

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

BGB § 179; HGB §§ 123, 161

Wer im Namen einer noch nicht entstandenen GmbH & Co KG als deren Gründer einen Vertrag abschließt, haftet entsprechend § 179 Abs. 1 BGB (unbeschränkt) auf Erfüllung, wenn die Gesellschaft nicht existent wird oder den Vertrag nach ihrer Entstehung nicht genehmigt. Das gilt auch dann, wenn der andere Teil bei Vertragsabschluß weiß, daß die Gesellschaft noch nicht besteht.

BGH, Urt. v. 8. Juli 1974 - II ZR 180/72 - KG Berlin  
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 180/72

### URTEIL

Verkündet am  
8. Juli 1974  
[REDACTED],  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl.-Ing. Heinz S [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]-  
damm [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

den Architekten Joachim V [REDACTED], B [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Tidow und Bundschuh

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. November 1972 wird zurückgewiesen.
2. Der Zwischenantrag des Beklagten gemäß § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Revisionsrechtszuges trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Der Beklagte und der Kaufmann T. gründeten am 21. Februar 1969 eine GmbH sowie eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin die GmbH und deren Kommanditisten die beiden Gründer sein sollten, und bestellten sich selbst zu Geschäftsführern der GmbH mit Einzelvertretungsbefugnis. Die ursprünglich anders lautenden Firmen wurden später in "Grundstücksgesellschaft K. mbH" und Grundstücksgesellschaft K. mbH & Co. A. KG"



geändert. Die GmbH wurde am 21. Mai 1969 und die Kommanditgesellschaft am 8. September 1969 in das Handelsregister eingetragen.

Schon vor diesen Eintragungen erwarben der Beklagte und T [REDACTED] die Grundstücke D [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED] in B [REDACTED]-K [REDACTED], um sie unter Ausnutzung des Berlinhilfegesetzes alsbald zu bebauen. In ihrem Auftrag richtete der Kläger Anfang März 1969 an das Bezirksamt Kreuzberg unter Beifügung von Bauzeichnungen eine Bauvoranfrage, die, unter anderem wegen Überschreitung der zulässigen Geschoßflächenzahl, negativ beschieden wurde. Der Kläger änderte daraufhin die Pläne und reichte sie, mit den Unterschriften des Beklagten und T [REDACTED]s versehen, am 8. Mai 1969 mit einem neuen Vorbescheidsantrag beim Bezirksamt ein.

Nachdem es zwischen dem Beklagten und T [REDACTED] zu Auseinandersetzungen gekommen war, schied T [REDACTED] durch Vereinbarungen vom 23. Juli 1969 aus beiden Gesellschaften aus. Am 19. November 1969 hat auch der Beklagte seine Anteile an den Gesellschaften veräußert.

Ende September 1969 erfuhr der Kläger, daß der Beklagte inzwischen die Tätigkeit anderer Architekten in Anspruch genommen hatte. Daraufhin forderte er den Beklagten durch seinen Anwalt zu einer verbindlichen Erklärung darüber auf, ob er auf seine Architektenleistungen verzichte. Als er keine Antwort erhielt, übersandte er dem Beklagten mit Schreiben vom 31. Oktober 1969 eine Rechnung, mit der er eine Vergütung für zwei Vorentwürfe und einen

Entwurf sowie eine Entschädigung für entgangenen Gewinn forderte.

Diese Forderung hat der Kläger in Höhe von 163.622,60 DM mit seiner Klage geltend gemacht, die sich außer gegen den Beklagten zunächst auch gegen die Kommanditgesellschaft und deren Komplementär-GmbH richtete. Er hat behauptet, der Beklagte und T. hätten ihm am 27. Februar 1969 "namens und im Auftrag der in Gründung befindlichen T. GmbH bzw. für die Beklagte zu 1 (die KG), sobald diese ihre Rechtsfähigkeit erlangt haben sollte", mündlich sämtliche Architektenleistungen für das Bauvorhaben übertragen. In diesen Vertrag seien die GmbH und die Kommanditgesellschaft nach ihrer Eintragung eingetreten.

