

**Art. 783 Abs. 3 OR, Handeln für die zu gründende Gesellschaft, Art. 176 OR, Schuldübernahme.** Identität der übernehmenden mit der in Aussicht genommenen Gesellschaft (Erw. 4.1). Handeln im Namen der Gesellschaft kann auch stillschweigend sein (Erw. 4.2). Konkludente Zustimmung des Gläubigers zur Schuldübernahme (Erw. 4.3)

Sachverhalt:

Der Kläger ist Eigentümer des Restaurants X oberhalb von Z. Am 19. Juli 2001 wurde über diese Liegenschaft ein schriftlicher Mietvertrag abgeschlossen. Vermieter ist der Kläger; er unterschrieb den Vertrag persönlich. Als Mieterin wird die "PH-Gastronomen GmbH (in Gründung) mit Sitz in Z" genannt, vertreten durch die Beklagte, welche den Vertrag auch unterzeichnete. Mietbeginn war am 16. August 2001. Unter anderen bestimmt der Vertrag, dass die Mieterin das Miet- (Gross-)Inventar sorgfältig nutzen und auf eigene Rechnung unterhalten müsse, ferner: "Ueber das Kaufinventar (Kleininventar) erstellen Vermieter und Mieterin gemeinsam eine separate Inventarliste. Der daraus resultierende Kaufpreis ist zur Hälfte bei Vertragsantritt und zur Hälfte innert einer Frist von 30 Tagen an den Vermieter zu bezahlen" (act. 10/1).

Ebenfalls am 19. Juli 2001 unterzeichneten der Kläger und die Beklagte ein mit "Kaufvertrag" überschriebenes Dokument. Es bestimmt, dass die Käuferin das gesamte Kleininventar im Restaurant X zum Preis von pauschal Fr. 80'000.-- und ferner ein Warenlager zum Preis von Fr. 20'000.-- kaufe. Wer auf Käuferseite Vertragspartner in diesem zweiten Vertrag sein solle, ist umstritten.

Am 23. August 2001 wurde im Tagebuch des Zürcher Handelsregisters die Gründung der "Die Gastronomen GmbH" eingetragen; die Publikation im Handelsamtsblatt erfolgte am 29. August 2001.

Am 21. Februar 2003 kündigte der Kläger den Mietvertrag per 31. März 2003. Am 21. Februar 2003 liess der Kläger in der von der Mieterschaft verlassenen "X" durch den Gemeindeammann die Schlösser auswechseln und ein Retentionsverzeichnis aufnehmen.

Am 8. Mai 2003 wurde über "Die Gastronomen GmbH" der Konkurs eröffnet, bereits am 30. Juni 2003 mangels Aktiven aber wieder eingestellt. Die Gesellschaft ist im Register gelöscht.

Der Kläger belangt die Beklagte persönlich für die Fr. 80'000.--, welche vom Kaufpreis für Kleininventar und Warenlager noch nicht bezahlt wurden. Die Beklagte bestreitet vorweg ihre Passivlegitimation.

aus den Erwägungen:

"4.1 Das Bezirksgericht nimmt an, die Beklagte habe (nur) für die in Gründung begriffene GmbH gehandelt, und diese habe den Vertrag dann übernommen. Dagegen wendet der Kläger ein, die in Aussicht genommene Gesellschaft sei nicht gegründet worden. Eine Befreiung der Beklagten im Sinne von Art. 783 Abs. 3 OR könne daher nicht stattgefunden haben, unabhängig von der Frage, in wessen Namen sie die Verträge abschloss.

Die Beklagte betrachtet dieses Vorbringen als in der Berufung neu und daher unzulässig. Dem ist nicht zuzustimmen. Wahr ist, dass der Kläger eigene konkrete Erwartungen in die zu gründende Gesellschaft, etwa hinsichtlich des Kreises der Gesellschafter, wegen des grundsätzlichen Novenverbotes in der Berufung nicht nachbringen dürfte (§ 267 Abs. 1 ZPO). Darum geht es aber zunächst nicht, sondern um den Umstand, dass eine "PH-Gastronomen GmbH" nicht gegründet worden ist (das ist unbestritten: § 115 Ziff. 2 ZPO), und um die daraus zu ziehenden rechtlichen Schlüsse (§ 57 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 3 a.E. zu § 267 ZPO).

