

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.39 vom 4. August 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-08-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2013.39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2013.39)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.39 du 4 août 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.39 del 4 agosto 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

ZPO). Die Fragen, die sich im vorliegenden Fall stellen, sind aus den Akten ersichtlich und es sind auch keine Beweise abzunehmen. Der vorliegende Entscheid ist deshalb nach Beizug der zivilgerichtlichen Akten auf dem Zirkulationsweg gefällt worden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

### **E. 2**

2.1 Das Zivilgericht legt seinem Entscheid folgenden Sachverhalt zugrunde: Der Berufungskläger war vom 26. Februar 2009 bis Anfang September 2011 gemeinsam mit dem Berufungsbeklagten im D\_\_\_\_\_ tätig. Der Berufungskläger kümmerte sich um die Betreuung der Gäste und des Servicepersonals und der Berufungsbeklagte um die Arbeiten im ■Backoffice■, namentlich um den Kontakt zu Lieferanten, die Bestellungen, die Zahlungen und die Arbeitsverträge. Der Einstieg des Berufungsklägers erfolgte im Hinblick darauf, dass dieser den D\_\_\_\_\_ als Nachfolger des Berufungsbeklagten übernehmen sollte. Zum Zeithorizont bis zur Übernahme äussern sich die Parteien nicht deckungsgleich: Der Berufungskläger behauptet einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren, während der Berufungsbeklagte angibt, er habe sich frühestens im Jahr 2016 altershalber zurückziehen wollen. Die Zusammenarbeit der Parteien erfolgte mit Bindungswillen, allerdings besteht keine schriftliche Vereinbarung über die Konditionen der Zusammenarbeit und der allfälligen Übernahme des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ durch den Berufungskläger. Bis Mai 2011 bezogen die Parteien eine monatliche Barzahlung von je CHF 5'000.■; im Sommer 2011 überwies der Berufungsbeklagte dem Berufungskläger eine weitere Zahlung von CHF 189'000.■, was weiteren CHF 7'000.■ pro Monat entspricht. Dem Berufungskläger war es von Anfang ein zentrales Anliegen, seinen Gewinn aus dem Verkauf des Restaurants F\_\_\_\_\_ durch eine Ersatzbeschaffung steuerlich zu neutralisieren. Der Berufungsbeklagte war zumindest anfänglich grundsätzlich bereit, zu einer solchen Ersatzbeschaffung Hand zu bieten, wobei dazu einzig die Liegenschaft des Restaurants G\_\_\_\_\_ in Betracht kam, deren Eigentümer der Berufungsbeklagte (indirekt) ist. Nachdem die Parteien eingehend über die diesbezüglichen Möglichkeiten diskutiert hatten, zog sich der Berufungsbeklagte zurück, da er Bedenken zur Rechtmässigkeit des geplanten Vorgehens hatte. Daraufhin sah sich der Berufungskläger nach anderen Möglichkeiten um, bevor er im September 2011 die Zusammenarbeit fristlos beendete. Seither betreibt er den E\_\_\_\_\_ in [...] (angefochtener Entscheid, E. 3.1).

Von diesem Sachverhalt ausgehend prüft das Zivilgericht in einem ersten Schritt, ob die Parteien vereinbart haben, dass der Gewinn während der Übergangsphase bis zur Übernahme des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ durch den Berufungskläger hälftig geteilt wird

(angefochtener Entscheid E. 4.1). Zum Beweis einer hälftigen Gewinnteilung ■ so das Zivilgericht weiter ■ stütze sich der Berufungskläger zunächst auf ein Schreiben vom 1. März 2011, in welchem er die Eckpfeiler der seiner Ansicht nach im Sommer 2008 per Handschlag geschlossenen Vereinbarung festhalte. Das Zivilgericht widerspricht der Auffassung des Berufungsklägers, dass es sich dabei um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handle. Das Schreiben sei mehr als zwei Jahre nach dem angeblichen mündlichen Vertragsschluss verfasst worden, in einem Zeitpunkt also, in dem ■ wie auch aus dem Schreiben selbst hervorgehe ■ bereits Meinungsverschiedenheiten bestanden hätten. Der Berufungskläger habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass das Schweigen des Berufungsbeklagten auf das Schreiben als Einverständnis zu werten sei (angefochtener Entscheid E. 4.2). Eine explizite Vereinbarung einer hälftigen Gewinnteilung könne der Berufungskläger auch anderweitig nicht nachweisen. Eine solche ergebe sich weder aus einer Aktennotiz von H\_\_\_\_\_, dem Steuerberater des Berufungsbeklagten, vom 31. Oktober 2009 noch aus den Zeugenaussagen von I\_\_\_\_\_, dem Steuerberater des Berufungsklägers (angefochtener Entscheid E. 4.3).

2.2 Der Berufungskläger rügt diesbezüglich zum einen, das Zivilgericht habe die klare Aussage des Zeugen I\_\_\_\_\_ zu Unrecht als widersprüchlich und vage beurteilt. Dieser habe die Frage, ob er die hälftige Gewinnbeteiligung aus eigener Wahrnehmung bestätigen könne, mit einem klaren ■Ja■ beantwortet (Berufung, S. 7 f.).

Wer nicht Partei ist, kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO). Zeugen und Zeuginnen sind somit Aussenstehende, die im Prozess über ihre eigenen Sinneswahrnehmungen aussagen (Weibel/Näegeli, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 169 ZPO N 1). Zeugenaussagen können sich auf innere oder äussere Tatsachen beziehen. Dabei sind Aussagen über die direkte Wahrnehmung die Regel; indirekte Wahrnehmungen ■ also erhaltene Kenntnisse über Wahrnehmungen und Äusserungen Dritter (Kenntnisse vom Hörensagen) ■ sind keine Beweise zur Sache, vom Gesetz aber nicht von vornherein ausgeschlossen (Weibel/Näegeli, a.a.O., Art. 169 ZPO N 7).

Das Zivilgericht hat an der mündlichen Verhandlung vom 6. März 2013 unter anderem I\_\_\_\_\_, den Steuerberater des Berufungsklägers, als Zeugen befragt. Dieser hat sich zu seinem Beratungsmandat für den Berufungskläger sowie zu dessen Rolle und Entschädigung im D\_\_\_\_\_ geäussert. Der Vertreter des Berufungsklägers hat an der Verhandlung zu wissen verlangt, ■ob der Zeuge mitbekommen hat, dass es eine fünfzig/fünfzig Gewinnregelung gab■. Die vorsitzende Zivilgerichtspräsidentin hat den Zeugen darauf hin gefragt: ■Haben sie das gehört?■, worauf dieser mit ■Ja■ antwortete (Verhandlungsprotokoll vom 6. März 2013, S. 7). Die Darstellung des Berufungsklägers, der Zeuge habe die hälftige Gewinnbeteiligung ■aus eigener Wahrnehmung■ bestätigt, erweist sich somit als unzutreffend. Der Zeuge hat lediglich gesagt, dass er von einer hälftigen Gewinnbeteiligung gehört bzw. eine solche mitbekommen hat. Anders als der Berufungskläger annimmt, lässt sich daraus nicht ableiten, dass der Zeuge eine vertraglich vereinbarte hälftige Gewinnbeteiligung selbst wahrgenommen hat. Vielmehr deutet die Aussage im Kontext der ihm gestellten Fragen darauf hin, dass er von einer hälftigen Gewinnbeteiligung lediglich vom ■Hörensagen■ Kenntnis hatte. Damit im Einklang steht auch die weitere Aussage von I\_\_\_\_\_, wonach er nie gewusst habe, wie er die monatliche Barzahlung von CHF 5'000.■ an den Berufungskläger behandeln sollte, also als Lohn, als

Vorauszahlung des Gewinnanteils oder als Honorar; er habe dies mehrfach herausfinden wollen, habe aber nie eine klare Antwort erhalten (Verhandlungsprotokoll, S. 6 unten). Hätte I\_\_\_\_\_ von der Vereinbarung einer hälftigen Gewinnbeteiligung direkte Kenntnis gehabt, hätte er die monatliche Barzahlung an den Berufungskläger problemlos als Gewinnanteil qualifizieren können und müssen. Fehlte es aber an einer direkten Kenntnis einer solchen Vereinbarung, ist die Schwierigkeit des Steuerberaters, die monatliche Barzahlung steuerrechtlich einzuordnen, ohne weiteres verständlich.

2.3 Der Berufungskläger macht zum anderen geltend, auch in der Aktennotiz von H\_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2009 werde die Absicht des Berufungsbeklagten zur prozentualen Beteiligung des Berufungsklägers festgehalten (Berufung, S. 8). Die Aktennotiz vom 31. Oktober 2009 wurde von H\_\_\_\_\_, dem Steuerberater des Berufungsbeklagten, verfasst, dies nach einer Besprechung vom 30. Oktober 2009 über die ■Zusammenarbeit resp. Beteiligung■ des Berufungsklägers und des Berufungsbeklagten. An der Besprechung hatten der Berufungskläger, der Berufungsbeklagte sowie deren Steuerberater (I\_\_\_\_\_ und H\_\_\_\_\_) teilgenommen. Der Berufungskläger beruft sich auf folgende Passage der Aktennotiz, zitiert diese aber nicht vollständig. Die vollständige Passage lautet wie folgt (Klagebeilage 6, S. 2 unten):

■Die Wunschvorstellung von B\_\_\_\_\_ sieht wie folgt aus:

B\_\_\_\_\_ ist 100% Besitzer der Liegenschaft G\_\_\_\_\_

Herr \_\_\_\_\_ führt das Restaurant D\_\_\_\_\_

Frau J\_\_\_\_\_ führt das Restaurant G\_\_\_\_\_

Wer, wo, in welcher Betriebs AG, zu welchen Prozenten, beteiligt ist, ist noch zu entscheiden.

Dieser Entscheid kann aber auch erst in ein paar Jahren erfolgen.■

Der Aktennotiz lässt sich somit die ■Wunschvorstellung■ des Berufungsbeklagten entnehmen, nämlich, dass der Berufungskläger den D\_\_\_\_\_ führt und später (■auch erst in ein paar Jahren■) über die Beteiligung des Berufungsklägers am D\_\_\_\_\_ entschieden wird. Aus der Aktennotiz lässt sich ■ entgegen der Auffassung des Berufungsklägers ■ aber jedenfalls nicht ableiten, dass im Zeitpunkt der Besprechung ein Konsens darüber bestand, dass der Berufungskläger bereits am D\_\_\_\_\_ (und an dessen Gewinn) beteiligt war; von einer hälftigen Gewinnbeteiligung ist erst recht nicht die Rede.

2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht zu Recht festhält, dass es dem Berufungskläger nicht gelingt nachzuweisen, dass die Parteien sich ausdrücklich über eine hälftige Gewinnbeteiligung geeinigt haben.

### E. 3

3.1 In einem zweiten Schritt prüft das Zivilgericht, ob zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft bestanden hat mit dem Zweck der hälftigen Teilung der operativen Führung des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ und der hälftigen Gewinnteilung. Der Berufungskläger, der die Aufgaben im Vordergrund (Service) übernommen habe, und der Berufungsbeklagte, der im Hintergrund (■Backoffice■) gewirkt habe, seien während mindestens je fünf Tagen pro Woche im Betrieb präsent gewesen. Der Berufungskläger habe keinen finanziellen Beitrag geleistet, hingegen sei Inventar (insbesondere Teller) aus dem Restaurant F\_\_\_\_\_ im D\_\_\_\_\_ verwendet worden. Die Zahlungen seien über die bestehenden Konten des Hotel

Restaurants D\_\_\_\_\_ bzw. des Berufungsbeklagten gelaufen und der Berufungskläger habe keine Vollmacht über diese Konten gehabt. Der Mietvertrag habe weiterhin auf den Berufungsbeklagten und seine Ehefrau gelautet. Der Berufungskläger habe nur beschränkt Einsicht in Geschäftsunterlagen finanzieller Art gehabt. Beide Parteien hätten ■ wie ausgeführt ■ eine monatliche Barzahlung von je CHF 5'000.■ erhalten. Die Zusammenarbeit habe zweieinhalb Jahre gedauert und sei im Hinblick darauf erfolgt, dass der Berufungskläger dereinst den D\_\_\_\_\_ übernehmen sollte (angefochtener Entscheid, E. 5.3.1). Das Zivilgericht erwägt sodann, insbesondere der Umstand, dass die Parteien ihre Zusammenarbeit im Hinblick auf die Realisierung einer Nachfolgeregelung aufgenommen hätten, spreche dafür, dass sie die Wahrnehmung der operativen Aufgaben unter Aufteilung der Arbeitsbereiche als gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln verfolgt hätten; dafür spreche auch die Tatsache, dass sie monatliche Barzahlungen von je CHF 5'000.■ ohne Quittung erhalten hätten, wogegen die Lohnzahlungen an Angestellte in Form von Überweisungen erfolgt seien. Der Wunsch des Berufungsbeklagten nach Entlastung spreche nicht gegen das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks. Der Berufungsbeklagte habe mehrfach ausgeführt, er habe sich jemanden zur Entlastung gewünscht, so wie es Frau J\_\_\_\_\_ in der G\_\_\_\_\_ mache. Frau J\_\_\_\_\_ sei aber nicht nur Geschäftsführerin der G\_\_\_\_\_ AG, sondern daran auch mit knapp 50 % beteiligt. Auch nicht gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft spreche der Umstand, dass der Berufungsbeklagte weitergehende Kompetenzen als der Berufungskläger gehabt habe und weiterhin als ■Chef■ wahrgenommen worden sei; die Beiträge und Aufgaben der Gesellschafter könnten auch sehr unterschiedlich sein. Der Berufungsbeklagte habe dem Berufungskläger zwar nur beschränkt Einsicht in Geschäftsunterlagen gewährt, allerdings habe sein Steuerberater I\_\_\_\_\_ während einer ersten Phase Einblick in viele Interna wie beispielsweise Erfolgsrechnungen erhalten. Auch der Umstand, dass die Parteien mit Blick auf ihre weitere Zusammenarbeit darüber diskutiert hätten, ihre Einzelfirmen zu fusionieren, weise auf den partnerschaftlichen Charakter ihres Verhältnisses hin (angefochtener Entscheid, E. 5.3.2). Von Bedeutung sei jedenfalls der Umstand, dass es dem Berufungskläger von Beginn an ein zentrales Anliegen gewesen sei, seinen Gewinn aus dem Verkauf des Restaurants F\_\_\_\_\_ von rund CHF 2'000'000.■ steuerneutral reinvestieren zu können. Beiden Parteien sei klar gewesen, dass die längerfristige Zusammenarbeit davon abhängig gewesen sei, ob sich die steuerneutrale Ersatzbeschaffung (in der G\_\_\_\_\_ ) realisieren liesse. Zumindest bis zum Zeitpunkt, in welchem festgestanden habe, dass diese Ersatzbeschaffung nicht zustande komme, hätten die Parteien eine einfache Gesellschaft gebildet. Die einfache Gesellschaft habe mit anderen Worten unter der auflösenden Bedingung bestanden, dass sich die Ersatzbeschaffung realisieren lasse. Dies habe dazu geführt, dass die einfache Gesellschaft habe liquidiert und namentlich die Gewinnteilung habe geregelt werden müssen (angefochtener Entscheid, E. 5.3.3 und 5.3.4).

3.2 Der Berufungskläger wendet sich nicht gegen die zivilgerichtliche Annahme einer einfachen Gesellschaft. Aus dem gemeinsamen Zweck, der arbeitsteiligen Ausführung und den beidseitigen Investitionen sowie den Pressberichten lasse sich die Zusammenarbeit zwischen den Parteien einzig als einfache Gesellschaft qualifizieren. Bei jeder anderen Art von vertraglicher Bindung wäre es nach Auffassung des Berufungsklägers nicht möglich gewesen, dass über zwei Jahre keine Vergütung für die Tätigkeit erfolgt sei (Berufung, S. 6 f.).

Der Berufungsbeklagte wendet ein, die Parteien hätten gar keine einfache Gesellschaft gegründet: Der Berufungskläger habe nur eine untergeordnete Stellung im Betrieb und keinen Einfluss auf die Willensbildung gehabt, habe keine Verträge geschlossen, sei nicht Partei des Mietvertrags gewesen, habe keinen Zugriff auf die Konten gehabt und hätte sich auch nicht an einem Verlust beteiligt. Den Parteien sei von Anfang an klar gewesen, dass eine partnerschaftliche Gleichbehandlung erst erfolgen würde, wenn sie sich über die Modalitäten einer Beteiligung einigen könnten; eine solche sei nicht zustande gekommen (Berufungsantwort, S. 4 und 10■17).

### **E. 3.3**

3.3.1 Die einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 OR). Schliessen sich nur zwei Personen zusammen oder werden die Rechte und Pflichten der Beteiligten ungleich geregelt, so nähert sich die einfache Gesellschaft dem zweiseitigen Vertrag an. Bei der einfachen Gesellschaft werden durch den Zusammenschluss jedoch gemeinsame Interessen gefördert. Jeder Gesellschafter hat durch seine Leistungen, deren Inhalt sehr verschieden sein kann und nicht zum Vornherein bestimmt sein muss, etwas zum gemeinsamen Zweck beizutragen; Dienstleistungen erfolgen dabei im Interesse aller. Die synallagmatischen oder zweiseitigen Verträge, zu denen auch die Auftragsverhältnisse gehören, sind hingegen durch den Interessengegensatz zwischen den Vertragsparteien sowie durch die Bestimmtheit ihres Gegenstandes charakterisiert. Durch den Austausch von Gütern oder Dienstleistungen werden entgegengesetzte Interessen befriedigt. Auftrag und einfache Gesellschaft voneinander abzugrenzen, kann namentlich dann schwierig sein, wenn sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte an der Ausführung des Auftrags interessiert sind. Diesfalls ist nach der Lehre, welcher sich das Bundesgericht angeschlossen hat, ein Auftrag anzunehmen, wenn ihr Interesse am Geschäft nicht gleicher Art ist (vgl. zum Ganzen BGE 104 II 108 E. 2 S. 111 f.; BGer 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 4.1; BGer 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.1 mit Hinweisen). Bei der Gesellschaft dagegen betrachten die Parteien die zu begründenden Rechte und Pflichten ■als eine gemeinsame Angelegenheit■ (BGE 83 II 32 E. 1c S. 38).

In der Lehre wird als weiteres wichtiges Unterscheidungskriterium die Art der Beschlussfassung herangezogen: Bei der einfachen Gesellschaft erfolgt die Beschlussfassung gemeinsam, beim Auftrag steht dem Auftraggeber das Weisungsrecht zu (Fellmann, in: Berner Kommentar, Art. 394 OR N 348; Weber, in: Basler Kommentar, Art. 394 OR N 34; Hofstetter, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2. Auflage 2000, S. 25 f.). Können beide Beteiligten bei der Abwicklung des Geschäfts laufend oder wenigstens in Grundsatzfragen mitentscheiden, liegt in aller Regel eine Gesellschaft vor. Massgebend ist jedenfalls eine Gesamtbetrachtung: Je umfassender die Rechte zur Mitwirkung an der Geschäftsführung vertraglich eingeräumt oder tatsächlich ausgeübt werden, je mehr die Beteiligten somit als gleichberechtigte Partner erscheinen, desto eher wird der Beteiligte Gesellschafter sein (BGer 4A\_509/2010 vom 11. März 2011 E. 5.2; Fellmann/Müller, in: Berner Kommentar, Art. 530 OR N 81; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 1 N 95).

Neben der Beschlussfassung ist als Unterscheidungskriterium der Umfang der Kontrollrechte von Bedeutung: Nach Art. 541 OR hat jeder Gesellschafter zwingend das

Recht, sich persönlich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten, in die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und für sich eine Übersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens anzufertigen. Werden diese Kontrollrechte vertraglich oder tatsächlich unter diesem Minimum gehalten, so spricht dies gegen eine einfache Gesellschaft (Fellmann/Müller, a.a.O., Art. 530 OR N 82; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 1 N 95).

Als Hilfskriterien werden sodann die unterschiedliche Art der Beitragsleistung, die Form des Entgelts und die Eigentumsverhältnisse genannt (Fellmann/Müller, a.a.O., Art. 394 OR N 349; Weber, a.a.O., Art. 394 OR N 34; Hofstetter, a.a.O., S. 25 f.).

3.3.2 Das Gericht wendet das Gesetz von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes gilt auch für die Rechtsmittelinstanzen; sie können das Rechtsmittel aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder können es auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 133 III 235 E. 5.2 S. 249; Hurni, in: Berner Kommentar ZPO, Art. 57 ZPO N 21). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wird jedoch durch den Anspruch auf rechtliches Gehör begrenzt. Der Gehörsanspruch ist dann verletzt, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung stützen will und dies von den Parteien nicht erwartet werden konnte (BGE 130 III 35 E. 5 S. 37■41; BGer 4A\_665/2012 vom 22. März 2013 E. 3.2.4; Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 57 ZPO N 18; Hurni, in: Berner Kommentar ZPO, Art. 57 ZPO N 22; Oberhammer, in: Kurzkommentar ZPO, Art. 57 ZPO N 3). Im vorliegenden Fall bestreitet der Berufungskläger die zivilgerichtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses als einfache Gesellschaft ■ im Gegensatz zum Berufungsbeklagten (vgl. Berufungsantwort S. 4 und 10 ff.) ■ nicht. Da die Frage der Qualifikation des Rechtsverhältnisses aber bereits im erstinstanzlichen Verfahren umstritten war, kann das Appellationsgericht aufgrund des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen die Frage der Qualifikation jedoch erneut prüfen und gegebenenfalls anders als das Zivilgericht beantworten.

#### **E. 3.4**

3.4.1 Im vorliegenden Fall stellt das Zivilgericht bei der Qualifikation des Rechtsverhältnisses den Umstand ins Zentrum, dass die Parteien die Zusammenarbeit im Hinblick auf die Realisierung einer Nachfolgeregelung aufgenommen haben. Dieser Umstand spreche dafür, dass sie die Wahrnehmung der operativen Aufgaben unter Aufteilung der Arbeitsbereiche (Service und ■Backoffice■) als gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln verfolgt hätten und es ihnen nicht primär um die Erbringung einer Leistung gegen die Erzielung eines Entgelts gegangen sei. Dafür spreche auch der Umstand, dass beide Parteien monatliche Barzahlungen von je CHF 5'000.■ ohne Quittung oder Rechnungsstellung erhalten hätten, wogegen Lohnzahlungen an Angestellte in Form von Überweisungen erfolgt seien; eine weitere Zahlung an den Berufungskläger sei erst nach 27 Monaten erfolgt (angefochtener Entscheid, E. 5.3.2, erster Absatz).

3.4.2 Die Motive der Parteien für ihre Zusammenarbeit und ihre diesbezüglichen Interessen waren sehr unterschiedlich. Dem Berufungsbeklagten ging es nach den Feststellungen des Zivilgerichts zunächst darum, nach dem Rückzug seiner Ehefrau aus dem operativen Geschäft eine Entlastung zu gewinnen (angefochtener Entscheid, E. 5.3.2, zweiter Absatz). Dem Berufungskläger dagegen war es von Beginn weg ein zentrales Anliegen, seinen aus

dem Verkauf des Restaurants F\_\_\_\_\_ erzielten Gewinn von CHF 2'000'000.■ steuerneutral reinvestieren zu können. Die Diskussionen zwischen den Parteien über die Realisierung der Reinvestition begannen bereits vor Aufnahme der Zusammenarbeit. Den Parteien war klar, dass die (längerfristige) Zusammenarbeit mit Nachfolgeregelung davon abhängig war, ob sich die steuerliche Ersatzbeschaffung realisieren lassen würde (angefochtener Entscheid, E. 5.3.3, erster Absatz). Die Zusammenarbeit zwischen den Parteien erfolgte im Hinblick darauf, dass der Berufungskläger dereinst der Nachfolger des Berufungsbeklagten werden und den D\_\_\_\_\_ übernehmen sollte (angefochtener Entscheid, E. 5.3.1 am Ende). In diesem letzten Punkt deckten sich somit die Motive oder Interessen der Parteien.

Die vom Zivilgericht erhobene Interessenlage ■ Entlastung des Berufungsbeklagten, Interesse des Berufungskläger an einer steuerneutralen Reinvestition seines Gewinns sowie gemeinsame Absicht der Übernahme des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ durch den Berufungskläger ■ spricht damit nicht zwingend für die Vereinbarung einer einfachen Gesellschaft bis zur in Aussicht genommenen Übernahme des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ durch den Berufungskläger. Die Interessen der Parteien an ihrer Zusammenarbeit waren mit anderen Worten nicht zwingend gleicher Art, was eher gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft spricht (vgl. oben E. 3.3). Der genannten Interessenlage könnte ebenso durch die Vereinbarung eines Geschäftsbesorgungsvertrags Rechnung getragen werden, der in der Übergangsphase ■ bis zum Rückzug des Berufungsbeklagten aus dem D\_\_\_\_\_ ■ gelten und es den Parteien erlauben sollte, die Nachfolge zu regeln oder allenfalls davon abzusehen.

3.4.3 Spricht die Interessenlage der Parteien nicht oder nicht überwiegend für die Annahme einer einfachen Gesellschaft, sind weitere Unterscheidungskriterien heranzuziehen (vgl. oben, E. 3.3.1).

Zunächst ist zu prüfen, in welchem Umfang der Berufungskläger an der Beschlussfassung beteiligt war. Das Zivilgericht hält in diesem Punkt fest, dass der Berufungsbeklagte weitergehende Kompetenzen gehabt habe als der Berufungskläger und von Mitarbeitern nach wie vor als ■Chef■ wahrgenommen worden sei (angefochtener Entscheid, E. 5.3.2, dritter Absatz). K\_\_\_\_\_, der damalige Küchenchef des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_, hat vor Zivilgericht angegeben, vom Berufungsbeklagten her sei nie konkret an ihn herangetragen worden, dass der Berufungskläger den D\_\_\_\_\_ übernehmen sollte; es sei nicht klar gewesen, ob er Nachfolger sein werde (Verhandlungsprotokoll vom 6. März 2013, S. 10). Es sei eine komische Situation gewesen: Man habe den Eindruck gehabt, als ob der Berufungsbeklagte den Berufungskläger schon ins Geschäft habe nehmen wollen, aber als ob er ihm doch nicht ganz traue; es sei einfach nicht klar gewesen. Der Berufungskläger sei häufig da gewesen, wie ein Angestellter (Verhandlungsprotokoll, S. 11 oben). Auf die Frage, wer der Chef gewesen sei, antwortete Herr K\_\_\_\_\_, dies sei der Berufungsbeklagte gewesen (Verhandlungsprotokoll, S. 11 unten). Auf die weitere Frage, wer gesagt habe, wo es lang gehe, und wer im Zweifel den letzten Entscheid getroffen habe, antwortete der Zeuge, dies sei ebenfalls der Berufungsbeklagte gewesen (Verhandlungsprotokoll, S. 11 unten). Frau L\_\_\_\_\_, die seit Februar 2006 im D\_\_\_\_\_ arbeitet und das Büro leitet, hat ebenfalls angegeben, dass der Berufungsbeklagte ■eigentlich der Chef■ gewesen sei und die Zahlungen etc. gemacht habe. Der Berufungskläger sei bei den Gästen und beim Service gewesen und er habe die Vertretung gemacht, wenn der Berufungsbeklagte nicht da gewesen sei (Verhandlungsprotokoll vom 6. März 2013, S. 17). Den Aussagen des Küchenchefs und der Büroleiterin lässt sich somit entnehmen, dass diese den

Berufungsbeklagten als ■Chef■ wahrgenommen haben und dass der letzte Entscheid im Zweifel vom Berufungsbeklagten gefällt wurde ■ und nicht von den Parteien gemeinsam. Der Berufungskläger konnte mit anderen Worten bei Grundsatzfragen im Zweifel nicht mitentscheiden und wurde lediglich als Vertreter des Berufungsbeklagten wahrgenommen. Seine Rechte zur Mitwirkung an der Geschäftsführung waren somit faktisch derart beschränkt, dass er nicht als gleichberechtigter Partner erscheint. Der Umfang der tatsächlich ausgeübten Mitwirkungsrechte des Berufungsklägers an der Beschlussfassung spricht somit gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft.

Als weiteres Abgrenzungskriterium ist der Umfang der Kontrollrechte der Beteiligten zu prüfen. Das Zivilgericht stellt in diesem Punkt fest, dass dem Berufungskläger nur beschränkte Kontrollrechte zugestanden hätten. Allerdings habe I\_\_\_\_, der Steuerberater des Berufungsklägers, gesagt, er habe zumindest während einer ersten Phase Einblick in viele Interna (beispielsweise auch Erfolgsrechnungen) erhalten, und es sei eine sehr enge Zusammenarbeit geplant gewesen. Diese anfänglich gewährte Einsicht in Geschäftsunterlagen und der Umstand, dass die Parteien darüber diskutiert hätten, wie ihre Einzelfirmen fusioniert werden könnten, weise auf den partnerschaftlichen Charakter des Verhältnisses hin (angefochtener Entscheid, E. 5.3.2, vierter Absatz). Hierzu ist festzustellen, dass die anfänglich gewährte Einsicht in Geschäftsunterlagen und die Gespräche über eine allfällige Fusion der Einzelfirmen der Parteien kein klares Indiz für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft darstellen. Diese beiden Umstände lassen sich mindestens ebenso gut mit dem Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrags vereinbaren. Die Einsichtsgewährung in einer ersten Phase und die Fusionsgespräche würden nämlich auch dann einen Sinn ergeben, wenn die Parteien für die Übergangsphase zwischen dem Einstieg des Berufungsklägers im D\_\_\_\_\_ und der späteren Übernahme des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ durch den Berufungskläger einen Geschäftsbesorgungsvertrag vereinbart hätten. Die Einsichtsgewährung und die Fusionsgespräche hätten diesfalls dazu gedient, dem Berufungskläger den Entscheid zu ermöglichen, ob er als Beauftragter oder Arbeitnehmer im D\_\_\_\_\_ einsteigen will, mit der Perspektive, diesen später zu übernehmen. Ungeachtet der anfänglich gewährten Einsicht in Geschäftsunterlagen bleibt festzuhalten, dass der Berufungskläger danach nur beschränkt Einsicht in Geschäftsunterlagen hatte (angefochtener Entscheid, E. 5.3.1 und 5.3.2, vierter Absatz). Die Einsichts- und Kontrollrechte, die dem Berufungskläger tatsächlich gewährt wurden, bewegten sich damit deutlich unter dem gesellschaftsrechtlich gewährten Minimum (vgl. Art. 541 OR), was klar gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft spricht.

Auch weitere Umstände sprechen gegen die Annahme einer einfachen Gesellschaft: Der Berufungskläger hat keinen finanziellen Beitrag geleistet, sondern lediglich gewisses Inventar, namentlich Teller, aus dem Restaurant F\_\_\_\_\_ im D\_\_\_\_\_ verwendet. Die Zahlungen des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ liefen weiterhin über die bestehenden Konten, wobei der Berufungskläger keine Kontovollmacht hatte. Unverändert blieb auch der Mietvertrag, welcher als Mieter den Berufungsbeklagten und dessen Ehefrau aufführt, nicht aber den Berufungskläger (angefochtener Entscheid, E. 5.3.1). Damit unterscheidet sich nach dem Gesagten die vorliegende Konstellation auch etwa deutlich von denjenigen in BGer 4A\_320/2010 vom 17. August 2010 (Betrieb einer Bäckerei: gemeinsamer Mietvertrag, gemeinsamer Bankkredit, Arbeit beider Parteien im Betrieb, Visitenkarte mit den Namen beider Parteien, Goodwill-Entschädigung an die ausscheidende Partei) oder BGer 4A\_509/2010 vom 11. März 2011 (Zusammenarbeit im Textilhandel: Verpflichtung

einer Partei gegen aussen, starke Einbindung der anderen Partei, erhebliche Mitspracherechte und Kontrollbefugnisse der anderen Partei).

Weder für noch gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft spricht schliesslich der Umstand, dass der Steuerberater des Berufungsklägers nicht wusste, wie er die monatlichen Barzahlungen an den Berufungskläger von CHF 5'000.■ steuerlich behandeln sollte, sei es als Lohn, als Gewinnanteil oder als Honorar (Verhandlungsprotokoll vom 6. März 2013, S. 6 und 8 unten).

3.4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Berufungskläger aufgrund der dargelegten Umstände der Nachweis einer konkludent vereinbarten einfachen Gesellschaft nicht gelingt. Aufgrund des Umstands, dass die Interessen der Parteien an der Zusammenarbeit nicht zwingend gleicher Art waren, aufgrund der faktisch limitierten Mitbestimmungs- und Kontrollrechte des Berufungsklägers sowie weiterer dargelegter Umstände ist eine partnerschaftliche Zusammenarbeit im Sinn einer einfachen Gesellschaft nicht erstellt. Fehlt es an einer vereinbarten Gewinnbeteiligung und ist das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft nicht nachgewiesen, kann offen bleiben, wie der zwischen den Parteien geschlossene (Geschäftsbesorgungs-)Vertrag zu qualifizieren ist. Sowohl beim Vorliegen eines Arbeitsvertrags als auch eines Auftrags oder eines anderen Geschäftsbesorgungsvertrags fehlt es ■ ohne entsprechende Vereinbarung ■ an einem Einsichtsrecht des Geschäftsbesorgers.

#### **E. 4**

4.1 Gemäss diesen Erwägungen hat das Zivilgericht die Klage des Berufungsklägers, mit welcher dieser die Herausgabe der Jahresabschlüsse 2009 und 2010 und des Zwischenabschlusses per Ende 2011 sowie Einsicht in die zugrundeliegenden Detailbelege des Hotel Restaurants D\_\_\_\_\_ verlangt, im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der angefochtene Entscheid ist somit zu bestätigen und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen.

4.2 Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens trägt der Berufungskläger die zweitinstanzlichen Gerichtskosten (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese entsprechen grundsätzlich dem Eineinhalbfachen der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr (§ 11 Ziffer 1 GebV), im vorliegenden Fall also CHF 8'000.■ (zur Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten vgl. angefochtener Entscheid, E. 7).

Sodann hat der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzlichen Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HO). Das erstinstanzliche Grundhonorar beträgt CHF 5'600.■ (vgl. angefochtener Entscheid, E. 7). Aufgrund des Drittelsabzugs ergibt sich für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'700.■ zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Das Gericht hat schliesslich die Möglichkeit, der Nebenpartei eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 106 Abs. 3 ZPO). Nach der Praxis wird eine Nebenpartei in der Regel keine Parteientschädigung zugestanden, weil sie eigene Interessen wahrnimmt, die nicht im Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Gegenpartei begründet sind; vorbehalten bleiben Gründe der Billigkeit für eine Entschädigung (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578; Schmid, in: Kurzkommentar ZPO, Art. 106 ZPO N 10; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 106 ZPO N 19; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, § 13 N 61). Solche Gründe werden vorliegend nicht geltend gemacht. Der Berufungskläger hat die Nebenpartei folglich nicht zu entschädigen.

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