



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

**Seminar Rechtsfragen
rund um die ARGE im Bau**
Mittwoch, 30. September 2015

ARGE **vor Gericht**

Prof. Dr. iur. Alexander Brunner
Titularprofessor für Handels- und Konsumrecht sowie
Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen
Oberrichter am Handelsgericht Zürich

Inhaltsübersicht

1. Grundlagen
2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess
3. ARGE vor Gericht im Passivprozess
4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall
5. Praxishinweise



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

1. Grundlagen

Überlegungen zum Thema ARGE vor Gericht anhand von Praxisfällen

Fall

HG100287, Urteil vom 21. Januar 2013

Herleitung der e.G. Gewinnteilung (OR 532 f.).

Fall

BGer. 4C.214/2003, Urteil vom 21. November 2003, in Bestätigung des HG-Urteils in HG010218 vom 9. Mai 2003. Zum Begriff der einfachen Gesellschaft, Abgrenzung zum zweiseitigen Vertrag

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

1. Grundlagen

==> 4C.214/2003, *Erw. 3.1*: "Die Beklagte verkennt, dass der Zweck der einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR nur insoweit gemeinsam ist, als sämtliche Beteiligten dasselbe Ziel mit gemeinsamen Mitteln verfolgen. Die Vorteile, welche die einzelnen Mitgesellschafter für sich selbst darüber hinaus anstreben, sind vom Gesellschaftszweck nicht mehr umfasst (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, § 1 N 50 f.; vgl. auch Engel, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., S. 701). ... In jedem Fall ist aber der Wille der Parteien erforderlich, die zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks notwendigen Mittel aufzubringen. Fehlt es daran und wird insbesondere die Verlustbeteiligung ausgeschlossen, sind von vornherein Zweifel angebracht, ob ein gemeinsamer Zweck und damit eine einfache Gesellschaft vorliegt (Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 62 N 25 S. 682)."



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

Fall

**HG960163 / HG000129 - Urteil am 14. März 2001, bestätigt durch
BGer. am 30. Oktober 2001, 4C.138/2001 -**

OR 543 Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten

Aktivlegitimation einer einfachen Gesellschaft hinsichtlich vertraglicher Ansprüche, wenn einer der Gesellschafter den Vertrag im eigenen Namen schloss.

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

==> Handelt ein Gesellschafter im eigenen Namen, begründet sein Handeln nach Art. 543 Abs. 1 OR keine unmittelbare Wirkung für die übrigen Gesellschafter, auch wenn er für deren Rechnung tätig wird. Diesfalls liegt indirekte Stellvertretung vor, wobei die Wirkungen der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur beim Handelnden eintreten. Dies gilt selbst dann, wenn der Dritte wusste oder wissen musste, dass für Rechnung der Gesellschaft gehandelt wurde. Rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtungen und Berechtigungen können grundsätzlich nur auf dem Wege der Schuldübernahme nach Art. 181 ff. OR bzw. der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR auf die übrigen Gesellschafter übertragen bzw. erstreckt werden, es sei denn, aufgrund eines bestehenden Auftragsverhältnisses finde eine Legalzession gemäss Art. 401 OR statt (Ziffer V.2.c).



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

Fall

HG960184 Entscheid vom 22. November 1999

OR 544 Wirkung der Vertretung

Bei Weigerung eines Gesellschafters an einer gesellschaftlichen Handlung einer einfachen Gesellschaft teilzunehmen, kann der andere, auf Zustimmung zu dieser Handlung klagen.

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

==> Bei der Doppelvertretung vertritt der Vertreter sowohl die eine wie auch die andere Vertragspartei. Der Vertrag soll zwischen zwei Personen zustande kommen. Der Vertreter vertritt dabei beide Vertragsparteien. Er sitzt mit sich alleine am Tisch, setzt den Vertrag auf und unterschreibt ihn für beide Parteien, ohne dass er auf irgendwer Rücksicht nehmen müsste. Von Selbstkontrahieren wird hingegen gesprochen, wenn jemand im Namen eines Vertretenen mit sich einen Vertrag abschliesst. Der Vertreter soll hier selber Partei eines Vertrages werden. Solch autistische Veranstaltungen sind beliebt, da kein anderer stört. Nichtigkeit der Doppelvertretung im vorliegenden Fall bejaht.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

Fall

HG980495, Urteil vom 9. März 2000:

Art. 544 Abs. 1 OR Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand, sofern Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht.

