

# ZH\_HANDELSGERICHT HG090138 vom 21. Februar 2012

Zh Handelsgericht, 2012-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG090138](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG090138)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG090138 du 21 février 2012

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG090138 del 21 febbraio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z.\_\_\_\_\_, welche die Beratung, Entwicklung und Finanzierung von Projekten jeglicher Art, im Besonderen von Immobilien, bezweckt, und Liegenschaften auf eigene Rechnung kaufen, verkaufen und vermitteln sowie sich an anderen Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art beteiligen kann (act. 4/1).

### E. 2

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in W.\_\_\_\_\_. Ihr Zweck ist die Beratung, Entwicklung und Finanzierung von Projekten jeglicher Art, im Besonderen von Immobilien. Sie kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen sowie alle Geschäfte tätigen, die direkt oder indirekt mit ihrem Zweck in Zusammenhang stehen. Sie kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten und auch Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen (act. 4/2).

### E. 3

Am 13. Dezember 2004 schlossen die Parteien einen Vertrag über die einfache Gesellschaft C.\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_". Zwecke der Gesellschaft waren die Bebauung eines Grundstückes in V.\_\_\_\_\_ und der darauf folgende Verkauf der Stockwerkeinheiten. Dabei wurde die kaufmännische Leitung des Projekts der Beklagten und die technische Leitung der Klägerin übertragen. Eigentümerin des zu überbauenden Grundstückes war die G.\_\_\_\_\_ AG, eine zu wesentlichen Teilen dem Geschäftsführer der Klägerin gehörende Gesellschaft. Am gleichen Tag wie der Gesellschaftsvertrag wurde auch der Generalunternehmer-Werkvertrag mit der E.\_\_\_\_\_ AG unterzeichnet, die eine vom Geschäftsführer der Beklagten beherrschte juristische Person ist (act. 1 Rz. 4 f.; act. 8 S. 3 - 5; act. 4/3).

#### E. 3.1

Die Klägerin führt zum Eintritt eines Auflösungsgrundes bei der einfachen Gesellschaft C.\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_" aus, seit rund 2 ¾ Jahren sei das Projekt - abgesehen von ein paar wenigen Details - beendet. Bereits damals hätten der Auflösung der C.\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_" und der Verteilung des auf dem Konto liegenden Betrages eigentlich nur noch drei "Pendenzen" im Weg gestanden: Ein Disporäum und ein Parkplatz (mit Abstellraum) im Zusammenhang mit dem erstellten Gebäude hätten noch verkauft oder aufgeteilt werden müssen. Während mehreren Monaten hätten Differenzen bestanden mit rückwärtigen Nachbarn wegen falsch gebauter Treppenoblichter. Und die Schlussrechnung sei noch zu

erstellen gewesen (act. 1 Rz. 6). Die Auflösung der einfachen Gesellschaft habe nicht an Hand genommen werden können, weil die Beklagte und die E. \_\_\_\_\_ AG nach wie vor keine Anstalten getroffen hätten, die nötigen Handlungen - insbesondere das Erstellen der Schlussrechnung - vorzunehmen (act. 1 Rz. 7). Die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Gesellschaftszweck sei noch nicht erreicht, weshalb die Auflösung nicht statthaft sei. Die Baute sei erstellt, die Verkäufe der Stockwerkeinheiten seien erfolgt, die Restzuweisung (Disporaum und Parkplatz) sei geklärt (act. 1 Rz. 9). Die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag über die Beendigung der C. \_\_\_\_\_ "D. \_\_\_\_\_" besagten, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen sei und "erlösche", sobald der Gesellschaftszweck erfüllt sei und keinerlei Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestünden (act. 1 Rz. 21). Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaften bestehe zwar die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit. Den Gesellschaftsvertrag bloss (förmlich) zu kündigen, wäre vorliegend eine untaugliche Massnahme zur Auflösung der vertraglichen Bindung gewesen. Der von der Gesellschaft angestrebte "Erfolg" würde ausbleiben. Denn die Auflösung einer Gesellschaft bedinge die vorherige (finanzielle) Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Insofern bestehe die Gesellschaft formell so lange weiter, als die zur Auflösung notwendigen Handlungen nicht erfolgt seien. Eine Kündigung würde an der Situation nichts ändern. Die Beklagte würde weiterhin untätig bleiben. Das würden die erfolglos gebliebenen Aufforderungen der Klägerin an die Beklagte zeigen, endlich die ihr obliegenden

- 14 - administrativen Tätigkeiten zu erledigen, welche eine Auflösung ermöglichen würden (act. 1 Rz. 22). Das Gesetz sehe in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR eine richterliche Auflösung (auf Klage) aus wichtigen Gründen vor. Vor dem Hintergrund der festgestellten buchhalterischen und finanziellen Unregelmässigkeiten im Bereich möglicher strafbarer Handlungen (Bezahlung projektfremder Kreditoren, Bezahlung fremder Versicherungsprämien, Bezahlung für Garantieleistungen etc.) und der unverständlichen Weigerung der Beklagten, die Schlussrechnung zu erstellen, sei ein wichtiger Grund gegeben, das Gericht anzurufen. Daher sei die Beklagte zu verpflichten, die Schlussrechnung zu erstellen und offene Fragen zu beantworten (act. 1 Rz. 23). Sodann führt die Klägerin in der Replik zur Auflösung aus, die einfache Gesellschaft hätte schon längst definitiv aufgelöst und liquidiert werden können. Eine ausdrückliche Auflösungserklärung brauche es heute nicht mehr. Die nachstehend vorgetragene Liquidationsrechnung gelte als rechnerische Liquidation der einfachen Gesellschaft (act. 20 S. 20).

### **E. 3.2**

Die Beklagte macht zur Auflösung in der Klageantwort geltend, laut Ziff. 20 des Gesellschaftsvertrages sei die Dauer der Gesellschaft unbestimmt. Die weitere Abmachung, dass die Gesellschaft erlöschen solle, sobald der Gesellschaftszweck erfüllt sei und keinerlei Ansprüche gegenüber Dritten mehr vorlägen, zeige indes, dass es sich um eine sog. Gelegenheitsgesellschaft handle, deren Dauer durch die Erreichung des in Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrages festgesetzten Zwecks beendet werden solle. Dieser Zweck sei mit der Fertigstellung der Überbauung noch nicht erreicht worden. Es bestünden verschiedene Pendenzen, welche sich auf das Schlussergebnis der C. \_\_\_\_\_ auswirken würden. Vor deren Erledigung könne die Gesellschaft nicht aufgelöst werden. Falls der Gesellschaftszweck als erfüllt zu gelten hätte, würde die Gesellschaft als aufgelöst gelten. Sie befände sich von Gesetzes wegen im Liquidationsstadium (act. 8 S. 21). Sodann hält die

Beklagte in der Duplik an ihrer Darstellung bezüglich der Pendenzen und zur Unmöglichkeit der Erstellung der Schlussrechnung fest (act. 24 S. 24).

- 15 -

### **E. 3.3**

Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn einer der in Art. 545 OR genannten Auflösungsgründe eintritt oder wenn die Gesellschaft gekündigt wird (Art. 546 OR). Neben gesetzlichen Auflösungsgründen gibt es auch vertragliche (vgl. HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 5 zu Art. 545 - 547 OR).

#### **E. 3.3.1**

Als mögliche Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft C.\_\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_\_" lassen sich den Ausführungen der Parteien der in Ziffer 20 des Gesellschaftsvertrages genannte Grund, wonach die Gesellschaft erlischt, sobald der Gesellschaftszweck erfüllt ist und keine Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestehen, sowie die Erreichung des Zweckes nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR und die Auflösung durch Urteil des Richters im Falle eines wichtigen Grundes nach Ziff. 7 derselben Bestimmung entnehmen. Eine Kündigung im Sinne von Art. 546 Abs. 1 OR wird nicht geltend gemacht. Dass der Zweck der Gesellschaft erreicht wäre, wird von der Beklagten bestritten (act. 8 S. 21).

#### **E. 3.3.2**

Zum Auflösungsgrund nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, wonach die Gesellschaft aufgelöst wird durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grund, ist festzustellen, dass die Klägerin in der Replik kein Begehren um Auflösung der einfachen Gesellschaft durch Urteil des Richters aus wichtigem Grund stellt. Am Rechtsbegehren Ziffer 4 der Klageschrift, gemäss welchem danach (d.h. nach Erfüllung der Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3) die einfache Gesellschaft C.\_\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_\_" als aufgelöst zu erklären sei (act. 1 S. 3), hat die Klägerin in der Replik nicht festgehalten. Vielmehr vertritt sie dazu in der Replik die Auffassung, eine ausdrückliche Auflösungserklärung brauche es nicht mehr. Die von ihr vorgetragene Liquidationsrechnung gelte als rechnerische Liquidation der einfachen Gesellschaft (act. 20 S. 20). Die Auflösung der Gesellschaft durch Urteil ist somit nicht (mehr) beantragt.

#### **E. 3.3.3**

Die Erreichung des Zweckes, zu welchem die Gesellschaft abgeschlossen wurde, ist sowohl allein gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR als auch gemäss der von beiden Parteien genannten (act. 1 Rz. 21; act. 8 S. 21) vertraglichen Regelung in Ziffer 20 des Gesellschaftsvertrages (act. 4/3 S. 7) in Kombination mit der Voraussetzung, dass keine Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestehen, ein Auflösungsgrund. Der Zweck einer einfachen Gesellschaft ist bei-

- 16 - spielsweise erreicht, wenn das Bauwerk, zu dessen Erstellung sich eine Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen hat, fertig gestellt und abgerechnet sowie alle vertraglichen Pflichten erfüllt sind (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 26 zu Art. 545 - 547 OR). Vorliegend haben sich die Parteien zur Bebauung eines Grundstücks in V.\_\_\_\_\_ und dem darauf folgenden Verkauf der Stockwerkeinheiten zusammengeschlossen (act. 1 Rz. 4.1). Der Beklagten ist zuzustimmen, dass dieser Zweck der einfachen Gesellschaft noch nicht erreicht ist, da gemäss der übereinstimmenden Darstellung der Parteien (act. 1 Rz. 6, act. 8 S. 6 ff.) die Abrechnung (noch) nicht erfolgt ist, aber vor allem, weil noch nicht

alle vertraglichen Pflichten erfüllt sind. Zumindest die Entschädigung der E.\_\_\_\_\_ AG für die Käuferextras steht unstrittig noch aus (act. 20 S. 20 Rz. 1; act. 24 S. 11). Der Auflösungsgrund der Erreichung des Zweckes nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR als auch gemäss der vertraglichen Regelung ist damit nicht eingetreten. Es kann dabei dahin gestellt bleiben, ob es die Beklagte zu vertreten hat, dass die Abrechnung noch nicht erfolgt ist. Die Klägerin leitet denn auch in ihrer Klageschrift nicht aus den oben dargestellten Ausführungen ab, dass aufgrund der Erreichung des Zwecks der Gesellschaft ein Auflösungsgrund eingetreten wäre; stattdessen macht sie Ausführungen zur ihrer Meinung nach ungeeigneten Möglichkeit der Kündigung (act. 1 Rz. 21 ff.).

#### **E. 3.3.4**

Damit ist keiner der aus den Ausführungen der Parteien hervorgehenden Auflösungsgründe eingetreten. In Frage käme einzig noch eine gegenseitige Übereinkunft der Parteien im Sinne von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ein solcher Auflösungsbeschluss ist grundsätzlich an keine Form gebunden; er kann auch durch Stillschweigen zustande kommen (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 110 zu Art. 545 - 547 OR). Allenfalls könnten daher die Anträge der Parteien in Replik und Duplik, mit welchen beide die Verteilung des Liquidationserlöses der einfachen Gesellschaft C.\_\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_\_" gestützt auf ihre jeweilige Liquidationsrechnung verlangen (act. 20 S. 2; act. 24 S. 2), als konkludente Übereinkunft zur Auflösung verstanden werden.

- 17 - Ob es sich hierbei tatsächlich um einen konkludenten Auflösungsbeschluss handelt, kann jedoch in Anbetracht der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden. Denn sogar unter der Annahme, dass ein Auflösungsgrund eingetreten und damit diese erste Voraussetzung für die Auszahlung des Liquidationserlöses erfüllt ist, ergibt sich hinsichtlich der von der Klägerin in der Replik gestellten Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3 das Folgende:

#### **E. 4**

Darstellung der Klägerin

##### **E. 4.1**

Die Klägerin verlangt nach Einsicht in die Unterlagen in ihrer Replik die Zustimmung zur Auszahlung von CHF 301'000 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2008 ab dem C.\_\_\_\_\_ Konto an sie und erklärt sich mit der Auszahlung des Restguthabens des Kontos an die Beklagte einverstanden (act. 20 S. 2).

##### **E. 4.2**

Zur Begründung führt die Klägerin aus, aus dem von Herrn H.\_\_\_\_\_ erstellten Dokument "D.\_\_\_\_\_ Jahresvergleich" (act. 21/1) ergebe sich per Datum der Replik folgende Situation betreffend Guthaben/Eigenmittel: - B.\_\_\_\_\_: Guthaben von CHF 128'000 (gegenüber der C.\_\_\_\_\_) - I.\_\_\_\_\_/G.\_\_\_\_\_/A.\_\_\_\_\_: Konto 110: minus CHF 593'000, Konto 2152 plus CHF 992'000, Konto 2801 minus CHF 81'000. Das ergebe ein Guthaben gegenüber der C.\_\_\_\_\_ von insgesamt CHF 318'000. Das Fazit aus dieser von der Beklagten veranlassten Zusammenstellung des Treuhänders sei, dass aus dem C.\_\_\_\_\_-Konto der Beklagten CHF 128'000 überwiesen werden müssten und an die Klägerin (auch zuhanden von I.\_\_\_\_\_ persönlich sowie der G.\_\_\_\_\_ AG) CHF 318'000. An Aktiven würden dann noch rund CHF 25'000 verbleiben, die unter den Parteien hälftig aufzuteilen seien. Das ergebe für die Klägerin einen Anspruch von CHF 330'500. Ferner lägen rund CHF 21'000 auf dem

sogenannten Durchlaufkonto. Die Klägerin wisse nicht, wo- rum es sich da handle, sei aber gemäss späterem Kontext damit einverstanden, dass die Beklagte dieses Durchlaufkonto zugewiesen erhalte. Die Klägerin habe festgestellt, dass in diesen Aktiven gemäss "D.\_\_\_\_\_ Jahresvergleich" der noch nicht verkaufte Parkplatz, der Abstellraum sowie der Disporaum nicht figurieren würden. Da dieses Aktivum gemäss gemeinsamer Meinung der Parteien einen

- 18 - Wert von CHF 59'000 habe, sei dieser Betrag unter den Parteien zusätzlich zu verteilen, denn die Parteien würden vom Wert dieser drei Aktiva ebenfalls je zur Hälfte profitieren. Der Betrag in Antrag 2 ergebe sich wie folgt: Aus dem Gutha- ben der Klägerin gemäss "D.\_\_\_\_\_ Jahresvergleich", zuzüglich hälftige Über- schussbeteiligung, abzüglich der Hälfte des Wertes der drei Gegenstände ge- mäss Antrag 1. Da die Beklagte aber dafür verantwortlich sei, dass über drei Jah- re das Geld auf dem C.\_\_\_\_\_ -Konto nicht ausbezahlt worden sei, sei die Beklagte gegenüber der Klägerin zinspflichtig für ihren Anspruch. Da die beiden Grundgut- haben der Parteien (CHF 301'000 plus CHF 170'000) dem gerundeten Betrag des C.\_\_\_\_\_ -Kontos entsprächen, habe die Beklagte den Zinsanspruch der Klägerin zu Lasten ihres Anteils zu leisten (act. 20 S. 4 f.).

### **E. 4.3**

Zur Liquidationsrechnung führt die Klägerin aus ihrer Sicht und in teil- weiser Übernahme der bereits vorgetragenen Überlegungen und Ansprüche aus, auf dem C.\_\_\_\_\_ -Konto bei der F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], Kto Nr. ... befinde sich heute ein Betrag von rund CHF 471'000 (act. 20 S. 20 Rz. 1). Von diesem Betrag in Abzug zu bringen sei grundsätzlich der Betrag für Käuferextras im Umfange von vermutlich CHF 150'142. Da darin 18 % Honorar enthalten sein müssten, sei- en davon je CHF 8'906.70 an die Klägerin und an die Beklagte abzuführen (je 7 %) und der Rest an die E.\_\_\_\_\_ AG zu bezahlen. Auf dem C.\_\_\_\_\_ -Konto, das letztlich unter den Parteien hälftig zu verteilen sei, verbleibe daher, weil nur die Zahlung der E.\_\_\_\_\_ weggehe, ein Betrag (immer gerundet) von CHF 338'671 (act. 20 S. 20 Rz. 2). Berücksichtige man, dass das Kostendach wohl unterschrit- ten worden wäre, wenn die zu Unrecht erfolgte Belastung mit Schadensbehe- rungskosten und Kosten für Gewährleistung gemäss act. 4/12 nicht erfolgen wür- de (CHF 53'891), so stünden dem C.\_\_\_\_\_ -Konto zur hälftigen Verteilung weitere CHF 53'891 zur Verfügung. Rechnerisch ergebe sich ein Betrag von CHF 392'562 (act. 20 S. 21 Rz. 3). Die Beklagte habe einen Saldo für die Mehrwertsteuer von (immer gerundet) CHF 4'000 beglichen. Dem könne so Rechnung getragen wer- den, dass ihr vor der Verteilung des C.\_\_\_\_\_ -Kontos CHF 4'000 vorweg ausge- richtet würden (act. 20 S. 21 Rz. 4). Die Gemeinde V.\_\_\_\_\_ habe eine Steuer- rückerstattung von CHF 24'000 vorgenommen. Dies sei dank intensiver Bemü- hungen der Klägerin (Dr. I.\_\_\_\_\_)

- 19 - hungen, die ausserhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgt seien, aber im Interes- se der Gesellschaft gelegen hätten, eine vorweg zu bezahlende Entschädigung von CHF 4'000 geltend. Die Rückerstattung sei daher im Betrag von CHF 20'000 dem C.\_\_\_\_\_ -Konto gutzuschreiben, und der Klägerin seien vor der Verteilung des C.\_\_\_\_\_ -Kontos CHF 4'000 vorweg auszurichten. Da sich dieser Betrag von CHF 20'000 mit demjenigen gemäss Rz. 7 neutralisiere, könne auf den rechneri- schen Ausweis beider Positionen verzichtet werden. Da sich ferner der Betrag von CHF 4'000 mit demjenigen gemäss Rz. 4 ausgleiche, könne noch immer vom Betrag gemäss Rz. 3 ausgegangen werden (act. 20 S. 21 Rz. 5). Für den Prozess J.\_\_\_\_\_ und den beigezogenen Rechtsanwalt Dr. K.\_\_\_\_\_ betreffend Oblichter, den die Klägerin dank intensiver Verhandlungen vor Gericht vergleichsweise habe beilegen

können, beanspruche die Klägerin einen Betrag von CHF 30'000, der ihr vorweg aus dem C.\_\_\_\_-Konto zu entrichten sei. Damit sei neuer Ausgangspunkt ein Betrag von CHF 362'562 (act. 20 S. 21 f. Rz. 6). Bei den Aktiven befindet sich noch ein Durchlaufkonto mit gut CHF 20'000. Die Klägerin habe keine näheren Kenntnisse, worauf sich dieser Betrag beziehe. Sie sei aber mit der Regelung einverstanden, dass die Beklagte den Saldo auf diesem Durchlaufkonto bekomme und die Klägerin den Saldo aus der Steuerrückerstattung der Gemeinde V.\_\_\_\_ gemäss Rz. 5 (act. 20 S. 22 Rz. 7). Wie vereinbart übernehme die Klägerin (effektiv die G.\_\_\_\_ AG) Parkplatz, Abstellraum und Disporaum. Der entsprechende Betrag von CHF 59'000 sei ihr als Anteil am C.\_\_\_\_-Konto anzurechnen (act. 20 S. 22 Rz. 8). Der Saldo auf dem C.\_\_\_\_-Konto von CHF 470'844.70 sei über Jahre hinweg praktisch unverzinst liegen geblieben, weil sich die Beklagte beharrlich geweigert habe, die Anteile den Parteien auszahlen zu lassen. Die Klägerin habe der Beklagten aber immer ein Jahr Zeit eingeräumt, die Abrechnung zu machen und gestützt darauf die Auszahlungen vorzunehmen. Sie verlange daher von der Beklagten zulasten ihres eigenen Anteils am Saldo des C.\_\_\_\_-Kontos 5 % Zins ab 1. Januar 2008, also für den Zeitraum von inzwischen schon gut drei Jahren. Das ergebe einen Betrag von (bis 2. März 2011) rund CHF 48'000 (act. 20 S. 22 Rz. 9). In der C.\_\_\_\_-Abrechnung finde sich bei den Passiven ein positiver Betrag zugunsten der Klägerin, der ihr vorweg gutzuschreiben sei, nämlich CHF 81'000 (act. 20 S. 22 Rz. 10). Es verbleibe ein hälftig

- 20 - zu verteilender Betrag von CHF 174'000. Die Klägerin käme bei dieser Hilfsrechnung auf ein Guthaben von CHF 247'500. Die Klägerin vermöge die Differenz gegenüber der Berechnung von Herrn H.\_\_\_\_ im Ausmass von gut CHF 50'000 nicht zu erklären, zumal keine Abgleichung mit einer detaillierten Schlussrechnung möglich sei. Abzustellen sei aber wohl auf die Beilage 1 zur Replik, die zu den eingangs gestellten Anträgen führe (act. 20 S. 22 Rz. 11).

## **E. 5**

Darstellung der Beklagten

### **E. 5.1**

Dieser Darstellung der Klägerin entgegnet die Beklagte, der Jahresvergleich sei für die Begründung der klägerischen Ansprüche völlig untauglich (act. 24 S. 3). Die Herleitung des Zwischenresultats von CHF 318'000 und des behaupteten Gesamtanspruchs von CHF 301'000 sei nicht nachvollziehbar. Es könnten nur der Gesamtanspruch und die Richtigkeit der Einzelbeträge, aus denen er hergeleitet werde, bestritten werden. Die Grundlage(n) dieses Saldos, welche detaillierte Bestreitungen ermöglichen würden, würden nicht ansatzweise dargetan (act. 24 S. 6). Zur Äufnung des Gesellschaftskapitals hätten die Parteien (bzw. die G.\_\_\_\_ AG für die Klägerin) Einlagen in verschiedener Höhe vorgenommen. Die G.\_\_\_\_ AG habe noch CHF 10'000, die Beklagte CHF 111'264 zugute. Die Vorleistungen seien in Ziffer 9 des C.\_\_\_\_-Vertrages detailliert zusammengestellt. Danach habe die Klägerin gar nie Eigenmittel eingebracht. Beim sog. Durchlaufkonto handle es sich nicht um ein Guthaben der C.\_\_\_\_, sondern um eine blosse Buchhaltungsposition, auf welcher Beträge, die im Zeitpunkt der Buchung nicht hätten zugeordnet werden können, vorübergehend gebucht worden seien. Die Ausgaben der E.\_\_\_\_ AG für die Erfüllung der Käuferwünsche würden von der Klägerin selber mit CHF 150'142 anerkannt (act. 24 S. 7). Die Leerstände (Disporaum und Parkplatz mit

Abstellraum) müssten als Aktiven in der Bilanz vermerkt sein. Sie fehlten (act. 24 S. 8).

## E. 5.2

Weiter führt die Beklagte aus, basierend auf den Ausführungen der Klä- gerin zeige sie in der Folge die korrekte Abrechnung auf. Die Gesamteinlagen zu Gunsten der Klägerin hätten sich auf CHF 360'000 belaufen, diejenigen der Be- klagten auf CHF 461'264 (act. 24 S. 8 f.). Der Ausgangsbetrag der Liquidations- rechnung betrage CHF 471'000. Der von der Beklagten in der Klageantwort für

- 21 - die Erfüllung der Käuferwünsche geltend gemachte Betrag der E.\_\_\_\_ AG von CHF 150'142 werde von der Klägerin anerkannt. Darin seien 18 % Honorar ent- halten. 7% kämen der Architektin (G.\_\_\_\_ AG) zu, die restlichen 11 % verblie- ben der E.\_\_\_\_ AG. Entgegen der Darstellung der Klägerin erhielten die Partei- en nichts davon. Der 7 %-Anspruch der G.\_\_\_\_ AG betrage CHF 8'906.70. Der Gesamtanspruch der E.\_\_\_\_ AG betrage CHF 141'235.30. Nach Auszahlung der CHF 150'142 an die Berechtigten belaufe sich der C.\_\_\_\_-Saldo auf CHF 320'858 (act. 24 S. 11). Aus der nicht bestrittenen Baukostenabrechnung ergebe sich, dass sich die Aufwendungen der E.\_\_\_\_ AG für die Positionen BKP 1 - 6, für welche sie in der Kostendachverpflichtung stehe, auf insgesamt CHF 3'811'814.50 belaufen hätten. Von der vertraglich vereinbarten Risikoent- schädigung von CHF 120'000 sei nur der hälftige Betrag verbucht worden. Für den für die Frage der Kostendachüberschreitung massgebenden Totalaufwand sei indes die gesamte vertraglich geschuldete Risikoentschädigung zu berück- sichtigen. D.h. auch die zweite Tranche à CHF 60'000 hätte verbucht sein müs- sen, denn erst dann sei der Gesamtaufwand der Generalunternehmerin bekannt. Bei Addition des fehlenden Betrags ergebe sich ein Gesamtaufwand der E.\_\_\_\_ AG (ohne Leistungen für Käuferwünsche) von CHF 3'871'814.50. Weil das ver- einbarte Kostendach von CHF 3'800'000 um CHF 11'814.50 überschritten worden sei, habe die E.\_\_\_\_ AG die Mehrkosten selber zu tragen. Eine Kostendachun- terschreitung wäre aber auch dann nicht eingetreten, wenn die von der Klägerin als Schadenbehebungskosten und Kosten für Gewährleistung bezeichneten Auf- wendungen in Höhe von CHF 53'981 nicht dem C.\_\_\_\_-Konto hätten belastet werden dürfen. Der Aufwand der E.\_\_\_\_ hätte sich diesfalls auf CHF 3'817'833.50 (CHF 3'871'814.50 - CHF 53'981) belaufen, mithin immer noch auf mehr als CHF 3.8 Mio. (act. 24 S. 12 f.). Der Anspruch der Beklagten auf CHF 4'000 gelte als anerkannt. Der C.\_\_\_\_-Saldo betrage neu CHF 316'858 (act. 24 S. 13). Da es die Klägerin versäume, die definitive Steuerabrechnung einzureichen, sei davon auszugehen, dass der gesamte Betrag von CHF 30'000 zurückerstattet worden sei. Er sei dem C.\_\_\_\_-Konto gutzuschreiben. Geradezu grotesk mute die klägerische Forderung nach einer Entschädigung für die angebl- ichen Bemühungen von Dr. I.\_\_\_\_ an. Wäre die G.\_\_\_\_ AG rechtzeitig ihren

- 22 - Verpflichtungen nachgekommen, hätte die Steuerveranlagung ohne besonderen Aufwand vorgenommen werden können. Überdies sei die Forderung unsubstanzi- iert und auch aus diesem Grund abzuweisen. Bemerkenswert sei die Schlaumeie- rei der Klägerin, das angebliche Guthaben von CHF 4'000 doppelt zu ihren Guns- ten zu verbuchen (act. 24 S. 14). Der C.\_\_\_\_-Saldo betrage neu CHF 346'858. Beim sog. Durchlaufkonto handle es sich nicht um ein Guthaben der C.\_\_\_\_, sondern um eine blossе Buchungsposition. Es gebe neben den CHF 471'000 kei- ne zusätzlichen CHF 20'000 zu verteilen. Die G.\_\_\_\_ AG habe die CHF 59'000 in die C.\_\_\_\_ einzubezahlen (act. 24 S. 15). Der C.\_\_\_\_-Saldo betrage neu CHF 405'858. Auch für den der Klägerin letztlich allenfalls zuzusprechenden Be- trag könne sie von der Beklagten keinen Zins fordern. In der Klageantwort habe die

Beklagte detailliert aufgeführt, weshalb es ihr bis heute nicht möglich gewesen sei, die definitive Schlussabrechnung zu erstellen. Durch die Replik habe sie erfahren, dass ein Teil der allein von der Klägerin zu verantwortenden Pendenzen zwischenzeitlich erledigt worden sei. Die Restanzen könnten in diesem Prozess geklärt werden. Falls der Klägerin für einen allfälligen Anspruch am C.\_\_\_\_\_ - Saldo Zins zustünde, würde dies auch für die Beklagte bezüglich ihres Guthabens gelten. Der "positive Betrag" von CHF 81'000 im Passiv-Konto 2801 bedeute kein Guthaben der Klägerin, sondern eine Schuld. Sie sei entstanden, weil die Klägerin vor Ausschüttung der CHF 350'000 an die beiden Parteien ein Guthaben von lediglich CHF 269'000 gehabt habe (act. 24 S. 16). Umgekehrt habe die Beklagte Anspruch auf vorgängige Auszahlung des von den vorgeschossenen Eigenmitteln noch nicht rückerstatteten Anteils von CHF 111'264. Von den Vorleistungen der G.\_\_\_\_\_ AG von CHF 360'000 und der Beklagten von CHF 461'264 hätten sich die Parteien je CHF 350'000 zurückerstatten lassen. Die Klägerin habe demnach noch CHF 10'000, die Beklagte noch CHF 111'264 bzw. per Saldo CHF 101'264 zugute. Die Rückerstattung der Eigenmittel habe ab dem C.\_\_\_\_\_ -Konto zu erfolgen. Der C.\_\_\_\_\_ -Saldo betrage neu CHF 304'858 (gerundet CHF 305'000). Der hälftige Anteil am Restsaldo betrage CHF 152'500. Die Klägerin habe Anspruch auf rund CHF 72'500 (CHF 152'500 + CHF 8'906.70 - CHF 30'000 - CHF 59'000). Der Anspruch der Beklagten belaufe sich auf rund CHF 398'500 (CHF 152'500 + CHF 141'000 + CHF 4'000 + CHF 101'264). Die Herleitung des von der Klägerin

- 23 - errechneten Anspruchs von CHF 247'500 sei nicht nachvollziehbar (act. 24 S. 17).

## **E. 6**

Verteilung des Liquidationserlöses

### **E. 6.1**

Nicht schon der Eintritt des Auflösungsgrundes, sondern erst der Abschluss der Liquidation beendet das Gesellschaftsverhältnis; die Gesellschaft besteht als sog. Abwicklungsgesellschaft mit dem neuen und ausschliesslichen Zweck der Liquidation fort (BGE 119 II 119 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Die Liquidation dient der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern und letztlich der Verteilung des erzielten Überschusses oder der Zuweisung des Fehlbetrages als Verlust der Gesellschafter. Die Grundlage dieses Vorganges ist die verlässliche Feststellung des Liquidationswertes der Gesellschaftsaktiven und der Gesellschaftsschulden. Eine verlässliche Feststellung dieser beiden Werte ist in der Regel erst nach Abschluss der äusseren Liquidation möglich, d.h. nach Auflösung aller Vertragsverhältnisse, Tilgung der Schulden und Realisierung der Aktiven. Aus diesem Grund findet die äussere Liquidation typischerweise vor der inneren Liquidation statt. Diese chronologische Abfolge ist aber nicht zwingend; es ist ohne weiteres möglich, dass Vermögenswerte, die betragsmässig klar bestimmbar sind oder über deren Wert sich die Gesellschafter geeinigt haben, im Einvernehmen unter allen Gesellschaftern bereits vorab aus der äusseren Liquidation im Rahmen der inneren Liquidation an einzelne Gesellschafter zugewiesen werden. Verteilungen im Rahmen der inneren Liquidation stellen, bevor die äussere Liquidation abgeschlossen ist, indessen lediglich Abschlagszahlungen dar (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 86 ff. zu Art. 548 - 551 OR). Scheitert die einvernehmliche Durchführung der inneren Liquidation und damit die Erstellung der Schlussbilanz, können die Berechtigten nach Abschluss der äusseren Liquidation klageweise vorgehen (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 197 zu Art. 548 -

551 OR). Jeder Gesellschafter kann mittels Leistungsklage die Ausrichtung seines Liquidationsanteils verlangen, wenn keine äusseren Liquidationshandlungen mehr vorzunehmen sind, d.h. wenn alle Schulden bezahlt sind und die Aktiven aus Bargeld bestehen. Dabei hat der Richter vorfrageweise über die gesamte interne Liquidation, den Umfang des Gesellschaftsvermögens, die Höhe

- 24 - der Auslagen, den Wert und die Rückerstattung der Einlagen sowie über den Anteil am Gewinn zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichts 4C.416/2005 vom 24. Februar 2006 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.2**

Die Klägerin verlangt im vorliegenden Verfahren die Ausrichtung ihres Liquidationsanteils von CHF 301'000 durch Zustimmung zur Auszahlung vom Konto der einfachen Gesellschaft an sie und erklärt ihr Einverständnis zur Auszahlung des Restbetrages als deren Liquidationsanteil an die Beklagte. Indessen stimmen die Parteien im Rahmen der von ihnen je separat aufgestellten Liquidationsrechnungen darin überein, dass nicht alle Schulden der einfachen Gesellschaft bezahlt sind. Beide Parteien nehmen - auch wenn keine Einigkeit über die Höhe des Betrages besteht - in ihre Liquidationsabrechnung eine Forderung der E.\_\_\_\_\_ AG für Käuferextras im Umfang von über CHF 130'000 auf (act. 20 S. 20 Rz. 2; act. 24 S. 11). Dabei handelt es sich um eine Schuld der einfachen Gesellschaft gegenüber einem Dritten. Denn obwohl die E.\_\_\_\_\_ AG eine vom Geschäftsführer der Beklagten beherrschte juristische Person ist (act. 1 Rz. 4.5), bleibt sie dennoch im Verhältnis zur einfachen Gesellschaft eine Dritte. Die Befriedigung dieser Schuld gehört folglich zur Durchführung der äusseren Liquidation, was zur Feststellung führt, dass die äussere Liquidation der einfachen Gesellschaft C.\_\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_\_" nicht abgeschlossen ist. Die Gesellschafter können aber erst mittels Leistungsklage die Ausrichtung ihres Liquidationsanteils verlangen, wenn keine äusseren Liquidationshandlungen mehr vorzunehmen sind. Die Voraussetzungen, unter denen der Richter über die Ausrichtung der Liquidationsanteile an die Parteien entscheiden kann, sind daher vorliegend nicht gegeben.

### **E. 6.3**

Selbst wenn also aufgrund einer konkludenten Übereinkunft der Parteien ein Auflösungsgrund eingetreten wäre, sind die Voraussetzungen für eine klagegewisse Durchsetzung der Verteilung der Liquidationsanteile nicht gegeben. Damit sind das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik im die Anerkennung von CHF 72'500 übersteigenden Betrag und das Rechtsbegehren Ziffer 3 der Replik abzuweisen.

- 25 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Klägerin bezweckt mit ihren Auskunftsbegehren die Bezifferung ihres Liquidationsanteils, weshalb den durch den Vergleich erledigten Klagebegehren Ziffer 1., 1.1, 2. und 2.2 der Klageschrift kein eigenständiger Streitwert zukommt (vgl. PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2005, S. 225). Mit ihren bezifferten Begehren der Replik verlangt die Klägerin die Feststellung der Einigung der Parteien über die Zuteilung der unverkauften Räume im Wert von CHF 59'000 an sie sowie die Zustimmung zur Auszahlung von CHF 301'000 vom Konto der C.\_\_\_\_\_ "D.\_\_\_\_\_" an sie (act. 20 S. 2). Somit beträgt der Streitwert der vorliegenden Klage CHF 360'000. 2. Die Kosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Siegt keine Partei in vollem Umfang, so sind die Kosten den Parteien im Verhältnis aufzuerlegen, in welchem sie unterliegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Klägerin obsiegt im Umfang von CHF 72'500

und unterliegt im Restbetrag. Damit sind die Kosten zu vier Fünfteln der Klägerin und zu einem Fünftel der Beklagten aufzuerlegen. 3. Jede Partei hat die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Schulden die Parteien einander gegenseitig Prozessentschädigungen, so werden diese im Umfang der geringeren Prozessentschädigung verrechnet und dadurch getilgt. Demnach ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung im Umfang von drei Fünfteln zu bezahlen, wobei davon der von der Beklagten zu tragende Fünftel der Weisungskosten von CHF 420 (somit CHF 84; vgl. act. 3) abzuziehen ist.

- 26 -

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