

ZH_OBERGERICHT LB240009 vom 23. Mai 2024

ZH Obergericht, 2024-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB240009

FR: ZH_OBERGERICHT LB240009 du 23 mai 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LB240009 del 23 maggio 2024

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) und der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) schlossen sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammen mit dem Zweck, Geschäftsmietlokale und Immobilien zu vermit-teln. Die einfache Gesellschaft befindet sich seit mm.2019 in Liquidation. Die Klä-gerin verlangt die Ausrichtung von Abschlagszahlungen.

E. 1.1

Der Beklagte hält primär dafür, bei der Liquidation der einfachen Gesell-schaft seien Abschlagszahlungen gesetzlich nicht vorgesehen und daher nicht zu-lässig. Eine Gesetzeslücke, die das Gericht durch eine analoge Anwendung von Art. 586 OR füllen könne, liege nicht vor. Art. 549 Abs. 1 OR äussere sich explizit zum Zeitpunkt der Verteilung der Mittel der einfachen Gesellschaft. Angesichts der ausdrücklichen Regelung betreffend Abschlagszahlungen bei der Kollektivge-sellschaft könne zudem nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe die Frage übersehen. Vielmehr sei von einem qualifizierten Schweigen auszugehen (act. 80 Rz. 10 ff.). Auch zufolge der unterschiedlichen Struktur der einfachen Ge-sellschaft und der Kollektivgesellschaft rechtfertige sich eine analoge Anwendung von Art. 586 OR nicht: So sei das Haftungsrisiko bei der Kollektivgesellschaft hö-her, habe die Kollektivgesellschaft einen stark personenbezogenen Charakter und bilde das Gesellschaftsvermögen häufig einen grossen Teil des privaten Vermö-gens. Bei der Auflösung der Gesellschaft solle dem Kollektivgesellschaftler das wirtschaftliche Fortkommen nicht durch die (zu lange) Bindung seines Vermögens unnötig erschwert werden. Dem Trage der Anspruch auf Abschlagszahlung Rech-nung. Bei der einfachen Gesellschaft, bei der irgendeine vermögensrechtlichen oder persönlichen Leistungen der Gesellschafter in Betracht kämen, mithin auch Beiträge geringer Intensität, brauche es demgegenüber keine Abschlagszahlun-gen (act. 80 Rz. 14 ff.).

- 12 - 1.2.1 Eine einfache Gesellschaft wird aufgelöst, wenn einer der Auflösungsgründe nach Art. 545 OR vorliegt oder der Gesellschaftsvertrag gemäss Art. 546 OR ge-kündigt wird. Nach Eintritt des Auflösungsgrundes haben die Gesellschafter die Gesellschaft zu liquidieren. Die Liquidation hat die Lösung der durch die Gesell-schaft geschaffenen rechtlichen Beziehungen zum Gegenstand und umfasst so-wohl die Abwicklung der Beziehungen zu Dritten (äussere Liquidation) als auch die Verteilung der verbleibenden Werte oder allfälliger Schulden unter die Gesell-schafter (innere Liquidation; BGE 119 II 119 E. 3a). Dabei gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation. Befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, hat der einzelne Gesellschafter grundsätzlich keinen Anspruch darauf, eine Forde-rung aus einem einzelnen Vorgang losgelöst von der Gesamtheit der gesellschaft-lichen Beziehungen geltend zu machen (Durchsetzungssperre). Die

Auseinander- setzung umfasst vielmehr den gesamten Komplex der liquidationsbedürftigen Ver- hältnisse (BGer 4A_509/2010 vom 11. März 2011 E. 6.2; BGE 116 II 316 E. 2; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 3; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 5 f.). 1.2.2 Der Ablauf der Liquidation der einfachen Gesellschaft ist in Art. 548-550 OR geregelt, allerdings nur rudimentär (BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 2). Demgegenüber enthält das Recht der Kollektivgesellschaft eine ausführliche Li- quidationsregelung (Art. 582-590 OR), so dass sich die Frage einer sinngemäs- sen Anwendung stellt, wie sie die Vorinstanz bejaht hat und der Beklagte verneint. 1.3.1 Voraussetzung für eine analoge Anwendung eines Rechtsatzes ist das Vor- liegen einer Lücke im Gesetz. Eine solche besteht dann, wenn sich eine Rege- lung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechts- frage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 140 III 206 E. 2.5.1). 1.3.2 Für die Liquidation der einfachen Gesellschaft enthält das Gesetz Bestim- mungen zur Behandlung von Einlagen (Art. 548 OR), zur Verteilung von Über- schuss und Fehlbetrag (Art. 549 OR) sowie zur (grundsätzlich gemeinsamen)

- 13 - Vornahme der Auseinandersetzung (Art. 550 OR). Eine solch knappe, allgemeine Ordnung erscheint durchaus angebracht, wenn man sich vor Augen führt, dass eine einfache Gesellschaft bereits mit der blossen vertraglichen Vereinbarung, ei- nen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zu verfolgen, entsteht (Art. 530 OR) und verschiedenste Formen von Personenverbindungen umfasst, von Gelegenheitsgesellschaften bis hin zu auf Dauer angelegten Ge- meinschaften. Das Gesetz stellt vor diesem Hintergrund Grundregeln auf, aller- dings ohne den Anspruch, für jede Erscheinungsform der einfachen Gesellschaft sowie jede Frage eine passende Regelung vorzusehen. Ein qualifiziertes Schwei- gen ist hier nicht leichthin anzunehmen. Es kann sich vielmehr aufdrängen, bei gleicher oder ähnlicher Interessenlage im konkreten Fall die Regelung einer ande- ren Gesellschaftsform, insbesondere jene der Kollektivgesellschaft heranzuzie- hen. Dies gilt namentlich bei (an sich atypischen) kaufmännischen einfachen Ge- sellschaften. Bei solchen Personenverbindungen besteht eine ausgeprägte Nähe zur Kollektivgesellschaft. Dies zeigt sich exemplarisch, wenn an der einfachen Gesellschaft eine juristische Person beteiligt ist: Besteht der gemeinsame Zweck in einer kaufmännischen Tätigkeit bzw. im Betrieb einer kaufmännischen Unter- nehmung, liegt bei einem Zusammenschluss natürlicher Personen eine Kollektiv- gesellschaft vor (Art. 552 Abs. 1 OR). Sind auch juristische Personen Gesell- schafter, besteht – trotz Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens – eine einfache Gesellschaft (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 2, 64, 86 ff.; BSK OR I-APPENZELLER/BAUDENBACHER, Art. 552 N 5 f.). Die Interessenlage ist in bei- den Fällen ähnlich und eine (analoge) Anwendung des Kollektivgesellschafts- rechts angebracht. In diesem Sinn hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem es um die Liquidation einer einfachen Gesellschaft mit dem Zweck, erworbene Grundstücke parzellenweise zu überbauen und zu verkaufen, festgehalten, der Zweck stimme mit dem in Art. 552 OR vorgesehen Zweck (Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes) weitgehend überein. Demnach stehe nichts entgegen, die ausführlichere Liquidationsordnung der Kollektivgesellschaft analog anzuwenden (BGE 93 II 387 E. 3). 1.3.3 Vorliegend verfolgten die Parteien mit der einfachen Gesellschaft den Zweck, Geschäftsmietlokale und Immobilien zu vermitteln, also eine kaufmänni-

- 14 - sche Tätigkeit auszuüben. Die einfache Gesellschaft der Parteien war damit von ähnlichem Bestand und Charakter wie eine Kollektivgesellschaft, so dass die in Art. 582 ff. OR vorgesehene Liquidationsordnung grundsätzlich sinngemäss angewendet werden kann. 1.3.4 Gemäss Art. 586 OR werden die während der Liquidation entbehrlichen Gelder und Werte vorläufig auf Rechnung des endgültigen Liquidationsanteiles unter die Gesellschafter verteilt (Abs. 1), wobei zur Deckung streitiger oder noch nicht fälliger Verbindlichkeiten die erforderlichen Mittel zurückzubehalten sind (Abs. 2). Diese Möglichkeit zur Ausrichtung von Abschlagszahlungen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Liquidation Zeit beanspruchen kann und oft schon lange vor ihrem Abschluss feststeht, dass sie zu einem Überschuss führen wird (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548-551 N 185). Die entsprechende Interessenlage ist bei der Liquidation einer einfachen Gesellschaft – zumindest bei einer kaufmännischen einfachen Gesellschaft, wie sie vorliegend gegeben ist – die gleiche wie bei der Kollektivgesellschaft, so dass sich eine analoge Anwendung aufdrängt. Die Lehre ist denn auch ganz überwiegend dieser Ansicht (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548-551 N 5, 185; CHK-JUNG, Art. 547-551 OR N 11; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 654 N 46; KUKO OR-SETHE, Art. 547-551 N 15; ZK OR-Sieewart, Art. 548 ff. N 40; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 3; a.M. BK OR-HARTMANN, Art. 586 N 3).

