Urteilskopf

123 III 24

4. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Oktober 1996 i.S. Bank X. gegen Roland B. und Guido C. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 645 OR; Haftung für vor der Eintragung der Aktiengesellschaft in deren Namen eingegangene Verpflichtungen bei formbedürftigen Verträgen.

Aus einem für die zukünftige Gesellschaft abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag haften die für sie Handelnden nur, wenn die für sie persönlich vorgeschriebene Vertragsform erfüllt ist.

Regeste (fr):
Art. 645 CO; responsabilité pour les actes faits au nom de la société anonyme avant l'inscription, s'agissant de contrats soumis à une forme spéciale.

Ceux qui concluent un contrat de cautionnement pour la future société anonyme n'engagent leur propre responsabilité que si les conditions de formes liées à leur qualité personnelle sont remplies.

Regesto (it):
Art. 645 CO; responsabilità per le obbligazioni assunte in nome della società anonima prima della sua iscrizione nell'ambito di contratti soggetti a una forma speciale.

Coloro che hanno concluso una fideiussione per la società anonima da costituire ne sono unicamente vincolati, se il contratto rispetta i requisiti di forma richiesti per la loro persona.

Sachverhalt ab Seite 25

BGE 123 III 24 S. 25

Ernst A., Roland B. und Guido C. beabsichtigten im Jahre 1988, unter der Firma S. Holding AG eine Beteiligungsgesellschaft zu gründen, in welche die bestehenden Betriebsgesellschaften H. AG und D. AG hätten eingebracht werden sollen. Die Bank X. erklärte sich bereit, den beiden Betriebsgesellschaften Kredite zu gewähren unter der Bedingung, dass die in Gründung begriffene Beteiligungsgesellschaft dafür bürge. Am 7. und 8. Dezember 1988 unterzeichneten Ernst A. und Guido C. für die künftige S. Holding AG zwei einfach schriftliche Solidarbürgschaftsverpflichtungen zu Gunsten der Bank X. über maximal Fr. 800'000.– und Fr. 540'000.– für Kreditforderungen gegenüber der H. AG und der D. AG. Die S. Holding AG wurde in der Folge nicht gegründet. Im Jahre 1990 wurde über die H. AG und die D. AG der Konkurs eröffnet. Die Bank X. wandte sich darauf gegen Roland B. und Guido C., von welchen sie den aus der Kreditgewährung erlittenen Verlust ersetzt haben wollte. Diese bestritten eine Haftung. Am 7. August 1992 erhob die Bank X. Klage gegen Roland B. und Guido C. mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten solidarisch zur Zahlung von Fr. 704'558.15, DM 424'629.– und ÖSch 1'391'423.– nebst Zins zu verpflichten. Das Kantonsgericht des Kantons Zug wies die Klage mit Urteil vom 25. August 1994 ab. Das Obergericht des Kantons Zug wies am 24. Oktober 1995 eine Berufung der Klägerin in Bestätigung des kantonsgerichtlichen Urteils ab. Es stützte seinen Entscheid auf die Hauptbegründung, eine im Namen der künftigen Gesellschaft abgegebene Bürgschaftsverpflichtung

binde die Handelnden gemäss Art. 645 Abs. 1 OR bloss, wenn sie der für natürliche Personen erforderlichen Form genüge, was im beurteilten Fall mangels öffentlicher Beurkundung der Bürgschaftsverträge nicht zutreffe. Zusätzlich verneinte es eine Haftung von Roland B. mit der Begründung, dieser habe vom Abschluss der Bürgschaftsverträge keine Kenntnis gehabt und sei demgemäss nicht Handelnder im Sinne der genannten Bestimmung. Die Klägerin hat das Urteil des Obergerichts mit Berufung angefochten, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 645 Abs. 1 OR, welcher in der jüngsten Aktienrechtsreform keine Änderung erfahren hat, haften die Handelnden persönlich und solidarisch für Verbindlichkeiten, die sie im Namen

der Gesellschaft vor deren Eintragung in das Handelsregister begründet haben. Untersteht die rechtsgeschäftliche Verpflichtung unterschiedlichen Formerfordernissen, je nachdem sie von natürlichen oder juristischen Personen eingegangen wird, wie dies bei der Bürgschaft der Fall ist (Art. 493 Abs. 1 und 2 OR), stellt sich die Frage, ob die Haftung der Handelnden nach Art. 645 Abs. 1 OR auch dann greift, wenn zwar die für juristische, nicht aber die für natürliche Personen vorgeschriebene Erklärungsform gewahrt ist.

2. Die Beantwortung der Frage hängt von der rechtlichen Konstruktion der Alternativverpflichtung, insbesondere der Rechtsnatur der Haftung der für die Gesellschaft Handelnden ab. Geht man davon aus, die Handelnden begründeten vorerst eine Eigenverpflichtung, einigten sich mit dem Vertragspartner aber darauf, dass diese Verpflichtung mit allfälliger Übernahme durch die Gesellschaft entfalle, hat die Verpflichtungserklärung der für natürliche Personen geltenden Form zu entsprechen und bindet sie nur diejenigen Handelnden, in deren Namen sie formgenüglich abgegeben wird. Geht man demgegenüber davon aus, die Handelnden verpflichteten rechtsgeschäftlich bloss die (künftige) Gesellschaft und hätten als gesetzliche Garanten dafür einzustehen, dass diese den eingegangen Verpflichtungen nachkomme, genügt die für juristische Personen geltende Verpflichtungsform. a) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 224 f.). b) Nach Art. 645 Abs. 1 OR haften die Handelnden persönlich und solidarisch, was begrifflich auf eine Garantenstellung hinweist

(französischer Wortlaut: ..."entraînent la responsabilité"; italienischer Wortlaut:... "sono responsabili"...). Abs. 2 der Bestimmung dagegen spricht von der Übernahme von Verpflichtungen durch die zu gründende Gesellschaft (..."ont été assumées"...; ..."le assume"...), was nach dem Wortlaut einen Schuldnerwechsel von den Handelnden auf die Gesellschaft indiziert. Der Wortlaut der Norm lässt somit beide Varianten der hier interessierenden Bedeutungsalternative zu. c) Art. 645 Abs. 1 OR bezweckt, einerseits ein Handeln der noch nicht zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft möglichst einzuschränken und anderseits - vordringlich (FORSTMOSER, Berner Kommentar, N. 33 zu Art. 838 OR) - den Vertragspartner zu schützen, der sich mit den in ihrem Namen Handelnden einlässt. Aus diesem Schutzzweck folgt, dass zu den persönlich Haftenden ausser den unmittelbar am Vertragsschluss beteiligten Personen auch jene zu rechnen sind, mit deren Wissen und Willen das Geschäft namens der Gesellschaft abgeschlossen wird, dass die Haftung aus Art. 645 Abs. 1 OR somit die direkt wie die indirekt Handelnden erfasst. Ihr untersteht folgerichtig jede Person, die als intellektuelle Urheberin von Rechtshandlungen anzusehen ist, welche für die zu gründende Gesellschaft vorgenommen werden (BGE 63 II 295 E. 2a; 76 II 164 ff.; BGE 83 II 291 E. 2). Eine Formfrage, wie sie hier zu beurteilen ist, stellte sich in den zitierten Fällen nicht. d) Die Haftung der Gründer für Verpflichtungen, die sie im Namen der künftigen Gesellschaft eingegangen sind, hat ihren rechtspolitischen Grund darin, dass sie sich als Organe einer juristischen Person ausgegeben haben, ohne es zu sein (GUHL/KUMMER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, S. 630). Die zu gründende Gesellschaft vermögen sie, da sie noch nicht besteht, nicht zu verpflichten (VON GREYERZ, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, S. 82). Indessen sind sie bis zur Eintragung der Aktiengesellschaft als Mitglieder der Gründergesellschaft in einer einfachen Gesellschaft verbunden (BGE 102 II 420 E. 2a mit Hinweisen; BGE 104 Ib 264 E. 1; VON STEIGER, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, S. 339 f.; FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, S. 403 Rz. 3; REMIGIUS KÜCHLER, Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium, in: Lebendiges Aktienrecht, FS Bürgi, S. 229 ff., S. 230; BÄR, Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, in: Recht und Wirtschaft heute, FS Kummer, S. 77 ff.). Aus dieser gesellschaftsrechtlichen Struktur rechtfertigt sich denn vornehmlich auch die Haftung der bloss indirekt Handelnden; sie hat ihren

Rechtsgrund letztlich in der gesetzlichen Vertretungsmacht der direkt Handelnden nach Art. 543 Abs. 2 und 3 OR (vgl. SIEGWART, Zürcher Kommentar, N. 14 zu Art. 645 OR; BÄR, a.a.O., S. 83 f.). Die Beantwortung der Formfrage hängt in erster Linie von der Rechtsnatur der Haftung nach Art. 645 Abs. 1 OR ab. Dabei ist heute nicht mehr streitig, dass sie jedenfalls keinen unmittelbaren Anwendungsfall von Art. 39 OR darstellt, weil einerseits der Kontrahent nicht in Unkenntnis über den Vollmachtsmangel gehandelt haben muss und anderseits die Haftung der für die Gesellschaft Handelnden nicht bloss das negative Interesse (Art. 39 Abs. 1 OR) deckt, sondern auf Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung gerichtet ist (BGE 49 II 187 E. 2; 63 II 295 E. 2b). Hinzu kommt, dass die Handelnden aus Verträgen, die sie im Namen der künftigen Gesellschaft abgeschlossen haben, vor deren Übernahme gemäss Art. 645 Abs. 2 OR nicht nur verpflichtet, sondern grundsätzlich - unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts des Kontrahenten (FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht, S. 411 Rz. 35; SIEGWART, Zürcher Kommentar, N. 25 zu Art. 645 OR) - auch berechtigt werden. Sie haben daher einerseits für die Erfüllung des Vertrages einzustehen, gegebenenfalls durch Deckung des positiven Interesses bei Unmöglichkeit der Erfüllung, anderseits können sie aber auch ihrerseits die Erfüllung verlangen, mithin nicht bloss die eigene Erfüllung gestützt auf Einreden aus dem Synallgma (insbesondere nach Art. 82 OR) verweigern (SIEGWART, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 645 OR; FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht, S. 406 f., Rz. 16; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, S. 170 Rz. 9; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, S. 63 Rz. 99 bei Fn. 295; SCHENKER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N. 8 zu Art. 645 OR; VON STEIGER, Zürcher Kommentar, N. 21 zu Art. 783 OR; FORSTMOSER, Berner Kommentar, N. 36 und 46 zu Art. 838 OR; a.A. PASCAL TRÖSCH,

Rechtsgeschäfte für die in Gründung befindliche AG, Diss. Basel 1992, S. 64; anders die herrschende Lehre zum deutschen Recht: BARZ, in: Grosskommentar AktG, Anm. 25 zu § 41; MünchKomm/ECKARDT, N. 47 zu § 41 AktG). Daher ist auch die in der Literatur vertretene Auffassung abzulehnen, Art. 645 Abs. 1 OR stelle lediglich eine lex specialis der vollmachtlosen Stellvertretung dar, welche sich in einer erweiterten Haftung manifestiere (vgl. VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, S. 405; TRÖSCH, a.a.O., S. 68). Vollmachtlose Stellvertretung ist nur denkbar, wo (mindestens) nach dem erweckten Rechtsschein auch echte, direkte

BGE 123 III 24 S. 29

Stellvertretung gegeben sein könnte. Wo indessen nach dem Wissensstand beider Vertragsparteien der angeblich Vertretene gar nicht existiert und damit nicht rechtsfähig ist, verbietet sich - vorbehältlich der hier nicht interessierenden Ausnahme des nasciturus nach Art. 31 Abs. 2 ZGB - die Annahme einer Vollmacht ebenso wie deren Fiktion (vgl. VON GREYERZ, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, S. 82; ZÄCH, Berner Kommentar, N. 136 ff. zu Art. 32 OR). Vielmehr liegt die sachgerechte Lösung darin, dass bei unbedingtem rechtsgeschäftlichem Handeln im Namen der künftigen Aktiengesellschaft kraft gesetzlicher Fiktion (Art. 645 Abs. 1 OR) eine rechtsgeschäftliche Bindung der Handelnden zum Vertragspartner begründet wird, die Handelnden somit echte Parteien in dem durch sie begründeten Rechtsverhältnis werden (BÖCKLI, a.a.O., S. 63 Fn. 295; SCHENKER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N. 8 zu Art. 645 OR). Die Besonderheit der Rechtsbeziehung liegt dabei darin, dass die Parteien bereits bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eine Übernahme der Rechte und Pflichten durch die künftige Aktiengesellschaft mit befreiender Wirkung für die Handelnden vorsehen und damit - soweit erforderlich - antizipiert in den Subjektswechsel einwilligen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Sinne von Art. 645 Abs. 1 OR Handelnden sich rechtsgeschäftlich gleichermassen verpflichten und berechtigen, wie es der Fall wäre, wenn sie in eigenem Namen gehandelt hätten. Sie verlieren indessen ohne weiteres ihre Rechte gegenüber dem Kontrahenten und werden von ihren Verpflichtungen ihm gegenüber befreit, falls die zu gründende Gesellschaft aufgrund von Art. 645 Abs. 2 OR in ihre Rechtsstellung eintritt. Wer aus dem vorgesellschaftlichen Verhältnis berechtigt und verpflichtet ist, entscheidet sich nach Massgabe des effektiven Handelns oder der - in der Regel gesellschaftsrechtlichen - Vertretungswirkung von Dritthandlungen. Gegenüber der zu gründenden Aktiengesellschaft stehen die Handelnden nach wohl zutreffender, hier aber nicht zu erörternden Auffassung in der Rechtsstellung eines Geschäftsführers ohne Auftrag (FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht, S. 411 Rz. 36; GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, N. 14 zu Art. 838 OR; BÄR, a.a.O., S. 94; differenziert SIEGWART, Zürcher Kommentar, N. 26 zu Art. 645 OR).
e) Die Handelnden haben nach Art. 645 Abs. 1 OR nur für die Erfüllung, nicht auch für die Gültigkeit des mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts einzustehen (SIEGWART, Zürcher

BGE 123 III 24 S. 30

Kommentar, N. 12 zu Art. 645 OR; FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht, S. 407 Rz. 18; TRÖSCH, a.a.O., S. 60 f.). Das bedeutet nach der dargelegten Auffassung zur Rechtsstellung der Handelnden, dass sie aus dem Rechtsgeschäft nur und insoweit verpflichtet werden, als dieses ihnen gegenüber gültig begründet worden ist. Geht es um Bürgschaften, werden die Handelnden als Bürgen bloss verpflichtet, wenn die für sie geltenden Formvorschriften erfüllt sind. Bürgschaften natürlicher Personen aber bedürfen, sofern der Haftungsbetrag - wie im vorliegenden Fall - 2'000 Franken übersteigt, der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR). Nach den Feststellungen der Vorinstanz blieb diese Form in den beiden zur Beurteilung stehenden Verträgen

unbeachtet. Damit entfällt mangels formgenüglicher Verpflichtung eine Haftung der Beklagten.

3. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich teleologisch namentlich auch mit Blick auf die ausgeprägte Schutzfunktion der Bürgschaftsform, welche umfassend ausgestaltet ist. Sie erfasst - im Gegensatz zum allgemeinen Vollmachtsrecht - auch die Vollmacht zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrags (Art. 493 Abs. 6 OR; BGE 99 II 39 E. 1; GIOVANOLI, Berner Kommentar, N. 47 f. zu Art. 493 OR), die Umwandlung einer einfachen in eine Solidarbürgschaft (Art. 493 Abs. 5 OR) sowie die Nach- und Mitbürgschaft, selbst wenn diese in der Form des nachträglichen Beitritts erfolgt (vgl. GIOVANOLI, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 493 OR und N. 3 zu Art. 497 OR). Eine natürliche Person soll daher nach dem Willen des Gesetzgebers als Bürgin (über 2'000 Franken) nur in Anspruch genommen werden können, wenn sie sich dazu unmittelbar oder mittelbar in einer öffentlichen Urkunde verpflichtet hat. Daraus ergibt sich auch, dass ein im allgemeinen formfrei gültiger solidarischer Schuldbeitritt (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Band II, Rz. 3758) zu einem formbedürftigen Bürgschaftsverhältnis als Mitbürgschaft der Form des Grundgeschäfts bedarf (vgl. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, S. 587) und dass der Garantievertrag zu einer Bürgschaft seinerseits nur in der Form der Bürgschaft gültig ist (vgl. Art. 493 Abs. 6 OR). Art. 645 Abs. 1 OR enthält dazu keine Ausnahme. Der für die zu gründende Gesellschaft Handelnde haftet demnach auch nach den massgebenden Wertungen des Gesetzes nur dann als Bürge, wenn er sich formgenüglich als solcher verpflichtet hat. Daran ändert nichts, dass die organschaftliche Vertretungsmacht, auf der letztlich auch Art. 645 Abs. 1 OR gründet, keiner formgebundenen

Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft bedarf (GIOVANOLI, Berner Kommentar, N. 50 zu Art. 493 OR). Als Bürgin wird diesfalls die juristische Person und nicht das Organ verpflichtet. Soll dieses persönlich mithaften, muss seine Verpflichtung in der gesetzlichen Form erfolgen.