

# **BGer 4A\_414/2008 vom 3. Februar 2009**

Bundesgericht, 2009-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_414\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_414_2008)

FR: TF 4A\_414/2008 du 3 février 2009

IT: TF 4A\_414/2008 del 3 febbraio 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 134 III 520 E. 1 S. 521; 133 III 462 E. 2 S. 465; je mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Gegenstand des Verfahrens bildet eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sind im kantonalen Verfahren nicht geschützt worden ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), der massgebende Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.-- (Art. 51 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 6 BGG und Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ).

#### **E. 1.2**

Die Beschwerde in Zivilsachen ist nur gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig ( Art. 75 Abs. 1 BGG ). Gegen das angefochtene Urteil des Obergerichts kann die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich nach § 281 ZPO /ZH erhoben werden. Der angefochtene Entscheid ist deshalb insoweit nicht kantonal letztinstanzlich, als er vom Kassationsgericht überprüft werden kann. Ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn das Bundesgericht einen Mangel frei überprüfen kann, wobei sie stets zulässig ist, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird ( § 285 Abs. 2 ZPO /ZH; vgl. dazu BGE 133 III 585 E. 3.2 S. 586 f. mit Hinweisen). Das angefochtene Urteil des Obergerichts stellt daher insoweit keinen kantonal letztinstanzlichen Entscheid dar, als sinngemäss geltend gemacht wird, das Obergericht habe darin willkürliche tatsächliche Feststellungen getroffen, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör sowie auf Begründung des Entscheids verletzt. Entsprechende Rügen hat die Beschwerdeführerin zwar vor dem Kassationsgericht geltend gemacht und damit den kantonalen Instanzenzug ausgeschöpft. Will sie diese Rügen aber vor Bundesgericht nochmals vortragen, hätte sie dies in einer - vorliegend nicht erhobenen - Beschwerde gegen den diesbezüglich kantonal letztinstanzlichen Entscheid des Kassationsgerichts tun müssen. Im Rahmen der Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts kann auf sie nicht eingetreten werden.

#### **E. 1.3**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, und kann deshalb die Beschwerde auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen ( BGE 134 III 102 E. 1.1 S. 104; 132 II 47 E. 1. S. 50, mit Hinweisen). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2

BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). In der Beschwerdeschrift ist zudem in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Aus den materiellrechtlichen Rügen muss wenigstens sinngemäss ersichtlich sein, inwieweit der angefochtene Entscheid nach Ansicht der Beschwerdeführerin bundesrechtliche Normen verletzen soll, wenn der von der Vorinstanz verbindlich festgestellte und nicht der davon abweichende, von der Beschwerdeführerin lediglich behauptete Sachverhalt zugrunde gelegt wird ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, Art. 18 OR verletzt zu haben. Der GU-Vertrag sei nicht simuliert gewesen; die Vorinstanz berücksichtige nicht, dass die Parteien den Vertrag auch nachträglich hätten modifizieren können. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Vertragsparteien schriftlich abgeschlossenen Verträgen nicht buchstabengetreu nachleben. Dass deswegen der ganze Vertrag nichtig oder gar simuliert sein sollte, sei eine sehr unwahrscheinliche Schlussfolgerung. Viel wahrscheinlicher sei, dass die Parteien das Vertragsverhältnis nachträglich modifiziert hätten, weshalb das Gericht den neuen Vertragsinhalt durch Auslegung zu ermitteln habe. Weiter sei der Schluss der Vorinstanz unhaltbar, dass der GU-Vertrag nur bei gleichzeitiger Auflösung des Konsortiums gültig sein könne.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen. Im letzteren Fall spricht man von Simulation (vgl. die Marginalie von Art. 18 OR ). Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen ( BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68; 112 II 337 E. 4a S. 343 mit Hinweisen). Nach ihrem wirklichen Willen soll entweder überhaupt keine Rechtswirkung (sog. absolute oder reine Simulation; vgl. Wolfgang Wiegand, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, 2008, N. 41 zu Art. 18 OR ) oder eine andere als im Scheingeschäft ausgegebene Rechtswirkung erzielt werden (Urteil 4A\_96/2008 vom 26. Mai 2008 E. 2.3, publ. in SJ 2008 I S. 448 ff.; BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68). Der simulierte Vertrag ist sowohl zwischen den Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten (mit gewissen Einschränkungen) unwirksam ( BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68), während der dissimulierte Vertrag gültig ist, sofern die übrigen Gültigkeitsvoraussetzungen bezüglich Form und Inhalt erfüllt sind (Urteil 4A\_96/2008 vom 26. Mai 2008 E. 2.3, publ. in SJ 2008 I S. 448 ff.).

Die Vorinstanz geht im Ergebnis davon aus, dass die Parteien den GU-Vertrag bezüglich des Werklohnes bereits im Moment des Abschlusses nicht so gelten lassen wollten, wie dies der Vertragstext vorsah. Nach dem tatsächlichen Willen der Parteien sollten die Baukosten vielmehr auf der Basis des Konsortialvertrags abgerechnet werden. Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass diese Feststellungen auf unwahrscheinlichen bzw. unhaltbaren

Schlussfolgerungen beruhen, sind unbeachtlich, da auf sie nicht eingetreten werden kann (vgl. oben E. 1.2). Besteht Einigkeit darüber, dass der Werklohn in Wirklichkeit nicht geschuldet ist, liegt diesbezüglich ein Scheingeschäft vor, das gemäss Art. 18 OR keine Wirksamkeit zwischen den Parteien entfaltet. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, wenn sie dem GU-Vertrag die Wirksamkeit als Anspruchsgrundlage für den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Werklohn versagt hat.

### **E. 3**

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.