

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.195/2006 /len

Urteil vom 12. Oktober 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien
A. _____,
Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter,
vertreten durch Rechtsanwalt Eric Stern,

gegen

B. _____,
Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt René Lenherr.

Gegenstand
Auflösung einer einfachen Gesellschaft,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 17. März 2006.

Sachverhalt:

A.

B. _____ (Klägerin) und A. _____ (Beklagter) lebten von 1980 bis anfangs 1995 im Konkubinat. Bis 1986 führte die Klägerin ein Restaurant. Der Beklagte betreibt seit 1982, zu Beginn zusammen mit einem Geschäftspartner, eine Aktiengesellschaft, die sich mit dem Handel von Motorfahrzeugen beschäftigt. Ab 1986 arbeitete auch die Klägerin in dieser Aktiengesellschaft. Nach Auflösung des Konkubinats verlangte die Klägerin eine Aufteilung der vorhandenen Vermögenswerte nach den Regeln der Liquidation einer einfachen Gesellschaft. Sie ging davon aus, unter den Parteien habe eine Innengesellschaft (stille Gesellschaft) bestanden, und klagte am 1. September 1995 vor Bezirksgericht Zürich auf deren Auflösung rückwirkend per 31. Dezember 1994, eventuell auf einen anderen frühestmöglichen Zeitpunkt, sowie auf Zuweisung des hälftigen Liquidationsanteils, den sie einstweilen auf Fr. 861'789.– bezifferte. Der Beklagte widersetzte sich der Klage und forderte widerklageweise die Rückzahlung rechtswidriger Barbezüge im Betrag von Fr. 155'000.– nebst Zins, welche die Klägerin am 15. März 1995 aufgrund einer Bankvollmacht von auf den Beklagten lautenden Konten getätigt hatte.

B.

Mit Urteil vom 30. April 1999 erklärte das Bezirksgericht die einfache Gesellschaft rückwirkend per 28. März 1995 für aufgelöst und hiess die Forderungsklage im Betrag von Fr. 713'474.50 sowie die Widerklage vollumfänglich gut. Gegen dieses Urteil ergriffen die Parteien kantonale Rechtsmittel. Nachdem das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 22. Januar 2001 einen ersten Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich aufgehoben hatte, wies dieses die Sache mit Beschluss vom 16. Mai 2001 an das Bezirksgericht zurück, während das Bundesgericht auf eine gegen diesen Zwischenentscheid erhobene Berufung nicht eintrat (Urteil des Bundesgerichts 4C.209/2001 vom 9. November 2001).

C.

Das Bezirksgericht fällte nach Ergänzung des Beweisverfahrens am 22. März 2005 erneut ein Urteil. Dieses fochten die Parteien wiederum mit kantonalen Berufung an, worauf das Obergericht am 17. März 2006 im Wesentlichen auf die Hauptklage, soweit sie Fr. 695'720.45 überschritt, nicht eintrat, sie im Umfang von Fr. 662'913.60 nebst Zins guthiess und die Widerklage abwies. Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien wiederum Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht, während der Beklagte zusätzlich eidgenössische Berufung einlegte. Das Kassationsgericht hiess die Beschwerde der Klägerin am 13. Dezember 2006 betreffend die Kostenverteilung im kantonalen Verfahren teilweise gut und wies das Verfahren diesbezüglich an das Obergericht zurück. Im Übrigen wies es sowohl die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten als auch jene der Klägerin ab. In der Berufung beantragt der Beklagte dem Bundesgericht, die Hauptklage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen. Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung und erhebt Anschlussberufung mit dem Begehren, den Beklagten, für den Fall, dass die Widerklage gutgeheissen würde, zur Zahlung von Fr. 695'720.45 nebst Zins zu verpflichten. Der Beklagte beantragt, auf die Anschlussberufung nicht einzutreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110; BGG) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Nach Art. 132 BGG ist dieses Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Da der angefochtene Entscheid vor dem 1. Januar 2007 erging, richtet sich das Verfahren noch nach dem Bundesgesetz über die Organisation des Bundesgerichts (Bundesrechtspflegegesetz [OG]).

1.1 Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder zu ergänzen sind (Art. 64 OG). Kritik an der Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren unzulässig (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

1.2 Das erste Urteil des Bezirksgerichts vom 30. April 1999 wurde zwar aufgehoben, der Rückweisungsentscheid vom 16. Mai 2001 beanstandete aber nur bestimmte Punkte, während in anderen Punkten die Beweiswürdigung des Bezirksgerichts ausdrücklich übernommen wurde. Der massgebliche Sachverhalt ergibt sich daher nicht nur aus dem angefochtenen Endentscheid, sondern auch aus dem vorangegangenen Rückweisungsentscheid. Da das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden ist, sind auch die Feststellungen des Kassationsgerichts zu beachten, soweit sie von denjenigen des Obergerichts abweichen oder über diese hinausgehen, sowie die Interpretation der Entscheide des Obergerichts durch das Kassationsgericht (Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, N. 4.2 zu Art. 57 OG).

2.

Das Obergericht geht davon aus, zwischen den Parteien habe eine einfache Gesellschaft bestanden.

2.1 Die einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Diese Verbindung kann auch stillschweigend erfolgen und sich aus dem Verhalten der Partner ergeben, wobei diesen nicht bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht. Ob und wenn ja ab wann dem Konkubinatsverhältnis der Parteien eine einfache Gesellschaft zugrunde gelegen hat, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft (BGE 108 II 204 E. 4 S. 208). Gebunden ist es dabei aber grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen, aufgrund derer die Vorinstanz das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft bejaht hat. Dies gilt namentlich bezüglich des tatsächlichen Willens der Parteien, welcher nach Art. 18 Abs. 1 OR für die Frage, ob eine vertragsmässige Bindung vorliegt, in erster Linie massgeblich ist. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist abzuklären, ob die Parteien unter Berücksichtigung der gesamten Umstände aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen durften und mussten, zwischen den Parteien liege eine einfache Gesellschaft vor. Während das Bundesgericht die objektivierte Auslegung des Parteiverhaltens als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 132

III 268 E. 2.3.2 S. 274 f., 626 E. 3.1 S. 632, je mit Hinweisen).

2.2 Der Beklagte legt im Einzelnen dar, dass eine Beteiligung der Klägerin gerade nicht gewollt war. Sonst hätte ihr ein Teil der Aktien der im Eigentum des Beklagten stehenden Gesellschaft übertragen werden können. Die kantonalen Instanzen haben zur Frage, ob eine Beteiligung der Klägerin von beiden Parteien gewollt war, ein ausgedehntes Beweisverfahren durchgeführt. Diese Beweiswürdigung kann das Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüfen (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85). Daher ist nicht weiter darauf einzugehen, ob die Beweiswürdigung des Obergerichts in sich schlüssig ist, oder welche Folgerungen aus einem zwischen den Parteien abgeschlossenen simulierten Darlehensvertrag in tatsächlicher Hinsicht zu ziehen sind. Da die kantonalen Instanzen den tatsächlichen Willen der Parteien, sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammenzuschliessen, aufgrund des Beweisergebnisses für erwiesen hielten, fällt auch die vom Beklagten gerügte Verletzung der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB ausser Betracht, welche Bestimmung immer an die Folgen der Beweislosigkeit anknüpft (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit Hinweisen). Im Berufungsverfahren kann das Bundesgericht nur prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf die getroffenen tatsächlichen Feststellungen zu Recht das Bestehen einer einfachen Gesellschaft bejahte.

2.3 Dabei ist zunächst der Einwand zu behandeln, das Zwischenurteil des Obergerichts leide an einem unauflösbaren Widerspruch, weil das Obergericht einerseits von einer einfachen stillen Gesellschaft zwischen den Parteien von 1980 bis anfangs 1995 ausgehe und andererseits im Zusammenhang mit der Würdigung einer Zeugenaussage festhalte, für die Zeit von 1980 bis 1986 (als die Klägerin noch ein Restaurant betrieb und nicht im Unternehmen des Beklagten arbeitete), könne das Bestehen einer gesellschaftsrechtlichen wirtschaftlichen Verbindung ohne Wirkung für die hier in Frage stehende Periode ohne weiteres bezweifelt werden.

2.3.1 Zwar kann das Bundesgericht die Ausführungen des Obergerichts in tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich nicht überprüfen. Lägen aber widersprüchliche Sachverhaltsfeststellungen vor, die es dem Bundesgericht verunmöglichten, die Streitsache zu beurteilen, wäre eine Rückweisung gestützt auf Art. 52 OG angebracht (BGE 110 II 132 E. 3d S. 135).

2.3.2 Das Obergericht hat im Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001 in E. III.4b S. 11 im Zusammenhang mit der Würdigung einer Zeugenaussage zwischen dem Zeitraum bis 1986, als die Klägerin noch das Restaurant führte, und dem Zeitraum danach unterschieden. Auf diese Stelle beruft sich der Beklagte mit Aktenhinweis. Entsprechende Ausführungen finden sich im Urteil des Obergerichts auch an anderer Stelle. Das Kassationsgericht hat aber in seinem Beschluss vom 22. Januar 2001 in E. II.2.2 festgehalten, das Obergericht gehe auch für die Zeit zwischen 1980 und 1986 vom Bestehen der einfachen Gesellschaft aus. Diese Interpretation ist für das Bundesgericht grundsätzlich massgebend (Poudret, a.a.O., N. 4.2 zu Art. 57 OG). Zudem nimmt der Beklagte in der Berufung selbst an, das Obergericht sei von einer einfachen beziehungsweise stillen Gesellschaft der Parteien von 1980 bis 1995 ausgegangen. Damit lässt er erkennen, dass auch er die kantonalen Instanzen trotz der missverständlichen Formulierung in diesem Sinne verstanden hat. Somit steht fest, von welcher Feststellung das Bundesgericht auszugehen hat, und ist eine Rückweisung nach Art. 52 OG nicht notwendig.

2.4 Zu prüfen bleibt, ob die Annahme des Obergerichts, zwischen den Parteien bestehe seit 1980 eine einfache Gesellschaft, bundesrechtskonform ist.

2.4.1 Beim Zusammenleben von zwei Personen muss in jedem einzelnen Fall näher geprüft werden, ob und inwieweit die konkreten Umstände die Anwendung der Regeln über die einfache Gesellschaft erlauben. Es sind Konkubinatsverhältnisse denkbar, in denen die Partner sich in jeder Beziehung eine derart starke Selbständigkeit bewahren, dass für die Annahme einer einfachen Gesellschaft kein Raum bleibt. Von der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln kann nur dort gesprochen werden, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten. Dies wird der Fall sein, wenn sich die Konkubinatspartner zu einer wirtschaftlichen Gemeinschaft mit gemeinsamer Kasse zusammenfinden, an die beide durch finanzielle Leistungen oder Haushaltarbeiten beitragen. Da auch blosser Gelegenheitsgesellschaften zulässig sind, darf bei einem auf längere Zeit angelegten Verhältnis wie dem Konkubinat nicht verlangt werden, dass alle Einkünfte zusammengelegt und daraus alle Auslagen bestritten werden (BGE 108 II 204 E. 4a S. 208 f.).

2.4.2 Das Obergericht schloss aus dem Verhalten der Parteien nach 1986, namentlich aus der Tatsache, dass der "Lohn" der Klägerin für die Arbeit im Unternehmen des Beklagten nicht nach deren Leistung, sondern mit Rücksicht auf das Unternehmen und sozialversicherungsrechtliche Aspekte festgesetzt wurde, darauf, die Parteien hätten die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck untergeordnet. Aus dem Zusammenwirken

der Parteien nach 1986 und den gesamten Umständen schloss das Obergericht sodann offensichtlich, dass zwischen den Parteien schon seit dem Beginn des Konkubinats 1980 der Wille bestand, den Partner am gesamten erwirtschafteten Vermögen zu beteiligen. In tatsächlicher Hinsicht kann das Bundesgericht diesen Schluss nicht überprüfen. Der Beklagte behauptet aber selbst nicht, die Klägerin habe den Erwerb aus dem Restaurant allein für sich beansprucht. Unter diesen Voraussetzungen ist es im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht davon ausging, die einfache Gesellschaft habe schon seit 1980 bestanden. Soweit der Beklagte sich in seinen Vorbringen nicht in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung der kantonalen Instanzen wendet, erweisen sich seine Rügen als unbegründet.

3.

Mit Bezug auf die vom Beklagten verlangte Rückerstattung der von der Klägerin abgezogenen Gelder hat diese Verrechnung erklärt. Während das Bezirksgericht der Auffassung war, einer derartigen Verrechnung stehe das Verrechnungsverbot von Art. 125 Ziff. 1 OR entgegen, weil die Klägerin die Vermögenswerte dem Beklagten widerrechtlich entzogen habe, erachtete das Obergericht die Verrechnung für zulässig.

3.1 Vor Bezirksgericht hatte sich die Klägerin darauf berufen, in einem Akt der erlaubten Selbsthilfe gehandelt zu haben, während sie vor Obergericht behauptete, aufgrund von Art. 535 OR sei sie zu den von ihr vorgenommenen Handlungen befugt gewesen. Das Obergericht hielt fest, damit nehme die Klägerin einen neuen Rechtsstandpunkt ein. Diesen Rechtsstandpunkt erachtete das Obergericht für zutreffend, weshalb die Verrechnung zulässig sei, auch wenn die Voraussetzungen für erlaubte Selbsthilfe offensichtlich nicht gegeben seien. Daher wies das Obergericht die Widerklage ab.

3.2 Ob die ursprünglich von der Klägerin selbst als "Akt der Selbsthilfe" bezeichnete Handlung eine zulässige Geschäftsführung der stillen Gesellschafterin für die Gesellschaft bedeuten kann, braucht nicht vertieft behandelt zu werden, da sich der angefochtene Entscheid im Ergebnis jedenfalls als bundesrechtskonform erweist. Die beiden in Art. 125 Ziff. 1 OR am Ende enthaltenen Verrechnungsverbote bei widerrechtlicher Entziehung und böswilliger Vorenthaltung sind zwei gesetzliche Beispiele eines Verrechnungsausschlusses aufgrund von Treu und Glauben (Aeppli, Zürcher Kommentar, N. 41 zu Art. 125 OR). Gemäss den Feststellungen des Obergerichts hat der Beklagte indes selbst zu Beginn des Jahres 1995 der einfachen Gesellschaft zuzurechnende Vermögenswerte von Fr. 211'000.– aus Gründen abdisponiert, die mit dem Gesellschaftszweck nichts zu tun haben. Zwar darf nicht nur der Rechtstreue sein Recht ausüben (Merz, Berner Kommentar, N. 582 ff. zu Art. 2 ZGB). Es entspricht aber nicht dem Zweck des in Art. 125 OR statuierten Verrechnungsverbotes, den Wettstreit der Parteien darüber zu entscheiden, welchem Gesellschafter mehr vom abdisponierten Gesellschaftsvermögen verbleiben soll, das dem Zugriff des anderen entzogen werden sollte. Mit

Blick auf den mit Art. 125 OR verfolgten Zweck ist es daher nicht zu beanstanden, dass das Obergericht das Verrechnungsverbot nicht zur Anwendung brachte, sondern beide Mitglieder der einfachen Gesellschaft gleich behandelte. Ob der Beklagte mit seinem vertragswidrigen Abdisponieren der Fr. 211'000.– die Handlung der Klägerin veranlasst hat und sich auch aus diesem Grunde missbräuchlich verhielte, wenn er sich auf das Verrechnungsverbot beruft (vgl. Merz, a.a.O., N. 557 f. Zu Art. 2 ZGB), sei dahingestellt.

4.

Damit erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Entsprechend wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Die Klägerin hat die Anschlussberufung ausdrücklich nur für den Fall erhoben, dass die Widerklage gutgeheissen würde. Da die Widerklage nicht gutgeheissen wird, entfällt an der Behandlung der Anschlussberufung das Rechtsschutzinteresse, weshalb nicht darauf einzutreten ist und offen bleiben kann, ob sie überhaupt zulässig wäre. Da die Klägerin mit der Anschlussberufung unnötigen Aufwand verursacht hat, hat sie einen Teil der Gerichtskosten zu übernehmen und steht ihr nur eine reduzierte Parteientschädigung zu (Art. 156 Abs. 1 und 6 sowie Art. 159 Abs. 2 und 5 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Auf die Anschlussberufung wird nicht eingetreten.

3.

Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 12'000.– wird mit Fr. 10'000.– dem Beklagten und mit Fr. 2'000.– der

Klägerin auferlegt.

4.

Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 9'500.– zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Oktober 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: