[AZA 0/2]
4C.164/2001/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

13. Dezember 2001

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler
und Gerichtsschreiber Huguenin.

_____

In Sachen
A._____, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Peter Buchschacher, Susenbergstrasse 31, 8044 Zürich,

gegen
B._____, Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Alfred Gilgen, Kreuzstrasse 54, Postfach, 8032 Zürich,

betreffend
Darlehensvertrag, hat sich ergeben:

A.- B._____ gewährte mit Vertrag vom 19./20. Dezember 1994 der C._____ AG (Darlehensnehmerin 1) und der D._____ AG (Darlehensnehmerin 2) ein Darlehen von Fr. 400'000.–. Der Vertrag wurde namens der damals nicht existenten D._____ AG von E._____ und A._____ unterzeichnet. Das Darlehen diente als Überbrückungskredit zur Sanierung der C._____ AG. Vorgesehen war, dass die D._____ AG später die Finanzierung übernehmen sollte. In Ziffer 7.1 des Vertrags wurde für das der C._____ AG auszubezahlende Darlehen deren solidarische Haftbarkeit zusammen mit der D._____ AG vereinbart.

Am 20. Dezember 1994 überwies B._____ Fr. 400'000.– auf das Konto der C._____ AG. Das Darlehen sollte vorzugsweise Ende Februar, spätestens Ende Mai 1995 zurückbezahlt werden. Mit Ausnahme einer im August 1997 von der Seite der C._____ AG erfolgten Überweisung von Fr. 70'000.–, wurden keine Rückzahlungen vorgenommen.

Eine D._____ AG war nie im Handelsregister eingetragen.
Dagegen bestand vom 16. Mai 1995 bis 19. August 1996 eine F._____ AG, als welche eine am 2. November 1992 gegründete G._____ neu firmierte. Gleichzeitig mit der Änderung der Firma wurde der Zweck und der Sitz der Gesellschaft geändert sowie der Verwaltungsrat neu bestellt, dem nun neben zwei anderen Personen E._____ angehörte. Am 19.
August 1996 wurde die Firma erneut in G._____ geändert.
Später fiel die Gesellschaft in Konkurs.

B.- B._____ erhob am 7. Juli 1997 beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen A._____ mit dem Rechtsbegehren, den Beklagten zur Zahlung von Fr. 419'804.– nebst Zins und Betreibungskosten zu verpflichten. Mit Urteil vom 12. Januar 1999 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

Auf Berufung des Klägers hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 13. März 2001 gut und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von Fr. 349'804.– nebst 12 % Zins seit 1. Juni 1995 auf den Betrag von Fr. 419'804.– sowie von Fr. 205.– Betreibungskosten.
Das Obergericht bejahte eine Haftung des Beklagten aus Art. 645 Abs. 1 OR und verneinte eine Schuldüber-

nahme durch die Gesellschaft im Sinne von Art. 645 Abs. 2 oder Art. 176 OR.

C.- Mit Berufung beantragt der Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventuell die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz an diese zurückzuweisen.

Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der Beklagte rügt als Verletzung von Bundesrecht, dass das Obergericht eine Haftung nach Art. 645 Abs. 1 OR bejaht habe, obwohl entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht die Gründung einer neuen Gesellschaft, sondern die Übernahme und Umbenennung einer bestehenden beabsichtigt und verwirklicht worden sei. Im Eventualstandpunkt macht er geltend, dass bei bundesrechtskonformer Anwendung des Regelungsgedankens von Abs. 1 des Art. 645 OR diese Analogie auch für Abs. 2 der Bestimmung gelten müsse.

b) Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zu Grunde zu legen, es sei denn, sie beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das Sachgericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidwesentliche Behauptungen und Beweisanträge dazu prozesskonform unterbreitet worden waren (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 115 II 484 E. 2a). Eine blosse Kritik an der Beweiswürdigung des Sachgerichts ist, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, ausgeschlossen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 120 II 97 E. 2b).

Soweit der Beklagte vorbringt, Art. 645 Abs. 1 OR finde auf den vorliegenden Fall von vornherein keine Anwendung, weil im Darlehensvertrag wissentlich als Zweitpartei eine mit der G._____ bereits existierende, aber noch zu erwerbende Gesellschaft eingesetzt worden sei, ist er nicht zu hören. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz wurde der Darlehensvertrag vom 19./20. Dezember 1994 namens einer noch nicht bestehenden D._____ AG abgeschlossen.
Wie es sich verhalten würde, wenn der Beklagte für die bereits existierende G._____ gehandelt hätte, ist somit nicht zu prüfen.

Im kantonalen Verfahren wurden von den Parteien unterschiedliche Behauptungen zu den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Vorstellungen über die Entstehung der zukünftigen Eco Finanz bzw. F._____ AG vorgebracht.
Während der Kläger behauptete, die Parteien seien von einer Neugründung ausgegangen, machte der Beklagte geltend, er habe nie von einer Gründung gesprochen und sie hätten beide gewusst und seien davon ausgegangen, dass eine blosse Umbenennung erfolgen werde. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt insoweit nicht abgeklärt, weil sie die Streitfrage als rechtlich unerheblich betrachtete. Diese Auffassung verletzt kein Bundesrecht, wie sich zeigen wird (unten E. 3 und 4), womit dem Eventualantrag des Beklagten die Grundlage entzogen ist.

2.- Das Obergericht erwog, die Voraussetzungen für eine persönliche und solidarische Haftung des Beklagten im Sinne von Art. 645 Abs. 1 OR seien erfüllt. Die Bestimmung bezwecke einen möglichst umfassenden Schutz des Dritten. Für ihre Anwendbarkeit genüge daher, dass Verpflichtungen im Namen einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaft eingegangen würden. Unerheblich sei dagegen, ob diese Gesellschaft später gegründet werde oder die Gründung unterbleibe. Nicht anders gestalte die Haftungslage sich aber auch, wenn an der Stelle einer Neugründung eine bestehende Gesellschaft übernommen und umfirmiert werde.

Hingegen verneinte das Obergericht eine Haftungsbefreiung gemäss Art. 645 Abs. 2 OR zufolge Genehmigung des Geschäfts durch die F._____ AG. Die dort vorgesehene rechtsgestaltende Schuldübernahme durch einseitige Erklärung der Gesellschaft, unabhängig von einer Zustimmung des Gläubigers, stehe nur einer neu

gegründeten Gesellschaft offen.
Die F._____ AG habe jedoch unter einem anderen Namen - G._____ - bereits bestanden. Der Beklagte könne sich daher nicht auf eine von der Zustimmung des Vertragspartners unabhängige Schuldübernahme im Sinne von Art. 645 Abs. 2 OR berufen. Im Falle des Erwerbs und der Umfirmierung einer bestehenden Gesellschaft bedürfe die Schuldübernahme vielmehr der Modalitäten von Art. 176 OR, insbesondere der Zustimmung des Gläubigers. Im vorliegenden Fall seien indes die Voraussetzungen einer solchen Schuldübernahme nicht erfüllt.

3.- a) Nach Art. 645 Abs. 1 OR haften die Handelnden persönlich und solidarisch für Verbindlichkeiten, die sie im Namen der Aktiengesellschaft vor deren Eintragung in das Handelsregister begründet haben. Gemäss Absatz 2 werden sie von der Haftung befreit und es haftet nur die Gesellschaft, wenn die Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen werden.

b) Art. 645 Abs. 1 OR liegt der Zweck zugrunde, einerseits ein Handeln der noch nicht zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft möglichst einzuschränken und anderseits den Vertragspartner zu schützen, der sich mit den im Namen der Gesellschaft Handelnden einlässt. Der rechtspolitische Grund der persönlichen Haftung der Handelnden liegt darin, dass sie sich als Organe einer juristischen Person ausgegeben haben, ohne es zu sein (BGE 123 III 24 E. 2c und d mit Hinweisen).

Art. 645 Abs. 1 OR ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht blosser Anwendungsfall der vollmachtlosen Stellvertretung im Sinne von Art. 38 und 39 OR, weil eine solche nur denkbar ist, wo auch direkte Stellvertretung möglich wäre. Das trifft aber nicht zu, wenn nach dem Wissensstand beider Vertragsparteien die angeblich vertretene Aktiengesellschaft gar nicht existiert, mithin auch nicht vertreten werden kann (BGE 123 III 24 E. 2d S. 28 f.). Ebenfalls unter Art. 645 Abs. 1 OR einzuordnen ist indes auch der Fall, in welchem für den Kontrahenten ungewiss ist, ob die Gesellschaft bereits im Handelsregister eingetragen ist (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. , Zürich 1996, Rz.
99 S. 63; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 18 N. 8; Pascal Trösch, Rechtsgeschäfte für die in Gründung befindliche AG, Diss. Basel 1992, S. 55). Der Tatbestand der vollmachtlosen Stellvertretung setzt dagegen voraus, dass der Kontrahent davon ausgeht, die vom Handelnden - vollmachtlos - vertretene Gesellschaft existiere wirklich (vgl. BGE 51 II 212 E. c S. 219 unten; Münch Komm/Eckardt, N. 39 zu § 41 AktG).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Regeln über die vollmachtlose Stellvertretung nicht zur Anwendung kommen, wenn die Vertragspartner wissen, dass die Gesellschaft nicht existiert. Gehen sie davon aus, die Gesellschaft werde später gegründet, ist Art. 645 Abs. 1 OR ebenso anwendbar wie im Fall, dass der Kontrahent annimmt, die Gesellschaft sei bereits gegründet worden. Etwas anders verhält es sich dagegen, wenn die Vertragspartner übereinstimmend davon ausgehen, dass die Gesellschaft nicht existiert, sie sich aber nicht einig sind, ob sie durch Gründung oder Umfirmierung entstehen wird. Dieser Tatbestand fällt nicht unmittelbar unter Art. 645 OR (vgl. unten E. 4). Er rechtfertigt aber dennoch die persönliche Haftung der Handelnden analog der Regel von Art. 645 Abs. 1 OR, weil diese als Organe einer Aktiengesellschaft aufgetreten sind, ohne es zu sein. Insoweit ist die vorinstanzliche Entscheidbegründung zu präzisieren, in welcher von einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 645 Abs. 1 OR ausgegangen worden ist.

c) Nach den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts handelten der Beklagte und E._____ bei Abschluss des Darlehensvertrags im Namen einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen D._____ AG. Dass der Vertrag unter die Bedingung der Entstehung oder Übernahme und Umfirmierung einer entsprechenden Gesellschaft gestellt worden wäre, ist nicht festgestellt. Folglich begründete der Beklagte nach dem Gesagten mit dem Abschluss des Darlehensvertrags eine persönliche Haftung, wobei insoweit unerheblich ist, ob die Vorstellungen der Parteien über die Art der Entstehung der Gesellschaft übereinstimmten oder auseinander gingen. Mit der Auffassung, der Beklagte habe sich beim Abschluss des Darlehensvertrags persönlich verpflichtet, hat die Vorinstanz somit kein Bundesrecht verletzt.

4.- Gemäss Art. 645 Abs. 2 OR werden die Handelnden von ihren persönlichen Verpflichtungen unter den beiden Voraussetzungen befreit, dass die Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen wurden und sie von der Gesellschaft innert drei Monaten nach deren Eintragung in das Handelsregister übernommen werden. Die Befreiung tritt nach zutreffender Lehrmeinung unabhängig davon ein, ob der Dritte mit der Schuldübernahme nachträglich einverstanden ist, und zwar selbst dann, wenn sich herausstellt, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht nachkommen kann (Pascal Trösch, a.a.O., S. 77). Der Dritte, der auf eine in den Kapitalgrundlagen noch unsichere Gesellschaft hin kontrahiert, hat keine Wahl, ob er nach Publizität der Grundlagen die Aktiengesellschaft als Vertragspartnerin akzeptieren oder die Handelnden beibehalten will (Bär, Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, FS Kummer, Bern 1980, S. 77 ff., S. 83).

Zu entscheiden ist die Frage, ob eine Haftungsbefreiung nach Art. 645 Abs. 2 OR auch dann eintritt, wenn die Verpflichtungen nicht durch eine neu gebildete, sondern durch eine bestehende, von den Handelnden erworbene und umfirmierte Gesellschaft einseitig übernommen werden. Sie ist mit der Vorinstanz zu verneinen.

a) Nach dem Wortlaut von Art. 645 Abs. 2 OR (”im Namen der zu bildenden Gesellschaft”; ”au nom de la future société”; ”in nomine della società anonima da costituire”) wird nur der Fall der Neugründung einer Gesellschaft erfasst.
Gebildet werden kann nur eine zuvor nicht existente Gesellschaft. Bei der hier zu beurteilenden Übernahme und Umbenennung war zwar die Firma noch nicht im Handelsregister eingetragen, dagegen die juristische Person als solche. Die Firma aber hat rechtlich die gleiche Bedeutung wie der Name einer natürlichen Person. Nach der grammatikalischen Auslegung von Art. 645 Abs. 2 OR ist indessen nicht die Firma als Personenbezeichnung, sondern die Rechtspersönlichkeit massgebend.
Während mit der Gründung ein neues Rechtssubjekt geschaffen wird, ändert sich bei der Umbenennung bloss der Name einer bereits bestehenden juristischen Person. Die neu als F._____ AG firmierte G._____ konnte daher nach der grammatikalischen Auslegung von Art. 645 Abs. 2 OR die Verpflichtungen des Beklagten gegen den Willen des Klägers nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft übernehmen.