Der Beklagte hat bestritten, mit dem Kläger einen Architektenvertrag wirksam abgeschlossen oder ihm überhaupt eine entgeltliche Tätigkeit übertragen zu haben, und die Ansicht vertreten, auf keinen Fall hafte er dem Kläger nach der Entstehung der beiden Gesellschaften noch persönlich. Hilfsweise hat er mit einer Schadensersatzforderung in Höhe der für den Ankauf der Grundstücke aufgewandten, mit 243.000 DM bezifferten Kreditkosten aufgerechnet. Dazu hat er vorgetragen, der Kläger habe ihn und T. dadurch zu dem Grundstückskauf veranlaßt, daß er ihnen vorgespiegelt habe, eine Bauvoranfrage, die er für einen anderen Auftraggeber Anfang November 1968 an das Bezirksamt Kreuzberg gerichtet hatte, sei positiv beschieden worden. Mit derselben Begründung hat der Beklagte in der Berufungsinstanz Widerklage auf Zahlung eines Teilbetrages von 10.000 DM erhoben.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 24.412,75 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, seine Widerklage abgewiesen und auf die Berufung des Klägers den Beklagten sowie die Grundstücksgesellschaft K [REDACTED] mbH als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 53.842,29 DM (Honorar für zwei Vorentwürfe und einen Entwurf) zu zahlen. Die Abweisung der Klage gegen die Kommanditgesellschaft hat es voll und gegen den Beklagten und die GmbH in Höhe eines Teilbetrages der Forderung auf entgangenen Gewinn von 57.807,13 DM aufrechterhalten.

Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt, verfolgt der Beklagte den Antrag auf volle Klagabweisung und seinen Widerklageantrag weiter. Außerdem beantragt er nach § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO, den Kläger zur Zahlung von 53.842,29 DM mit Zinsen zu verurteilen.

#### Entscheidungsgründe

1. a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte zusammen mit T [REDACTED] für die in Gründung befindliche Kommanditgesellschaft den Kläger beauftragt, Planungsarbeiten zu leisten. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, war die als Auftraggeberin benannte Kommanditgesellschaft damals noch nicht entstanden, weil ihr vorgesehener Geschäftsgegenstand kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB war und sie deshalb erst mit der Eintragung in das Handelsregister gemäß § 2 HGB als Handelsgesellschaft wirksam werden konnte. Überdies fehlte bei

Vertragsabschluß aber auch deshalb eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung der Kommanditgesellschaft, weil (anders als in den vom Senat entschiedenen Fällen BGHZ 59, 179 und 61, 59) die persönlich haftende Gesellschafterin, die GmbH, ebenfalls mangels Eintragung in das Handelsregister noch nicht existent war. Die beiden Gründer sind also bei Abschluß des Architektenvertrages für einen nicht vorhandenen Schuldner aufgetreten.

b) Angesichts dieser Rechtslage hält das Berufungsgericht den Beklagten als Mitglied einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die er zusammen mit T [REDACTED] bis zur Eintragung der Kommanditgesellschaft gebildet habe, für verpflichtet, dem Kläger ein Architektenhonorar zu zahlen. Hierbei scheint es davon auszugehen, daß der Beklagte und T [REDACTED] als Gründer diese Verbindlichkeit unabhängig von der Verpflichtung der künftigen Kommanditgesellschaft durch ihre vertraglichen Erklärungen persönlich eingegangen seien. Für eine solche Vertragsauslegung hätte es jedoch ausreichender Feststellung bedurft, die das Berufungsurteil vermissen läßt.

Gewiß ist es denkbar, daß die Gründer einer Kommanditgesellschaft, die in deren Namen einen Vertrag abschließen, dem anderen Teil versprechen, bis zur Entstehung der Kommanditgesellschaft und der Genehmigung des Vertrages durch sie - oder neben der Gesellschaft - für die Vertragserfüllung auch persönlich gemäß § 427 BGB einzustehen. Eine solche Auslegung versteht sich aber nicht von selbst und läßt sich vor allem auch nicht

allein mit dem Interesse des Vertragsgegners begründen, sich mindestens bis zu einem Vertragseintritt der Kommanditgesellschaft an deren Gründer als unbeschränkt haftende Schuldner halten zu können. Denn andererseits gibt der Gründer einer GmbH & Co. KG mit der Erklärung, die in Entstehung begriffene Gesellschaft verpflichten zu wollen, im allgemeinen zu erkennen, daß er nur im Rahmen dieser Gesellschaft mit seinen Einlagen als Mitglied der Komplementär-GmbH und als Kommanditist haften will.

c) Ob der Beklagte hiernach aufgrund vertraglicher Erklärung persönlich für das Architektenhonorar aufkommen muß, kann jedoch im Ergebnis auf sich beruhen. Denn wenn dies nicht der Fall ist, so haftet der Beklagte dem Kläger jedenfalls nach dem entsprechend anwendbaren § 179 Abs. 1 BGB wie ein vollmachtloser Vertreter auf Erfüllung.

