Urteilskopf

124 III 355

63. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. August 1998 i.S. B. und Kons. gegen J.A. und Kons. (Berufung)

Regeste (de):

Art. 38 Abs. 1 OR und Art. 543 Abs. 2 und 3 OR. Einfache Gesellschaft; Vertretung durch einen geschäftsführenden Gesellschafter.

Tragweite der gesetzlichen Vermutung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters, dem die Geschäftsführung überlassen ist (E. 4).

Voraussetzungen, unter denen Stillschweigen der Mitgesellschafter Genehmigung der Handlungen des geschäftsführenden Gesellschafters bedeutet (E. 5).

Regeste (fr):

Art. 38 al. 1 CO et art. 543 al. 2 et 3 CO. Société simple; représentation par un associé gérant.

Portée de la présomption légale du pouvoir de représentation d'un associé qui est chargé d'administrer (consid. 4).

Conditions auxquelles le silence des autres associés implique la ratification des actes de l'associé gérant (consid. 5).

Regesto (it):

Art. 38 cpv. 1 CO e art. 543 cpv. 2 e 3 CO. Società semplice; facoltà di rappresentanza di un socio gerente.

Portata della presunzione legale del potere di rappresentanza del socio cui è stata affidata l'amministrazione (consid. 4).

Circostanze nelle quali il silenzio degli altri soci vale quale ratifica degli atti del socio gerente (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 355

BGE 124 III 355 S. 355

A.- P. beabsichtigte, von der O. Immobilien AG, deren einziger Verwaltungsrat J.A. ist, die Parzellen 274 und 678 sowie vom Baugeschäft Gebrüder A. die Parzelle 803 an der Sennhofstrasse in Remetschwil käuflich zu erwerben und darauf zwei Doppeleinfamilienhäuser zu erstellen, wobei die Gebrüder A. die Hoch- und Tiefbauarbeiten übertragen erhalten sollten. Der von Notar U. im Entwurf redigierte Kaufvertrag kam dann jedoch nicht zustande, da es P. nicht gelang, die Finanzierung sicherzustellen. Am 26. Oktober 1993 fand eine Besprechung statt, deren Ergebnisse P. in einem vom 29. Oktober 1993 datierten und am 1. November 1993 von J.A. unterschriftlich bestätigten Schreiben wie folgt festhielt: - P. wurde das Recht eingeräumt, auf den fraglichen Parzellen zwei Doppeleinfamilienhäuser zu planen und dafür Käufer zu suchen. - Der an J.A. zu bezahlende Landpreis wurde auf Fr. 650.-- pro Quadratmeter festgelegt. - P. wurde das Recht eingeräumt, auf eigene Kosten und Verantwortung ein Baugesuch einzureichen; J.A. erklärte sich bereit, ein solches Gesuch als Grundeigentümer zu unterzeichnen. - P. übernahm es, die Verkaufsbemühungen an die Hand zu nehmen; dabei war vorgesehen, dass die Hauskäufer mit J.A. für den

BGE 124 III 355 S. 356

Landteil einen Kaufvertrag und mit P. einen Werkvertrag für das Haus abschliessen würden. - P. sollte die Parzellierung des Grundstücks in Auftrag geben. - Er verpflichtete sich, die Aushub- und Baumeisterarbeiten zu normalen Konkurrenzpreisen J.A. zu übertragen; dieser erklärte, keine weiteren Ansprüche aus der Realisierung des Projekts zu erheben. - P. verpflichtete sich, die Verkäuferschaft für die bereits er-stellte Treppenanlage mit Fr. 16'500.-- zu entschädigen. - Er stellte in Aussicht, bis Ende Dezember 1993 zwei Kaufabschlüsse für die Parzellen bzw. die Häuser zu tätigen und die beiden restlichen Häuser bis spätestens Ende März 1994 zu verkaufen, und verpflichtete sich, die zu diesem Zeitpunkt nicht durch Drittkäufer erworbenen Grundstücke zu den gleichen Bedingungen selbst zu übernehmen. - Als Notar war U., Baden, vorgesehen.
- P. erklärte, sämtliche Arbeiten und Leistungen auf sein eigenes Risiko zu erbringen; J.A. sollten keinerlei Kosten entstehen, es wäre denn, er würde die Projektierungsleistungen nachweisbar anderweitig verwenden. In der Folge schloss P. mit vier Interessenten Reservationsvereinbarungen für Einfamilienhäuser an der Sennhofstrasse in Remetschwil ab, nämlich im Dezember 1993 mit D.I. und R.I., im März 1994 mit T.S. und H.S. sowie im Juli 1994 mit B. und mit C.L. und M.L. Die Verkäuferschaft wurde in diesen Vereinbarungen wie folgt bezeichnet: "Baukonsortium Sennhofstrasse, Remetschwil, vertreten durch P., ..., Grundeigentümer J.A., Baugeschäft, ... und O. Immobilien AG, ... (J.A., ... und U., Notar, ...)". Als Anzahlung wurde jeweils ein Betrag von Fr. 25'000.-- vereinbart, der beim Abschluss des Kauf- und Werkvertrags voll an den Kaufpreis angerechnet werden sollte. Bei einem allfälligen Rücktritt der Käuferschaft sollten die Fr. 25'000.-- (beim Ehepaar S. Fr. 12'000.--) als Reuegeld dem Baukonsortium verfallen. Bei einem Rücktritt der Verkäuferschaft sollten die Käufer ihre Anzahlung zurückerstattet erhalten; zudem sollte unter solidarischer Haftbarkeit der Mitglieder des Baukonsortiums eine Reuegeldzahlung von Fr. 25'000.-- (beim Ehepaar S. Fr. 12'000.--) fällig werden. Unterzeichnet wurden die Vereinbarungen von den Kaufinteressenten und von P. "für die Verkäuferschaft".
Die Kaufinteressenten leisteten die Anzahlungen von je Fr. 25'000.--. Als die Häuser schliesslich nicht erstellt wurden, verlangten
BGE 124 III 355 S. 357

sie Rückerstattung ihrer Anzahlungen und Bezahlung der vereinbarten Reuegelder.
B.- Am 16. Oktober 1995 klagten die Kaufinteressenten ihre Forderungen beim Bezirksgericht Baden ein. Mit Urteil vom 24. Oktober 1996 hiess das Bezirksgericht die Klage teilweise gut und schützte die Forderungen auf Rückerstattung der Anzahlungen von je Fr. 25'000.-- nebst Zins. Auf Appellation der Beklagten hob das Obergericht des Kantons Aargau am 31. Oktober 1997 dieses Urteil auf und wies die Klage ab.
C.- Das Bundesgericht heisst die Berufung der Kläger teilweise gut, hebt das obergerichtliche Urteil auf und weist die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.
Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. bis 3.- (Aufgrund der im Schreiben vom 29. Oktober 1993 festgehaltenen Vereinbarung ist davon auszugehen, dass zwischen P. und den Beklagten eine einfache Gesellschaft bestand mit dem Zweck, gemeinsam den Abschluss von Kauf- und Werkverträgen über die geplanten vier Einfamilienhäuser zu erreichen. Damit stellt sich die Frage, ob die Beklagten für die Schulden aus den von P. mit den Klägern geschlossenen Reservationsvereinbarungen nach Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch mithaften. P. hat beim Abschluss der Reservationsvereinbarungen auch im Namen der Beklagten gehandelt. Doch war er zu deren Vertretung ermächtigt? Oder haben die Beklagten den Abschluss der Reservationsvereinbarungen nachträglich genehmigt?)
4. Die Kläger leiten die Ermächtigung P.s, die Reservationsvereinbarungen mit ihnen auch im Namen der Beklagten abzuschliessen, in erster Linie aus Art. 543 Abs. 3 OR ab. Die Tragweite der gesetzlichen Vermutung, die diese Vorschrift zugunsten der Vertretungsmacht eines geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters aufstellt, ist umstritten. Nach der herrschenden Lehre, der sich das Bundesgericht - wenn auch bloss obiter dictu - in zwei neueren Entscheiden angeschlossen hat (BGE 118 II 313 E. 3b S. 318; BGE 116 II 707 E. 1b S. 709; vgl. allerdings auch die Kritik von Bär in ZBJV 128/1992, S. 241 f.), ist die Vermutung gegenüber gutgläubigen Dritten unwiderlegbar (TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl. 1995, S. 695 Rz. 5703; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 26 zu Art. 543 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 1998, S. 266 Rz. 61; VON STEIGER, Gesellschaftsrecht,
BGE 124 III 355 S. 358

in: Schweizerisches Privatrecht, Basel, Bd. VIII/1, S. 433; PATRY, Précis de droit suisse des

sociétés, Bd. I, S. 250 f.). Andere Autoren wollen ihr dagegen lediglich die Bedeutung einer Umkehr der Beweislast beimessen (GUHL/KUMMER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. 1991, S. 592 f.; HIRSCH, La société simple et les tiers, in: FS Deschenaux 1977, S. 411 ff., insbes. 415 f.; SIEGWART, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 543 OR; BECKER, Berner Kommentar, N. 5 zu Art. 543 OR; ebenso Kantonsgericht Wallis in ZWR 1973, S. 350).
a) Auf die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 543 Abs. 3 OR kann sich einerseits der handelnde Geschäftsführer gegenüber seinen Mitgesellschaftern, anderseits aber auch der Dritte berufen (SIEGWART, a.a.O., N. 10 zu Art. 543 OR). Diese beiden Anwendungsfälle gilt es auseinander zu halten. Das Schutzbedürfnis ist verschieden. Im internen Verhältnis zu den Mitgesellschaftern geht es darum, den handelnden Gesellschafter in seinem Vertrauen darauf zu schützen, dass ihm die Mitgesellschafter in dem Umfange, in dem sie ihm die Geschäftsführung überlassen, auch die entsprechende Vertretungsbefugnis zugestehen. Die massgebende, die gesetzliche Vermutung rechtfertigende Vertrauensgrundlage ist insoweit deshalb in den - ausdrücklichen oder stillschweigenden - internen Abmachungen über die Geschäftsführung (vgl. Art. 535 OR) zu sehen. Im Verhältnis zu Dritten soll Art. 543 Abs. 3 OR dagegen deren Vertrauen darauf schützen, dass ein Gesellschafter, dem die Geschäftsführung überlassen ist, auch mit der entsprechenden Vertretungsmacht ausgestattet ist (vgl. VON STEIGER, a.a.O., S. 432). Hier ist als Vertrauensgrundlage weder ausreichend noch notwendig, dass dem handelnden Gesellschafter gesellschaftsintern die Geschäftsführung hinsichtlich der fraglichen Handlungen tatsächlich zusteht. Entscheidend ist vielmehr, auf welche Geschäftsführungsbefugnis der aussenstehende Dritte aufgrund des Verhaltens der Beteiligten nach Treu und Glauben schliessen durfte und musste. Da nach Art. 535 Abs. 1 OR die Geschäftsführung, soweit nichts anderes vereinbart oder beschlossen ist, allen Gesellschaftern zusteht, genügt es, wenn die Beteiligten gegen aussen hin - ausdrücklich oder stillschweigend - das Bestehen einer einfachen Gesellschaft kundtun, ohne den Geschäftspartnern Anhaltspunkte dafür zu geben, dass die Geschäftsführungsbefugnis bestimmter Gesellschafter beschränkt oder ausgeschlossen wäre. Nur ein von den Beteiligten nach aussen hin kundgegebenes Gesellschaftsverhältnis, aus dem die Geschäftspartner in guten Treuen die Geschäftsführungsbefugnis der handelnden
BGE 124 III 355 S. 359

Person ableiten können, vermag schutzwürdiges Vertrauen in deren Vertretungsmacht zu begründen (vgl. PATRY, a.a.O., S. 204; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, a.a.O., N. 24 zu Art. 544 OR; siehe auch BGE 81 II 520 E. 2 S. 524 f.). Ist solches Vertrauen aber gegeben, dann können sich die Gesellschafter der Vertretungswirkung nicht dadurch entziehen, dass sie die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR "umstossen", indem sie nachweisen, dass es aufgrund ihrer internen Abmachungen an der Vertretungsmacht fehlte. Insoweit bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung gegenüber gutgläubigen Dritten unwiderlegbar ist (BGE 118 II 313 E. 3b S. 318; 116 II 707 E. 1b S. 709); eine blosse Umkehr der Beweislast vermöchte Dritte, die sich in guten Treuen auf die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters verlassen haben, nur ungenügend zu schützen (TERCIER, a.a.O., S. 696 Rz. 5707; PATRY, a.a.O., S. 250; vgl. auch HIRSCH, a.a.O., S. 413 f.). Konnte der aussenstehende Geschäftspartner aufgrund des Verhaltens der Gesellschafter nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der für die Gesellschaft auftretende Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist, so ist den Mitgesellschaftern im Übrigen auch der Einwand verwehrt, der sich als Vertreter ausgebende Gesellschafter sei in Wirklichkeit gar nicht geschäftsführungsberechtigt gewesen. Fehlt es hingegen an einem berechtigten Vertrauen des Dritten in das Bestehen einer einfachen Gesellschaft mit entsprechender Geschäftsführungsbefugnis der Beteiligten, so gelangt Art. 543 Abs. 3 OR gar nicht zur Anwendung. Der Dritte kann sich diesfalls nicht auf die gesetzliche Vermutung der Vertretungsmacht stützen (PATRY, a.a.O., S. 250; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, a.a.O.; ebenso Cour de justice des Kantons Genf in SJ 1982, S. 254; TERCIER, a.a.O, S. 695 Rz. 5705; vgl. auch BECKER, Berner Kommentar, N. 5 zu Art. 543 OR; anders MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 267 Rz. 61, die anzunehmen scheinen, gegenüber bösgläubigen Dritten sei die Vermutung zwar grundsätzlich ebenfalls anwendbar, aber widerlegbar), so dass die Vertretungswirkung nach den allgemeinen Regeln nur eintritt, wenn der Dritte nachzuweisen vermag, dass die Handlungen des für die Gesellschaft auftretenden Gesellschafters entweder - entgegen dem äusseren Anschein - doch auf einer internen Ermächtigung der übrigen Gesellschafter beruhten (Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 543 Abs. 2 OR) oder aber von diesen nachträglich genehmigt worden sind (Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 543 Abs. 2 OR).
BGE 124 III 355 S. 360

b) Im vorliegenden Fall ist somit entscheidend, ob die Kläger, als sie die Reservationsvereinbarungen schlossen, aufgrund des Verhaltens der Beklagten in guten Treuen davon ausgehen durften, P. und

die Beklagten seien in einer einfachen Gesellschaft verbunden, in deren Rahmen P. zur Geschäftsführung befugt sei. Dass ein solches Gesellschaftsverhältnis tatsächlich bestand (E. 1 hievor), reicht dazu nicht aus. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Beklagten gegenüber den einzelnen Klägern eine entsprechende Vertrauensgrundlage geschaffen haben, die eine Anwendung der gesetzlichen Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR zu rechtfertigen vermag. Wie es sich damit verhält, lässt sich gestützt auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht beurteilen. Die Vorinstanz hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob und wieweit es vor dem Abschluss der Reservationsvereinbarungen zwischen den Beklagten und den einzelnen Klägern überhaupt zu Kontakten gekommen war, die geeignet waren, schutzwürdiges Vertrauen in das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses mit entsprechender Geschäftsführungsbefugnis P.s zu begründen. Insoweit erweist sich der vom Obergericht festgestellte Sachverhalt als unvollständig. Die Streitsache ist deshalb zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Bei der erneuten Beurteilung wird zu berücksichtigen sein, dass als Grundlage für berechtigtes Vertrauen in die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters nicht jeder noch so vage Anhaltspunkt genügt. Das Verhalten der Beteiligten muss vielmehr mit hinreichender Klarheit darauf hindeuten, dass zwischen ihnen eine Gesellschaft besteht, als deren Geschäftsführer derjenige von ihnen, der das Geschäft mit dem Dritten schliesst, zu handeln befugt ist. Lässt das Verhalten der Beteiligten hingegen keinen genügend klaren Schluss zu, so liegt es am Dritten, sich über die Vertretungsmacht der handelnden Person näher zu erkundigen (vgl. SIEGWART, a.a.O., N. 11 zu Art. 543 OR; HIRSCH, a.a.O., S. 469).
5. Soweit sich ergeben sollte, dass die einzelnen Kläger dem Verhalten der Beklagten keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses mit P. entnehmen konnten, bleiben sie auf die Regeln des allgemeinen Stellvertretungsrechts verwiesen (Art. 32 ff. in Verbindung mit Art. 543 Abs. 2 OR). Dass P. von den Beklagten tatsächlich bevollmächtigt worden wäre, die Reservationsvereinbarungen abzuschliessen (Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 OR), behaupten die Kläger selbst nicht; es steht denn
BGE 124 III 355 S. 361

auch fest, dass die Beklagten bis zum 20. August 1994 gar keine Kenntnis von den Reservationsvereinbarungen hatten. Unter diesen Umständen kann sich lediglich die Frage stellen, ob die Beklagten - wie die Kläger behaupten - den Abschluss der Reservationsvereinbarungen nachträglich genehmigt haben. a) Das Obergericht hält im angefochtenen Urteil zutreffend fest, dass Stillschweigen nur dann Genehmigung bedeutet, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war (ZÄCH, Berner Kommentar, N. 55 zu Art. 38 OR; vgl. auch VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, S. 164). Voraussetzung ist, dass der Geschäftspartner in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen, und dessen Stillschweigen daher nach Treu und Glauben als Zustimmung auffassen durfte (vgl. BGE 93 II 302 E. 4 und 5 S. 307 ff.). Nicht zu folgen ist dem Obergericht hingegen insoweit, als es eine Genehmigung durch Stillschweigen generell ausschliessen will, wenn das Geschäft sich bereits in Abwicklung befindet oder bereits abgewickelt ist. Die Vorinstanz stützt ihre Ansicht auf BGE 95 II 221 (E. 1 S. 225) und auf den Kommentator ZÄCH (a.a.O., N. 54 zu Art. 38 OR). Im zitierten Bundesgerichtsentscheid ging es um die Beurteilung des Verhaltens eines Hoteleigentümers, der, als er seine Liegenschaft besichtigte, feststellte, dass Bauarbeiter damit beschäftigt waren, die Zufahrt und den Parkplatz auszubauen und mit einem Teerbelag zu versehen. Das Bundesgericht lehnte es ab, das Stillschweigen des Eigentümers als Genehmigung der vom Pächter veranlassten Bauarbeiten auszulegen, weil ein Widerspruch aufgrund der besonderen Umstände als sinnlos erscheinen musste. Denn die Bauarbeiten waren beinahe abgeschlossen und nicht mehr rückgängig zu machen, und sie mussten beendigt werden, da die Anlage ohne den damals noch fehlenden Teerbelag nicht hätte benutzt werden können. Der Entscheid ist aus den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falles zu verstehen. Er darf nicht dahin verallgemeinert werden, dass ein Widerspruch, sobald sich das Geschäft in Abwicklung befindet, stets sinnlos wäre, mit der Folge, dass eine stillschweigende Genehmigung zum vornherein nicht mehr in Betracht käme. Ein derartiger Schluss wird übrigens auch in der vom Obergericht zitierten Kommentarstelle nicht gezogen. b) Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatten die Beklagten seit 20. August 1994 Kenntnis vom Abschluss der Reservations-vereinbarungen durch P. Ab diesem Zeitpunkt wäre es ihnen zwar
BGE 124 III 355 S. 362

grundsätzlich möglich und auch zumutbar gewesen, Widerspruch dagegen zu erheben, dass P. die Vereinbarungen nicht nur in seinem, sondern auch in ihrem Namen abgeschlossen hatte. Auf der anderen Seite hätten aber auch die Kläger - sollte sich herausstellen, dass sie sich nach Treu und

Glauben nicht auf eine aus einem Gesellschaftsverhältnis fliessende Vertretungsmacht P.s verlassen durften (E. 4 hievor) - Anlass gehabt, sich darüber zu vergewissern, ob die Beklagten überhaupt Kenntnis von den Reservationsvereinbarungen und dazu ihr Einverständnis gegeben hatten. Die Kläger durften deshalb in guten Treuen daraus, dass sich die Beklagten bis anfangs Oktober 1994 nicht hatten verlau-ten lassen, nicht einfach eine stillschweigende Genehmigung ableiten. Als entscheidend erweist sich somit die Besprechung vom 13. Oktober 1994. In ihrer Einladung zu dieser Besprechung hat die Beklagte 3 auf Differenzen mit P. hingewiesen. Dies durften und mussten die Kläger dahin verstehen, dass die Beklagten an der angekündigten Besprechung zu den Handlungen P.s näher Stellung nehmen wollten. Am 13. Oktober 1994 wurde denn offenbar auch über die Anzahlungen gesprochen, welche die Kläger gestützt auf die Reservationsvereinbarungen geleistet hatten. Bei dieser Gelegenheit hätten die Beklagten ihrem Einbezug in die Reservationsvereinbarungen widersprechen können und müssen. Darüber, ob damals ein solcher Widerspruch erfolgt ist, sind die Parteien uneins, und das Obergericht hat die Frage offen gelassen. Auch in diesem Punkt sind die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil unvollständig. Das muss wiederum zur Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz führen (Art. 64 Abs. 1 OG).