Nach dieser Bestimmung kann auch ein Gründer haften, der, ohne gerade bei dem einzelnen Geschäft nach außen in Erscheinung getreten zu sein, zusammen mit anderen Gründer-Gesellschaftern ein in die Gesellschaft eingebrachtes Handelsgeschäft fortgeführt hat (BGHZ 51, 30, 35 f) oder als Geschäftsführer der gegründeten, aber noch nicht eingetragenen GmbH einen anderen für sich hat handeln lassen (BGHZ 53, 206, 208). Ein namentlich

mit dem letzteren Fall vergleichbarer Sachverhalt ist hier gegeben.

Im notariellen Gesellschaftsvertrag vom 26. Februar 1964 hat sich der Beklagte gemeinsam mit W [REDACTED] und V [REDACTED] zum gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellen lassen. Damit hat er es auch für seine Person übernommen, für die künftige GmbH verantwortlich nach außen zu handeln. Tatsächlich ist freilich V [REDACTED] über den 26. Februar 1964 hinaus nicht, wie der Gesellschaftsvertrag von diesem Tag es vorsah, gemeinschaftlich mit wenigstens einem anderen Geschäftsführer, sondern weiterhin allein für die noch nicht eingetragene GmbH aufgetreten, indem er für sie den Bau mehrerer Typenhäuser nach der Gypsolith-Bauweise betrieben und insbesondere die dazu notwendigen Verträge in ihrem Namen abgeschlossen hat. Das geschah aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im allseitigen, zumindest durch schlüssiges Verhalten erklärten Einvernehmen, also auch mit dem Einverständnis des Beklagten, das gegenständlich und zeitlich auf die Förderung des schon in Angriff genommenen Bauvorhabens für die Dauer der Gründung beschränkt war. Wäre die GmbH bereits eingetragen gewesen, so hätte in diesem Einverständnis eine wirksame Ermächtigung V [REDACTED] gelegen, in Vertretung der Gesellschaft allein zu handeln (Baumbach/Hueck, GmbHG 13. Aufl. § 35 Anm. 5 B; vgl. auch § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, § 78 Abs. 4 AktG sowie BGHZ 34, 27, 30). Hier konnte V [REDACTED] allerdings auch mit Ermächtigung eines weiteren Geschäftsführers oder beider Mitgeschäftsführer durch die Vergabe

von Bauaufträgen schon im Gründungsstadium die GmbH nicht vorweg wirksam verpflichten, da es sich nach dem vorgetragenen Sachverhalt nicht um solche Verbindlichkeiten handelt, in die eine mit der Eintragung entstandene GmbH ohne weiteres eintritt (vgl. BGHZ 45, 338, 342 f.; Scholz/Fischer, Klein-Komm. z. GmbHG 7. Aufl. § 11 Anm. 5). Darauf kommt es indessen für die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG nicht an, weil diese Haftung auch und gerade insoweit eingreift, als der Handelnde die künftige GmbH nicht unmittelbar verpflichten kann (BGHZ 53, 210, 216).

Entscheidend ist vielmehr, daß der Beklagte sich nicht darauf beschränkt hat, als Gründer-Gesellschafter der Geschäftseröffnung schon vor Eintragung der GmbH zuzustimmen (vgl. BGHZ 47, 25), sondern ebenso wie W. die Funktionen eines Gesamtgeschäftsführers übernommen und sie zwar nicht nach außen hin unmittelbar selbst ausgeübt, wohl aber V. ermächtigt hat, den an sich ihm zufallenden Anteil an der Geschäftsführung mit wahrzunehmen. Ein solcher Sachverhalt ist für die Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG dem Fall gleichzusetzen, daß ein von den Gründern bestellter Geschäftsführer einen anderen für sich handeln läßt: Wer auf diese Weise eigene Geschäftsführungsaufgaben einem anderen überläßt und diesem hierdurch die Möglichkeit alleinigen Handelns für die GmbH einräumt, kann sich damit seiner Verantwortung nicht entziehen, sondern haftet, wie wenn er selbst unmittelbar nach außen tätig geworden wäre (BGHZ 53, 206, 208).

3. In tatsächlicher Hinsicht wendet sich die Revision erfolglos gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, V [REDACTED] sei mit Wissen und Willen auch des Beklagten bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen des Bauvorhabens für die in Gründung befindliche GmbH tätig geworden. Diese Feststellung ist rechtlich einwandfrei auf die weitgehend unstreitigen Umstände, wie namentlich darauf gestützt, daß der Beklagte ebenso wie sein Mitgesellschafter bei den verabredeten Baumaßnahmen, deren Einleitung ihm schon wegen ihres Umfangs nicht verborgen geblieben sein kann, V [REDACTED] laufend im Namen der GmbH auftreten ließ. Mit Rücksicht auf dieses schlüssige Verhalten des Beklagten und die daraus zu entnehmende Ermächtigung V [REDACTED] konnte es das Berufungsgericht als unerheblich ansehen, ob sich der Beklagte mit den Bauobjekten auch persönlich unmittelbar befaßt und ob er insbesondere V [REDACTED] ausdrücklich damit beauftragt hat, die Vorarbeiten für diese Objekte an den Kläger oder den Architekten K [REDACTED] zu vergeben. Auf das unter Beweis gestellte Vorbringen des Beklagten, er habe mit der Planung, Statik und Herstellung der Typenhäuser "nichts zu tun" gehabt und V [REDACTED] auch keinen entsprechenden Auftrag gegeben, kam es daher nicht entscheidend an. Dasselbe gilt für die Frage, inwieweit der Beklagte seine Sacheinlagen gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrags vom 26. Februar 1964, der erst nach der Beauftragung des Klägers geändert worden ist, tatsächlich erbracht hat.

