swisslex

User-ID: mvischer, 08.04.2013 10:42:37

Dokument	**GesKR 2010 S. 234**
Autor	**Michael Hefti, Stefan Rieder, Markus D. Vischer**
Titel	**Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft - Besprechung des Urteils 4A_31/2009 des schweizerischen Bundesgerichts vom 30. November 2009**
Publikation	**GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**
Herausgeber	**Daniel Daeniker, Dieter Dubs, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Jean-Baptiste Zufferey**
ISSN	**1661-7673**
Verlag	**Dike Verlag AG**

Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft
Besprechung des Urteils 4A_31/2009 des schweizerischen Bundesgerichts vom 30. November 2009

Michael Hefti/Stefan Rieder/Markus D. Vischer*

Kernsätze

1. Bei einer einvernehmlichen Auflösung einer einfachen Gesellschaft unter zeitgleicher Fortführung durch nicht ausscheidende Gesellschafter wird mangels Parteiabrede Art. 580 OR (Festsetzung des einem ausscheidenden Kollektivgesellschafter zustehenden Betrages) analog angewendet.

2. Für die Berechnung der Vermögenslage nach Art. 580 Abs. 2 OR ist die Fortführungsbilanz massgebend. Ob die Vermögenslage der Gesellschaft anhand des Substanz- oder des Ertragswertes oder einer Kombination beider Werte berechnet wird, liegt im Ermessen des Richters.

3. Die Verschuldenskomponente von Art. 580 Abs. 2 OR kann vom Richter auch ohne eindeutigen Nachweis der Schadenshöhe berücksichtigt werden.

* Michael Hefti, lic. iur., Stefan Rieder, M.A. HSG in Law, Markus D. Vischer, Dr. iur., LL.M., alle Rechtsanwälte bei Walder Wyss & Partner AG.

I. Sachverhalt

X. und Y. gründeten mit schriftlichem Vertrag vom 1. April 2000 eine einfache Gesellschaft, um ihre Tätigkeit als Mediziner im Rahmen einer Gemeinschaftspraxis ausüben zu können.[1] Der Vertrag wurde explizit den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft unterstellt und eine gleichwertige Gewinn- und Verlustbeteiligung wurde vereinbart. Der Vertrag wurde unbefristet, mit einem beidseitigen Kündigungsrecht und einer Kündigungsfrist von einem Jahr geschlossen. Zudem wurde die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung im Falle des Todes, dauernder Invalidität, schwerer Verletzung der vertraglichen Pflichten oder des Verlusts des Rechts zur Praxisausübung vereinbart.

Y. sollte seine Tätigkeiten für die einfache Gesellschaft aus ausbildungstechnischen Gründen erst per 1. Juli 2000 oder einige Wochen später aufnehmen, bezahlte aber für die Betriebsausgaben der Gemeinschaftspraxis den Betrag von CHF 78'756 ein. Da Y. jedoch auch im Januar 2001 immer noch nicht tätig wurde, teilte ihm X. am 30. Januar 2001 mit, dass er sich nicht mehr vorstellen könne, mit ihm zusammenzuarbeiten, und schlug Y. vor, den Vertrag aufzulösen, ihm den einbezahlten Betrag zurückzuerstatten und die Miete der Praxis alleine zu übernehmen. Zudem werde er auf die Geltendmachung einer Entschädigung verzichten. Am 19. Februar 2001 antwortete Y., dass er sich unter diesen Umständen keine weitere Zusammenarbeit mit X. vorstellen könne, das Vertrauensverhältnis zerstört und er damit einverstanden sei, den Vertrag aufzulösen. Gleichzeitig verlangte Y. insbesondere die Rückzahlung seiner Einlage von CHF 78'756 sowie eine angemessene Entschädigung.

Während Y. aufgrund seiner fehlenden beruflichen Tätigkeit keine Einnahmen verzeichnen konnte, hatte X. in der Zeit vom 1. April 2000 bis zum 31. August 2002 durchschnittliche Einnahmen von CHF 55'928 pro Monat. Am 23. Januar 2002 reichte Y. Klage gegen X. ein und verlangte die Zahlung von CHF 300'000, nämlich seine Einlage plus Zinsen (CHF 79'606.45) und entgangenen Gewinn während der Kündigungsfrist (CHF 220'000). Er stellte sich dabei auf den Standpunkt, X. hätte den Vertrag missbräuchlich aufgelöst. X. wies sämtliche Forderungen von Y. zurück und machte seinerseits widerklageweise eine Forderung von CHF 451'543 geltend. Mit Urteil vom 14. Mai 2008 verurteilte das Kantonsgericht des Kantons Waadt X. zur Bezahlung des Betrages von CHF 39'378.25 zuzüglich Zins ab 21. Februar 2001 und auferlegte ihm zwei Drittel der Gerichtskosten (ein Drittel wurde Y. auferlegt). Alle anderen oder weitergehenden

Begehren, insbesondere die geltend gemachten Schadensposten für entgangenen Gewinn, wies das Kantonsgericht ab.[2] Die von X. erhobenen kantonalen Rechtsmittel wurden abgewiesen bzw. es wurde nicht darauf eingetreten, worauf X. am 28. September 2009 mittels Einheitsbeschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte.[3]

II. Erwägungen und Urteil

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die beiden Parteien durch Vertrag eine einfache Gesellschaft gründeten und dass dieses Vertragsverhältnis in der Folge beendet wurde, was unbestritten sei. Strittig sei jedoch, auf welche Weise die einfache Gesellschaft beendet wurde und welche Regeln auf die Auflösung der einfachen Gesellschaft anwendbar sind.[4] Die Vorinstanz habe diesbezüglich richtig erkannt, dass

---

1 Im Rahmen dieser Besprechung wird nur auf einen Teil des Sachverhalts und der Erwägungen des Bundesgerichtsurteils eingegangen. Es werden dabei ausgewählte gesellschaftsrechtliche Problemstellungen behandelt.

2 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, Sachverhalt B.

3 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, Sachverhalt B.b und C.

4 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 4.1.

die Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft im Sinne von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR aufgelöst wurde und die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Regeln für eine einseitige Auflösung des Vertrags nicht zur Anwendung kommen könnten.[5] Da bei der Auflösung einer einfachen Gesellschaft der übereinstimmende Wille der beiden Gesellschafter, die Gesellschaft aufzulösen, ausdrücklich oder auch stillschweigend geäussert werden könne, sei auch dem Argument von X., die vertraglich festgelegte Form sei nicht eingehalten worden, die Grundlage entzogen.[6]

Das Bundesgericht führt weiter aus, die Gesellschafter seien in einem solchen Fall der Auflösung frei, die finanziellen Folgen der Auflösung vertraglich zu regeln. Bei einer fehlenden Regelung könne daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass sie nach den spezifischen Regeln des Gesellschaftsvertrages, welche die Kündigung oder die vorzeitige Auflösung aus einem der im Gesellschaftsvertrag genannten Gründen betreffen, vorgehen wollen.[7] Das Bundesgericht verweist sodann auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach die in Art. 580 Abs. 2 OR festgelegten Regeln für das Ausscheiden eines Kollektivgesellschafters auch auf das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer einfachen Gesellschaft anwendbar seien.[8]

Zur Anwendung von Art. 580 Abs. 2 OR führt das Bundesgericht aus, dass der Richter den Betrag festsetzt, der dem ausscheidenden Gesellschafter zukommt, wenn der Gesellschaftsvertrag darüber keine Bestimmung enthält und sich die Beteiligten nicht einigen können. Er berücksichtigt dabei die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens und ein allfälliges Verschulden des ausscheidenden Gesellschafters am Ausscheiden. Hinsichtlich der Berechnung der Abfindungssumme des ausscheidenden Gesellschafters beruft sich das Bundesgericht auf zwei vorgängige Urteile[9] und stellt bei der Berechnung der Abfindungssumme auf den Fortführungswert ("valeur d'exploitation") ab.[10] Vom festgestellten Gesellschaftsvermögen sei der Wert der Einlagen aller Gesellschafter abzuziehen, wobei ein allfälliger Überschuss Gewinn darstelle, wovon der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil erhalte, erhöht um den Wert seiner Einlage.[11] In Übereinstimmung mit den in Art. 580 Abs. 2 OR und in Art. 538 Abs. 2 OR und - generell - in Art. 97 Abs. 1 OR festgehaltenen Regeln bestimme der Richter die dem austretenden Gesellschafter geschuldete Abfindungssumme, wobei er ein allfälliges Verschulden zu berücksichtigen habe.[12]

Weil die Vermögenslage der Gesellschaft im Moment der Auflösung aufgrund unvollständiger Eingaben der Parteien nicht bekannt war, stellt das Bundesgericht unter Berufung auf die Vorinstanz auf die von den Parteien unbestrittene einbezahlte Einlage von Y. in Höhe von CHF 78'756 ab und anerkannte eine Abfindungssumme in dieser Höhe.[13] Diese Abfindungssumme wurde von der Vorinstanz gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 580 Abs. 2 OR und unter Berücksichtigung des Verschuldens von Y. an seinem Ausscheiden um die Hälfte reduziert, was das Bundesgericht schützt. Das Verschulden von Y. wird damit begründet, dass er seiner Verpflichtung, zu gegebener Zeit einen Arbeitsbeitrag zu leisten, verletzt hatte.[14] Das Bundesgericht weist die Beschwerde von X. ab, sodass X. dem Y. unter

---

5 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 4.1.

6 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 4.3.2.

7 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 4.3.3.

8 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

9 BGE 100 II 376 ff.; BGE 93 II 247 ff.

10 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.; BGE 100 II 376, E. 2b; BGE 93 II 247, E. 2b et c.

11 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

12 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.; Urteil des Bundesgerichts 4C.22/2006, E. 7.3.2 mit Referenzen.

13 Weil die Ausführungen und Erläuterungen von X. zur Schadensberechnung Klarheit und Logik vermissen liessen und einzig eine Aufstellung der getätigten Investitionen ohne die Berücksichtigung weiterer relevanter Komponenten kein Schaden bewiesen werden konnte, war eine Schadensberechnung - selbst in Anwendung von Art. 42 OR - unmöglich, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.2.1.2.

14 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.2.

Berücksichtigung von Art. 580 Abs. 2 OR eine Abfindungssumme in Höhe von CHF 39'378.25 zuzüglich Zins bezahlen musste.

III. Erläuterungen

1. Anwendung von Art. 580 OR

Die gesetzlichen Bestimmungen regeln die Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft nur sehr

rudimentär.[15] Es erstaunt deshalb nicht, dass die Rechtsfolgen einer Auflösung strittig und problembehaftet sind. Die Rechtsfolgen gestalten sich sehr unterschiedlich, je nachdem, ob die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert wird oder ob es statt zu einer Liquidation zur Fortführung durch einzelne Gesellschafter kommt. Im hier besprochenen Urteil befasste sich das Bundesgericht nicht mit der Liquidation einer einfachen Gesellschaft, sondern im Rahmen der Fortführung der Gesellschaft mit der Berechnung der Abfindungssumme des ausscheidenden Gesellschafters.[16] Eine liquidationsrechtliche Auseinandersetzung unterbleibt, wenn ein Gesellschafter die Aktiven und Passiven der Gesellschaft gemäss Art. 181 OR übernimmt oder unter Ausscheidung und Abfindung der anderen Gesellschafter die Gesellschaft alleine oder mit anderen Gesellschaftern fortführt. Eine solche Fortführung setzt stets das Einverständnis der Gesellschafter voraus und kann nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter durch den Liquidator beschlossen werden.[17] Im hier zugrunde liegenden Fall hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Parteien die Gesellschaft einvernehmlich aufgelöst und vereinbart haben, dass X. die Geschäfte der Gesellschaft fortführt.[18] Weil die Parteien lediglich die Rechtsfolgen einer einseitigen Auflösung mittels ordentlicher oder ausserordentlicher Kündigung, nicht aber diejenigen einer einvernehmlichen Auflösung geregelt haben, musste das Bundesgericht über die Rechtsfolgen der einvernehmlichen Auflösung entscheiden.

Ausscheidende Gesellschafter haben im Fall einer Fortführung der Geschäfte durch verbleibende Gesellschafter grundsätzlich einen Anspruch auf eine Entschädigung.[19] Dieses Abfindungsrecht soll den austretenden Gesellschaftern den Wert ihres Anteils an der Gesellschaft sichern. Dies berücksichtigte das Bundesgericht zu Recht, obwohl die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft weder zum Abfindungsanspruch noch zu dessen Berechnung eine Bestimmung enthalten.[20] Aus diesem Grund sieht das Bundesgerichtsurteil in Übereinstimmung mit der Lehre und der bisherigen Rechtsprechung eine analoge Anwendung der Regeln der Kollektivgesellschaft vor und wendete hinsichtlich der Berechnung der Abfindungssumme des austretenden Gesellschafters Art. 580 OR analog an.[21] Diese analoge Anwendung von Art. 580 OR ist folgerichtig, denn Sinn und Zweck von Art. 580 OR ist es sicherzustellen, dass ein austretender Gesellschafter - unabhängig davon, ob das Ausscheiden freiwillig erfolgte

---

15 Peter Jung, Kommentar zu Art. 547-551 OR N 1, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, spricht von einer unvollständigen Regelung.

16 Zur Auflösung einer einfachen Gesellschaft mit anschliessender liquidationsrechtlicher Auseinandersetzung, vgl. ein weiteres aktuelles Urteil des Bundesgerichts (4A_443/2009 vom 17.12.2009).

17 Pierre-Alain Recordon, Die einfache Gesellschaft III, Schweizerische Juristische Karthotek, Nr. 678, 42.

18 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 4.3.1.

19 Recordon (FN 17), 42; BGE 93 II 247 ff.; BGE 100 II 376 ff.; zur Rechtsnatur dieses Anspruches vgl. Daniel Staehelin, Kommentar zu Art. 580 OR N 3, in: Basler Kommentar, Basel 2008; Lukas Handschin/Han-Lin Chou, Kommentar zu Art. 580 OR N 74, in: Zürcher Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2009.

20 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

21 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1. mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.278/2005 vom 8. Mai 2006, E. 4.1.; Recordon (FN 17), 11 mit Hinweis auf BGE 93 II 387 S. 391; BSK OR II-Staehelin, Art. 550 N 17.

oder nicht[22] - eine Abfindung erhält.[23] Wenn die Parteien im Rahmen ihrer Autonomie die Abfindung nicht selber durch den Gesellschaftsvertrag oder durch anderweitige Übereinkunft bestimmen, dann soll gezwungenermassen der Richter über die Höhe der Abfindung entscheiden. Bei der Festsetzung der Höhe kann sich der Richter nicht auf rein mathematische Kriterien festlegen, vielmehr muss er in unterschiedlichen Konstellationen verschiedene Parameter berücksichtigen.[24] Der Wortlaut von Art. 580 Abs. 2 OR erkennt als relevante Parameter hierfür die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens sowie ein allfälliges Verschulden des ausscheidenden Gesellschafters.

2. Berechnung der Abfindung nach Art. 580 Abs. 2 OR

2.1 Vermögenslage der Gesellschaft

Dem Wortlaut von Art. 580 Abs. 2 OR ist nicht zu entnehmen, wie die Vermögenslage der Gesellschaft zu berechnen ist. Das Bundesgericht betrachtet für die Berücksichtigung der Vermögenslage im Zeitpunkt des Ausscheidens den Fortführungswert als massgeblich[25] und folgt damit sowohl der Lehre[26] als auch der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung[27], die bei einer Fortführung der Gesellschaft beide richtigerweise auf den "lebenden Wert" der Gesellschaft abstellen, der auf Basis der Fortführungsbilanz[28] (Abschichtungsbilanz) zu ermitteln ist. Grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt die Liquidationsbilanz, weil die Aktiven aufgrund der Fortführung der Geschäfte in der Regel einen höheren Wert haben als bei einem Verkauf an einen Dritten im Rahmen der Liquidation. Deshalb rechtfertigt es sich, den austretenden Gesellschafter an der Wertschöpfung der fortbestehenden Gesellschaft teilhaben zu lassen, zumal andernfalls die verbleibenden Gesellschafter

bereichert werden würden.[29] Die Fortführungsbilanz berücksichtigt dies, indem auch die aktivierten stillen Reserven und der aktivierte Goodwill berücksichtigt werden sowie abgeschlossene, aber noch nicht vollständig abgewickelte Geschäfte *pro rata* mit einbezogen werden.[30]

Klar ist also, dass für die Berücksichtigung der Vermögenslage auf die Fortführungsbilanz abzustellen ist. Leider hat sich das Bundesgericht im besprochenen Urteil nicht explizit geäussert, wie die Fortführungsbilanz in der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen ist und damit letztlich nicht, ob eine Substanz- oder Ertragswertberechnung vorzunehmen ist. Das Bundesgericht hält aber fest, dass vom - aufgrund der Fortführungsbilanz - festgestellten Gesellschaftsvermögen der Wert der Einlagen aller Gesellschafter abzuziehen ist und ein allfälliger Überschuss als Gewinn dem ausscheidenden Gesellschafter anteilsmässig

---

22 Bedingung ist lediglich, dass die Mitgliedschaft eines oder mehreren Gesellschafter unter zeitgleicher Fortsetzung der Gesellschaft untergeht, vgl. ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 3.

23 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 4.

24 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 33.

25 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1. mit Hinweis auf BGE 100 II 376, E. 2b und BGE 93 II 247, E. 2b.

26 BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 4; Reto Strittmatter, Kommentar zu Art. 580 OR N 9, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007; Recordon (FN 17), 12 f.; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 47.

27 BGE 93 II 247, E. 2b; BGE 100 II 376, E. 3b.

28 Zur Berechnung der Fortführungsbilanz vgl. ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 47 ff.

29 BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 4; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 42; BGE 93 II 254 f. Die Liquidationsbilanz soll aber dann zur Berechnung der Abfindung herangezogen werden, wenn der der Liquidationswert höher ausfällt als die Fortführungsbilanz, vgl. BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 4; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 47.

30 BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 4 mit weiteren Hinweisen; CHK-R. Strittmatter, Art. 580 OR N 9; Recordon (FN 17), 12; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 48 ff.

zukommt, wodurch sich der Wert seiner Einlage erhöht.[31] Damit entspricht die Vermögenslage letztlich den Aktiven minus die Passiven gemäss Fortführungsbilanz, womit das Bundesgericht implizit auf den Substanzwert abstellt.[32] Das Abstellen auf den Substanzwert findet in der Lehre Zustimmung.[33]

Dieses Abstellen auf den Substanzwert ist zu kritisieren, weil sich gemäss Wirtschaftswissenschaftlern der Wert einer Gesellschaft nicht primär aus der Unternehmenssubstanz, sondern aus dem zukünftigen Nutzen ergibt.[34] Nach Lukas Handschin/Han-Lin Chou rechtfertigt sich ein Abstellen auf den Ertragswert nur dann, wenn der bisherige Beitrag des ausscheidenden Gesellschafters weiterhin relevante Erträge generiert und ein zukünftig erzielter Gewinn nicht einzig auf die Tätigkeit des die Gesellschaft fortführenden Gesellschafters zurückzuführen ist.[35] Das Heranziehen des Ertragswertes kann sich nach dieser Lehrmeinung folglich im Ausnahmefall rechtfertigen, nicht aber im Regelfall. Diese Begründung steht allerdings im Widerspruch zum Wesen der einfachen Gesellschaft mit Beiträgen aller Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsam definierten Zwecks und ist zudem nicht wirklich praxistauglich, kann doch kaum jemals mit absoluter Bestimmtheit der Ertrag oder ein Teil daran auf einen bestimmten Beitrag eines einzelnen Gesellschafters zurückgeführt werden. Vielmehr stellt der Ertrag in aller Regel das Resultat einer Kombination sämtlicher Beiträge dar.

Generell neigt das Bundesgericht bei der Unternehmensbewertung stark dazu, einzig auf den Substanzwert abzustellen oder diesen zumindest als Ausgangspunkt für die Berechnung des Unternehmenswerts zu benutzen.[36] Ausgangspunkt sollte aber bei einem auch vom Bundesgericht bei der Unternehmensbewertung oft praktizierten Methodenpluralismus[37] nicht der Substanzwert, sondern der Ertragswert sein.

2.2 Verschulden des ausscheidenden Gesellschafters

Unter Berufung auf Art. 580 Abs. 2 OR hält das Bundesgericht fest, dass die unter Berücksichtigung der Vermögenslage der Gesellschaft festgesetzte Abfindungssumme vom Richter beim Vorliegen eines Verschuldens am Ausscheiden gekürzt werden muss.[38] Der Sinn und Zweck dieser Herabsetzung wird von der Lehre darin erblickt, dass bei einem vorwerfbaren Verschulden am Ausscheiden ein allfälliger Schadenersatz bereits bei der Festsetzung der Abfindungssumme berücksichtigt werden soll, um der Ausrichtung der Abfindung folgende Verfahren über allfällige Schadenersatzansprüche gegen den ausscheidenden Gesellschafter zu vermeiden.[39] Aufgrund dieses Zweckes rechtfertigt sich eine solche richterliche Herabsetzung der Abfindungssumme nur dann, wenn der Gesellschaft durch das schuldhafte Verhalten des austretenden Gesellschafters tatsächlich ein Schaden[40] entstanden ist.[41] In dem dieser Besprechung zugrunde liegenden Bundesgerichtsurteil geht weder aus dem Sachverhalt noch aus den Erwägungen hervor, was der Schaden aufgrund des

---

31 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

32 Zum Substanzwertverfahren im Allgemeinen vgl. Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 133.

33 CHK-R. Strittmatter, Art. 580 OR N 10; BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 4 f.; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 47 ff.

34 Vischer (FN 32), 132 ff.m.w.H.

35 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 46.

36 Vischer (FN 32), 133 m.w.H.

37 Gleicher Meinung CHK-R. Strittmatter, Art. 580 OR N 9; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 54.

38 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

39 Wilhelm Hartmann, Kommentar zu Art. 580 OR N 19, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 552-619, Bern 1943; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 62.

40 Zu den einzelnen Schadenposten vgl. ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 66 ff.

41 BK-Hartmann, Art. 580 OR N 19; BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 6; Recordon (FN 17), 13; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 65 mit weiteren Hinweisen.

Ausscheidens war bzw. wie hoch dieser war, weil dieser offenbar, genau wie die Vermögenslage der Gesellschaft, nicht nachgewiesen werden konnte. Das Bundesgericht hält fest, dass sich die Herabsetzung an Art. 580 Abs. 2 OR sowie an Art. 538 Abs. 2 OR und Art. 97 Abs. 1 OR zu bemessen hat.[42] Das Heranziehen von Art. 538 Abs. 2 OR und Art. 97 Abs. 1 OR zur Bemessung der Herabsetzungshöhe

muss so interpretiert werden, dass der Umfang der Herabsetzung den der Gesellschaft tatsächlich entstandenen Schaden nicht überschreiten darf. Dies ergibt sich dadurch, dass Art. 580 Abs. 2 OR auf Art. 538 Abs. 2 OR verweist, nach welcher Bestimmung ein Gesellschafter nur nach Massgabe seines Verschuldens für den entstandenen Schaden haftet.[43] Im Übrigen gelten auch für die gesellschaftsvertragliche Haftung die allgemeinen Regeln betreffend Schadenersatz, weshalb das Bundesgericht zu Recht auch auf Art. 97 ff. OR verweist.[44] Im Sachverhalt und in den Erwägungen des Bundesgerichtes ist vieles unklar. Das Bundesgericht konnte die Herabsetzung der Abfindungssumme nicht entsprechend diesen Normen berücksichtigen, weil der Schaden nicht bestimmbar war.[45] Indem das Bundesgericht die von der Vorinstanz festgesetzte, aber unbegründet gebliebene Herabsetzung[46] der Abfindungssumme in der Höhe von 50% (von rund CHF 78'000 auf rund CHF 39'000) schützte, anerkannte es einen durch das Ausscheiden entstandenen Schaden des fortführenden Gesellschafters, obwohl dieser nicht nachweisbar war.[47] Die vom Bundesgericht erwogene Anwendung von Art. 580 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 97 ff. OR hat zur Folge, dass der Schadensumfang nach Art. 99 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 OR vom Richter festgesetzt wird, wenn der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar ist. Eine solche Herabsetzung nach richterlichem Ermessen ist problematisch, weil eine den verursachten Schaden übersteigende Herabsetzung unweigerlich zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des fortführenden Gesellschafters führt.[48]

Ob die vom Bundesgericht geschützte Herabsetzung überhaupt legitim war, muss insbesondere auch angesichts der Auflösungsgründe betrachtet werden. Während das Bundesgericht in diesem Urteil die verschuldensabhängige Herabsetzung auch im Rahmen einer einvernehmlichen Auflösung anwendet, spricht sich ein Teil der Lehre dagegen aus.[49] Die Koppelung eines Schadens an das Verschulden hat zur Folge, dass nicht bereits ein Ausscheiden des Gesellschafters auf eigenes Begehren als Verschulden qualifiziert werden darf.[50] Nach Lukas Handschin/Han-Lin Chou kommt die Herabsetzung der Abfindungssumme nach Massgabe des Verschuldens nicht zur Anwendung, wenn das Ausscheiden eines Gesellschafters in gegenseitigem Einvernehmen erfolgte beziehungsweise wenn die Beendigung der Mitgliedschaft durch eine gesetzlich oder vertraglich vorbehaltene Kündigung erfolgte, weil dadurch keine Ersatzpflicht des ausgeschiedenen Gesellschafters begründet wird und die Ausübung der Kündigungsrechte illusorisch wäre.[51] Diese Frage ist aber nicht weiter relevant - oder höchstens prozessökonomisch -, denn wenn keine Herabsetzung im Rahmen der Festsetzung der Abfindungssumme erfolgt, dann kann der fortführende Gesellschafter einen allfälligen Schaden im Rahmen einer Schadenersatzklage durchsetzen. Die Anwendung der verschuldensabhängigen Herabsetzung durch das

---

42 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.1.

43 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 65; ähnlich BSK OR II-Staehelin, Art. 580 N 6.

44 CHK-P. Jung, Art. 538 OR N 2.

45 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.2.

46 Die Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 580 Abs. 2 OR durch die Vorinstanz ist nicht nachvollziehbar und wird vom Bundesgericht nicht weiter erläutert, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.1.2.

47 Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2009, E. 5.2.1.2.

48 CHK-R. Strittmatter, Art. 580 OR N 10.

49 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 70 f.

50 BK-Hartmann, Art. 580 OR N 19; ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 70.

51 ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 70.

Bundesgericht macht aus prozessökonomischen Gründen durchaus Sinn, sofern vom ausscheidenden Gesellschafter schuldhaft herbeigeführte Gründe (insb. Verletzung von Gesellschafterpflichten) zu einer einvernehmlichen Auflösung führen und zwischen dem Schaden, der durch das Ausscheiden entsteht, und dem rechtswidrigen Verhalten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.

2.3 Verhältnis von Vermögenslage der Gesellschaft und Verschulden

Sowohl Lehre als auch Rechtsprechung wenden die in Art. 580 Abs. 2 OR vorgesehenen Parameter zur Festsetzung der Abfindungssumme an, ohne sich zu fragen, in welchem Verhältnis diese beiden Parameter zueinander stehen. Die Frage ist, ob die verschuldensabhängige Herabsetzung überhaupt nachvollziehbar ist und auf die einfache Gesellschaft angewendet werden soll. Der Parameter Vermögenslage der Gesellschaft hat hinsichtlich der Abfindungssumme einen Festsetzungscharakter, der je nach Vermögenslage positiv oder negativ sein kann. Der Parameter Verschulden dagegen hat einen Herabsetzungscharakter. Allerdings geht dabei vergessen, dass auch die Vermögenslage bereits Herabsetzungscharakter hat. Die Vermögenslage muss im Zeitpunkt des Ausscheidens beurteilt werden. Weil der Schaden in diesem Zeitpunkt entsteht, wirkt er sich auf die Vermögenslage aus und schlägt sich auch in der Bilanzierung nieder. Die Herabsetzungskomponente ist damit bereits in der Vermögenslage enthalten.[52] Allerdings hat diese herabsetzende Wirkung in der Vermögenslage sowohl für den ausscheidenden als auch für den fortführenden Gesellschafter Folgen. Um dies zu korrigieren, ist es notwendig, einen separaten Parameter mit Herabsetzungscharakter vorzusehen, der nur den ausscheidenden Gesellschafter trifft. Dies führt letztendlich dazu, dass der austretende Gesellschafter sowohl beim

Parameter Vermögenslage der Gesellschaft als auch beim Parameter Verschulden einer Herabsetzung unterliegt, was tendenziell zu einer Bereicherung des fortführenden Gesellschafters führt. Diese Problematik kann aber kaum gelöst werden, weshalb die verschuldensabhängige Herabsetzung entsprechend der bisherigen Praxis anzuwenden ist.

IV. Bedeutung für die Praxis

Die Gesetzesbestimmungen zur Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft sind sehr rudimentär gehalten, weshalb Gerichtsurteile hierzu für die Praxis grundsätzlich interessant und von Bedeutung sind. Das hier besprochene Bundesgerichtsurteil hat vor allem eine Bedeutung für die Vertragsgestaltung. Im Gesellschaftsvertrag bei der einfachen Gesellschaft sind nicht nur die ordentlichen und ausserordentlichen Kündigungsmöglichkeiten sowie die Rechtsfolgen solcher Kündigungen zu regeln, sondern eben auch die Rechtsfolgen einer einvernehmlichen Auflösung. Mindestens aber sind sie im Auflösungsvertrag zu regeln. Ohne vertragliche Regelung der Rechtsfolgen wendet das Bundesgericht bei einer einvernehmlichen Auflösung mit zeitgleicher Fortsetzung der Geschäfte durch einen oder mehrere verbleibende Gesellschafter Art. 580 OR an, wonach der austretende Gesellschafter einen Abfindungsanspruch hat. Bei der Bestimmung der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens als auch bei der Berücksichtigung des Verschuldens des ausscheidenden Gesellschafters besteht ein erheblicher Spielraum, weshalb sich die Anwendung von Art. 580 Abs. 2 OR als "Wundertüte" erweisen kann. Eine solche Festsetzung mit Ungewissheiten kann ohne weiteres vermieden werden, indem vertraglich entweder die Höhe der Abfindungssumme konkret bestimmt oder

---

52 Gleicher Meinung ZK-Handschin/Chou, Art. 580 OR N 53, nach denen bei der Ermittlung des Fortführungswertes der Gesellschaft eine durch den Austritt des Gesellschafters verursachte Minderung des Gesellschaftswertes berücksichtigt werden muss, damit ein durch den Austritt verursachter Wertverlust von allen Gesellschaftern getragen wird.

zumindest ein entsprechender Berechnungsmechanismus vertraglich vereinbart wird. Dabei ist insbesondere klar zu stellen, ob und welches Ertragswertverfahren zur Anwendung kommen soll.