

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 69/77

URTEIL

Verkündet am

9. November 1978

Kaufmann,
Justizobersekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Jürgen K.-E. N [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die Ingenieure Horst F [REDACTED],
Heinrich B [REDACTED] und Diethard H [REDACTED],
T [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1978 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 31. Januar 1977 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger betreiben ein Ingenieurbüro. Der Beklagte, ein Architekt, war Gründungsgesellschafter und Mitgeschäftsführer der am 4. Juli 1972 gegründeten und am 3. August 1972 in das Handelsregister eingetragenen H [REDACTED] W [REDACTED] GmbH (im folgenden: GmbH). Diese war persönlich haftende Gesellschafterin der H [REDACTED] W [REDACTED] GmbH & Co. E [REDACTED] KG, die durch Vertrag vom 16. Oktober 1972 unter Beteiligung des Beklagten als Kommanditisten errichtet, am 4. Januar 1973 in das Handelsregister eingetragen und am 19. November 1974 wieder aufgelöst wurde.

- 3 -

Die Kläger haben für ein Bauvorhaben in H[REDACTED] auf Veranlassung des Beklagten die Statik angefertigt. Sie verlangen mit ihrer Klage vom Beklagten persönlich die Bezahlung ihrer Honorarrechnung (einschließlich Mehrwertsteuer) in Höhe von 18.990 DM. Dazu haben sie vorgetragen, der Beklagte habe ihnen am 20. Juni 1972 den Statikauftrag erteilt, ohne die Elbeblick KG als Bauherrn zu erwähnen, und ihnen einige Zeit später auch die hierfür notwendigen Baupläne zur Verfügung gestellt. Die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten haben sie unter anderem auch damit begründet, er hafte ihnen als Gründungsgesellschafter der E[REDACTED] KG sowie nach § 11 Abs. 2 GmbHG als Geschäftsführer der Vor-GmbH.

Der Beklagte hat eingewandt, nicht er, sondern allein die E[REDACTED] KG komme als Schuldnerin der Klageforderung in Betracht, da er die Kläger in deren Namen beauftragt habe. Zudem habe er den Klägern am 20. Juni 1972 noch keinen festen Auftrag erteilt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, möchte der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach den revisionsrechtlich unangreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts ist erst am 24. August 1972 durch schlüssiges Verhalten des Be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klagten, nämlich dadurch, daß er den Klägern in Kenntnis ihrer Forderungen die für die Anfertigung der Statik notwendigen Zeichnungen zur Verfügung stellte, ein Werkvertrag zustande gekommen. Da die GmbH in diesem Zeitpunkt bereits in das Handelsregister eingetragen war, scheidet eine Haftung des Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG von vornherein aus; die Frage, ob eine solche Haftung überhaupt in Betracht kommt, wenn der Vertrag mit einer erst noch zu errichtenden Kommanditgesellschaft abgeschlossen werden soll, als deren persönlich haftende Gesellschafterin die GmbH vorgesehen ist (vgl. BGHZ 69, 95, 102 ff; 70, 132, 138 ff), kann daher auch in diesem Fall offenbleiben.

2. Das Berufungsgericht geht weiter davon aus, daß der Beklagte den Werkvertrag mit den Klägern im Namen der E██████ KG abgeschlossen habe. Da diese Gesellschaft, so meint es, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der Klägerin noch nicht einmal gegründet gewesen sei, hafte der Beklagte nach § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Zwar setze diese Haftung in der Regel voraus, daß die Genehmigung vom Vertretenen verweigert werde oder als verweigert gelte (§ 179 Abs. 1, § 177 Abs. 2 BGB). Darauf komme es jedoch nicht an, wenn, wie hier, der Vertreter zu den Gründern und Geschäftsführern der Gesellschaft gehöre und es deshalb selbst in der Hand habe, die Genehmigung durch den Vertretenen herbeizuführen.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht haltbar. Es kann schon, was das Berufungsgericht nicht erörtert hat, zweifelhaft sein, ob in einem Fall, in dem der Geschäftsführer der künftigen Komplementär-GmbH als solcher für