III. Die vorsorglich zur Aufrechnung gestellte und im übrigen mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzforderung des Beklagten hält das Berufungsgericht schon deshalb für unbegründet, weil die Gesellschaft diese Forderung nicht wirksam an den Beklagten abgetreten habe. Ob diese von der Revision angegriffene Begründung rechtlich haltbar ist, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls greift die zusätzlich gegebene Begründung durch, auch die sachlichen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger seien nicht erfüllt.

1. Gegenüber dem Vorwurf des Beklagten, die Statik des Klägers sei zu aufwendig und unwirtschaftlich gewesen, stellt das Berufungsgericht aufgrund des Sachverständigengutachtens fest, die gewählte Konstruktionsart - Rippendecke mit Stahlbeton-Skelettbau - habe zwar höhere Kosten verursacht, als sie beim Einbau einer Stahlbeton-Massivplatte und bei Verwendung der üblichen Materialien entstanden wären; insofern sei sie grundsätzlich unwirtschaftlich. Jedoch könne mit Rücksicht darauf, daß dem Kläger die Gypsolith-Bauweise vorgeschrieben gewesen sei, seine Statik nur als sinnvoll bezeichnet werden, weil für diese Bauweise in Deutschland eine Zulassung nicht vorliege, der Statiker deshalb die Wand als nicht tragend habe betrachten müssen und der Kläger durch die Wahl von Stahlbetonstützen auf jeden Fall erreicht habe, das Gypsolith-Material in größtmöglichem Umfang verwenden sowie die Wände einheitlich gestalten zu können.

Hierzu meint die Revision, das Berufungsgericht habe die Pflichten eines Statikers verkannt; da es sich um Typenhäuser gehandelt habe, die möglichst billig hätten ausgeführt werden sollen, hätte der Kläger zumindest auf die Unwirtschaftlichkeit der Gypsolith-Bauweise hinweisen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Kalkulation eines Bauvorhabens ist in erster Linie Sache des Bauherrn, nicht aber des Statikers. Ein Statiker, der hinsichtlich der Bauweise freie Hand hat, kann zwar unter besonderen Umständen auch einmal vertraglich verpflichtet sein, die Wirtschaftlichkeit der Ausführung mit zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 28. 2. 66 - VII ZR 287/63, Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 348). Hier war aber die Bauweise vorgegeben. Der Kläger durfte daher nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen, daß seine Auftraggeber bei ihrer Entscheidung, die Gypsolith-Bauweise anzuwenden, deren Brauchbarkeit und Wirtschaftlichkeit im Vergleich zu anderen Verfahren geprüft hätten und auch von vornherein, mindestens aber nach Vorlage der statischen Berechnungen in der Lage seien, die Tragweite dieser Entscheidung zu übersehen; wäre ihnen an einer fachlichen Äußerung des Klägers hierüber gelegen gewesen, so hätten sie ihn befragen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 17. 2. 72 - VII ZR 39/70, WM 1972, 424).

Die von der Revision beanstandete Feststellung des Berufungsgerichts, dem Kläger sei die Gypsolith-Bauweise vorgeschrieben worden, stützt sich darauf, daß der Beklagte selbst eingeräumt hat, der Architekt K[REDACTED] habe

die Planung für die Typenhäuser in dieser Bauweise ausführen und der Kläger die Statik hierfür beibringen sollen. Mit Recht hat das Berufungsgericht hiernach das - im übrigen nicht unter Beweis gestellte - Vorbringen des Beklagten, dem Kläger sei die Gypsolith-Bauweise nicht "zwingend" vorgeschrieben gewesen, als unbeachtlich angesehen.

2. Erstmals in der Berufungsinstanz hat der Beklagte vorgebracht, die Arbeiten des Klägers wiesen noch weitere Mängel auf; so sei die Windversteifung unzureichend, die Stützen seien nicht genügend verankert und auch nicht brandsicher angelegt worden. Einer Aufforderung zur Nachbesserung sei der Kläger nicht nachgekommen. Dieser Vortrag läßt jede Darlegung vermissen, welche Aufwendungen zur Beseitigung der behaupteten Mängel notwendig waren oder noch sein werden und wie hoch sich die Kosten hierfür belaufen. Die Revision kann daher mit der Rüge, das Berufungsgericht habe erhebliches Vorbringen des Beklagten übergangen, auch insoweit nicht durchdringen.

Das von ihr angezogene Beweiserbieten des Beklagten  
(Schrifts. v. 3. 3. 1969, S. 2, 3) bezog sich nicht  
auf diesen Punkt.

Stimpel     Dr. Schulze     Fleck     Dr. Kellermann     Dr. Tidow