Urteilskopf

128 III 137

24. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. gegen B. (Berufung) 4C.164/2001 vom 13. Dezember 2001

Regeste (de):
Persönliche Haftung der für eine nicht existierende Aktiengesellschaft Handelnden (Art. 645 OR).

Abgrenzung der Haftung gemäss Art. 645 Abs. 1 OR gegenüber jener des vollmachtlosen Stellvertreters gemäss Art. 38 f. OR (E. 3).

Art. 645 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar, wenn keine Gesellschaftsgründung erfolgt, sondern eine bereits existierende Gesellschaft erworben und umfirmiert wird (E. 4).

Regeste (fr):
Responsabilité personnelle des auteurs d'actes faits au nom d'une société anonyme non existante (art. 645 CO).

Délimitation entre la responsabilité au sens de l'art. 645 al. 1 CO et celle du représentant sans pouvoir au sens des art. 38 et 39 CO (consid. 3).

L'art. 645 al. 2 CO n'est pas applicable lorsque aucune fondation de société n'a lieu, mais qu'une société déjà existante est acquise et change de raison sociale (consid. 4).

Regesto (it):
Responsabilità personale di coloro che hanno agito per una società anonima inesistente (art. 645 CO).

Delimitazione fra la responsabilità secondo l'art. 645 cpv. 1 CO e quella del rappresentante senza autorizzazione ai sensi dell'art. 38 seg. CO (consid. 3).

L'art. 645 cpv. 2 CO non è applicabile qualora non si proceda alla costituzione di una società, ma una società già esistente viene acquistata e cambia ragione sociale (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 137

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.

BGE 128 III 137 S. 138

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. 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 Schuldübernahme durch die Gesellschaft im Sinne von Art. 645 Abs. 2 oder Art. 176 OR. Der Beklagte hat das Urteil des Obergerichts mit Berufung angefochten, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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 bereits bestanden. Der Beklagte könne sich daher nicht

BGE 128 III 137 S. 139

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; MünchKomm/ECKARDT, N. 39 zu § 41 AktG).

BGE 128 III 137 S. 140

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, a.a.O., § 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.