die noch nicht errichtete GmbH & Co. KG handelt, überhaupt selbst oder ob nicht vielmehr allein die GmbH nach § 179 BGB haftet. Diese - schon im Urteil vom 13. Juli 1972 (BGZ 59, 179, 186) offen gelassene - Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Ist nämlich, wie das Berufungsgericht bislang angenommen hat, der Werkvertrag vom Beklagten im Namen der E- KG abgeschlossen worden, dann entfällt seine Haftung als vollmachtloser Vertreter jedenfalls deshalb, weil der unstreitige Sachverhalt unter jener Voraussetzung ergibt, daß diese Gesellschaft nach ihrer Gründung den Vertrag durch schlüssiges Verhalten gegen sich hat gelten lassen. Denn die Kläger haben laut ihrer Rechnung vom 19. November 1974 ihre Arbeiten zum Teil erst am 28. November 1972 übergeben, also zu einem Zeitpunkt, als die Kommanditgesellschaft bereits gegründet worden war. Und nach den ebenfalls in den Prozeß eingeführten und nach ihrem Inhalt unbestrittenen Schreiben der Kläger vom 24. September 1973 und 16. August 1974 hat der Beklagte mehrfach um Stundung der Gebühren gebeten. Hierbei spielt es keine Rolle, daß der Schriftverkehr mit dem Beklagten persönlich geführt worden ist und die Kläger auch sonst für die Zeit nach Vertrags-schluß kein ausdrückliches Handeln des Beklagten für die E- KG mehr vorgetragen haben. Denn hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, den Vertrag im Namen dieser Gesellschaft geschlossen, dann haben die Kläger die spätere widerspruchslose Entgegennahme ihrer Leistungen durch den nunmehr vertretungsberechtigten Beklagten und seine Bitte um Stundung nur dahin verstehen können, daß er auch insoweit im Namen der Kommanditgesellschaft handeln und damit den Werkvertrag für diese

Gesellschaft als verbindlich anerkennen wollte (§ 164 Abs. 1, § 177 BGB). Soweit die E[REDACTED] KG bei diesen Vorgängen zwar schon gegründet, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen war, war sie zwar, weil sie mit dem Bauunternehmen kein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB betrieb, als Kommanditgesellschaft noch nicht entstanden. Sie war aber bereits eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die der Beklagte als Geschäftsführer der GmbH - der vertretungsberechtigten Gesellschafterin - schon wirksam verpflichten konnte, und das mit der Folge, daß mit der Eintragung im Handelsregister und der dadurch eintretenden Änderung der Rechtsform ohne weiteres die Kommanditgesellschaft aus dem Werkvertrag mit den Klägern berechtigt und verpflichtet wurde (BGHZ 69, 95, 101).

Für eine persönliche Verpflichtung des Beklagten nach § 179 BGB ist hiernach kein Raum. Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, eine solche Verpflichtung daraus herleiten zu können, daß die Kommanditgesellschaft bereits aufgelöst war, als die der Klageforderung zugrundeliegende Rechnung der Kläger vom 19. November 1974 einging. Voraussetzung und innerer Grund für die Haftung des Vertreters nach § 179 BGB ist der Umstand, daß er den versprochenen rechtlichen Kontakt zwischen demjenigen, in dessen Namen er auftritt und dem Geschäftsgegner, nicht zustande bringt. Daran fehlt es, wenn der Vertreter die durch ihn vertretene Gesellschaft, wenn auch erst nach Vertragsabschluß, wirksam verpflichtet.

Eine Vertreterhaftung des Beklagten scheidet daher aus.

3. Auf § 171 HGB ist die Klage nicht gestützt; die Kläger haben nicht behauptet, der Beklagte schulde noch seine Kommanditeinlage. Damit bleibt auch eine Haftung des Beklagten als Mitglied der Gründergesellschaft, wie sie die Revisionserwiderung nunmehr geltend macht, außer Betracht. Denn diese Haftung würde sich ebenfalls auf die Kommanditeinlage beschränken, wenn der Beklagte für die in Entstehung begriffene GmbH & Co. KG gehandelt hat (BGHZ 69, 95, 100).

4. Kann hiernach der Beklagte bei dem derzeitigen Sach- und Streitstand entgegen dem Berufungsurteil nicht verurteilt werden, so ist der Sachverhalt andererseits für eine Abweisung der Klage nicht genügend geklärt. Wie nämlich die Revisionserwiderung mit Recht rügt, tragen die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht ausreichend seine Annahme, der Beklagte habe bei Vertragsabschluß erkennbar nicht im eigenen Namen, sondern namens der künftigen GmbH & Co. KG handeln wollen (§ 164 Abs. 2 BGB). Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Ende August 1972, als der Beklagte durch die Übersendung von Unterlagen die Kläger schlüssig mit der Anfertigung der Statik beauftragte, lediglich die GmbH gegründet und eingetragen war, die unstreitig nicht Vertragspartnerin der Kläger werden sollte. Der Gedanke an einen Vertragsabschluß mit der noch nicht einmal gegründeten E[REDACTED] KG lag unter diesen Umständen keineswegs so nahe, daß den Klägern ohne weiteres unterstellt werden könnte, sie hätten sich auf die Unsicherheiten und Risiken eines Geschäfts mit einer erst noch zu errichtenden Kommanditgesellschaft einlassen wollen.

Nach dem Vortrag der Kläger war dies eindeutig nicht der Fall. Danach hat der Beklagte sie mit der Anfertigung der Statik beauftragt, ohne zu erwähnen, daß Bauherr eine GmbH & Co. KG werden sollte (Klageschrift vom 26. 3. 75 S. 2; Schriftsatz der Kläger vom 15. 1. 76 S. 2). In dem hierzu vorgelegten Schriftwechsel erscheint allein der Beklagte persönlich als Verhandlungspartner der Kläger (Anlagen zur Klageschrift). Auch war es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts "der Beklagte", der durch die Übersendung der Statikunterlagen den Werkvertrag mit den Klägern endgültig zustande brachte. Das Berufungsgericht meint freilich, einen Widerspruch im Vortrag der Kläger darin sehen zu können, daß sie den Beklagten auch als Gründungsgesellschafter der Kommanditgesellschaft und nach § 11 Abs. 2 GmbHG als Geschäftsführer der künftigen GmbH in Anspruch genommen haben. Ein solcher Widerspruch ist jedoch in tatsächlicher Hinsicht nicht erkennbar. Die Kläger haben die inneren Verhältnisse bis zur Eintragung der E[REDACTED] KG und die Rolle, die der Beklagte dabei gespielt hat, richtig dargestellt und daraus lediglich die rechtlich unzutreffende Folgerung einer Haftung des Beklagten aufgrund dieser Rolle gezogen. Für § 164 Abs. 2 BGB kommt es aber allein auf die von den Klägern vorgetragenen, nach außen erkennbar gewordenen Umstände bei Vertragsabschluß an, die, wie erwähnt, auf einen Abschluß mit dem Beklagten persönlich hinweisen, was nicht ausschließt, daß der Beklagte intern für Rechnung der noch zu errichtenden E[REDACTED] KG handeln wollte.

Richtig ist allerdings, daß ein Bauprojekt, den die Kläger als Beleg für den Umfang des Projekts mit der Klageschrift überreicht haben, als Anbieter und

Herausgeber ausdrücklich die "H[REDACTED] W[REDACTED] GmbH & Co. E[REDACTED] KG" aufführt. Zutreffend vermißt die Revisionserwiderung aber die Feststellung, daß dieser Prospekt den Klägern bereits bei Vertragsabschluß vorgelegen habe; dagegen spricht, daß die Kommanditgesellschaft erst später gegründet worden ist.

5. Es bedarf hiernach einer erneuten tatrichterlichen Würdigung im Hinblick auf § 164 Abs. 2 BGB, wobei verbleibende Zweifel zu Lasten des Beklagten gehen würden (BGH, Urt. v. 27. 1. 75 - III ZR 117/72, NJW 1975, 775). Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh