

Behandlung der Beiträge der Gesellschafter im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft und ihre Beteiligung am Liquidationsergebnis

Karin Müller*

The contributions which the partners of a simple partnership must make in order to achieve the partnership's purpose may be of different sizes and also of different natures. If the partners do not regulate in the articles of partnership how their contributions are to be treated in case of liquidation of the simple partnership, the statutory rule is applied. This, however, is only very summary, which leads to legal uncertainty regarding the treatment of contributions in the form of labour, for example, and thus a lack of predictability in

the legal practice. Furthermore, the act does not explicitly state whether a possible increase or decrease in the value of a contribution to the partnership benefits or burdens all partners or only the partner who made the contribution in question. This article discusses these two topics. In particular, it lays out the respective current practice of the Federal Supreme Court and classifies the Court's considerations from a dogmatic point of view.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Beiträge der einfachen Gesellschafter
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Art von Beiträgen bzw. deren «Natur»
 - 3. Art der Einbringung von Beiträgen
- III. Behandlung der Beiträge im Rahmen der Liquidation
 - 1. Allgemeines
 - 2. Behandlung nach der Art bzw. «Natur» des Beitrags
 - 3. Behandlung nach der Art der Einbringung, insbesondere die Beteiligung am Mehr- bzw. Minderwert
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Das Bundesgericht befasst sich nicht sehr häufig mit der einfachen Gesellschaft. Wenn es dies aber tut, dann war das in den letzten Jahren in aller Regel im Zusammenhang mit der Liquidation der Gesellschaft. Dabei standen zwei Fragestellungen im Zentrum: Einerseits die Beteiligung der einfachen Gesellschafter

am Liquidationsergebnis,¹ andererseits die Behandlung ihrer Beiträge im Rahmen der Liquidation.² Im Folgenden soll auf diese beiden Problembereiche eingegangen werden. Dazu sind vorab allgemeine Ausführungen zu den Beiträgen der einfachen Gesellschafter erforderlich.³

¹ BGE 105 II 204; BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019, 5A_881/2018 vom 19.6.2019, 4A_245/2016 vom 19.12.2016, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1 und 6.2, 4A_70/2008 vom 12.8.2009 E. 4.2.

² BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 (publiziert als BGE 146 III 97, allerdings ohne die hier interessierenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen).

³ Die Autorin hat sich bereits verschiedentlich zu diesen Fragen geäußert: *Fellmann Walter/Müller Karin*, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit. BK-Fellmann/Müller); *Müller Karin*, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, ZBJV 2021, 44 ff. (zit. Müller, ZBJV); *Müller Karin*, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Art. 530–551 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-Müller); *Müller Karin/Fellmann Walter/Leu Simon*, Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 491 ff.; *Müller Karin/Käch Alice*, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, Jusletter 11. April 2016, Rz. 178 ff.

* Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Meine Assistenten, Herr Hermann Julien, MLaw, und Herr Livio Mühlebach, MLaw, haben mich bei der Materialsuche und der Zitatkontrolle unterstützt. Dafür danke ich ihnen herzlich. Herzlich gedankt sei auch Frau Dr. iur. Nadja Fabrizio, Oberassistentin an der Universität Luzern, für die kritische Durchsicht des Beitrags und die wertvollen Hinweise.

II. Beiträge der einfachen Gesellschafter

1. Vorbemerkungen

Beiträge im Sinne von Art. 531 OR sind Leistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft, die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen und zur Förderung des gemeinsamen Zwecks erbracht werden.⁴ Der Begriff des Beitrags ist dabei weit zu verstehen.⁵ In Bezug auf die Beiträge, die von den Gesellschaftern erbracht werden, kann nach der Art der Beiträge an sich bzw. ihrer «Natur» sowie nach der Art der Einbringung unterschieden werden. Das Bundesgericht spricht im Urteil 4A_328/2019 vom 9.12.2019 von «la nature» und «le mode». Dabei soll – nach Ansicht des Bundesgerichts – die Art des Beitrags an sich bei der Behandlung im Rahmen der Liquidation keine Rolle spielen, anders als die Art der Einbringung. In diesem Sinn führt es Folgendes aus: «Si le *mode* d'après lequel les apports sont effectués au profit de la société peut revêtir une certaine importance au moment de la liquidation de la société [...], la *nature* des apports n'est en revanche pas en soi déterminante.»⁶ In Bezug auf die Art der Beiträge («la *nature* des apports») wird diese Ansicht – wie noch aufzuzeigen ist – von der herrschenden schweizerischen Lehre indessen nicht geteilt.⁷

2. Art von Beiträgen bzw. deren «Natur»

Nach Art. 531 Abs. 1 OR hat jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten. Der Beitrag kann nach der gesetzlichen Vorschrift in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit bestehen. Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend, sodass auch andere vermögensrechtliche oder persönliche Leistungen als Beiträge

in Betracht kommen.⁸ Soweit nichts anderes vereinbart ist, haben die Gesellschafter gleiche (im Zweifel auch gleichartige) Beiträge zu leisten (Art. 531 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung ist indessen dispositives Recht,⁹ sodass die Gesellschafter mittels Vereinbarung davon abweichen können. Eine entsprechende Vereinbarung kann formfrei, d.h. konkludent¹⁰ oder stillschweigend erfolgen.¹¹ Die Gesellschafter müssen daher nicht zwingend gleiche, sondern können auch verschiedenartige und/oder verschieden grosse Beiträge leisten.¹²

3. Art der Einbringung von Beiträgen

Die Gesellschafter können ihre Beiträge unter verschiedenen Rechtstiteln leisten. So kann ein Gesellschafter seinen Beitrag zu Eigentum in die Gesellschaft einbringen. Man spricht dabei von der Einbringung *quoad dominium*.¹³ Möglich ist auch die

⁴ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 11; Handschin Lukas/Vonzun Reto, Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft (Art. 530–551 OR), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 531 N 9 (zit. ZK-Handschin/Vonzun); OFK-Müller (Fn. 3), Art. 531 N 1; vgl. auch Handschin Lukas, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 531 N 5 (zit. BSK-Handschin); Schütz Jürg Gian, in: Schütz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Bern 2015, Art. 531 N 2 (zit. SHK-Schütz).

⁵ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 12 m.w.H.; vgl. auch II.2 hinten.

⁶ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

⁷ Vgl. dazu III.2.1 und III.2.3 hinten.

⁸ BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 11 und 27 f.; vgl. auch BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 5; SHK-Schütz (Fn. 4), Art. 531 N 6; BGE 137 III 455 E. 3.1 (Pra. 2012, Nr. 19 S. 125 ff.); BGE 116 II 707 E. 2.a; BGer 4A_352/2012 vom 21.11.2012 E. 3.1, 5A_540/2011 vom 30.3.2012 E. 6.1.1, 4A_509/2010 vom 11.3.2011 E. 5.2. Für Beispiele vgl. OFK-Müller (Fn. 3), Art. 531 N 1.

⁹ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 33; BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 2; vgl. auch BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 81; BGer 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.3.2.

¹⁰ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 33 und 42; BGer 4A_509/2010 vom 11.3.2011 E. 5.2 und 5.5.1.

¹¹ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 72; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 33; BGer 5A_540/2011 vom 30.3.2012 E. 6.1.1; vgl. auch BGE 137 III 455 E. 3.1 (Pra. 2012, Nr. 19 S. 125 ff.); BGer 4A_251/2016, 4A_265/2016 vom 13.12.2016 E. 5.2.1.

¹² Vgl. BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 2; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 40 ff.; BGer 4A_509/2010 vom 11.3.2011 E. 5.5.1; vgl. auch BGE 137 III 455 E. 3.1 (Pra. 2012, Nr. 19 S. 125 ff.); BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 4.2, 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2.

¹³ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 128 und 133 ff.; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 48 und 51 ff.; BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 6; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 531 N 8; SHK-Schütz (Fn. 4), Art. 531 N 5; vgl. auch BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.4, 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1, 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.3.2, 2A.269/2006 vom 20.6.2008 E. 3.3. Werden Grundstücke zu Eigentum eingebracht, sind die zwingenden gesetzlichen Formvorschriften zu beachten (vgl. etwa BK-Fellmann/Müller [Fn. 3], Art. 531 N 147 ff. m.w.H.).

blosse Überlassung zum Gebrauch, die sog. Einbringung *quoad usum*.¹⁴ Ferner ist es zulässig, dass ein Gesellschafter lediglich intern, im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern, auf die Ausübung seiner Rechte verzichtet, sich aber extern sowohl das Eigentum als auch das Gebrauchsrecht vorbehält. In diesem Fall liegt eine Einbringung *quoad sortem* vor.¹⁵

III. Behandlung der Beiträge im Rahmen der Liquidation

1. Allgemeines

Die Liquidation der einfachen Gesellschaft ist in den Art. 548–550 OR äusserst summarisch geregelt. Sie hat – nach Auflösung der Gesellschaft – die Bereinigung der durch die Gesellschaft geschaffenen rechtlichen Beziehungen zum Gegenstand, und zwar durch Erfüllung der Schulden bzw. Überführung der Rechte und allenfalls der Pflichten aus der Gemeinschafts- in die Individualsphäre.¹⁶ Die Liquidation umfasst sowohl die Abwicklung der Beziehungen zu Dritten (*äussere Liquidation*) als auch die Verteilung der verbleibenden Werte oder allfälliger Schulden unter den Gesellschaftern (*innere Liquidation*).¹⁷ Die gesetzli-

che Liquidationsordnung ist dispositiver Natur.¹⁸ Die Gesellschafter können daher im Gesellschaftsvertrag oder in einer späteren Vereinbarung eine davon abweichende Lösung treffen.¹⁹

Art. 548 OR regelt die «Behandlung der Einlagen» der Gesellschafter, so die Marginalie. Es geht dabei um das Schicksal der «Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum [in die Gesellschaft] eingebracht hat» (Art. 548 Abs. 1 OR). Die Regelung gilt allerdings nicht nur für eingebrachte Gegenstände, sondern für alle Vermögenswerte.²⁰ Unter einer Einlage wird denn auch in aller Regel eine Leistung verstanden, die einen Vermögenswert hat. Damit ist der Begriff der Einlage enger gefasst als der Begriff des Beitrags im Sinne von Art. 531 OR. Bei einer Einlage handelt es sich demnach um einen Beitrag im engeren Sinn.²¹ Einlagen werden zur Eigenkapitalbildung in das Gesellschaftsvermögen eingebracht²² und sind nach Auflösung der Gesellschaft an den leistenden Gesellschafter zurückzuerstatten.²³ In diesem Sinn sieht Art. 549 Abs. 1 OR die Rückerstattung der Vermögensbeiträge vor, nachdem die gemeinschaftlichen Schulden bezahlt und die Auslagen und Verwendungen den Gesellschaftern ersetzt wurden. Bleibt danach ein Überschuss, so ist dieser unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen (Art. 549 Abs. 1 OR). Reicht das Vermögen nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen nicht aus, um die geleisteten Vermögensbeiträge zurückzuerstatten, haben die Gesellschafter das Fehlende hingegen als Verlust zu tragen (Art. 549 Abs. 2 OR).

Nicht explizit im Gesetz geregelt ist demgegenüber die Behandlung von Beiträgen in anderer Form als Vermögenswerte. Es stellt sich damit die Frage,

¹⁴ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 128 und 173 ff.; BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 7; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 48 und 79 ff.; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 531 N 8; SHK-Schütz (Fn. 4), Art. 531 N 5; vgl. auch BGE 105 II 204 E. 2.b; BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.4, 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1, 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.3.2, 2A.269/2006 vom 20.6.2008 E. 3.3.

¹⁵ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 128 und 165 ff.; BSK-Handschin (Fn. 4), Art. 531 N 8; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 531 N 8; vgl. auch ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 48 und 86 ff.; SHK-Schütz (Fn. 4), Art. 531 N 5; BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.4, 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1, 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.3.2. Diese Form der Einbringung kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Parteien Übertragungskosten und Steuern sparen wollen, z.B. bei Parzellierungsgesellschaften oder Patentverwertungsgesellschaften (vgl. BK-Fellmann/Müller [Fn. 3], Art. 531 N 171; OFK-Müller [Fn. 3], Art. 531 N 8).

¹⁶ Statt vieler OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 1.

¹⁷ BGE 119 II 119 E. 3.a; BGer 4A_586/2011 vom 8.3.2012 E. 2, 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.4.5.

¹⁸ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 36; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 3; Staehelin Daniel, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 548/549 N 2 (zit. BSK-Staehelin); BGer 4A_48/2017 vom 2.6.2017 E. 3.2.2, 4A_586/2011 vom 8.3.2012 E. 2, 4A_398/2010 vom 14.12.2010 E. 5.2.4.5.

¹⁹ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 36; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 3; BGE 93 II 387 E. 4; LGVE 1994 I Nr. 9.

²⁰ Vgl. etwa OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 4.

²¹ BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 13 m.w.H. Bei den Personengesellschaften ist die Unterscheidung zwischen Beitrag und Einlage allerdings nicht von (grosser) Bedeutung (BK-Fellmann/Müller [Fn. 3], Art. 531 N 13).

²² BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 531 N 13 m.w.H.

²³ ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 531 N 10.

wie beispielsweise Beiträge in Form von Arbeitsleistungen im Rahmen der Liquidation zu behandeln sind. Ferner ist zu klären, ob alle Gesellschafter in gleicher Weise an einem allfälligen Mehr- oder Minderwert, der im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft aus einer Beitragsleistung resultiert, zu beteiligten sind, und zwar unabhängig von der Art, in der sie ihre Beiträge in die Gesellschaft eingebracht haben. Diesen beiden Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

2. Behandlung nach der Art bzw. «Natur» des Beitrags

2.1 Die gesetzliche Regelung

Wie ausgeführt, regelt Art. 548 OR im Rahmen der Liquidation lediglich die Behandlung von *Sachen* bzw. Vermögenswerten, die ein Gesellschafter zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht hat. Und Art. 549 OR, der sich mit der «Verteilung von Überschuss und Fehlbetrag» befasst (so die Marginalie), spricht von der Rückerstattung von *Vermögensbeiträgen*. Wie es sich demgegenüber mit Beiträgen in Form von Arbeitsleistungen im Rahmen der Liquidation verhält, ist im schweizerischen Recht nicht explizit geregelt.

Einzig Art. 537 Abs. 3 OR enthält eine Bestimmung zur Entschädigung von Arbeitsleistungen. Danach steht einem Gesellschafter «für persönliche Bemühungen kein Anspruch auf besondere Vergütung zu».²⁴ Art. 537 OR bezieht sich vor allem auf die Geschäftsführungstätigkeit der Gesellschafter.²⁵ Nach Ansicht des Gesetzgebers soll ein Gesellschafter, der zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks Arbeit beigetragen hat, durch seinen Anteil am Gesellschaftsgewinn entschädigt werden.²⁶ Aus diesem Grund gel-

ten nach der herrschenden Lehre Arbeitsleistungen der Gesellschafter (im Sinne von Art. 537 Abs. 3 OR) nicht als rückzahlbare Einlagen.²⁷

2.2 Das Urteil des Bundesgerichts 4A_328/2019 vom 9.12.2019

Eine andere Meinung als die herrschende Lehre vertrat das Bundesgericht im Urteil 4A_328/2019 vom 9.12.2019.²⁸ In diesem Entscheid kritisierte es insbesondere die Behandlung des Architektenhonorars durch die Vorinstanz, die davon ausgegangen war, dass ein Beitrag in Form von Arbeit im Zeitpunkt der Liquidation der Gesellschaft anders zu behandeln sei als ein Beitrag in Form von Geld.²⁹ Nach Ansicht des Bundesgerichts kann die Art bzw. «Natur» des Beitrags bei der Liquidation keine Rolle spielen: «[...] la nature des apports n'est en revanche pas en soi déterminante. En d'autres termes, les apports en industrie n'ont pas à être traités de manière différente que des autres types d'apports, par exemple des contributions pécuniaires.»³⁰

Das Bundesgericht ging somit davon aus, dass ein Beitrag in Form von Arbeit im Zeitpunkt der Liquidation der Gesellschaft gleich zu behandeln ist wie ein Beitrag in Form von Geld.³¹ Weil die Art der Beiträge verschieden sein könne, sei es nicht immer einfach, einen Beitrag von einer Auslage im Sinne von Art. 537 OR zu unterscheiden. Diese Unterscheidung – so das Bundesgericht – sei jedoch von Bedeutung, weil nämlich im Rahmen der Liquidation – nach der Begleichung der Schulden – zuerst die Auslagen und Verwendungen zurückzuerstatten seien und erst dann, wenn das Vermögen der Gesellschaft ausrei-

²⁴ BGE 43 II 496 E. 2.

²⁵ Vgl. BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 537 N 207, die allerdings im Grundsatz «jedes Tätigwerden eines Gesellschafters für die Gesellschaft» als von Art. 537 Abs. 3 OR erfasst ansehen; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 537 N 48; ohne Einschränkung («Dienstleistungen») hingegen auch Jung Peter, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 537 N 8 (zit. CHK-Jung); Sethe Rolf, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 537 N 13 (zit. KUKO-Sethe); vgl. auch OFK-Müller (Fn. 3), Art. 537 N 12.

²⁶ OFK-Müller (Fn. 3), Art. 537 N 12; vgl. auch BGE 72 II 180, 182 (Kollektivgesellschaft).

²⁷ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 166; CHK-Jung (Fn. 25), Art. 547–551 N 13; KUKO-Sethe (Fn. 25), Art. 547–551 N 20; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 11; Steiningger Thomas A., in: Schütz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Bern 2015, Art. 548/49 N 23 (zit. SHK-Steiningger).

²⁸ Der Entscheid ist als BGE 146 III 97 publiziert, allerdings ohne die hier interessierenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen. Eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts und der Erwägungen findet sich bei Müller, ZBJV (Fn. 3), 46 ff. Mit Entscheid 4A_276/2020 vom 26.2.2021 musste sich das Bundesgericht ein zweites Mal mit dem Fall befassen.

²⁹ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³⁰ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³¹ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

che, die Einlagen der Gesellschafter zurückerstattet und allfällige Gewinne ausgeschüttet werden könnten (Art. 549 Abs. 1 OR) bzw. bei fehlendem Vermögen eine Rückerstattung der Einlagen entfalle und der Verlust unter den Gesellschaftern aufzuteilen sei.³²

Weiter führte das Bundesgericht aus, ein besonderes Abgrenzungsproblem könne sich zwischen einem Beitrag in Form von Arbeit und einer im Rahmen eines bilateralen Vertrags erbrachten Leistung ergeben. Im Falle eines bilateralen Vertrags stehe dem Gesellschafter für seine Leistungen eine vertraglich vereinbarte Vergütung zu. Handle es sich demgegenüber um einen Beitrag in Form von Arbeit (Art. 531 Abs. 1 OR), stehe dem Gesellschafter zwar keine Vergütung zu (Art. 537 Abs. 3 OR), er sei aber am Gewinn der Gesellschaft beteiligt.³³ Die Vorinstanz täusche sich daher, wenn sie – ausgehend von der Qualifikation der den besagten Architektenhonoraren zugrunde liegenden Leistungen als Beitrag in Form von Arbeit – annehme, die Honorare seien nicht in die Berechnung des Ergebnisses der Gesellschaft einzubeziehen.³⁴ Weil die *Natur* der Beiträge an sich nicht entscheidend sei, müssten alle Beiträge bei der Ermittlung des Endergebnisses (im Rahmen der Liquidation) berücksichtigt werden. Ein Verlust resultiere demnach, wenn das Gesellschaftsvermögen nach Begleichung der Schulden und dem Ersatz der Auslagen und Verwendungen nicht ausreiche, um sämtliche Beiträge, einschliesslich der Beiträge in Form von Arbeit, an die Gesellschafter zurückzuzahlen. Sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart hätten, müsse dieser Verlust zu gleichen Teilen unter ihnen aufgeteilt werden.³⁵

Das Bundesgericht ging demnach für den Fall, dass es sich bei den Leistungen, die den Architektenhonoraren zugrunde lagen, um Arbeitsbeiträge im Sinne von Art. 531 OR handelt, davon aus, dass diese im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft bei der Ermittlung des Ergebnisses und bei der Erstattung der Beiträge an die Gesellschafter berücksichtigt werden müssten. Wenn bei der Aufteilung das gesamte Gesellschaftsvermögen an denjenigen Gesellschafter gehe, der die grösseren Beiträge geleistet habe, und dieses nicht ausreiche, um die Gesellschafter einander hinsichtlich der Verlustbeteili-

gung gleichzustellen, könne der andere Gesellschafter (sogar) zu einer zusätzlichen Zahlung verpflichtet werden.³⁶

Die Vorinstanz, an welche die Sache zur Neubeurteilung zurückgewiesen wurde, berücksichtigte in der Folge für die Berechnung des Liquidationsergebnisses – neben dem Vermögensbeitrag des einen Gesellschafter – auch den Beitrag des anderen Gesellschafter in Form von Arbeit, mithin die Architektenleistungen. Dieser Punkt war alsdann vor Bundesgericht, das sich mit dem Fall (aus anderen Gründen) ein zweites Mal zu befassen hatte, unbestritten.³⁷ Es bleibt somit – aus Sicht des Bundesgerichts – dabei: Beiträge in Form von Arbeitsleistungen sind im Rahmen der Liquidation gleich zu behandeln wie Beiträge in Form von Geldleistungen.

2.3 Würdigung

2.3.1 Einzelfallentscheidung des Bundesgerichts?

Die vom Bundesgericht in den beiden Urteilen vertretene Meinung wird – soweit ersichtlich – wie ausgeführt in der schweizerischen Literatur nicht geteilt. Nach Ansicht der Lehre gelten Arbeitsleistungen der Gesellschafter (im Sinne von Art. 537 Abs. 3 OR) nicht als rückzahlbare Einlagen.³⁸ Die Rückerstattung von anderen Leistungen als Vermögensbeiträgen im Rahmen der Liquidation findet in der deutschen Fassung des Gesetztextes ebenfalls keine Stütze. Art. 549 OR spricht in Abs. 1 nämlich ausdrücklich (nur) von der «Rückerstattung der *Vermögensbeiträge*» und in Abs. 2 von «geleisteten *Vermögensbeiträge[n]*». In der französischen Fassung der Bestimmung ist demgegenüber die Rede von «la restitution des apports», also von der Rückerstattung von Beiträgen im Allgemeinen, und der italienische Gesetztext spricht ebenso von «restituite le quote conferite». Den Materialien lässt sich – soweit ersichtlich – diesbezüglich nichts Weiterführendes entnehmen.³⁹

³² BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³³ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³⁴ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³⁵ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³⁶ BGer 4A_328/2019 vom 9.12.2019 E. 4.2.3.2.

³⁷ BGer 4A_276/2020 vom 26.2.2021 Sachverhalt B.d und E. 4.1.

³⁸ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 166; CHK-Jung (Fn. 25), Art. 547–551 N 13; KUKO-Sethe (Fn. 25), Art. 547–551 N 20; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 11; SHK-Steininger (Fn. 27), Art. 548/49 N 23.

³⁹ Vgl. Müller, ZBJV (Fn. 3), 49.

Das Bundesgericht selbst hat sich – soweit ersichtlich – vor dem Urteil 4A_328/2019 zu dieser Frage nicht (explizit) geäußert⁴⁰ und die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen auch nicht zur Publikation vorgesehen. In einem anderen Fall, der eine güterrechtliche Auseinandersetzung betraf, hatte es in Bezug auf die Auflösung der einfachen Gesellschaft bezüglich der ehelichen Liegenschaft und die Rückerstattung von (vermögensmässigen) Investitionen zwar (in allgemeiner Weise) ausgeführt, die «Einlagen der Gesellschafter – in Kapital, Sachwerten oder Dienstleistungen – [seien] dem Werte nach, berechnet auf den Zeitpunkt des Einbringens, zurückzuerstatten (Art. 548 OR)».⁴¹ Zur umstrittenen Frage an sich hatte es indessen keine Stellung bezogen.

Man kann sich fragen, ob im Hinblick darauf, dass die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen nicht amtlich publiziert wurden, das Urteil nicht vorab Züge einer – aus Gerechtigkeits- bzw. Billigkeitsüberlegungen getroffenen – Einzelfallentscheidung trägt.⁴² Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz nämlich ursprünglich dem einen Gesellschafter einen Rückerstattungsanspruch bezüglich seiner – als Vermögensbeiträge zu qualifizierenden – beträchtlichen Investitionen in die gemeinsamen Bauprojekte zugestanden, während der andere Gesellschafter, der einen (ebenfalls erheblichen) Beitrag in Form von Arbeit geleistet hatte und dafür Architektenhonorare geltend machen wollte, keine Rückerstattung verlangen konnte. Aus ergebnisorientierter Sicht sind die Überlegungen des Bundesgerichts daher nachvollziehbar. Sind die Beiträge der Gesellschafter nämlich von der Art her unterschiedlich, kann es zu stossenden Ergebnissen führen, wenn im Rahmen der Liquidation lediglich die Vermögensbeiträge, nicht aber die Beiträge in Form von Arbeit in die Endabrechnung einbezogen werden.

In aller Regel werden die Gesellschafter in solchen Situationen, in denen die Beiträge unterschiedlich – und insbesondere auch noch wie im vorliegenden Fall so gross!⁴³ – sind, im Gesellschaftsvertrag

vereinbaren, wie die Leistungen – während der Dauer der Gesellschaft und im Rahmen der Liquidation – zu behandeln sind. Tun sie dies aber nicht, kommt die gesetzliche Regelung zum Zug. Damit zeigt der Fall letztlich auch, wie wichtig eine Regelung der (gegenseitigen) Ansprüche der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ist.⁴⁴ Zwar lässt sich unter Umständen – bei fehlender vertraglicher Regelung – ein Anspruch auf eine Extravergütung, die im Rahmen der Liquidation zu berücksichtigen ist, aus einem (konkludent abgeschlossenen) Drittgeschäft (z.B. Auftrag) ableiten. Dies kann der Fall sein, wenn die Arbeit des Architekten nicht mehr Ausfluss seiner Gesellschafterstellung ist.⁴⁵ Dann liegt aber – anders als im vorliegenden Fall – kein Beitrag in Form von Arbeit im Sinne von Art. 531 OR, sondern eben ein Drittgeschäft vor.⁴⁶

2.3.2 Im Urteil implizit angelegte Differenzierung

Das Urteil hat indessen das Potenzial, über den Einzelfall hinaus zu weisen, indem es (bewusst oder unbewusst) eine Differenzierung trifft, wie sie auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im deutschen Recht – die das Pendant zur einfachen Gesellschaft ist – gemacht wird und die auf das schweizerische Recht übertragen werden könnte.

Die gesetzliche Rechtslage zur Rückerstattung von Einlagen ist für die deutsche Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wesentlichen die gleiche wie für die einfache Gesellschaft im schweizerischen Recht. § 733 (deutsches) BGB regelt die Erstattung von Gesellschaftereinlagen im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Danach sind aus «dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen [...] die Einlagen zurückzuerstatten» (§ 733 Abs. 2 S. 1 BGB). «Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden» (§ 733 Abs. 2 S. 3 BGB). Das deutsche Recht hält damit – im Unterschied zum schweizerischen Recht – ausdrücklich fest, dass Gesellschafterbeiträge in Form von Diensten nicht in die Endabrechnung der

⁴⁰ Vgl. immerhin BGer 4P.118/2004 vom 10.9.2004 E. 2.2.2.1.

⁴¹ BGer 5A_656/2013 vom 22.1.2014 E. 2.1.

⁴² Müller; ZBJV (Fn. 3), 49.

⁴³ Die (finanziellen) Investitionen in das strittige Projekt beliefen sich auf CHF 1,5 Mio. und die Arbeitsleistungen hatten ebenfalls einen Wert von mehr als CHF 2 Mio. (vgl. dazu BGer 4A_276/2020 vom 26.2.2021 Sachverhalt B.d).

⁴⁴ Vgl. auch *Chaix François*, in: Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 548–550 N 19.

⁴⁵ BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 537 N 215; vgl. auch ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 537 N 56.

⁴⁶ Müller, ZBJV (Fn. 3), 50.

Gesellschaft einzubeziehen und damit nicht erstattungsfähig sind. Die Regelung ist jedoch dispositiv, d.h. vertraglich kann Abweichendes vereinbart werden.⁴⁷

Der Ausschluss der Rückerstattung «beruht auf dem Gedanken, dass sich der Einsatz der physischen und geistigen Arbeitskraft eines Gesellschafters regelmässig im Gesellschaftsvermögen nicht als ein fest umrissener und messbarer Vermögenswert niederschlägt oder zumindest die nachträgliche Bewertung der vermögenswirksamen Auswirkung solcher nach Art und Umfang höchst unterschiedlicher Individualleistungen bei der Auseinandersetzung auf kaum überwindbare Schwierigkeiten stossen würde».⁴⁸ In qualitativer oder quantitativer Hinsicht unterschiedliche Dienstleistungen der Gesellschafter sollen angemessener bei der Vereinbarung des Gewinnverteilungsschlüssels oder im Rahmen von Geschäftsführungsvergütungen berücksichtigt werden können.⁴⁹ Die Regelung, wonach für Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden, kein Ersatz verlangt werden kann, soll damit letztlich Bewertungsstreitigkeiten ausschliessen.⁵⁰

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung verfangen diese Gründe jedoch dann nicht, und es findet § 733 Abs. 2 S. 3 BGB folglich *keine Anwendung*, sofern Arbeitsleistungen des Gesellschafters sich im Gesellschaftsvermögen als messbarer, bleibender Wert niedergeschlagen haben. Im massgeblichen Leitentscheid betraf dies Architektenleistungen eines Gesellschafters. Der deutsche Bundesgerichtshof befand, geschuldet sei mithin nicht die Bereitstellung von Arbeitskraft schlechthin gewesen, sondern ein bestimmtes Werk, auch wenn dieses durch Einsatz von Arbeitskraft hergestellt worden sei. Durch dessen Einbringung werde – wie bei jeder anderen geldwerten Einlage – regelmässig der Wert des Gesellschaftsvermögens messbar erhöht. Dies treffe namentlich bei Architekturleistungen zur Herstellung eines Bauwerks zu. Werkvertragliche Leistungen, die als (Sach-)Einlage zu erbringen sind, seien daher grund-

sätzlich – nach dem Wert, den sie zur Zeit ihrer Einbringung hatten – zu erstatten.⁵¹

In der deutschen Literatur ist aus diesem Entschluss gefolgert worden, § 733 Abs. 2 S. 3 BGB fände generell keine Anwendung auf Werkleistungen, weil deren Wert als Sacheinlage erstattungsfähig sei.⁵² Zudem macht die überwiegende Mehrzahl der Autoren – gestützt auf die vom Bundesgerichtshof anerkannte Ausnahme⁵³ – eine Einschränkung für Dienstleistungen eines Gesellschafters, die sich in einem fest umrissenen und messbaren, dem Gesellschaftsvermögen verbleibenden Wert niedergeschlagen haben, sofern sie nicht bereits durch eine besonders verabredete Vergütung oder durch Beteiligung am Gesellschaftsgewinn abgegolten werden.⁵⁴ Einzelne Stimmen wollen demgegenüber nur diejenigen Dienste von einer Erstattung ausnehmen, die den Gesellschaftszweck bloss mittelbar fördern, mithin die Geschäftsführungs- und Verwaltungstätigkeiten der Gesellschafter. Darüber hinausgehende Dienste sollen erstattungsfähig sein.⁵⁵

Im Anschluss an die deutsche Literatur wird auch in der schweizerischen Lehre die Ansicht vertreten, dass bei einem Werk, das für die Gesellschaft als Ein-

⁴⁷ Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2020, § 733 N 17 (zit. MüKo-Schäfer).

⁴⁸ BGH NJW 1980, 1744.

⁴⁹ BGH NJW 1980, 1744 f.

⁵⁰ Jauernig/Stürner, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., 2021, § 735 N 4 (zit. Jauernig/Stürner).

⁵¹ BGH NJW 1980, 1744 f.

⁵² Vgl. MüKo-Schäfer (Fn. 47), § 733 N 18; Soergel/Hadding/Kießling, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11/1, Schuldrecht 9/1, §§ 705–758, 13. Aufl., 2012, § 733 N 12 (zit. Soergel/Hadding/Kießling); Staudinger/Habermeier, Staudinger BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705–740, 13. Aufl., 2003, § 733 N 11 (zit. Staudinger/Habermeier); kritisch demgegenüber in Bezug auf die in der Literatur «postulierte Generalität» der Aussage NK-BGB-Hanke, Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Band 2/2, §§ 611–853, 3. Aufl., 2016, § 733 N 13 (zit. NK-BGB-Hanke).

⁵³ Dabei wird teilweise darauf hingewiesen, der Begriff der «Dienste» in § 733 Abs. 2 S. 3 BGB sei weit zu verstehen; der (grundsätzliche) Ausschluss von der Erstattungsfähigkeit umfasse nicht nur «Dienste» im Sinne der §§ 611 ff. BGB, sondern sowohl Dienst- als auch Werkleistungen (vgl. etwa Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2021, Art. 733 N 9; vgl. auch OLG Köln 3 U 116/98 vom 3.8.2001, BeckRS 162390 ff., Rz. 28).

⁵⁴ Vgl. etwa Jauernig/Stürner (Fn. 50), § 735 N 4; Palandt-Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., 2020, § 733 N 10; MüKo-Schäfer (Fn. 47), § 733 N 17; Soergel/Hadding/Kießling (Fn. 52), § 733 N 14; Staudinger/Habermeier (Fn. 52), § 733 N 11; vgl. auch Erman-Westermann, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., 2017, § 733 N 6; BGH NJW 1986, 51; BGH NJW 1966, 501 f.

⁵⁵ Ensthaler Jürgen, Die Liquidation von Personengesellschaften, Berlin 1985, 29 ff., insbes. 31.

lage durch eine Arbeitsleistung des Gesellschafters geschaffen wird, dieser Beitrag «im Umfang [seines] Wertes als Einlage verbucht werden [kann] mit der Folge, dass [sein] Wert im Liquidationsfall zurückzuerstatten ist».⁵⁶ In einem solchen Fall soll es sich dann aber nicht um eine «persönliche Arbeitsleistung» (im Sinne von Art. 537 Abs. 3 OR) handeln.⁵⁷

Das Bundesgericht hat nun im Urteil 4A_328/2019 Raum für entsprechende Differenzierungen angelegt: Zum einen durch die Gleichstellung von Beiträgen in Form von Geld und Arbeit; zum anderen durch die angesprochene Unterscheidung zwischen Beiträgen der Gesellschafter im Sinne von Art. 531 OR und (Geschäftsführungs-)Tätigkeiten, die zu Ansprüchen aus Art. 537 OR führen.

2.3.3 Gebotene Schärfung der Differenzierungskriterien

Um aus all diesen Überlegungen dogmatisch saubere und praxistaugliche Unterscheidungsmerkmale zu gewinnen, ist eine Ordnung und Bewertung der Kriterien erforderlich:

In Bezug auf die Erstattungsfähigkeit kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht das massgebliche Kriterium sein, ob eine werkvertragsähnliche oder auftragsähnliche Arbeitsleistung vorliegt. Eine allfällige Berücksichtigung des Werts der Leistung muss *unabhängig von der Definition als Werk- oder Dienstleistung* erfolgen.⁵⁸ Ansonsten wären Leistungen eines Architekten abhängig davon, ob sie werkvertragsrechtlichen (z.B. Pläne) oder auftragsrechtlichen (z.B. Bauaufsicht) Charakter haben, erstattungsfähig oder eben nicht. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist der Architektenvertrag nämlich ein gemischter Vertrag, der werkvertragsrechtliche und auftragsrechtliche Leistungen enthält.⁵⁹ Ebenso wenig kann ausschlaggebend sein, dass die Bewertung einer Leistung zu Schwierigkeiten führen kann. Bewertungsprobleme können nicht darüber entscheiden, ob eine Leistung erstattungsfähig ist oder nicht. So-

weit erforderlich ist der Wert der Leistung bzw. des Gesellschaftsvermögens zu schätzen.⁶⁰

Zu differenzieren ist vielmehr danach, ob es sich bei der Arbeitsleistung um einen Dienst handelt, der als *Verwaltungstätigkeit für die Gesamtheit der Gesellschafter* qualifiziert werden kann oder ob es um *Dienste* geht, die darüber hinausgehen und den *Zweck der Gesellschaft* im Sinne von Beitragsleistungen *unmittelbar fördern*.⁶¹ Nur mittelbar dem Gesellschaftszweck dienende Leistungen, wie die Geschäftsführertätigkeit, sind nicht erstattungsfähig. Gleiches muss grundsätzlich auch für Beratung und Auskunftserteilung durch Gesellschafter gelten; diese Leistungen liegen zwar ausserhalb der eigentlichen Geschäftsführungstätigkeit, sie stellen aber (in aller Regel) keine zur Förderung des konkreten Gesellschaftszwecks erforderlichen Beitragsleistungen dar und sind daher nicht erstattungsfähig.⁶² In diesem Sinn bestimmt Art. 537 Abs. 3 OR, dass ein Gesellschafter für seine persönlichen Bemühungen keinen Anspruch auf besondere Vergütung hat. Das Tätigwerden eines Gesellschafters für die Gesellschaft ist grundsätzlich Ausfluss der Gesellschafterstellung und somit keine entgeltliche Dienstleistung.⁶³

Anders sind indessen Arbeitsleistungen zu beurteilen, die den Gesellschaftszweck unmittelbar fördern. Nach Art. 531 Abs. 1 OR können denn auch Leistungen unterschiedlichster Natur den Gesellschaftszweck fördern. Dabei sind allerdings auch unmittelbar den Gesellschaftszweck fördernde Leistungen im Rahmen der Liquidation nur dann erstattungsfähig, wenn sie *ihrem Werte nach ins Gesellschaftsvermögen eingebracht* wurden. Hat der Gesellschafter für seine Leistung eine andere Art des Ausgleichs erhalten, z.B. ein besonderes Entgelt oder eine höhere Gewinnbeteiligung,⁶⁴ kann keine Erstattung erfolgen; in diesem Fall ist sein Einsatz abgegolten. Ist dies indessen nicht der Fall, muss der Wert der Arbeitsleistung in die Endabrechnung einfließen. Soweit

⁵⁶ ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 168.

⁵⁷ ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 168. Es liegt demnach eine andere Situation vor, als das Bundesgericht im Urteil 4A_328/2019 gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz angenommen hatte (vgl. Müller; ZBJV [Fn. 3], 50).

⁵⁸ Vgl. auch NK-BGB/Hanke (Fn. 52), § 733 N 13.

⁵⁹ Vgl. etwa BGE 109 II 462 ff.

⁶⁰ Vgl. Ensthaler (Fn. 55), 29.

⁶¹ Vgl. auch Ensthaler (Fn. 55), 31.

⁶² Vgl. auch Ensthaler (Fn. 55), 29 f.

⁶³ BK-Fellmann/Müller (Fn. 3), Art. 537 N 207.

⁶⁴ Zwar fällt in diesem Fall ein Ausgleich für die geleisteten Dienste nur an, wenn tatsächlich ein Gewinn erzielt wird. Eine entsprechende Vereinbarung ist aber ein starkes Indiz dafür, dass die Arbeitsleistung durch die Möglichkeit einer höheren Gewinnbeteiligung abgegolten sein soll und daher ausserhalb der Einlagenrückerstattung geregelt wurde (vgl. Ensthaler [Fn. 55], 33).

sich kein diesbezüglich übereinstimmender Wille der Gesellschafter feststellen lässt, wird sich das – unter Berücksichtigung der Treuepflicht aller Gesellschafter – aus der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben. Erbringen aufgrund des Gesellschaftsvertrags einzelne Gesellschafter Sachleistungen, während andere zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet sind, so ist in aller Regel davon auszugehen, dass auch der Wert der Arbeitsleistung ins Gesellschaftsvermögen «eingelegt» wurde.⁶⁵

Die gesetzliche Regelung der einfachen Gesellschaft folgt dem Grundsatz, dass alle Gesellschafter gleichbehandelt werden sollen, soweit nichts anderes vereinbart ist.⁶⁶ Dieser Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Gesellschafter als wegleitender Gedanke kann als Auslegungshilfe herangezogen werden, wenn die Konkretisierung der Rechtsstellung der Gesellschafter zur Diskussion steht.⁶⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Rückerstattung der Einlagen vom wirtschaftlichen Wert her nicht gleichgestellt werden kann mit dem Anspruch auf Beteiligung am (zukünftigen) Gewinn. Der Anspruch auf Einlagenrückerstattung ist «sicherer», weil er im Rahmen der Liquidation jedenfalls geltend gemacht werden kann und für den Fall, dass das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, den Wert der Einlagen zurückzuerstatten, vom Gesellschafter wenigstens teilweise (unter Abzug seines Verlustanteils) von den anderen Gesellschaftern verlangt werden kann.⁶⁸

Um auf die Architektenleistungen zurückzukommen: Sowohl werkvertragsähnliche Planungsleistungen als auch auftragsähnliche Leistungen wie die Bauleitung sind in die Endabrechnung einzubeziehen, soweit dafür keine spezielle Vergütung oder ein grösserer Gewinnanteil vereinbart wurden. Der Einwand, dass Planungsleistungen eines Architekten nachträglich wertlos werden, wenn eine anderweitige Verwertung nicht mehr möglich ist, weil das geplante Bauvorhaben nicht durchgeführt wird, greift nicht. Fertiggestellte und der Gesellschaft zur Verfügung stehende Planungsleistungen sind für die Gesellschaft bei der Vorbereitung eines Bauvorhabens

ein geldwerter Vorteil, so wie für jeden anderen Bauherrn. Dass sie später nutzlos werden, kann in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit keinen Einfluss haben, weil die Gesellschafter einen Wertverlust gemeinsam zu tragen haben.⁶⁹ Auch das Argument, dass der in einer Arbeitsleistung bestehende Beitrag mit der Liquidation der Gesellschaft dem Gesellschafter als «zurückgewährt» angesehen werden kann, weil er wieder frei über den Einsatz seiner Arbeitskraft verfügen kann,⁷⁰ ist nicht zielführend. Für die Dauer der Gesellschaft ist nämlich anerkannt, dass beispielsweise ein Architekt, welcher der Gesellschaft angehört, für blosse Beratung in Fragen seines Berufes die Entschädigung im Anteil am Gesellschaftsgewinn suchen muss, während er für die Leitung eines Baues eine besondere Vergütung verlangen kann.⁷¹ Wird während der Dauer der Gesellschaft für diese (aussergewöhnliche) Arbeitsleistung aber keine Entschädigung bezahlt, muss sie (wenigstens) im Rahmen der Liquidation berücksichtigt werden.

3. Behandlung nach der Art der Einbringung, insbesondere die Beteiligung am Mehr- bzw. Minderwert

Die Behandlung von Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht hat, die sog. Einbringung *quoad dominium*, ist in Art. 548 OR geregelt. Als Grundsatz gilt, dass Sachen und andere Vermögenswerte,⁷² die der Gesellschaft (bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter) zu Eigentum überlassen worden sind, nicht an den einbringenden Gesellschafter zurückfallen (Art. 548 Abs. 1 OR). Diese Regelung ergibt sich aus dem Gesamthandsprinzip. Die Gesellschafter haben daher keinen Anspruch auf Naturalteilung des Gesellschaftsvermögens, sondern bloss auf Ersatz des Wertes, für den der Vermögenswert seinerzeit übernommen wurde (Art. 548 Abs. 2 OR).⁷³ Haben die Gesellschafter bei der Übernahme keinen Wert vereinbart, gilt der damalige Verkehrs-

⁶⁵ Vgl. *Ensthaler* (Fn. 55), 31 f.

⁶⁶ Vgl. dazu eingehend *BK-Fellmann/Müller* (Fn. 3), Art. 530 N 614 ff.

⁶⁷ Vgl. *Ensthaler* (Fn. 55), 32; *BK-Fellmann/Müller* (Fn. 3), Art. 530 N 621.

⁶⁸ Art. 549 Abs. 1 und 2 OR; vgl. *Ensthaler* (Fn. 55), 32 f.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1980, 1745.

⁷⁰ Vgl. auch BGH NJW 1966, 501.

⁷¹ *BK-Fellmann/Müller* (Fn. 3), Art. 537 N 215 m.w.H.

⁷² Die Regelung gilt für alle Vermögenswerte und nicht nur für eingebrachte Gegenstände (vgl. etwa *OFK-Müller* [Fn. 3] Art. 548 N 4).

⁷³ Vgl. *OFK-Müller* (Fn. 3), Art. 548 N 4; vgl. auch *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 4), Art. 548–551 N 149 und 173; *BSK-Staehelin* (Fn. 18), Art. 548/549 N 4 und 9; BGE 119 II 119 E. 3.a; BGE 105 II 204 E. 2.b; BGE 93 II 387 E. 4.

wert, der gegebenenfalls zu schätzen ist (Art. 548 Abs. 3 OR).⁷⁴ Der Gesellschafter profitiert damit nicht (allein) von einem allfälligen Mehrwert.⁷⁵ Ein Mehr- oder Minderwert fließt in die Gewinn- bzw. Verlustverteilung ein.

Wie es sich mit Vermögenswerten verhält, die bloss zum Gebrauch eingebracht (Einbringung *quoad usum*) oder der Gesellschaft zur Verfügung überlassen (Einbringung *quoad sortem*) wurden, sagt das Gesetz nicht explizit. Sie fallen nach Ansicht des Bundesgerichts und der Lehre bei Auflösung der Gesellschaft an den betreffenden Gesellschafter zurück.⁷⁶ In solchen Fällen stellt sich die Frage, was mit einem Mehr- bzw. Minderwert des Vermögensbeitrags geschieht.

Eine Wertsteigerung, die auf Leistungen der Gesellschaft beruht, wie z.B. die Erschliessung eines Grundstücks zur Baureife, stellt einen Gesellschaftsgewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist.⁷⁷ Eine Wertverminderung infolge der Gesellschaftstätigkeit stellt hingegen einen Verlust dar, der ebenfalls unter den Gesellschaftern zu teilen ist.⁷⁸

Bei nicht auf Leistungen der Gesellschaft beruhenden Wertveränderungen konjunktureller Natur, wie z.B. steigenden Bodenpreisen, ist zu unterscheiden: Wurde der Vermögenswert zum Gebrauch (Einbringung *quoad usum*) eingebracht, findet die Wertveränderung ohne anderslautende Vereinbarung keinen Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung

der Gesellschaft.⁷⁹ An einem konjunkturellen Mehrwert partizipiert der (*quoad usum*) einbringende Gesellschafter daher grundsätzlich allein.⁸⁰ Gleiches muss für einen konjunkturellen Minderwert gelten. Wurde der Vermögenswert der Gesellschaft zur Verfügung überlassen (Einbringung *quoad sortem*), ist der Beitrag im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln. Ein konjunktureller Mehrwert stellt daher einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist.⁸¹ Dasselbe gilt für einen konjunkturellen Minderwert.

Mit der Einbringung eines Grundstücks *quoad sortem* hatte sich das Bundesgericht im Urteil 4A_377/2018 vom 5.7.2019 auseinanderzusetzen.⁸² Dabei ging es um ein Konkubinat, bei dem ein Partner ein Grundstück in die als einfache Gesellschaft qualifizierte Gemeinschaft eingebracht hatte. Aufgrund eines Missverständnisses wurde lediglich der einbringende Gesellschafter als (Allein-)Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Bei seinem Tod, der zur Auflösung der einfachen Gesellschaft geführt hatte,⁸³ stellte sich die Frage, ob die Konkubine am Gewinn, der aus dem Verkauf der Villa durch die alleinerbende Tochter des Verstorbenen resultierte, Anteil hat. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass im vorliegenden Fall die Villa, die *quoad sortem* eingebracht wurde,⁸⁴ im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln sei. Intern verzichtete der einbringende Gesellschafter auf die Ausübung seiner Rechte, bleibe aber Eigentümer. Die Sache

⁷⁴ Vgl. OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 5; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 173; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 9; SHK-Steininger (Fn. 27), Art. 548/49 N 20; vgl. auch BGer 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1.

⁷⁵ OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 5; vgl. auch ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 175; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 9; SHK-Steininger (Fn. 27), Art. 548/49 N 20; BGer 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1.

⁷⁶ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 179; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; vgl. auch BGE 105 II 204 E. 2.b; BGer 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_441/2007 vom 17.1.2008 E. 6.

⁷⁷ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 180; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 10; BGE 105 II 204; BGer 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1 und 6.2.

⁷⁸ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 180; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; BGer 4A_21/2014 vom 7.1.2015 E. 3.

⁷⁹ OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; vgl. auch BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 10; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 181; BGer 4A_70/2008 vom 12.8.2009 E. 4.2.

⁸⁰ Vgl. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 181; OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; BGer 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1.

⁸¹ Vgl. OFK-Müller (Fn. 3), Art. 548 N 6; BSK-Staehelin (Fn. 18), Art. 548/549 N 10; vgl. auch ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 4), Art. 548–551 N 182; BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.5, 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.1.1.2, 4A_485/2013 vom 4.3.2014 E. 6.1 und 6.2.

⁸² Vgl. eingehend zum Urteil auch Müller, ZBJV (Fn. 3), 44 ff.; Müller/Fellmann/Leu (Fn. 3), 491 ff.

⁸³ Vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁸⁴ Eine Einbringung *quoad dominium* konnte nicht vorliegen, weil es an einer für eine Eigentumsübertragung erforderlichen öffentlichen Beurkundung fehlte und der einbringende Gesellschafter als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen war (Art. 657 Abs. 1 und Art. 656 ZGB; BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.4).

werde im Innenverhältnis als Teil des Gesellschaftsvermögens angesehen, weshalb bei einer Veräusserung des Grundstücks der gesamte Mehrwert als Gewinn an die Gesellschaft fliesse. Der konjunkturelle Mehrwert stelle demnach einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen sei.⁸⁵ Damit partizipierte die Konkubine am Gewinn, der aus dem Verkauf der Villa resultierte. Daran ändere nichts, so das Bundesgericht, dass der einbringende Gesellschafter als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Bei der rechtlichen Qualifikation der Nutzung eines Grundstücks durch die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft als Beitrag komme es auf den wirklichen Willen der Parteien an und nicht auf den Grundbucheintrag.⁸⁶ Im vorliegenden Fall ging das Bundesgericht aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen von einem tatsächlichen Konsens in Bezug auf die Einbringung des Grundstücks *quoad sortem* aus.⁸⁷

IV. Schlussbemerkungen

Es liegt vermutlich in der Natur der Sache, bei der Aufnahme einer Tätigkeit zur gemeinschaftlichen Zweckverfolgung nicht (gerne) an das Ende zu denken. Die dargestellten Beispiele zeigen jedoch, dass es grosse Rechtsunsicherheit – und damit verbunden mangelnde Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung – im Bereich der Behandlung der Beiträge der Gesellschafter im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft und ihrer Beteiligung am Liquidationsergebnis gibt. Die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft tun daher gut daran, im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, wie ihre Beiträge – während der Dauer der Gesellschaft und insbesondere auch im Rahmen der Liquidation – zu behandeln sind.

⁸⁵ BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.5. In BGer 5A_881/2018 vom 19.6.2019 ging es um eine ähnliche Problematik. Dort hatte das Bundesgericht im Rahmen einer Scheidung über die Verteilung eines Mehrwerts zu befinden, welcher aufgrund von Aktivitäten der Gesellschaft eingetreten war. Dabei liess es (wie auch schon die Vorinstanz) offen, ob der Beitrag *quoad usum* oder *quoad sortem* eingebracht worden war (vgl. BGer 5A_881/2018 vom 19.6.2019 E. 3.2.2).

⁸⁶ BGer 4A_377/2018 vom 5.7.2019 E. 5.3.

⁸⁷ Denkbar wäre aber auch ein normativer Konsens durch Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip, vgl. dazu Müller/Fellmann/Leu (Fn. 3), 500.