

# **OW\_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 6 vom 30. August 1978**

OW Obergericht, 1978-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_1978\\_79 Nr. 6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1978_79_Nr_6)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 6 du 30 août 1978

IT: OW\_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 6 del 30 agosto 1978

## **Regeste**

AbR 1978/79 Nr. 6, S. 30: Art. 530 ff. OR Beweis des mündlichen Vertragsschlusses über die Errichtung einer einfachen Gesellschaft durch Indizien (Erw. 3 - 10). Anspruch des einzelnen Gesellschafters auf Einsicht in die Geschäftsbücher und

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Streitig ist in erster Linie die Anspruchsgrundlage für den vorliegenden Prozess, d.h. ob für die Überbauung der beiden Grundstücke 1747 und 1732 mit je einem Mehrfamilienhaus eine einfache Gesellschaft (in Form einer Innengesellschaft) zustande gekommen oder ob nur ein Auftragsverhältnis (Architekturvertrag) begründet worden ist. Die einfache Gesellschaft dient der Verfolgung eines gemeinsamen wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974, 126 ff.; Guhl/Merz/Kummer, Das schweizerische Obligationenrecht, 524). Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, der geeignet ist, den Gesellschaftszweck auf irgendeine Art zu fördern (Art. 531 Abs. 1 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 131 f.). Zur Entstehung der einfachen Gesellschaft genügt ein formfreier Vertrag, der selbst durch konkludentes Handeln abgeschlossen werden kann (Guhl/Merz/Kummer, a.a.O., 524; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. 136; B. von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 246; N. Becker, Kommentar zu Art. 540 N 11; Siegwart, Kommentar zu Art. 530 N 44; BGE 81 II 581 ff.). Entscheidend ist, dass die Beteiligten den Willen besitzen, sich zu vereinigen, um gemeinsam einen bestimmten Zweck mit gemeinsamen Mitteln oder Kräften zu verfolgen (*affectio societatis*, Art. 530 Abs. 1 OR; A. Egger, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Zürich 1957, 207 f.; Guhl/Merz/Kummer, a.a.O. 525; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. 32 ff., 128 f.). Für alles übrige besteht dispositives Gesetzesrecht. Besteht - abgesehen vom gegenseitigen Vergütungsanspruch (Gautschi, Kommentar zu Art. 394 N 60 c) - ein gemeinschaftliches Interesse der Parteien an der erfolgreichen Ausführung, so ist der Vertrag kein gegenseitiger (Interessengegensatzvertrag), aber auch kein blosser Interessenwahrungsvertrag (z.B. Auftrag; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. 33. f). Es liegt in solchen Fällen eine einfache Gesellschaft, d.h. ein Arbeits- und/oder Kapitaleinsatz für einen gemeinsamen Zweck vor (Gemeinschaftsvertrag; Gautschi, a.a.O. N 45 c; SJZ 1966 351; BGE 83 II 38 E. 1 c).

### **E. 4**

Der Kläger behauptet, schon im Zeitpunkt der Aufnahme von Verkaufsverhandlungen mit Frau A. hätten er und der Beklagte verabredet, die Parzellen gemeinsam zu überbauen und zwar bedingt für den Fall, dass der Landkauf gelingen sollte. Mit dem Abschluss des

Kaufvertrages und des "Nachkaufsrechts" vom 16. Mai 1967, zu welchem er eine Anzahlung von Fr. 20'000.-- geleistet hatte, sei der Vertrag ein unbedingter geworden. Zwischen den Parteien sei ferner vereinbart worden, dass R. nach aussen allein auftreten solle. Der Kläger, der aus dem behaupteten Vertragsabschluss Rechte ableitet, hat das Bestehen dieses Vertrages zu beweisen (Art. 8 ZGB). Ein direkter, unmittelbarer auf die gegenseitige Willensäusserung der Parteien gerichteter Beweis fällt zum vorneherein ausser Betracht, da die Abmachungen zwischen den Parteien unbestrittenermassen mündlich und unter vier Augen erfolgt waren. Der Kläger ist ganz auf Indizien angewiesen, auf den Nachweis von Tatsachen, die selber den Rechtsanspruch nicht zu begründen vermögen, die aber nach ihrer regel- und erfahrungsgemässen Bedeutung einen zuverlässigen Schluss auf die Wahrheit der zum Beweis verstellten, rechtsbegründenden Tatsachen gestattet (BGE 57 II 173). Dabei ist die Gesamtheit der Umstände in Betracht zu ziehen (vgl. B. von Büren, a.a.O., 263).

#### **E. 5**

Die Tatsache allein, dass der Kläger den Landerwerb praktisch allein vorbereitet hatte, ist, wie die Vorinstanz schon bemerkte, kein Indiz für das Bestehen eines Gesellschaftsvertrages, werden doch Landerwerbsarbeiten des Architekten im SIA-Tarif als Nebenleistungen namentlich aufgeführt (Ordnung 102, Art. 21.1 Bst. b). Aus den Akten, insbesondere aus den Parteidarstellungen ergibt sich indessen übereinstimmend, dass die Initiative zum Erwerb der zu überbauenden Liegenschaften zumindest bis zum Abschluss des Kaufvertrages vom 16. Mai 1967 fast ausschliesslich vom Kläger ausgegangen war. Der Beklagte schildert den Beginn des Unternehmens folgendermassen: Der Kläger sei an ihn gelangt und habe ihn gefragt, ob ihm in der Gemeinde kein Grundstück bekannt sei, das zum Verkaufe angeboten würde und auf dem eine Überbauung sich realisieren liesse. Während der Beklagte ursprünglich Einfamilienhäuser bauen wollte, war es der Kläger, der vorschlug, Mehrfamilienhäuser zu erstellen. Aus den Darstellungen der Parteien folgt ferner, dass das Unternehmen in der ersten Phase, soweit am Beklagten, hätte scheitern müssen. Einmal fehlten ihm die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel. Der Kläger leistete beim Abschluss des Kaufvertrages die von der Verkäuferin geforderte Anzahlung von Fr. 20'000.--. Dann gelang es dem Kläger, Frau A., die mit dem Beklagten nicht kontrahieren wollte, in langwierigen und zähen Verhandlungen doch noch zum Verkauf des zur geplanten Überbauung erforderlichen Landes zu bewegen. In dieser ersten Phase des Unternehmens manifestierte sich ein gemeinsames Interesse an der Realisierung des Unternehmens und zwar in einer Art, wie es für ein Auftragsverhältnis nicht typisch wäre.

#### **E. 6**

Der Beklagte, der das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses bestreitet, macht namentlich geltend, dass er Eigentümer der überbauten Parzellen sei, dass er mit der Bank verkehrt und den Kredit aufgenommen habe, dass alle Hypotheken auf seinen Namen lauteten und er bei allfälligen Verlusten gegenüber den Gläubigern allein hätte gerade stehen müssen und auch\_ allein von ihnen belangt worden wäre. Die Tatsache, dass der Beklagte nach aussen als alleiniger Bauherr auftrat, spricht indessen keineswegs gegen das Bestehen einer einfachen Gesellschaft, sind doch gerade bei den sog. Innengesellschaften als Unterart der einfachen Gesellschaft (SJZ 1956, 370 Ziff. 3), wie der Kläger sie behauptet, das Fehlen äusserlich wahrnehmbaren Gesellschaftslebens sowie die souveräne Stellung des "Geschäftsinhabers" charakteristische Züge (vgl. auch Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., 166 ff.). In solchen Fällen erwirbt nicht die Gesellschaft

Sachen, Forderungen, dingliche Rechte unmittelbar zu gesamter Hand. Ebenso haften die Gesellschafter nicht solidarisch. Der "Geschäftsherr" allein wird berechtigt und verpflichtet (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., 166 ff.). Ablieferungspflicht und Befreiungsanspruch gegenüber den andern Gesellschaftern sind die nämlichen wie die eines beauftragten Fiduziars (Gautschi, Kommentar zu Art. 396 OR N 28 a und b). Der Umstand, dass nach Abschluss des Kaufvertrages ausschliesslich der Beklagte als "Geschäftsinhaber" aufgetreten ist, ja der Kläger beim Abschluss einzelner Werkverträge für ihn handelte, spricht nicht gegen das Bestehen einer sog. Innengesellschaft; vielmehr ist er für eine solche typisch. Der Beklagte macht in diesem Zusammenhang geltend, für eine solche Regelung (Innengesellschaft) wäre gar keine Veranlassung bestanden. Namentlich wäre sie für ihn nur ungünstig gewesen. Dabei geht der Beklagte von der blossen Behauptung aus, bei einem geschäftlichen Fiasko hätte B. unter Berufung darauf, dass zwischen ihnen nur ein Architektenvertrag bestehe, gesellschaftlicher Verpflichtungen sich entschlagen. Hier ist nun darauf hinzuweisen, dass eine Reihe von Zeugenaussagen in einem solchen Prozess den heutigen Kläger in ganz eindeutiger Weise belastet hätten. Die Erklärung von B., für ihn sei nur eine Innengesellschaft in Frage gekommen, da er damals noch in unselbständiger Stellung beruflich tätig gewesen sei und es sich nicht hätte leisten können, nach aussen aufzutreten, ist glaubwürdig.

#### **E. 7**

Arbeits- und/oder Kapitaleinsatz aller Gesellschaftsmitglieder für einen gemeinschaftlichen Zweck ist das wichtigste Unterscheidungsmerkmal der Gesellschaft vom Auftrag. Im Auftrag stellt nur der Auftraggeber das Kapital, d.h. die geldwerten Ausführungsmittel, während der Beauftragte nur (gegen Vergütung) arbeitet (Gautschi, Kommentar zu Art. 394 N 45 c, 60 b und c). a) Die Vorinstanz sah in der vom Kläger anlässlich des Grundstückkaufs geleisteten Anzahlung keinen Gesellschaftsbeitrag (Art. 531 Abs. 1 OR), unterliess es aber, die Anzahlung rechtlich zu qualifizieren. Der Beklagte seinerseits hatte die Anzahlung als ihm gewährtes Darlehen bezeichnet. Allein der Umstand, dass der Kläger die Zahlung direkt an die Verkäuferin leistete, schliesse es nicht aus, dass in der Höhe der geleisteten Anzahlung zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag abgeschlossen worden wäre mit der Besonderheit, dass der Darleiher direkt an den Gläubiger des Borgers zu leisten hätte. Als aussergewöhnlich müsste indessen das Fehlen einer Zinsabrede bezeichnet werden, ist doch ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs (um einen solchen handelt es sich hier nicht) ein Darlehen nur bei entsprechender Abrede verzinslich (Art. 313 OR). Wiewohl die Pflicht zu einer Gegenleistung des Borgers in Gestalt von Zinsen für den Darlehensbegriff nicht wesentlich ist (BGE 80 II 327), fände das Fehlen einer Zinsabrede bei Annahme eines Darlehensvertrages keine plausible Erklärung, wohl aber bei Annahme eines Gesellschaftsvertrages (Art. 531 Abs. 1 OR). Dass der Beklagte später die Anzahlung mit Zinsen zurückerstattete, bleibt unerheblich, behauptet doch auch der Beklagte nicht, es seien Zinsen verabredet worden. Die beklag-tische Behauptung eines Darlehensvertrages verliert aber auch aus einem anderen Grunde an Glaubwürdigkeit. Gegenüber dem Untersuchungsrichter hat R. auf die Frage, ob B. ihm je einmal Darlehen, Kredite gewährt hätte, geantwortet: "Nein, nie". b) Im April 1968 war mit dem Bau des ersten 9-Familienhauses begonnen worden. Der Bau wurde im Herbst 1969 beendet. Im März 1971 überwies der Beklagte dem Kläger unvermittelt und unaufgefordert die geleistete Anzahlung und das Honorar für die Architekturarbeiten. Als Grund für die unter dem Gesichtspunkte eines Auftragsverhältnisses aussergewöhnlich späte Auszahlung bezeichnete der Beklagte, dass der Kläger eben nicht darauf gepocht hätte. Der Kläger

seinerseits macht geltend, eben verabredungsgemäss Anzahlung und Honorar als Gesellschaftsbeitrag stehengelassen zu haben. Das Stehenlassen des Architektenhonorars praktisch zwei Jahre über die Beendigung der Bauarbeiten hinaus bedeutete bei Annahme eines Architekturvertrages angesichts der Honorarordnung des SIA (vgl. Ordnung 102 Art. 10; Gautschi, Kommentar zu Art. 394 N 77 d) jedenfalls ein ungewöhnliches Vorgehen. Auch das Stehenlassen des Honorars findet bei Annahme einer einfachen Gesellschaft eine plausible Erklärung. c) ...In einem der Kantonalbank vorgelegten "Finanzierungsausweis" hatte der Beklagte am 6. Dezember 1967 die Anlagekosten von Fr. 600'000.-- wie folgt aufgegliedert: "Bauland bezahlt 60'000.-- Arbeit & Barmittel 70'000.-- Barmittel & Arbeit 70'000.-- Obw. Kantonalbank Baukredit 400'000.-- 600'000.-- " Aus dieser Aufstellung erhellt, dass R. selber seine und die von B. aus der Überbauung resultierenden Ansprüche und Forderungen als Einlagen betrachtete. Die Anzahlung von B. figuriert nicht als Darlehen, sondern ist im in der Rubrik "Arbeit & Barmittel B" aufgeführten Betrag enthalten. R. behandelte die von B. stehengelassene Anzahlung und dessen künftigen Honoraransprüche wie die eigenen Leistungen und Ansprüche. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der eingesetzte Baulandpreis nicht genau den Tatsachen entsprach.

## E. 8

Da die Zeugen ihre Kenntnisse über die Natur des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ausschliesslich vom Kläger hatten, kommt ihren Aussagen grundsätzlich nur die Qualität von Parteibehauptungen zu. Auffallend an den Aussagen ist allerdings, dass der Kläger ihnen gegenüber das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten bereits in der ersten Phase des Unternehmens, ja vor Abschluss des Grundstückkaufvertrages als das einfacher Gesellschafter geschildert hatte. Der Kläger hatte anlässlich der Landerwerbsverhandlungen gegenüber der Zeugin A. geäussert, der Beklagte trete nach aussen als Käufer auf, intern hätten sie jedoch eine andere Regelung (Beteiligung) getroffen. Die Zusicherung des internen Beteiligungsverhältnisses bestimmte schliesslich Frau A., das Grundstück doch zu verkaufen und zwar an R., dem allein sie nicht verkauft hätte. Dass R. schliesslich als alleiniger Käufer auftrat, störte sie wegen der (internen) Beteiligung des Klägers am Unternehmen nicht. Die Meinung der Vorinstanz, gerade der mühsame Verlauf der Landerwerbsverhandlungen hätte eine Aussengesellschaft oder eine schriftliche Fixierung der Innengesellschaft aufgedrängt, wenn eine solche bestanden hätte, vermag nicht zu überzeugen, schenkte doch die Verkäuferin A. der Aussage von B., zwischen ihm und R. bestünde ein Beteiligungsverhältnis, Glauben. Der Zeuge U. schildert, er habe im Herbst 1968 mit R. über einen möglichen Kauf des Hauses auf Parzelle 1732 sich unterhalten. Frau R., die hinzugetreten war, habe gesagt, "er (R.) könne dann nicht verkaufen ohne B. zu fragen, da B. Teilhaber sei. R. sagte dann: ja, da muss man schon mit B. verhandeln. Ich erinnere mich noch ganz genau, dass damals das Wort 'Partner' oder 'Teilhaber' gefallen ist". Auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung kann indes nicht unbedingt abgestellt werden (A.Egger, a.a.O. S. 198). Zudem soll nicht der Beklagte sondern dessen Ehefrau die Bezeichnungen "Partner" oder "Teilhaber" verwendet haben, wobei nicht einmal feststeht, welche der beiden Bezeichnungen es war. Namentlich die Verwendung der Bezeichnung "Partner" liesse in der Tat keinen Schluss auf die Natur des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses zu. Hingegen müsste es als aussergewöhnlich bezeichnet werden, dass ein Bauherr beim Verkauf des Hauses vorerst den Architekten in die Verhandlungen einbeziehen müsste, es sei denn eben, zwischen den beiden bestehe nicht nur ein Auftragsverhältnis. In diesem vom Beklagten geäusserten Vorbehalt, da müsse man schon mit B. verhandeln, manifestiert sich das Mitwirkungsrecht

von B. als eines der entscheidenden Kriterien für das Bestehen einer Gesellschaft (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. S. 165).

### **E. 9**

Im November 1969 hatte der Kläger dem Beklagten einen Vertragsentwurf unterbreitet, der nach Darstellung des Klägers das zwischen den Parteien längst bestehende Gesellschaftsverhältnis hätte schriftlich fixieren sollen. Wie schon die Vorinstanz festgestellt hat, beweist der nicht unterzeichnete Gesellschaftsvertrag vom 5. November 1969 das Bestehen der Gesellschaft selbstverständlich nicht. Geht man mit dem Beklagten davon aus, dass zwischen den Parteien lediglich ein Auftragsverhältnis bestanden hatte, hätte das Ansinnen von B., neben seinen auftragsrechtlichen Honoraransprüchen nun plötzlich sich noch am Gewinn beteiligen zu wollen, eine unerhörte Anmassung bedeutet. Daraus kann allerdings nichts zu Gunsten des Klägers abgeleitet werden. Doch sind in diesem Zusammenhang die Reaktion des Beklagten und namentlich dessen Schilderung, wie es zwischen den Parteien zum Bruch gekommen war, aufschlussreich. Anlass zum Zerwürfnis war nach der Darstellung des Beklagten nicht, wie man es erwarten würde, die "Zumutung" von B., nun plötzlich als gleichberechtigter Partner auftreten zu wollen, sondern offensichtlich dessen Vorstellungen über die Bemessung des Honorars. Der Beklagte hat dem Kläger Wortbruch diesbezüglich vorgeworfen, da er sich nicht an die ursprünglich vereinbarte Pauschale von Fr. 30'000.-- hielt, sondern nunmehr auf die Honorarordnung des SIA-Tarifs pochte. Indes hatte der Beklagte diese Honorarforderung widerspruchslos anerkannt. Seine Beteuerung anlässlich der Appellationsverhandlung, er hätte dies seinerzeit beim Durchgehen der Abrechnung übersehen, wirkt angesichts der Differenz zwischen der angeblichen Pauschale und der Honorarbemessung von B. (rund Fr. 10'000.--) unglaubwürdig.... Alles deutet darauf hin, dass nicht das Ansinnen des Klägers, das Beteiligungsverhältnis schriftlich fixieren zu wollen, sondern der "Wortbruch" des Klägers bei der Berechnung seines Honorars Anlass zur Zwistigkeit gegeben hatte und den Beklagten davon abgehalten hatte, den Vertrag zu unterzeichnen. Auffallend ist auch das Fehlen eines Architekturvertrages von Seiten eines erfahrenen Unternehmers, wurden doch mit den wichtigsten Handwerkern (Glasarbeiten, Gipserarbeiten, Schreinerarbeiten, Sanitäre Einrichtungen, Elektrische Anlagen, Heizungsanlage) schriftliche Werkverträge unter Verwendung des SIA-Formulars abgeschlossen. Das Fehlen eines Architekturvertrages (und natürlich auch eines Baumeistervertrages!) deutet auf ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien hin, das zu den Wesensmerkmalen der einfachen Gesellschaft gehört (A. Egger, a.a.O. S. 207 f.).

### **E. 11**

Im Gegensatz zur Vorinstanz gelangt das Obergericht unter Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss, dass zwischen den Parteien spätestens seit Abschluss des Kaufvertrages vom 16. Mai 1967 eine einfache Gesellschaft in Form einer Innengesellschaft besteht. Die Gutheissung des Begehrens auf Feststellung, dass der Kläger an dieser Gesellschaft zur Hälfte beteiligt sei, ergibt sich mangels anderer Abrede unmittelbar aus dem Gesetz, wonach jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust hat (Art. 533 Abs. 1 OR). Der Beklagte machte das Bestehen eines anderen Beteiligungsverhältnisses gar nicht geltend. In den Akten findet sich denn auch nichts, das auf eine andere Abrede schliessen liesse. Schliesslich verlangt der Kläger, dass der Beklagte ihm die Gewinn- und Verlustrechnung bezüglich der beiden Grundstücke 1732 und 1747 vorlege. Gemäss Art.

541 OR hat der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ein unentziehbares Recht, sich persönlich vom Gang der Geschäftsangelegenheiten zu unterrichten, namentlich Einsicht in die Geschäftsbücher und die übrigen Papiere der Gesellschaft zu nehmen (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. S. 134 f.). Insbesondere hat er Anspruch auf Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung des gemeinsamen Unternehmens. Denn nur so kann er die ihm zuerkannten Gewinnanteile bzw. die ihm auferlegte Verlustbeteiligung auf ihre Richtigkeit überprüfen. Der Beklagte wird verhalten, dem Kläger innert drei Monaten seit Rechtskraftbeschreitung dieses Urteils eine das ganze Gesellschaftsverhältnis umfassende Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen. de| fr | it Schlagworte beklagter kläger einfache gesellschaft anzahlung vertrag grundstück honorar frau darlehen vorinstanz schriftlichkeit gesellschafter beweis frage kauf Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.8 OR: Art.313 Art.396 Art.530 Art.531 Art.533 Art.541 SJZ 1966 S.351 1956 S.370 Leitentscheide BGE 80-II-327 81-II-577 S.581 83-II-32 S.38 57-II-170 S.173 AbR 1978/79 Nr. 6

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