Das Argument ist allerdings der Sache nach nicht stichhaltig. Es verhält sich nicht so, dass etwa von mehreren neu gegründeten Gesellschaften nicht die im Vertrag genannte, sondern eine andere die Verpflichtungen übernommen hätte. Es war vorgesehen, dass eine GmbH gegründet werden und als Mieterin der "X" auftreten sollte - und das ist erfolgt. Dass die beiden Firmen sich in wenigen Buchstaben unterscheiden, ändert an der Identität nichts, so wenig wie es eine

Firmenänderung nach erfolgter Gründung täte. Es scheint zwar ursprünglich beabsichtigt gewesen zu sein, dass die heutige Beklagte und Peter S. zusammen die Gesellschaft gründen würden. Der Hinweis des Klägers ist plausibel, dass das "PH-" dann für "Peter" (S.) und "Hélène" (L.-V.) gestanden wäre (dafür spricht auch die "Bestätigung" vom 14. August 2001, wo der Entwurf bei den Unterzeichnenden auch Peter S. nannte). Dass dieser personelle Hintergrund der Gesellschaft für ihn bestimmend gewesen wäre, machte der Kläger aber in erster Instanz nicht geltend, und er wäre mit einer entsprechenden Behauptung in der Berufung ausgeschlossen. Das Stammkapital wurde tatsächlich von der Beklagten (Fr. 19'000.--) und von Kurt Müller (Fr. 1'000.--) übernommen, und damit war die in Aussicht genommene Gesellschaft gegründet.

Selbst wenn man aber die Identität der effektiv gegründeten mit der im Mietvertrag genannten GmbH verneinte, könnte die Berufung des Klägers auf diesen Umstand nicht geschützt werden. Er hat nämlich "Die Gastronomen GmbH" von Anfang an als Vertragspartnerin akzeptiert: am 14. August 2001 bestätigte er unterschriftlich die Übergabe des Gross-(Miet-)Inventars an "Frau Hélène L.-V. als Verantwortliche der Fa. Die Gastronomen GmbH, Restaurant <X> in Z". Gleichentags liess er sich versprechen, dass "Die Gastronomen GmbH (in Gründung), Sitz in Z" den Kaufpreis von Fr. 100'000.-- "für Inventar + Waren" bezahlen werde (act. 10/4) und unterzeichnete er das Protokoll für die Übergabe der Schlüssel zum Restaurant X an "die Fa. Die Gastronomen GmbH". Am 29. August 2001 quittierte er, "von Frau Hélène V., Betriebsleiterin der Fa. Die Gastronomen GmbH Fr. 20'000.-- als Anzahlung für das Kleininventar gemäss Kaufvertrag vom 19.07.01 erhalten zu haben". In der Folge zahlte "Die Gastronomen GmbH Rest. X Z" den Mietzins, ohne dass der Kläger dagegen protestierte. Ohne Widerspruch nahm er es auch hin, dass der heutige Anwalt der Beklagten namens der "Die Gastronomen GmbH, Rest. X" korrespondierte und Rechte der Mieterin geltend machte. In der Berufungsreplik argumentiert er, die Erklärung der "Die Gastronomen GmbH" zur Zahlung des Kaufpreises für Inventar und Waren sei nur eine kumulative Verpflichtung und trete zu derjenigen der Beklagten hinzu; diese Gesellschaft habe seines Wissens im Übrigen nie Verpflichtungen von der Beklagten übernommen, und das wäre unerheblich. Dass "Die Gastronomen GmbH" sich als

die im Mietvertrag vorgesehene Gesellschaft verstand, ist nach den Akten offensichtlich. Für einen vernünftigen und korrekten Geschäftspartner (Art. 2 ZGB) konnte und durfte das vorstehend dargestellte Verhalten des Klägers nur bedeuten, dass er "Die Gastronomen GmbH" als die im Mietvertrag vorgesehene Betriebsgesellschaft akzeptierte. Damit wurde die Beklagte von den Verpflichtungen befreit, welche sie vor der Gründung im Namen der Gesellschaft eingegangen war (Art. 783 Abs. 3 OR). Ob der Kläger subjektiv von etwas anderem ausging, kann offen bleiben. Er behauptet nicht, dass "Die Gastronomen GmbH" diese Meinung teilte, und damit liegt nicht der Fall von Art. 18 OR vor, nach welchem nicht auf den nach Treu und Glauben verstandenen Inhalt der Erklärungen und Handlungen, sondern auf den davon abweichenden übereinstimmenden inneren Willen der Beteiligten abzustellen wäre. Dass der Kläger nach dem Konkurs der GmbH alles Interesse daran hat, die Beklagte persönlich als Schuldnerin festzumachen, kann an dieser rechtlichen Beurteilung nichts ändern.

4.2 Es ist unter den Parteien streitig, ob die Beklagte den Kaufvertrag im Namen der zu gründenden Gesellschaft abschloss, wie das Bezirksgericht annimmt. Dem Wortlaut nach trifft es nicht zu; der streitige Vertrag nennt als Vertragspartei auf Käuferseite sowohl im Ingress als auch bei den Unterschriften nur die Beklagte persönlich, und ein Hinweis auf die zu gründende Gesellschaft fehlt im schriftlichen Text.

Die Anwendung von Art. 783 Abs. 3 OR, also die Befreiung der Handelnden zu Lasten der Gesellschaft setzt voraus, dass "ausdrücklich" im Namen der zu gründenden Gesellschaft gehandelt worden ist. Diese Voraussetzung ist freilich nicht eng zu verstehen. Auf die "ausdrückliche" Erklärung, die handelnde Person trete im Sinne von Art. 783 (resp. dem analogen Art. 645) OR für eine zu gründende Gesellschaft auf, kann nach der Literatur verzichtet werden, wenn "der Dritte sich klar darüber war, dass er bei Übernahme die Gesellschaft als Partei haben wird" (Zürcher Kommentar von Steiger, N. 22 zu Art. 783 OR), wenn der entsprechende Wille der Parteien "sich aus dem Inhalt der Abmachung und den Begleitumständen unzweideutig ergibt" (Forstmoser, Aktienrecht Bd. I [1981], S. 409 RZ 26), resp. wenn der Handelnde "ausdrücklich oder erkennbar" für die zu

gründende Gesellschaft auftritt (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. 1996, RZ 99/1).

Die massgeblichen Umstände sind hier die Folgenden:

- Der Miet- und der Kaufvertrag sind zwar auf zwei verschiedenen Dokumenten verkündet, hängen aber untereinander sehr eng zusammen. So bestimmt der Mietvertrag in Ziffer 16: "Ueber das Kaufinventar [Kleininventar] erstellen Vermieter *und Mieterin* gemeinsam eine separate Inventarliste. Der daraus resultierende Kaufpreis ist zur Hälfte bei Vertragsantritt und zur Hälfte innert einer Frist von 30 Tagen an den Vermieter zu bezahlen", und in Ziffer 17: "Bei Auflösung dieses Mietvertrages ist das *von der Mieterin erworbene* (...) Kaufinventar vom Vermieter und/oder Nachmieter zu übernehmen" (Hervorhebungen beige-fügt). Dabei wird also vorausgesetzt, dass die Mieterin das Inventar kauft - und Mieterin soll nach dem Mietvertrag die zu gründende Gesellschaft sein. Man kann auch nicht annehmen, die Beteiligten hätten das zwar zunächst in Aussicht genommen und sich dann später eines anderen besonnen (nämlich dass die Beklagte persönlich das Inventar kauft): Miet- und Kaufvertrag wurden am selben Tag unterzeichnet. Der Kaufvertrag seinerseits bestimmt, dass der Mietvertrag erst im Kraft treten solle, "wenn die erste Anzahlung für das Kleininventar bezahlt worden ist". Die Vertragsschliessenden waren wohl frei, das abzumachen (Art. 19 OR). Wenn nur die Beklagte persönlich Partei des Kaufvertrages war, ergibt es aber keinen Sinn. Es sollte ja die Wirksamkeit des zwischen dem Kläger und der zu gründenden Gesellschaft abgeschlossenen und ohne Vorbehalt unterschriebenen Mietvertrages bedingt aufgeschoben werden - und das ist rechtlich nicht möglich, ohne dass die Mieterin selbst (die Gesellschaft) dem zustimmt. Umgekehrt lässt sich der Vorbehalt zwanglos verstehen, wenn die Beklagte auch beim Kauf des Inventars als Vertreterin der zu gründenden Gesellschaft handelte.

- Am 14. August 2001 unterzeichneten der Kläger und die Beklagte eine Vereinbarung darüber, dass die Anzahlung für das Inventar und das Warenlager Fr. 20'000.-- betrage, und dass der Rest (Fr. 80'000.--) in monatlichen Teilbeträgen, spätestens aber bis Ende Februar 2002 zu zahlen sei. Bemerkenswert ist dabei ein Zweifaches: als Vertragspartei wird genannt "Die Gastronomen GmbH

(in Gründung), Sitz in Z, vertreten durch die Geschäftsführerin H el ene L.-V.", und die Anzahlung der Fr. 20'000.-- soll geleistet werden durch "Uebertrag Stammkapital von Gründung GmbH". Die Annahme, die zu gründende Gesellschaft sei lediglich der Verpflichtung der Beklagten kumulativ beigetreten oder sie habe versprochen, die Kaufpreisschuld der Beklagten zu tilgen (Art. 68 OR), verbietet sich, weil die Gesellschaft nicht nur Zahlung der Fr. 100'000.-- verspricht, sondern weil die Beteiligten die im Kaufvertrag getroffene Abmachung zu den Fälligkeiten (je Fr. 40'000.-- am 13. August und am 13. September 2001, der Rest nebst 5% Zins in monatlichen Raten von Fr. 1'000.--) abändern - den einmal geschlossenen Kaufvertrag inklusive seine Nebenabreden können aber nur die Parteien selbst ändern. Ferner ist es fraglich, ob die Gesellschaft ihr ganzes Stammkapital zur Tilgung einer fremden Schuld zur Verfügung stellen dürfte oder auch nur könnte (in analoger Anwendung von Art. 718a OR) - die Vereinbarung ist aber unproblematisch, wenn die Anzahlung für Inventar und Warenlager nach der Gründung der Gesellschaft deren eigene Verpflichtung sein soll.

Diese Umstände zwingen bei einem objektivierten Verständnis unter vernünftigen und korrekten Beteiligten zur Annahme, dass die Beklagte sowohl den Miet- als auch den Kaufvertrag über Inventar und Warenlager nicht für sich persönlich, sondern für die zu gründende Gesellschaft abschloss.

Die Gesellschaft wurde am 23. August 2001 durch den Eintrag im Tagebuch gegründet. Am 29. August 2001 bescheinigte der Kläger, "von Frau H el ene V., Betriebsleiterin der Fa. Die Gastronomen GmbH, Fr. 20'000.-- als Anzahlung für das Kleininventar (...) erhalten zu haben". Mit dieser Zahlung übernahm die Gesellschaft die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Die Frist von drei Monaten war eingehalten, und damit wurde die Beklagte befreit (Art. 783 Abs. 3 OR).

(...)

4.3 Wenn die handelnde Person nicht im Sinne von Art. 783 OR für die zu gründende Gesellschaft auftrat, kann diese letztere nach ihrer Gründung die Verpflichtung gleichwohl übernehmen; allerdings nicht mehr einseitig durch blosser Willensäusserung, sondern nur noch mit Zustimmung des Vertragspartners

(Forstmoser, op. cit., S. 408 RZ 25). Diese Zustimmung kann ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen hervorgehen, und sie wird vermutet, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung annimmt oder einer anderen "schuldnerischen Handlung" zustimmt (Art. 176 Abs. 3 OR).

So verhielte es sich hier, wenn man das Handeln der Beklagten vor und beim Abschluss des Kaufvertrages nicht als im Namen der zu gründenden Gesellschaft erfolgt anerkennt.

Die Zahlung der ersten Rate von Fr. 20'000.-- für das Kleininventar erfolgte ausdrücklich durch die Beklagte als "Betriebsleiterin der Fa. Die Gastronomen GmbH", ohne dass der Kläger einen Vorbehalt anbrachte, dass er die Gesellschaft nicht als (neue) Schuldnerin anerkennen wolle.

In der Folge, nach Auftreten der Differenzen über Qualität und Vollständigkeit von Mietobjekt und Inventar, korrespondierte Rechtsanwalt Dr. Breitenmoser zudem ausdrücklich "namens und im Auftrag von Die Gastronomen GmbH" mit dem Anwalt des Klägers, bemängelte insbesondere die Bewertung des Inventars und unterbreitete dem Kläger das Vergleichsangebot, für das Inventar insgesamt Fr. 35'000.-- zu zahlen, unter Anrechnung der (absprachegemäss durch das Gründungskapital der Gesellschaft von dieser geleisteten) Anzahlung der Fr. 20'000.--. Dieses Vergleichsangebot gedieh offenbar nicht bis zu einer Vereinbarung - jedenfalls erhebt die Beklagte gegen die Klage keine entsprechende Einrede. Darum geht es hier aber nicht, sondern um den Umstand, dass der Beklagte nicht protestierte (sondern zur Sache und namentlich zum Kaufinventar Stellung nahm), als Rechtsanwalt Dr. Breitenmoser als Vertreter der Gesellschaft (auch) zur Erfüllung des Kaufvertrages verhandelte. Das ist nicht anders zu verstehen, als dass der Kläger die Übernahme der Zahlungsverpflichtung aus dem Kaufvertrag durch die Gesellschaft akzeptierte, denn als bloss kumulativ der Schuld der Beklagten beigetretene Mit-Schuldnerin hätte "Die Gastronomen GmbH" weder die Legitimation gehabt, Beanstandungen zu Vollständigkeit und Qualität der Lieferung anzubringen, noch einen Vergleich vorzuschlagen.

(...)

Es bleibt daher beim Ergebnis, zu welchem das Bezirksgericht, wenn auch teilweise mit einer anderen Begründung, gelangt: dass die Klage mangels Passivlegitimation der Beklagten abzuweisen ist."

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 29. April 2004  
LB030061