E. 1.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beklagten zu Recht angenommen hat, dass auch bei der Liquidation der streitgegenständlichen einfachen Gesellschaft grundsätzlich Abschlagszahlungen gemäss Art. 586 OR vorgenommen werden können. 2.

E. 2

Am 17. Januar 2020 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) die Klagebewilligung und die Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren ein (act. 1 und 2). Nach Einholung eines Kostenvorschusses (act. 6 und 8) wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Klageantwort wurde am 20. Mai 2020 erstattet (act. 16). Mit Verfügung vom 25. Mai 2020 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 18). Die Parteien erstatteten in der Folge die Replik vom 25. August 2020 (act. 20), die Duplik vom 30. Oktober 2020 (act. 24) und eine Stellungnahme zur Duplik vom 13. November 2020 (act. 28). Nachdem die Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet hatten (act. 33 und 34) und eine Instruktionsverhandlung vom 10. November 2021 zu keiner Einigung der Parteien geführt hatte (Prot. Vi S. 11 f.), erging am 19. Januar 2022 der Beweisbeschluss (act. 37) und fand am 23. Juni 2022 die Beweisverhandlung statt (Prot. Vi S. 19 ff.). Mit Verfügung vom 30. Juni 2022 (act. 46) wurde den Parteien Frist zur Erstattung der schriftlichen Schlussvorträge angesetzt, welche die Klägerin mit Eingabe vom 30. August 2022 (act. 48) wahrnahm. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2022 zeigte der Rechtsvertreter der Klägerin den Hinschied von C._____, dem einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin, an (act. 54). Ein - 7 - Sistierungsgesuch des Beklagten vom 18. Oktober 2022 (act. 55; s.a. act. 58) wurde mit Verfügung vom 21. Oktober 2022 abgewiesen (act. 60). Mit Eingabe vom 4. November 2022 erstattete der Beklagte seinen Schlussvortrag (act. 63). Die Stellungnahmen der Parteien zu den Schlussvorträgen der Gegenseite erfolgten mit Eingaben vom 3. bzw. 6. Januar 2023 (act. 73, act. 74). Mit Beschluss vom 17. Januar 2024 schrieb die Vorinstanz

das Verfahren im Umfang von Rechtsbegehren Ziffer 6 der Klage als durch Rückzug erledigt ab. Gleichzeitig erliess sie das eingangs wiedergegebene Urteil (act. 77 = act. 81 = act. 82 [Ak- tenexemplar]).

E. 2.1

Der Beklagte ist der Ansicht, dass Abschlagszahlungen vorliegend auch dann nicht geschuldet seien, wenn sie grundsätzlich für zulässig erachtet würden. So gehe die Vorinstanz bereits von einem falschen Begriff der "liquiden Verhältnisse" aus. Richtigerweise sei für die Zulässigkeit von Abschlagszahlungen vorausgesetzt, dass die Teilungsmasse ganz abgeklärt und unbestritten sei bzw. die Parteien sich einig seien (act. 80 Rz. 21 ff., im Wesentlichen mit Verweisen auf

- 15 - die Ausführungen in der Duplik und im Schlussvortrag). Die Vorinstanz habe zudem keine rechtsgenügende Risikoabschätzung vorgenommen (act. 80 Rz. 26 ff.). 2.2.1 Art. 586 OR ermöglicht es wie gesehen, hinsichtlich der entbehrlichen Gelder und Werte Abschlagszahlungen vorzunehmen, soweit die zur Deckung streitiger oder noch nicht fälliger Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel zurückbehalten werden. Unter diesen Voraussetzungen besteht ein Anspruch der Gesellschafter auf Abschlagszahlungen, der klageweise durchgesetzt werden kann (BSK OR II- STAEHELIN, Art. 586 N 1 f., 5; ZK OR-HANDSCHIN/CHOU, Art. 586 N 3, 12; SHK OR- STEININGER, Art. 586 N 1, 6). Der Anspruch ist mithin auch bei Uneinigkeit der Gesellschafter gegeben. Der Gesellschafter, der Abschlagszahlungen geltend macht, hat das Vorliegen eines Überschusses und die angemessene Abdeckung der Risiken zu beweisen (SHK OR-STEININGER, Art. 586 N 6). 2.2.2 Hiervon ausgehend hielt die Vorinstanz fest, dass die Kostenrisiken abzuschätzen und die erforderlichen Rückstellungen zu tätigen seien. Sie prüfte alsdann die finanzielle Situation der einfachen Gesellschaft (Aktiven und Passiven). Dabei kam sie in Auseinandersetzung mit den einzelnen Projekten und geleisteten Provisionszahlungen (Projekt F. _____ [act. 82 S. 19 f.]; Projekt G. _____ H. _____ [act. 82 S. 20 f.]; Projekt G. _____ I. _____ [act. 82 S. 20 f.], Projekt K. _____ [act. 82 S. 24 f.]; Projekt G. _____ J. _____ [act. 82 S. 25 ff.]) zum Schluss, dass sämtliche von der Klägerin behaupteten Provisionsansprüche im Umfang von insgesamt Fr. 490'443.52 Aktiven der einfachen Gesellschaft der Parteien darstellten (act. 82 S. 34). Überdies stünden ihr Anwartschaften gegenüber Dritten von mindestens Fr. 230'000.– zu, die nach Ausrichtung allfälliger Abschlagszahlungen als Aktiven in der Gesellschaft verblieben (act. 82 S. 35). Schulden gegenüber Dritten seien vom Beklagten nicht hinreichend dargetan worden (act. 82 S. 35 f.), ebenso wenig Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftern (innere Liquidation) wie zu ersetzende Auslagen und Verwendungen sowie ausgleichungspflichtige Sacheinlagen (act. 82 S. 36 ff.). 2.2.3 Der Beklagte hält den Erwägungen der Vorinstanz nichts Konkretes entgegen. Im Wesentlichen beschränkt er sich darauf, auf Nachteile, die sich bei der

- 16 - Ausrichtung von Abschlagszahlungen für ihn ergeben könnten, zu verweisen (act. 80 Rz. 24) und isolierte Kritik an Teilen der vorinstanzlichen Ausführungen zu üben, ohne sich mit diesen vertieft auseinanderzusetzen oder aufzuzeigen, inwiefern andere Schlüsse zu ziehen wären (vgl. act. 80 Rz. 21, 30 ff.). Einzugehen ist auf die Vorbringen des Beklagten, soweit er konkret Erstattungspflichten im Zusammenhang mit Sacheinlagen (Kontakt- und Objektdaten) und eine Verrechnungseinrede geltend macht (vgl. act. 80 Rz. 29). 2.2.4.1 Die Vorinstanz prüfte die streitige Frage, ob dem Beklagten für die von ihm geltend gemachte Einbringung von Kontaktdaten und Daten zu vermittelnder Objekte ein grösserer

Anteil an der Gewinnbeteiligung oder eine Entschädigung zukomme (act. 82 S. 38-44). Sie kam – unter der Prämisse, dass der Beklagte tatsächlich Objekt- und Kundendaten eingebracht habe – im Wesentlichen aufgrund einer Auslegung der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 1. Februar 2018 (act. 5/9) zum Schluss, dass aufgrund der vertraglichen Regelung kein Anspruch auf Mehrbeteiligung am Gewinn oder auf Entschädigung bestehe (act. 82 S. 44). Im Weiteren verwies die Vorinstanz darauf, dass die Kontakt- und Objekt- daten, welche der Beklagte der Gesellschaft zum Gebrauch bzw. zur Nutzung zur Verfügung gestellt haben wolle, in der Liquidation an den Beklagten zurückfielen, er diesbezüglich einen dinglichen Herausgabeanspruch habe, dass aber kein Anspruch auf mietzinsähnliche Entschädigung bestehe (act. 82 S. 41 u. 44 m.H.a. BSK OR I-STAEHELIN, Art. 548/549 N 10 u. SHK OR-STEININGER, Art. 548/549 N 21). Der Beklagte begnügt sich in der Berufung damit, die Erwägungen der Vorinstanz als unzutreffend zu bezeichnen und an seiner gegenteiligen Ansicht festzuhalten (act. 80 Rz. 32, 37; s.a. act. 80 Rz. 41 ff.). Entgegen der Ansicht des Beklagten ergibt sich aus dem blossen Umstand, dass die Daten "ihrem Wesen nach gar nicht mehr zurückgenommen werden" könnten und die Nutzung zu einer Verwässerung des Wertes bis zur Wertlosigkeit führe (act. 80 Rz. 37), keine Entschädigungspflicht. Der einbringende Gesellschafter trägt vielmehr das Risiko eines Wertverlusts (vgl. SHK OR-STEININGER, Art. 548/549 N 21). Auch der vorinstanzlichen Feststellung, dass eine mietzinsähnliche Entschädigung nicht zu sehen sei (act. 82 S. 44), setzt der Beklagte nichts Wesentliches entgegen. Er vermag bloss auf eine Literaturstelle hinzuweisen, in der festgehalten wird, dass eine mietzins-

- 17 - ähnliche Entschädigung "einzig dann geschuldet [sei], wenn die Vermögenswerte nach Eintritt des Auflösungsgrunds von der Gesellschaft weiter genutzt werden" (BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 10 m.H.a. BGer 4A_586/2011 vom 8. März 2012 E. 5.2; vgl. act. 80 Rz. 33 f.). Der Beklagte folgert, die Nutzung von Einlagen zum Gebrauch (quoad usum) sei "zumindest für die Zeit der Liquidation entschädigungspflichtig" und erst recht, "wenn der nicht berechtigte ehemalige Geschäftspartner diese Einlagen bis heute entgegen dem ausdrücklichen Willen des Berechtigten und in direkter Konkurrenz zu diesem weaternutzt" (act. 80 Rz. 36), und fügt pauschal an, die Weaternutzung "im erstinstanzlichen Verfahren belegt" zu haben (act. 80 Rz. 38), ohne darzutun, wo und inwiefern dies geschehen sein soll. Damit kommt der Beklagte über vage, unbelegte Behauptungen und Mutmassungen nicht hinaus. Nicht einleuchtend ist im Übrigen, wieso sich bereits aus dem Umstand, dass die aufgelöste einfache Gesellschaft nicht schon mit Eintritt des Auflösungsgrunds beendet wird, sondern als Abwicklungsgesellschaft fortbesteht, ergeben soll, dass "von ihm eingebrachte Vermögenswerte nach Eintritt des Auflösungsgrunds von der Gesellschaft weiter genutzt" worden seien (act. 80 Rz. 38). Die Kritik am vorinstanzlichen Entscheid ist ungenügend und überzeugt nicht. Namentlich war die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beklagten auch nicht gehalten, über die Einbringung der Kontakt- und Objektdaten Beweise abzunehmen (vgl. act. 80 Rz. 41 ff.).

2.2.4.2 Der Beklagte stösst sich weiter an der vorinstanzlichen Erwägung zu den von ihm verrechnungsweise geltend gemachten Ansprüchen gegenüber der Klägerin wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit "M._____" (M._____ ; act. 80 Rz. 46 ff.). Die Vorinstanz führte aus, der Beklagte habe die der Klägerin vorgeworfenen Pflichtverletzungen in Form von Einmischungen und Vereitelungen in der Klageantwort nicht näher umschrieben und damit nicht hinreichend dargetan (act. 82 S. 48). In der Duplik habe der Beklagte zwar präzisiert, C._____ habe hinter seinem Rücken und gegen seinen

Willen die Beziehungen zu N._____, Franchisenehmer von M._____, weitergeführt und dadurch Kundenbeziehungen geschädigt. In der Folge habe er indes behauptet, dass sich ein neuer Mieter

- 18 - habe finden lassen und die Zusammenarbeit mit den drei weiteren Franchisenehmern von M._____ in der Schweiz sehr fruchtbar und erfolgreich sei, womit er hinsichtlich des in der Duplik substantiierten Sachverhalts implizit das Fehlen eines Schadens dartue. Ohne Schaden fehle es jedoch an einer materiellen Voraussetzung zur Geltendmachung einer Verrechnungsforderung, weshalb der Beklagte auch insofern nicht durchdringe (act. 80 S. 49). Der Beklagte kritisiert nun berufungshalber, die Schlussfolgerung der Vorinstanz sei unvollständig und unzutreffend. Er habe in der Klageantwort ausgeführt, dass C._____ durch unprofessionelle, nicht abgesprochene Einmischung die Eröffnung von ca. zehn Restaurants der M._____ vereitelt habe. In der Duplik habe er ausgeführt, es sei für Investitionen in der Höhe von Fr. 2 Mio. für zehn weitere Restaurants schweizweit u.a. O._____ mit an Bord geholt worden. O._____ habe ihm diese Investition fest zugesagt und sei als Zeuge offeriert worden. Im Zuge dieses Entwicklungsprojekts sei geplant gewesen, dass er (der Beklagte) zusammen mit P._____ als Joint Venture zehn Restaurants planen und betreiben solle. Dafür sei Personal geschult und ein Businessplan erstellt worden. Er habe in der Duplik festgehalten, dass die Einmischung durch Q._____, initiiert von C._____, zu erheblichen Irritationen und zum Rückzug der Investorenbereitschaft (u.a. von O._____) geführt habe. Überdies sei die Mietervermittlung erheblich gefährdet gewesen. In der Duplik sei ausgeführt worden, M._____ R._____ habe den Standort (dessen Eröffnung durch P._____ in Partnerschaft mit ihm, dem Beklagten, vorgesehen gewesen sei) zurückgezogen (gemeint gewesen sei der Standort S._____), jedoch habe der Beklagte für diesen Standort glücklicherweise einen neuen Mieter (ausserhalb von M._____) finden können. Der erwähnte Rückzug der Investitionszusage in das Restaurantgeschäft, welche von O._____ hätte bezeugt werden können, habe damit jedoch nichts zu tun; der Rückzug sei bereits definitiv und nicht umkehrbar eingetroffen. Im Schlussvortrag sei darauf hingewiesen worden, dass "die M._____-Geschichte" auch zusätzlich zu grossen Provisionsausfällen für die einfache Gesellschaft geführt habe, weil für die geplanten weiteren Restaurants wegen der durch C._____ verhinderten Umsetzung keine Objekte mehr hätten vorgeschlagen und vermittelt werden können (act. 80 Rz. 47).

- 19 - Die Ausführungen des Beklagten sind nicht geeignet, die vorinstanzliche Einschätzung zu erschüttern. Zum einen blieben die Behauptungen zu den geltend gemachten Einmischungen und Vereitelungen C._____ auch in der Duplik (sowie in der Berufungsschrift) vage und pauschal. Zum andern wurde ein Schaden nicht rechtsgenügend behauptet. Angeblich in Aussicht stehende, aber vereitelte Investitionen in der Höhe von Fr. 2 Mio. sagen nichts über einen Schaden und dessen Höhe aus. Auch ein Hinweis auf "grosse Provisionsausfälle" genügt nicht, um einen Schaden darzutun. Letzterer Hinweis erfolgte zudem erst im Rahmen des Schlussvortrags und damit verspätet (Art. 229 ZPO). Der Beklagte irrt, wenn er vor diesem Hintergrund meint, "[z]ur richtigen und weiteren Sachverhaltsermittlung wären sämtliche Ausführungen des Beklagten, mithin auch diejenigen betreffend vernichtete Investitionen, zu würdigen gewesen und es hätten überdies die dazu offerierten Beweismittel abgenommen werden müssen" (act. 80 Rz. 48).

2.2.4.3 Der Beklagte moniert sodann, die Vorinstanz habe zu Unrecht ausgeführt, es habe eine nahtlose Weiterführung der Geschäfte der Gesellschaft zwischen ihm und C._____ sowie der Gesellschaft zwischen ihm und der Klägerin gegeben. Zwischen der Kündigung

der Zusammenarbeit Ende August 2017 bis zum Inkraft- treten der neuen Vereinbarung per Anfang März 2018 habe keine Vertragsbezie- hung bestanden. Daraus ergebe sich, dass das im Februar 2018 vermittelte Pro- jekt G._____ H._____ in die vertragsfreie Zeit falle, zumal der für die Provision re- levante psychologische Zusammenhang zwischen seinem Vermittlungsbeitrag (Maklertätigkeit) und dem Vertragsschluss bestehe. Der Zeitpunkt des Vertrags- schlusses sei nicht relevant. Die im Urteil zugesprochene Summe sei nicht ausge- wiesen und es brauche, wie er im Schlussvortrag ausgeführt habe, zwei verschie- dene Liquidationsverfahren, eines für die erste, das andere für die zweite einfache Gesellschaft (act. 80 Rz. 50 ff.). Der Beklagte tut nicht dar, sich im vorinstanzlichen Verfahren – im Rahmen der Klageantwort oder der Duplik und damit vor Aktenschluss – auf eine "vertragsfreie Zeit" berufen zu haben. Der pauschale Einwand des Beklagten ist aber ohnehin nicht zu hören: Die Vorinstanz hat sich eingehend mit der Frage, welche Projekte zu den Mitteln der einfachen Gesellschaft zwischen der Klägerin und dem Beklag- - 20 - ten gehören, befasst (act. 82 S. 18 f.). Zu diesen Projekten zählte sie insbeson- dere auch das Projekt G._____ H._____ und kam zum Schluss, Vertragspartei der G._____ AG seien die Klägerin und der Beklagte gemeinsam als einfache Ge- sellschafter gewesen und die erfolgte Provisionszahlung stehe ihnen folglich ge- meinsam zu (act. 82 S. 20 f.). Hiermit setzt sich der Beklagte nicht auseinander. Entsprechend vermag er die von der Vorinstanz zugesprochenen Abschlagszah- lung weder im Grundsatz noch in der Höhe in Frage zu stellen. 3.

E. 3

Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Gesellschaf- ter hätten erst nach Abschluss der Liquidation einen Anspruch auf anteilmässige Beteiligung am verbleibenden Gewinn. Abschlagszahlungen seien bei einer einfa- chen Gesellschaft grundsätzlich nicht möglich und vorliegend fehle es auch an li- quiden Verhältnissen. Das Liquidationsverfahren habe noch nicht begonnen, es bestehe keine Einigkeit über die Art der Teilung des mutmasslichen Liquidations- anteils und es seien auch nicht sämtliche externen und/oder internen Liquidati- onsschritte sofort durch Urkunden beweisbar oder zumindest klar abseh- und be- zifferbar. Ihm (dem Beklagten) stehe aufgrund eingebrachter Kunden- und Pro- jektdaten ein Anspruch auf angemessene Mehrbeteiligung am Geschäftsgewinn bzw. auf Entschädigung zu. Zudem halte die Klägerin ihrerseits Gewinnbeteili- gungsansprüche zurück, so dass ihrem Anspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstehe. Darüber hinaus stünden ihm Schadenersatzansprüche und Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu, welche er zur Verrech- nung stelle (act. 82 S. 7, 11).

E. 3.1

Schliesslich hält der Beklagten dafür, für den Fall, dass Abschlagszahlungen zu bezahlen seien, sei kein Verzugszins geschuldet. Im vorliegenden Verfahren sei die Prüfung der effektiven Höhe einzelner Ansprüche auf Gewinnverteilung nicht zugelassen (liquidationsrechtliche Durchsetzungssperre) und der definitive Betrag werde erst nach Abschluss der (äusseren und inneren) Liquidation festste- hen. Die von der Klägerin geltend gemachten Verzugszinse bezögen sich aber auf diese (zurzeit nicht bestimmbar) definitiven Provisions- bzw. Gewinnvertei- lungsansprüche, welche noch gar nicht bestünden und folglich auch nicht fällig seien. Es könnten deshalb keine Verzugszinsen zugesprochen werden (act. 80 Rz. 54). 3.2.1 Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit

nichts anderes vereinbart worden ist, Verzugszins zu fünf vom Hundert für das Jahr zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Verzugszinspflicht setzt damit einerseits die Fälligkeit der Forderung und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus. 3.2.2 Wie ausgeführt, hat die Klägerin gegenüber dem Beklagten einen Anspruch auf Ausrichtung von Abschlagszahlungen. Es besteht eine Verbindlichkeit, die eingefordert werden kann und entsprechend fällig ist (vgl. BSK OR I-WIDMER/LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 2). Dass die definitive Höhe des Liquidationsanteils erst mit Beendigung der Liquidation feststehen wird, ändert entgegen der Ansicht des Beklagten nichts.

- 21 - 3.2.3 Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis beansprucht (BGE 129 III 535 E. 3.2.2). Als Mahnung gelten z.B. die Zustellung des Zahlungsbefehls, des Schlichtungsbegehrens oder der Klageschrift (BSK OR I-WIDMER/LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 9). 3.2.4 Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Verzugszins in der gesetzlichen Höhe von 5% zugesprochen und für den Beginn des Zinsenlaufs auf den Tag nach Zustellung der Zahlungsbefehle (vgl. act. 82 Dispositiv-Ziffer 1, Spiegelstriche 1-6) bzw. der Replik (act. 82 Dispositiv-Ziffer 1, Spiegelstrich 7) abgestellt hat (act. 82 S. 52). 4. Nach dem Ausgeführten ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz vom 17. Januar 2024 zu bestätigen. V. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 218'296.75 ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 13'470.– festzusetzen (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind. Es wird erkannt:

E. 4

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Liquidation einer einfachen Gesellschaft habe im Grundsatz gesamthaft zu erfolgen und es könne in der Regel keine Vorab-Erledigung einzelner sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebender Ansprüche verlangt werden (Durchsetzungssperre). Dabei finde die äussere Liquidation (mit Auflösung aller Vertragsverhältnisse, Tilgung der Schulden und Realisierung der Aktiven) typischerweise vor der inneren Liquidation statt. Es sei jedoch möglich, hiervon abzuweichen. Darüber hinaus gelte auch für die einfache Gesellschaft die für die Kollektivgesellschaft in Art. 586 OR ausdrücklich aufgestellte Regel, wonach entbehrliche Gelder und Werte bereits vor der vollständigen Beendigung der äusseren Liquidation provisorisch auf Anrechnung an den endgültigen Liquidationsanteil des betreffenden Gesellschafters verteilt werden könn-

- 10 - ten (act. 82 S. 12 f.). Vorliegend habe die Klägerin dargetan, dass entbehrliche Mittel vorlägen, die zur vorläufigen Verteilung gelangen dürften (act. 82 S. 14 ff.). Sämtliche von der Klägerin behaupteten Provisionsansprüche im Umfang von insgesamt Fr. 490'443.52 bildeten Aktiven der einfachen Gesellschaft. Diese bestimmten im heutigen Zeitpunkt deren liquiden Mittel. Ferner sei mit weiteren Provisionen und Anwartschaften der einfachen Gesellschaft in Höhe von mindestens Fr. 230'000.– zu rechnen. Schulden gegenüber Dritten, welche im Rahmen der einstweilig für die Ermittlung der Abschlagszahlungen vorzunehmenden äusseren Liquidation zu berücksichtigen wären,

bestünden nicht. Weiter lägen keine entschädigungspflichtigen Auslagen und Sacheinlagen des Beklagten oder ein höherer Gewinnanspruch aufgrund von ihm eingebrachter Objekt- und Kundendaten vor, die im Rahmen einer vorläufigen inneren Liquidation zu berücksichtigen wären. Die im heutigen Zeitpunkt vorliegenden liquiden Mittel im Umfang von Fr. 490'443.50 seien entsprechend für die äussere Liquidation entbehrlich und könnten zur vorläufigen Verteilung an die Gesellschafter gelangen. Nach Massgabe der zwischen den Parteien vereinbarten Gewinnbeteiligung seien sie hälftig auf die Gesellschafter zu verteilen. An den auf die Klägerin entfallenden Anteil von Fr. 245'221.75 sei antragsgemäss die (gesamte) Provision von Fr. 26'925.– der L. _____ AG anzurechnen. Die vom Beklagten erhobene Einrede des nichterfüllten Vertrags scheitere bereits daran, dass kein synallagmatischer Vertrag vorliege, und Verrechnungsforderungen gegenüber der Klägerin habe er nicht darzutun vermocht. Der Beklagte sei folglich zu verpflichten, der Klägerin eine Abschlagszahlung in Höhe von Fr. 218'296.75 (Fr. 245'221.75 abzüglich Fr. 26'925.–) zu bezahlen, wobei festzuhalten sei, dass es sich bei der Abschlagszahlung um eine Akontozahlung handle, welche unter dem Vorbehalt der Schlussrechnung erfolge (act. 82 S. 10 ff., 51).

E. 5

In der Berufung rügt der Beklagte in erster Linie, die Vorinstanz habe die sog. liquidationsrechtliche Durchsetzungssperre missachtet und zu Unrecht gestützt auf eine analoge Anwendung der für die Kollektivgesellschaft geltenden Regelung von Art. 586 OR Abschlagszahlungen für zulässig erachtet (act. 80 Rz. 3, 10 ff.). Selbst bei grundsätzlicher Zulässigkeit von Abschlagszahlungen bei einfachen Gesellschaften wären im konkreten Fall sodann keine solchen

- 11 - geschuldet: Die Vorinstanz stütze sich auf ein falsches Verständnis der sog. liquiden Verhältnisse (act. 80 Rz. 3, 21 ff.), nehme keine genügende Risikoabschätzung vor (act. 80 Rz. 3, 26 ff.) und gehe überdies zu Unrecht von einer nahtlosen Weiterführung der Geschäfte der ersten einfachen Gesellschaft (zwischen ihm und C. _____) in der zweiten einfachen Gesellschaft (zwischen ihm und der Klägerin) aus (act. 80 Rz. 3, 50 ff.). Schliesslich wären zumindest keine Verzugszinse auf die Abschlagszahlungen geschuldet (act. 80 Rz. 3, 54 f.). Auf diese Rügen ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen. IV. 1.

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