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

==> Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die einfache Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages (Art. 544 Abs. 1 OR). Sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen ist, handelt es sich dabei um eine Berechtigung zur gesamten Hand im Sinne von Art. 652 ZGB: Das Recht jeden einzelnen Gesellschafters geht auf die ganze Sache bzw. Forderung. Das Bestehen von Gesamteigentum am Gesellschaftsvermögen bedeutet in prozessrechtlicher Hinsicht, dass die Gesellschafter ihre Rechte an demselben nur als notwendige Streitgenossen geltend machen können. Falls ein Gesellschafter seine Mitbeteiligung am Prozess verweigert, was die Durchsetzung der Ansprüche vereiteln würde, muss vorab seine Zustimmung richterlich beigebracht werden.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

2. ARGE vor Gericht im Aktivprozess

Fall

HG090094, Urteil vom 16. Mai 2011

OR 545 OR. Beendigung der einfachen Gesellschaft.

Kein Anspruch auf separate Geltendmachung einzelner Ansprüche im Liquidationsstadium.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

Übersicht zu 3.

- 3.1 Echte ARGE im Passivprozess
- 3.2 Unechte ARGE im Passivprozess
 - 3.2.1 Einfache Streitgenossenschaft
 - 3.2.2 Totalunternehmer und Subunternehmer
 - 3.2.3 Streitverkündung und Nebenintervention



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.1 Echte ARGE im Passivprozess

Fall

HG110019 Klägerin gg ARGE (1-2) betr Forderung (> 3'500'000.-)

Problem: Zwei Werkverträge mit der ARGE: a) Gesamtüberbauung, und b) Mieterausbauten; strittige Mehrkosten v.a. wegen der Mieterausbauten (Mieter sollen zahlen, nicht die ARGE (1-2)).

Prozess-Entscheid: Vergleich. Klagereduktion 700'000.- und Anerkennung der ARGE (1-2) solidarisch. Vorbehalt der normalen Werkgarantien.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.1 Echte ARGE im Passivprozess

Fall

HG050407 Kläger gg ARGE 1-11 betr. Forderung (> 4'000'000.-)

Problem:). Beklagte 1 federführend; Beklagte 2-11 ARGE-Mitglieder; Strittig ist Auslegung eines Architektenvertrags mit der Auflage, dass das Projekt gemäss diesem Vertrag durchgeführt und gebaut werden soll. Prozess-Entscheid: Kein Vergleich; Urteil (Abweisung der Klage).

Rechtsbegehren: Es seien die Beklagte 1-11 solidarisch zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen: 4'000'000.-

Haupt-Erwägung: Architekt ist Beauftragter. Der Auftraggeber (ARGE 1-11) kann als Auftraggeber nicht gezwungen werden, ein Projekt zu verwirklichen. Im übrigen äusserst komplexer Fall.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.2 Unechte ARGE im Passivprozess

3.2.1 Einfache Streitgenossenschaft

Fall

HG110002 Kläger gg 4 einfache Streitgenossen betr Forderung (ca. 30'000.-)

Problem: Vertretung und Koordination der vier Streitgenossen gegenüber Kläger

Prozess-Entscheid: Vergleich 17'300.- (davon tragen 1: 15'300; 2: 1'000.-; und 3: 1'000.-; im übrigen voller Rückzug der Klage)

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.2 Unechte ARGE im Passivprozess

3.2.1 Einfache Streitgenossenschaft

==> Mängelrügen an wen?

Lösung: an jeden der Beklagten (Gipser, Lieferant, Architekt)

Mängelrügen formal korrekt zu erheben.

Prozessuales Problem:

Wenn Kl. nicht genau weiss, wie die Beklagten untereinander rechtlich verfasst sind - das müsste vorher bei den Vertragsabschlüssen geklärt sein ! -, dann evtl. auch:

Eventualbegehren des Klägers gegen die Beklagten:

Eventualklagen gegen einzelne Mitglieder der einfachen Streitgenossen



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.2 Unechte ARGE im Passivprozess

3.2.1 Einfache Streitgenossenschaft

Fall

HG080192 Kläger gg 4 Streitgenossen betr Forderung ca. 3'500'000.-

Problem: Pauschalpreis für alle Baumeisterarbeiten mit ausdrücklichen Ausnahmen zu diesen Baumeisterarbeiten. Strittig waren die Ausnahmen bestimmter Arbeiten, die zu einer Erhöhung des Pauschalpreises geführt haben.

Prozess-Entscheid: Vergleich: 925'000.- (Bkl. 3-4) unter Rückzug Klage gegen übrige Streitgenossen (Bkl. 1-2)

Frage der weiteren Arbeiten und Problem des Vertragsschlusses für die Ausnahmen, dazu Text des Exposés:

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

==> "Gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Parteien fand am 25. April 2005 das Vergabegespräch statt, woran seitens der Beklagten A, B und C sowie seitens der Klägerin X teilnahmen. Während die Beklagten eine Einigung über Preis und Vertragsinhalt (wie im Werkvertrag vom Mai 2005 festgeschrieben) bereits anlässlich dieses Vergabegesprächs behaupten, erfolgte gemäss der Klägerin die mündliche Auftragserteilung für die pauschal offerierten Baumeisterarbeiten auf Grundlage der klägerischen Pauschalofferte vom April 2005 und den anlässlich des Vergabegesprächs und eines Telefongesprächs zwischen A und X vom Folgetag bereinigten Verhandlungspunkte erst anlässlich des besagten Telefongesprächs. -- Einen tatsächlichen Konsens dieses Inhalts hat die Klägerin zu beweisen, da – wie sogleich darzulegen ist – eine objektive Vertragsauslegung grundsätzlich zum Ergebnis führt, dass zwischen den Parteien der Inhalt des schriftlichen Werkvertrags vom Mai 2005 massgeblich ist, und die einen vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden wirklichen Willen behauptende Partei die Behauptungs- und Beweislast für entsprechende Indizien trifft; beim wirklichen Willen einer Person handelt es sich um eine innere Tatsache, welche nicht direkt belegt werden kann (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 11 f.; BGE 121 III 123 E. 4b)."



3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.2 Unechte ARGE im Passivprozess

3.2.2 Totalunternehmer und Subunternehmer

Fall

HG110022 Kläger gg 2 Beklagte betr Forderung / Nachbesserung

Problem: Beide Beklagten sind nicht Gesellschafter einer ARGE, sondern haben das Gemeinschafts-Projekt als TU (Totalunternehmer = Bkl. 1) und als Subunternehmer = Beklagte 2) ausgeführt. Undichtigkeit der Baute in grossem Ausmass.

Prozess-Entscheid: Vergleich. Beide Beklagte verpflichten sich solidarisch zu Zahlung von 205'000.-, d.h. je 102'500.-, Rückzug der Klage, Saldo erga omnes.

Rechtsbegehren: Nachbesserung durch den Totalunternehmer und/oder den Subunternehmer, mit zahlreichen Sub-Sub-Begehren (u.a. Realerfüllung, Nachbesserung durch Dritten, Zahlung von Schadenersatz).



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. ARGE vor Gericht im Passivprozess

3.2 Unechte ARGE im Passivprozess

3.2.3 Streitverkündung und Nebenintervention

Fall

HG040136 Kläger gg Beklagte betr Forderung

Problem: Kläger (Unternehmer) offeriert und führt Gipser-Arbeiten aus. Keine ARGE, sondern Verantwortung der Beklagten (Bestellerin) mit vier Unternehmen, die ebenfalls am Projekt arbeiten. Beklagte verkündet diesen den Streit. Teilweise Nebenintervention als Folge.

*Prozess-Entscheid: Vergleich. Klagereduktion von 175'000.- auf 158'000.-;
Tragung durch Beklagte: 127'000.- durch Nebenintervenient 1: 39'000.-
und durch Nebenintervenient 4: 6'000.-*



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

Fall

HG920323 Urteil vom 5. November 1993.

OR 530 ff. Einfache Gesellschaft

Tritt eine **einfache Gesellschaft ins Liquidationsstadium** und kommt es zum Prozess, so muss eine Liquidationsrechnung aufgestellt werden, worauf ein allfälliger Liquidationssaldo eingeklagt werden kann. Der Prozess muss alle Gesellschafter umfassen. Das isolierte Einklagen lediglich einzelner Ansprüche geht nicht an; es führt zur Klageabweisung. Vgl. dazu auch: Zum Problembereich **Ansprüche unter den Gesellschaftern nach Auflösung** und Liquidation bzw. Erfordernis einer Liquidationsbilanz vgl. 4C.416/2005, Urteil vom 24. Februar 2006.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

Fall

**HG040456/U1, Teilurteil vom 20. Dezember 2007, bestätigt durch
BGer 4A_70/2008 am 12. August 2009**

OR 545 ff.i,V.m. Art. 579 f. OR. Art. 538 Abs. 2 OR. Finanzielle
Auseinandersetzung bei der Auflösung der einfachen Gesellschaft.
Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung der Gesellschafterpflichten.

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

==>

Die Art. 579 f. OR sind sinngemäss anwendbar auf die finanzielle Auseinandersetzung bei der Auflösung der einfachen Gesellschaft (Erw. 8.2.5.3.). Die Auseinandersetzung bzw. die Festsetzung der Abfindungssumme im Sinne von Art. 580 OR hat aufgrund einer Abfindungsbilanz zu erfolgen. Bei der Fortführung oder Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter ist die Abfindungsbilanz zu Fortführungs- und nicht zu Liquidationswerten zu erstellen (Erw. 8.2.2. und 8.2.5.4.f.). Die Bewertung der Aktiven und Passiven in der Abfindungsbilanz hat nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Eröffnungsbilanz zu erfolgen (Erw. 8.2.5.11.).

==>



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

==>

Erfüllt ein Gesellschafter seine Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag nicht, so haftet er den übrigen Gesellschaftern für den daraus entstandenen Schaden, einschliesslich entgangenen Gewinn (Art. 538 Abs. 2 OR). Bei der Berechnung des Schadens bzw. des entgangenen Gewinns muss der tatsächliche dem hypothetischen Vermögensstand im gleichen Zeitpunkt gegenübergestellt werden (Erw. 9.3.1.2.f.).



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

Fall

HG090068, Urteil vom 13. Mai 2011

OR 540 und OR 541

Einsicht in die Geschäftsangelegenheiten (OR 541).

Rechtsschutzinteresse. Rechenschaft nach OR 540. Ernennung eines Liquidators. Anteil am Liquidationsüberschuss. Rechtskräftig.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

4. ARGE vor Gericht im internen Streitfall

Fall

HG090138, Urteil vom 21. Februar 2012

OR 548 Liquidation

Klage auf Ausrichtung eines Liquidationsanteiles. Selbst wenn ein Auflösungsgrund besteht, muss zuerst die **äussere Liquidation** erledigt sein



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

5. Praxishinweise

Sorgfältige Vertrags-Redaktion bei Gemeinschaftsprojekten

Klarheit auf Seiten der klagenden ARGE im Bau

Insbesondere klare Verhältnisse mit Bezug auf die Stellvertretung

Klarheit auf Seiten der beklagten ARGE im Bau

Insbesondere klare Verteilung der Verantwortlichkeiten im Innenverhältnis

Klare Regelung der Beteiligungen im Hinblick auf die Auflösung der ARGE



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Anhang - Literaturhinweise (Auswahl)

- BERGSMA, PETER**, Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Bern 1990
- FELLMANN, WALTER / MÜLLER, KARIN**, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544, 2. Aufl., Bern 2006
- FREI, ALEXANDER**, Societas leonina: zwingende Ergebnisbeteiligung und gemeinsamer Zweck in der einfachen Gesellschaft, Basel 2002
- FURRER, MARTIN**, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Zürich 1996
- HANDSCHIN, LUKAS / VONZUN, RETO**, Die einfache Gesellschaft: Art. 530-551 OR, 4. völlig neu bearb. Aufl. Zürich 2009
- HOCH, PATRICK M.**, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Zürich 2000
- MÜNCH, PETER**, Schweizer Vertragshandbuch : Musterverträge für die Praxis, 2., überarb. und erw. Auflage, Basel 2010 (XXVI, 2347 S. + 1 CD-ROM)
- REICHMUTH PFAMMATTER, ALICE**, Vertretung und Haftung in der einfachen Gesellschaft, St. Gallen, 2002
- SCHÜTZ, JÜRIG GIAN**, Personengesellschaftsrecht (Art. 530 - 619 OR), Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Bern 2015
- TAORMINA, ANDREA**, Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, Freiburg 2003