In der Rechtslehre ist anerkannt, daß diese Vorschrift sinngemäß gilt, wenn jemand im Namen einer nicht existenten Person einen Vertrag abschließt (Soergel/Schultze-v.Lasaulx, BGB 10. Aufl. § 179 Rn. 9 m.w.Nachw.). Wie der Senat für den ähnlichen Tatbestand des Art. 8 WG entschieden hat und als Rechtsgedanke ebenfalls in § 11 Abs. 2 GmbHG, § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG zum Ausdruck kommt, ist dem Handeln ohne Vertretungsmacht oder im Namen einer nicht vorhandenen Vertragspartei der Fall gleichzusetzen, daß jemand für eine gegründete, aber noch nicht entstandene Handelsgesellschaft auftritt. Auch in diesem Fall muß der als Vertreter Handelnde persönlich dafür Gewähr leisten, daß die als Vertrags-

partner bezeichnete Gesellschaft entsteht und den Vertrag genehmigt (BGHZ 59, 61, 68 f; vgl. auch BGH Urt. v. 14.3.73 - VIII ZR 114/72, LM BGB § 130 Nr. 11; Urt. v. 28.3.68 - VII ZR 171/65, WM 1968, 891).

d) Die damit begründete Einstandspflicht des Beklagten entfällt nicht deshalb, weil dem Kläger bei Vertragsabschluß bekannt gewesen ist, daß die Kommanditgesellschaft rechtlich noch nicht ins Leben getreten war. Die entsprechende Anwendung des § 179 BGB auf dessen Abs. 3 Satz 1 mit zu erstrecken, verbietet sich hier nach dem Sinngehalt dieser Vorschrift. Sie beruht nämlich auf dem Gedanken, daß ein Geschäftsgegner, der weiß, daß der als Vertreter für den anderen Vertragsteil Handelnde keine Vollmacht hat, in aller Regel nicht schutzbedürftig ist. Denn er ist sich der Gefahr bewußt, daß der Vertretene das Geschäft nicht genehmigt und es hieran scheitert. Will er sich hierüber bald Klarheit verschaffen, so kann er den Vertretenen nach § 177 Abs. 2 BGB zur Erklärung über die Genehmigung des Vertrags auffordern. Auf der anderen Seite liegt es gewöhnlich nicht in der Macht des Vertreters, ob der Vertretene die Genehmigung erteilt. Es ist daher auch nicht gerechtfertigt, ihm trotz Kenntnis des Vertragsgegners von dem Sachverhalt das Risiko der Vertragserfüllung aufzubürden.

Ganz anders ist die Sach- und Rechtslage, wenn für eine noch nicht entstandene GmbH & Co. KG deren Gründer einen Vertrag abschließen. Hier entfällt für einen über den Sachverhalt unterrichteten Geschäftsgegner nicht nur das Recht des Widerrufs (§ 178 BGB;

vgl. auch BGH Urt. v. 14.3.73 - VIII ZR 114/72 aaO), ihm bleibt darüber hinaus bis zur Eintragung der Gesellschaft auch die Möglichkeit versagt, durch eine Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB Klarheit zu schaffen und für den Fall, daß der Vertrag nicht rechtzeitig genehmigt wird, seine Bindung an ihn zu beseitigen. Dafür kann er aber damit rechnen, daß die Gründer als die Personen, die zugleich für die Entstehung und Willensbildung des künftigen "Geschäftsherrn" maßgebend sind, es selbst in der Hand haben, das Geschäft voll wirksam werden zu lassen, indem sie den Gründungsvorgang abschließen und die so entstandene Gesellschaft in den Vertrag eintreten lassen, und daß sie hierfür im allgemeinen auch sorgen werden. So hätte der Beklagte eine Erklärung der Kommanditgesellschaft, den Architektenvertrag für sich als verbindlich anzuerkennen, nach deren Eintragung ohne weiteres herbeiführen oder bei der Veräußerung seiner Anteile die Erwerber zu einer entsprechenden Erklärung verpflichten können. Bei einer solchen Fallgestaltung wäre es nicht sachgerecht, so wie nach dem gesetzlichen Regeltatbestand des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB den anderen Teil das Risiko eines Fehlschlagens des Geschäfts tragen zu lassen, wogegen es den Gründern zuzumuten ist, bei endgültigem Ausfall der Gesellschaft als Schuldnerin selber für die Vertragserfüllung einzutreten.

e) Nach dem Berufungsurteil, das insoweit unangefochten geblieben und darum vom Senat nicht auf seine Richtigkeit zu prüfen ist, braucht die Kommanditgesellschaft für die Verpflichtungen aus dem Architektenvertrag nicht aufzukommen. Die ebenfalls unangefochten festgestellte Haftung der GmbH bedeutet für den Kläger

schon mit Rücksicht auf die schmalere Haftungsgrundlage keinen gleichwertigen Ersatz für die ihm in Aussicht gestellte, aber nicht verwirklichte Möglichkeit eines Zugriffs auf das Vermögen der Kommanditgesellschaft und ihrer Mitglieder gem. §§ 124, 128, 171 HGB. Der Beklagte haftet daher entsprechend § 179 Abs. 1 BGB unbeschränkt für die Honorarforderung des Klägers.

2. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das erstinstanzliche Beweiserbieten des Beklagten für seine Behauptung übergangen, unter den Berliner Architekten bestehe allgemein die Übung, Vorentwürfe zur Einreichung einer städtebaulichen Voranfrage kostenlos anzufertigen. Nachdem das Landgericht zu diesem Vorbringen in seinem Urteil vom 23. November 1961 festgestellt hatte, es sei gerichtsbekannt, daß die vom Beklagten behauptete Übung nicht bestehe, ist der Beklagte auf seine Behauptung in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückgekommen; auch seine ehemaligen Streitgenossen, die beiden Gesellschaften, haben sich nur noch auf eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Kläger über die Unentgeltlichkeit seiner Leistungen berufen, die aber nach den rechtlich fehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erwiesen ist. Das Berufungsgericht konnte hiernach jenen Beweisantrag des Beklagten als erledigt ansehen, zumal sich nach seinen Feststellungen die Tätigkeit des Klägers nicht auf die Anfertigung eines Vorentwurfs beschränkt hat.

3. Zu der Gegenforderung des Beklagten auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden sei, daß der Kläger ihm vorgespiegelt habe, seine Voranfrage an die

Bauaufsichtsbehörde vom November 1968 sei positiv beschieden worden, führt das Berufungsgericht aus, für eine solche Forderung habe der Beklagte keine ausreichenden Behauptungen aufgestellt. Das gelte zunächst für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der angeblichen Äußerung des Klägers und dem Entschluß, die Grundstücke D [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED] zu erwerben, weil ganz unwahrscheinlich sei, daß der Beklagte und Tuntler eine so gewichtige Entscheidung allein aufgrund jener mündlichen Äußerung getroffen hätten. Außerdem habe der Beklagte nicht dargetan, daß ihm durch den Ankauf der Grundstücke mit Hilfe eines Kredits ein Schaden von 243.000 DM entstanden sei. Weder habe er vorgetragen, daß die Kreditkosten schließlich nicht von der Kommanditgesellschaft übernommen worden seien, noch eingehend dargelegt, inwiefern das ganze Projekt für ihn ein Verlustgeschäft geworden sei, er also mehr eingesetzt habe, als er bei der Veräußerung seiner Anteile wieder erhalten habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Ursächlichkeit der behaupteten Äußerung des Klägers über das positive Ergebnis seiner Voranfrage an dem Beweisantrag des Beklagten in der Berufungsbegründung vom 15. Mai 1972 (S. 6) vorbeigehen, wonach er und T [REDACTED] sich tatsächlich nur wegen jener Äußerung zum Erwerb der Grundstücke entschlossen haben sollen. Das räumt aber nicht die weitere Erwägung des Berufungsgerichts aus, der Beklagte habe auch zum Eintritt eines Schadens zu wenig vorgetragen. Denn zur Feststellung eines Schadens wäre es nötig gewesen, die Vermögenslage des Beklagten im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mit der Lage vergleichen zu können, in

der er sich ohne das dem Kläger vorgeworfene Verhalten befunden hätte (§ 249 BGB). Dazu reicht der Hinweis des Beklagten über die ihm entstandenen Kreditkosten nicht aus. Zur Ausübung des Fragerechts hatte das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision keinen Anlaß, nachdem schon das Landgericht in seinem Urteil dem Beklagten vorgehalten hatte, er habe nicht dargetan, daß ihm durch den Erwerb der Grundstücke ein Schaden entstanden sei.

4. Da das im übrigen von der Revision nicht beanstandete Berufungsurteil, soweit es den Beklagten betrifft, auch sonst keinen Rechtsverstoß erkennen läßt, ist die Revision zurückzuweisen. Damit erweist sich zugleich der auf § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO gestützte Erstattungsanspruch des Beklagten als unbegründet.

Stempel

Die Richter am Bundesgerichtshof Dr. Schulze und Dr. Tidow sind wegen Urlaubs, Richter am Bundesgerichtshof Bundschuh ist wegen Krankheit an der Unterschrift verhindert.

Fleck

Stempel