b) Zum gleichen Ergebnis führt eine systematische Auslegung. Art. 645 OR steht unter der Hauptmarginalie ”Erwerb der Persönlichkeit” (Art. 643 OR; ”Acquisition de la personnalité”; ”Acquisto della personalità”) und der Untermarginalie ”Vor der Eintragung eingegangene Verpflichtungen” (”Actes faits avant l’inscription”; Obbligazioni assunte prima dell’iscrizione”). Unter der Eintragung wird in den Art. 643 - 645 OR eindeutig der Erwerb der Rechtspersönlichkeit verstanden. Daraus ergibt sich, dass Art. 645 Abs. 2 OR systematisch mit dem Begriff der Eintragung die Entstehung einer neuen und nicht die blosse Umfirmierung einer existierenden Gesellschaft meint.

c) Zu keinem anderen Schluss führt schliesslich die teleologische Auslegung. Aus der Wendung ”zu bildend” (”future”, ”da costituire”) in Art. 645 Abs. 2 OR wird deutlich, dass die Gesellschaft, in deren Namen und für deren Rechnung gehandelt wird, noch nicht besteht. Dabei wird fingiert, der Dritte gehe davon aus, sein künftiger Vertragspartner werde noch gegründet. Antizipiert willigt er in einen allfälligen Subjektswechsel ein, wobei er das Risiko übernimmt, dass die zu gründende Gesellschaft nicht im Stande sein könnte, die vertraglichen Pflichten zu erfüllen.
Gleichzeitig darf er aber davon ausgehen, dass die gesetzlichen Vorschriften zur Kapitalausstattung und Kapitalsicherung bei der Gesellschaftsgründung (vgl. Art. 633 ff. OR) eingehalten werden oder er andernfalls bei einem Gründungsschwindel die Gründer zur Verantwortung ziehen kann (Art. 753 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 14 N. 22; Böckli, a.a.O., S. 49 f.).

Sinn und Zweck von Art. 645 Abs. 2 OR bestehen nicht darin, generell vor Rechtsgeschäften mit Aktiengesellschaften zu schützen, deren Vertreter oder Organe nicht zur Vornahme von derartigen Rechtsgeschäften befugt sind. Die Regelung dient vielmehr dem Zweck, unmittelbar vor der Gründung stehenden Aktiengesellschaften das nötige Handlungsinstrument zu verleihen, damit diese im Zeitpunkt der Erlangung der Rechtspersönlichkeit sogleich aktiv werden können.
Wer in eine künftige Gesellschaft vertraut, tut dies nicht zwangsläufig auch in eine bereits bestehende. Die

antizipierte Einwilligung in den Subjektswechsel nach Art. 645 Abs. 2 OR bezieht sich daher - gegenteilige Abrede vorbehalten - auch nach Sinn und Zweck der Bestimmung auf ein zukünftiges, nicht aber auf ein schon bestehendes Rechtssubjekt.

5.- Nach dem Gesagten hat das Obergericht eine Haftungsbefreiung des Beklagten nach Art. 645 Abs. 2 OR zu Recht verneint. Demzufolge wäre eine Übernahme der Solidarverpflichtung des Beklagten durch die F._____ AG mit haftungsbefreiender Wirkung nur in Form einer privativen Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR möglich gewesen.
Das Obergericht hat eine solche verneint, was im Berufungsverfahren unangefochten blieb. Somit hat die F._____ AG die Rückzahlungsverpflichtung - wenn überhaupt - höchstens kumulativ mitübernommen. Dadurch wurde der Beklagte indes nicht von seiner Schuldpflicht befreit.

Ebenfalls unangefochten ist die Höhe des vorinstanzlich dem Kläger zugesprochenen Betrags. Damit entfällt eine Überprüfung des angefochtenen Urteils auch in diesem Punkt (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3).

6.- Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann, und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Gerichtsgebühr dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Dieser hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) vom 13. März 2001 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– wird dem Beklagten auferlegt.

3.- Der Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 9'000.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) schriftlich mitgeteilt.

_____
Lausanne, 13. Dezember 2001

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: