



jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung

Frédéric Krauskopf

Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung

Frédéric Krauskopf

Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkongresse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBOG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G. Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs-klagerechte	635
TANNER BRIGITTE Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft

KARIN MÜLLER/WALTER FELLMANN/SIMON LEU*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	491
II. Das Urteil des Bundesgerichts 4A_377/2018 vom 5. Juli 2019	492
1. Sachverhalt.....	492
2. Erwägungen.....	492
3. Bemerkungen	494
3.1 Allgemeines	494
3.2 Zustandekommen einer einfachen Gesellschaft durch konkludentes Handeln	495
a) Allgemeines	495
b) Die einfache Gesellschaft in BGE 4A_377/2018.....	495
3.3 Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters	496
a) Beiträge der einfachen Gesellschafter.....	496
b) Behandlung der Beiträge im Rahmen der Liquidation.....	497
c) Die Beteiligung des Gesellschafters am Mehrwert in BGE 4A_377/2018.....	499
III. Schlussfolgerungen	500

I. Einleitung

Mit einem Beitrag zum Recht der einfachen Gesellschaft knüpfen wir an unsere seinerzeitigen wissenschaftlichen Kontakte zum Jubilar an. Lukas Handschin hat zusammen mit Reto Vonzun im Zürcher Kommentar das Recht der einfachen Gesellschaft kommentiert; wir (Karin Müller und Walter Fellmann) haben dies im Berner Kommentar getan. Der

* Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Prof. Dr. iur. WALTER FELLMANN ist Professor für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht und Rechtsanwalt bei der SwissLegal Fellmann Rechtsanwälte AG in Meggen (LU). RA SIMON LEU, MLaw, ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern. Die Autoren danken Frau Maïke Jeschonnek, BLaw, und Herrn Livio Mühlebach, BLaw, beide Hilfsassistenten an der Universität Luzern für die wertvolle Unterstützung bei der Materialsuche und die Zitatkontrolle.

Schweizerische Nationalfonds (SNF), der beide Projekte finanziell unterstützt hatte, forderte uns zur Diskussion über die Grundfragen dieses Rechtsgebiets auf. Wir haben uns daher schon vor Jahren über unsere Standpunkte zum Recht der einfachen Gesellschaft ausgetauscht und nehmen den Faden mit dem heutigen Beitrag gerne wieder auf. Ein Thema unserer Diskussionen war die Einbringung von Beiträgen der Gesellschafter *quoad dominium*, *quoad usum* oder *quoad sortem*, eine Unterscheidung, deren rechtliche Folgen den Kern des Urteils des Bundesgerichts 4A_377/2018 vom 5. Juli 2019 bilden, das wir im Folgenden vorstellen werden.

II. Das Urteil des Bundesgerichts 4A_377/2018 vom 5. Juli 2019

1. Sachverhalt

X. und Y. lebten bis zum Tod von Y. im Konkubinat und bestritten während Jahren den Lebensunterhalt mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Sie beschlossen, zusammen ein Haus für das weitere gemeinsame Zusammenleben zu erwerben. Aufgrund eines Missverständnisses unterzeichnete Y. im Jahr 2000 die entsprechenden Dokumente allein und wurde folglich als Alleineigentümer der Villa ins Grundbuch eingetragen.

An der Auktion zum Kauf der Villa waren X. und Y. beteiligt und der Grossteil des Kaufpreises wurde durch ein Hypothekendarlehen beglichen, das X. und Y. gemeinsam bei der Bank aufgenommen hatten. Die Hypothekarzinsen wurden über ein Bankkonto von Y. bezahlt, auf welches aber auch Gelder von X. flossen.

Am 5. September 2010 vermachte Y. seiner Lebenspartnerin X. sein gesamtes bewegliches Vermögen. Am 4. Oktober 2010 verstarb Y. und seine Tochter A. erbte die Villa, die sie 2011 verkaufte. Mit dem Verkauf wurde ein Nettoerlös von CHF 405'920.55 erzielt.

X. klagte in der Folge gegen A. und verlangte u.a. die Herausgabe ihres Gewinnanteils aus dem Verkauf der Liegenschaft. In einem gerichtlichen Gutachten wurde festgestellt, dass X. während des massgebenden Zeitraums deutlich mehr als Y. verdiente und sich folglich mit grosser Wahrscheinlichkeit regelmässig an der Begleichung der mit der Liegenschaft verbundenen Kosten, insbesondere auch der Hypothekarzinsen, beteiligt hätte. Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage gut und stellte im Wesentlichen fest, dass X. und Y. ihren Lebensunterhalt gemeinsam bestritten hätten. Nach den Grundsätzen der stillen Gesellschaft seien X. und Y. daher wirtschaftlich als gemeinsame Eigentümer der Villa anzusehen und im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft hätte X. Anspruch auf den Betrag, der ihren Einlagen sowie der Hälfte des Liquidationsgewinnes entspreche.

Das Kantonsgericht Waadt wies die von A. gegen das Urteil erhobene Beschwerde ab. Daraufhin gelangte A. mit Beschwerde ans Bundesgericht.

2. Erwägungen

Nach der Darstellung des Bundesgerichts gingen die Vorinstanzen davon aus, dass X. und Y. von 1990 bis zum Tod von Y. im Jahr 2010 im Konkubinat lebten und eine einfache

Gesellschaft mit dem Ziel bildeten, die Villa zu erwerben.¹ Die einfache Gesellschaft sei nach OR 530 I ein Vertrag, durch den zwei oder mehrere Personen mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes anstrebten.² Der gemeinsame Kauf einer Liegenschaft oder der gemeinsame Bau eines Hauses stelle typischerweise einen Zweck der einfachen Gesellschaft dar,³ wie sie die Lebenspartner bildeten.⁴

Der Vertrag auf Abschluss einer einfachen Gesellschaft bedürfe – so das Bundesgericht – zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. Er könne daher auch durch konkludentes Handeln, selbst ohne Kenntnis der Parteien zustande kommen.⁵ X. und Y. bildeten demnach auch in Bezug auf den Erwerb der Villa eine einfache Gesellschaft. Daran ändere nichts, dass Y. als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen worden sei. Dies schliesse eine einfache Gesellschaft nicht aus.⁶ Die Auslegungsregeln von OR 18 würden nämlich auch für Verträge gelten, die durch konkludentes Handeln abgeschlossen worden seien.⁷ Die Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien durch die kantonalen Gerichte sei nicht willkürlich.⁸

Bei einer einfachen Gesellschaft habe jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten, wobei dies auf verschiedene Art und Weise geschehen könne. Die Beiträge könnten zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht werden (*quoad dominium*); in diesem Fall würden alle Gesellschafter Eigentümer. Sie könnten auch zur Verfügung überlassen werden (*quoad sortem*). Dabei bleibe der einbringende Gesellschafter Eigentümer und die Sache könne nur zu einem bestimmten Zweck genutzt werden. Schliesslich könnten die Beiträge auch zur Nutzung überlassen werden (*quoad usum*). Der einbringende Gesellschafter bleibe Eigentümer und die anderen Gesellschafter profitieren lediglich von der Nutzung.⁹ Nicht erforderlich sei – unter Vorbehalt von ZGB 27 I –, dass die Beiträge gleichwertig seien.¹⁰

Das gemeinsame Ziel, der *animus societatis*, solle mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreicht werden und es sollten nicht nur die Verluste und Gewinne geteilt werden, sondern insbesondere auch die Substanz des Unternehmens.¹¹ Nach OR 548 I und 549 I sei die aufgelöste Gesellschaft zu liquidieren und der Gewinn an die Gesellschafter zu verteilen. Sofern nichts anders vereinbart sei, habe jeder Gesellschafter gleichen Anteil an Gewinn und Verlust, unabhängig von Art und Grösse seines Beitrags.¹²

Im vorliegenden Fall habe der Beitrag nicht zu Eigentum (*quoad dominium*) eingebracht werden können. Die Übertragung einer Liegenschaft setze eine öffentliche Beurkundung

¹ BGE 4A_377/2018 E. 3.

² BGE 4A_377/2018 E. 4.1.

³ Vgl. dazu BGE 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 19 S. 125 ff.).

⁴ BGE 4A_377/2018 E. 4.1; vgl. auch BGE 109 II 228 E. 2.b.

⁵ BGE 4A_377/2018 E. 4.1; vgl. auch BGE 124 III 363 E. II.2.a; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.3.

⁶ BGE 4A_377/2018 E. 5.3.

⁷ BGE 4A_377/2018 E. 4.3.

⁸ BGE 4A_377/2018 E. 5.3. A. hatte bestritten, dass die einfache Gesellschaft, die X. und Y. gebildet hätten, auch den Erwerb der Villa umfasst hätte. Y. sei Alleineigentümer gewesen und X. und Y. hätten nie beabsichtigt, die Villa gemeinsam zu erwerben. Daran ändere auch das gemeinsam aufgenommene Hypothekendarlehen nichts (BGE 4A_377/2018 E. 5.1).

⁹ BGE 4A_377/2018 E. 5.4.

¹⁰ BGE 4A_377/2018 E. 4.2.

¹¹ BGE 4A_377/2018 E. 4.2.

¹² OR 533 I; BGE 4A_377/2018 E. 4.4.

und die Eintragung im Grundbuch voraus.¹³ Weil Y. als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen gewesen sei, habe der Beitrag lediglich *quoad sortem* geleistet und die Villa bloss zur Verfügung überlassen werden können.¹⁴

Wenn der Beitrag *quoad sortem* geleistet worden sei, fliesse jeder Mehrwert der Villa, auch ein rein konjunktureller, in den Gewinn der Gesellschaft ein, der unter den Gesellschaftern zu verteilen sei. Im internen Verhältnis werde der Beitrag so behandelt, als seien alle Gesellschafter gemeinsame Eigentümer, auch wenn sie darüber nicht hätten verfügen können.¹⁵

Dies sei vorliegend der Fall. X. und Y. hätten die Liegenschaft als die ihre betrachtet und auch von ihrem Haus gesprochen. Sie hätten beide zur Zahlung der Hypothekarzinsen beigetragen. X. stehe daher die Hälfte des Mehrwerts der Liegenschaft zu, der zwischen dem Kauf und dem Verkauf entstanden sei.¹⁶ Die Beschwerde von A. sei daher abzuweisen.¹⁷

3. Bemerkungen¹⁸

3.1 Allgemeines

BGE 4A_377/2018 ist aus zwei Gründen interessant und lohnt daher eine Besprechung. Einerseits ging es um die Frage, wann eine Gesellschaft durch konkludentes Handeln zustande kommt. Andererseits war strittig, ob ein Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft auch dann am Mehrwert einer Liegenschaft partizipiert, wenn zwar beide Gesellschafter sie gemeinsam bewohnt und unterhalten haben, sie aber als Alleineigentum des anderen Gesellschafters im Grundbuch eingetragen war. Für das Bundesgericht stellte sich also die Frage, ob in einem solchen Fall trotz des Alleineigentums des einen Gesellschafters davon ausgegangen werden könne, das Grundstück sei als Aktivum in die Gesellschaft eingebracht worden und daher in Bezug auf eine Mehrwertbeteiligung des anderen Gesellschafters von Bedeutung. Im Folgenden soll auf diese beiden Themen eingegangen werden.

¹³ ZGB 656 und 657 I; BGE 4A_377/2018 E. 5.4.

¹⁴ BGE 4A_377/2018 E. 5.4.

¹⁵ BGE 4A_377/2018 E. 5.5.

¹⁶ BGE 4A_377/2018 E. 5.5.

¹⁷ BGE 4A_377/2018 E. 6.

¹⁸ Die Autoren haben sich bereits verschiedentlich zu den in diesem Beitrag in Frage stehenden Problemen geäußert: FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006; MÜLLER KARIN, *Kommentierung von OR 530–551*, in: *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Hrsg.: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, 3. A., Zürich 2016; MÜLLER KARIN/KÄCH ALICE, *Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze*, Jusletter 11. April 2016, Rz. 178 ff.

3.2 Zustandekommen einer einfachen Gesellschaft durch konkludentes Handeln

a) Allgemeines¹⁹

Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ist bei der einfachen Gesellschaft grundsätzlich an keine besondere Form gebunden.²⁰ Er kann daher auch stillschweigend erfolgen und sich aus dem Verhalten der Parteien ergeben, ohne dass ihnen bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht.²¹ Nicht selten existiert eine einfache Gesellschaft, ohne dass die Parteien die korrekte rechtliche Qualifikation ihrer Beziehung kennen.²²

Das konkludente Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages ist indessen nicht leichthin anzunehmen.²³ «Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist [...] generell, dass sich mindestens eine Vertragspartei rechtlich binden wollte; einen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht».²⁴

b) Die einfache Gesellschaft in BGE 4A_377/2018

Im zu beurteilenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, die Vorinstanz habe – ohne es freilich ausdrücklich zu sagen – eine subjektive Interpretation vorgenommen, um den tatsächlichen Willen der Parteien zu ermitteln.²⁵ Die Feststellung der Vorinstanz, zwischen X. und Y. habe ein tatsächlicher Konsens bestanden, die fragliche Villa gemeinsam zu erwerben, sei nicht willkürlich. An diese Feststellung sei das Bundesgericht gebunden.²⁶ Dass

¹⁹ Die folgenden Ausführungen stützen sich auf FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) und MÜLLER, OFK (Fn. 18).

²⁰ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 432; HANDSCHIN LUKAS, Kommentierung von OR 530–542, 557–561 u. 598–601, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016, OR 530 N 2; HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft (Art. 530–551 OR), 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, OR 530 N 127 f.; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 530 N 7; BGE 96 II 325 E. 6.c; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.3; BGE 4A_251/2016, 4A_265/2016 E. 5.2.1.

²¹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 432; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 530 N 2; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 530 N 127 f.; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 530 N 7; BGE 124 III 363 E. II.2; BGE 116 II 707 E. 2.a; BGE 108 II 204 E. 4; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.3; BGE 4A_251/2016, 4A_265/2016 E. 5.2.1; BGE 5A_304/2015 E. 3.2; BGE 4A_74/2015 E. 4.2.1 (sog. unbewusste Gesellschaft); BGE 4A_509/2010 E. 5.2; BGE 4A_383/2007 E. 3.1; BGE 4C.195/2006 E. 2.1; BGE 4C.421/2006 E. 7.2; TC/VD, SJZ 1974, 335. Zur Frage, wann eine faktische Lebensgemeinschaft eine einfache Gesellschaft darstellt vgl. HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/LENGACHER PHILIP, Vermögensrechtliche Aspekte in Patchworkfamilien und faktischen Lebensgemeinschaften, AJP 2019, 1118 ff., 1121 f.; vgl. auch COTTIER MICHELLE/CREVOISIER CÉCILE, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, 33 ff., 36 f.

²² MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 530 N 7; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 438; BGE 4A_491/2010 E. 2.3. Zu den Gefahren, welche in einer unbewussten Gesellschaftsbildung liegen HANDSCHIN LUKAS, Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft, SJZ 2013, 485 ff., 485 f.; DERS., Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft, in: Die vernetzte Wirtschaft, Netzwerke als Rechtsproblem, Hrsg.: Amstutz Marc, Zürich/Basel/Genf 2004, 107 ff., 108 f.

²³ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 433; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 530 N 7; verneint für die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft, BGE 5A_304/2015.

²⁴ BGE 4C.24/2000 E. 3.d; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 433; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 530 N 7; BGE 5A_304/2015 E. 3.2; BGE 4A_27/2008 E. 2.3.

²⁵ BGE 4A_377/2018 E. 5.3.

²⁶ Vgl. BGE 4A_377/2018 E. 5.3.

Y. im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragen gewesen sei, schliesse das Bestehen einer einfachen Gesellschaft in Bezug auf den Erwerb dieses Grundstücks nicht aus.²⁷

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags untersteht den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. Zum Abschluss bedarf es daher der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Gesellschafter.²⁸ Ist der Konsens wie im vorliegenden Fall streitig, prüft der Richter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorab, «ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Falls dies zu bejahen ist, besteht ein tatsächlicher Konsens. Haben sich die Parteien wohl übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, der (nur) zum Vertragsschluss führt, falls eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektiven Sinn zu behaften ist. Unter diesen Umständen ist von einem normativen Konsens auszugehen.»²⁹

Im vorliegenden Fall ging die Vorinstanz nach Meinung des Bundesgerichts von einem tatsächlichen Konsens zwischen X. und Y. aus.³⁰ Da die Ermittlung eines tatsächlichen Konsenses durch empirische Auslegung eine Tatsachenfeststellung ist, an die das Bundesgericht gebunden ist,³¹ hatte sich das Gericht damit nicht mehr weiter zu befassen, nachdem es zum Schluss gekommen war, dass die Feststellung der Vorinstanz nicht willkürlich war.

3.3 Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters

a) Beiträge der einfachen Gesellschafter

Nach OR 531 I 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 indessen nicht abschliessend, sodass auch andere vermögensrechtliche oder persönliche Leistungen als Beiträge in Betracht fallen.³² Beiträge sind Leistungen der Gesellschafter, die zur Förderung des Gesellschaftszweckes erbracht werden.³³ Soweit nichts anderes vereinbart ist, haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten.³⁴ Die Regelung von OR 531 II ist indessen dispositiv.³⁵ Die Gesellschafter können daher auch

²⁷ BGE 4A_377/2018 E. 5.3.

²⁸ OR 1 I; FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 530 N 432 m.w.H.

²⁹ BGE 5C.17/2002 E. 1.1; vgl. auch BGE 123 III 35 E. 2.b.

³⁰ Vgl. BGE 4A_377/2018 E. 5.3.

³¹ Vgl. etwa BGE 4A_134/2017 E. 2.1.

³² FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 11 u. 27 f.; vgl. auch HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 5; SCHÜTZ JÜRIG GIAN, Kommentierung von OR 530 f., 534, 542 f., 551 u.a., in: Stämpfli Handkommentar Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Hrsg.: Schütz Jürg Gian, Bern 2015, OR 531 N 6; BGE 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 19 S. 125 ff.); BGE 116 II 707 E. 2.a; BGE 4A_352/2012 E. 3.1; BGE 5A_540/2011 E. 6.1.1; BGE 4A_509/2010 E. 5.2. Für Beispiele vgl. MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 1.

³³ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 11; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 530 N 127 f.; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 1; vgl. auch HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 5; SCHÜTZ, SHK (Fn. 32) OR 531 N 2.

³⁴ OR 531 II.

³⁵ Vgl. COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012 (Fn. 21), 38; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 33; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 2; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 81; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.3.2.

verschiedenartige und/oder verschieden grosse Beiträge leisten.³⁶ Eine entsprechende Vereinbarung kann formfrei, d.h. konkludent³⁷ oder stillschweigend erfolgen.³⁸

Die Beiträge können unter verschiedenen Rechtstiteln geleistet werden. Ein Gesellschafter kann seinen Beitrag zu Eigentum in die Gesellschaft einbringen (Einbringung *quoad dominium*).³⁹ Werden Grundstücke zu Eigentum eingebracht, sind die zwingenden gesetzlichen Formvorschriften zu beachten.⁴⁰ Möglich ist auch die blossе Überlassung zum Gebrauch (Einbringung *quoad usum*).⁴¹ 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 (Einbringung *quoad sortem*).⁴² Diese Form der Einbringung kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Parteien Übertragungskosten und Steuern sparen wollen.⁴³

b) Behandlung der Beiträge im Rahmen der Liquidation

OR 548–550 regeln die Liquidation der einfachen Gesellschaft, die nach der Auflösung zu erfolgen hat.⁴⁴ Die Liquidation hat 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 Indi-

³⁶ Vgl. HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 2; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 40 ff.; BGE 4A_509/2010 E. 5.5.1; vgl. auch BGE 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 19 S. 125 ff.); BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_377/2018 E. 4.2.

³⁷ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 33 u. 42; BGE 4A_509/2010 E. 5.2.

³⁸ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 72; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 33; BGE 5A_540/2011 E. 6.1.1; vgl. auch BGE 137 III 455 E. 3.1 (übersetzt in: Pra 101/2012 Nr. 19 S. 125 ff.); BGE 4A_251/2016, 4A_265/2016 E. 5.2.1.

³⁹ Vgl. COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012 (Fn. 21), 39; FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 128 u. 133 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 48 u. 51 ff.; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 6; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 8; SCHÜTZ, SHK (Fn. 32) OR 531 N 5; vgl. auch HRUBESCH-MILLAUER/LENGACHER, AJP 2019 (Fn. 21), 1128; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_377/2018 E. 5.4; BGE 4A_21/2014 E. 3; BGE 4A_485/2013 E. 6.1; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.3.2; BGE 2A.269/2006 E. 3.3.

⁴⁰ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 8; vgl. auch COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012 (Fn. 21), 40; FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 147 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 51 u. 67; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 6; BGE 105 II 204 E. 2.b; BGE 60 II 98; BGE 58 II 362 E. 2 (öffentliche Beurkundung); BGE 4A_377/2018 E. 5.4.

⁴¹ Vgl. COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012 (Fn. 21), 39; FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 128 u. 173 ff.; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 7; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 48 u. 79 ff.; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 8; SCHÜTZ, SHK (Fn. 32) OR 531 N 5; vgl. auch HRUBESCH-MILLAUER/LENGACHER, AJP 2019 (Fn. 21), 1128; BGE 105 II 204 E. 2.b; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_377/2018 E. 5.4; BGE 4A_21/2014 E. 3; BGE 4A_485/2013 E. 6.1; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.3.2; BGE 2A.269/2006 E. 3.3.

⁴² Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 128 u. 165 ff.; HANDSCHIN, BSK (Fn. 20) OR 531 N 8; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 8; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 531 N 48 u. 86 ff.; SCHÜTZ, SHK (Fn. 32) OR 531 N 5; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_377/2018 E. 5.4; BGE 4A_485/2013 E. 6.1; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.3.2; BGE 4A_21/2014 E. 3.

⁴³ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK (Fn. 18) OR 531 N 171; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 531 N 8; z.B. bei Parzellierungsgesellschaften oder Patentverwertungsgesellschaften.

⁴⁴ Vgl. MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 1; STAEHELIN DANIEL, Kommentierung von OR 545–551, 574–593 u. 619, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016, OR 548/549 N 1 f.

vidualsphäre.⁴⁵ Sie 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*).⁴⁶

Die gesetzliche Ordnung der Liquidation ist äusserst summarisch und dispositiver Natur.⁴⁷ Die Gesellschafter können daher im Gesellschaftsvertrag oder in einer späteren Vereinbarung eine von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Lösung (z.B. Vereinbarung der Rücknahme eingebrachter Sachen) vorsehen.⁴⁸

OR 548 befasst sich mit dem Schicksal der Beiträge, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zu Eigentum überlassen hat (Einbringung *quoad dominium*).⁴⁹ Nach OR 548 I fallen Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht hat, nicht an ihn zurück. Die Gesellschafter haben daher keinen Anspruch auf Naturalteilung des Gesellschaftsvermögens, sondern nur auf Wert- oder Reinvermögensteilung, mithin bloss auf einen ihrem Anteil entsprechenden Betrag in Geld.⁵⁰ Gleichzeitig bedeutet dies, dass die Gesellschafter nicht verpflichtet sind, anstelle eines Geldbetrages Sachwerte zu übernehmen oder eingebrachte Gegenstände zurückzunehmen.⁵¹

Hat ein Gesellschafter eine Sache zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht, hat er nach OR 548 II bei der Liquidation Anspruch auf Ersatz des Wertes, für den sie seinerzeit übernommen wurde. Haben die Gesellschafter bei der Übernahme keinen Wert vereinbart, gilt nach OR 548 III der damalige Verkehrswert, der gegebenenfalls zu schätzen ist.⁵² Der Gesellschafter profitiert damit nicht von einem allfälligen Mehrwert.⁵³

Im Unterschied zu Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht hat, fallen Vermögenswerte, die der Gesellschaft bloss zum Gebrauch (Einbringung

⁴⁵ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 1.

⁴⁶ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 1; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 16; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 6; BGE 119 II 119 E. 3.a; BGE 4A_586/2011 E. 2; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.4.5.

⁴⁷ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 36; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 2 und 3; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 2; vgl. auch BGE 4A_586/2011 E. 2; BGE 4A_398/2010 E. 5.2.4.5; GABELLON ADRIEN/TEDJANI MEHDI, La fin de la société simple [2/2] – La liquidation et quelques aspects de procédure, SJ 2016, 251 ff., 258; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 185.

⁴⁸ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 36; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 3; LGVE 1994 I Nr. 9.

⁴⁹ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 4.

⁵⁰ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 4; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 149 u. 173; HRUBESCH-MILLAUER/LENGACHER, AJP 2019 (Fn. 21), 1128; GABELLON/TEDJANI, SJ 2016 (Fn. 47), 262 f.; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 188 f.; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 4 u. 9; BGE 119 II 119 E. 3.a; BGE 105 II 204 E. 2.b; BGE 93 II 387 E. 4.

⁵¹ Vgl. MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 4; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 4 u. 9; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 149 u. 173.

⁵² MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 5; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 173; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 189; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 9; STEININGER THOMAS A., Kommentierung von OR 548–550 u.a., in: Stämpflis Handkommentar Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Hrsg.: Schütz Jürg Gian, Bern 2015, OR 548/549 N 20; BGE 4A_485/2013 E. 6.1.

⁵³ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 5; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 175; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 190; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 9; STEININGER, SHK (Fn. 52) OR 548/549 N 20; BGE 4A_485/2013 E. 6.

quoad usum) oder zur Verfügung (Einbringung *quoad sortem*) überlassen worden sind, bei Auflösung der Gesellschaft an den betreffenden Gesellschafter zurück.⁵⁴

In solchen Fällen stellt sich die Frage, was mit einem Mehr- bzw. Minderwert des Vermögensbeitrags geschieht.

Eine Wertsteigerung, die auf Leistungen der Gesellschaft beruht (z.B. Erschliessung des Grundstückes zur Baureife), stellt einen Gesellschaftsgewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist.⁵⁵ Eine Wertverminderung infolge der Gesellschaftstätigkeit stellt demgegenüber einen Verlust dar, der ebenfalls unter den Gesellschaftern zu teilen ist.⁵⁶

Bei einer Einbringung *quoad usum* finden nicht auf Leistungen der Gesellschaft beruhende Wertveränderungen konjunktureller Natur (z.B. steigende Bodenpreise) ohne anderslautende Vereinbarung hingegen keinen Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft.⁵⁷ An einem konjunkturellen Mehrwert partizipiert der (*quoad usum*) einbringende Gesellschafter daher grundsätzlich allein.⁵⁸ Anders bei der Einbringung *quoad sortem*, bei welcher der Beitrag im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln ist. Hier stellt ein konjunktureller Mehrwert einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist.⁵⁹

c) Die Beteiligung des Gesellschafters am Mehrwert in BGE 4A_377/2018

Im zu beurteilenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, Y. habe die Villa als Beitrag *quoad sortem* in die einfache Gesellschaft zwischen ihm und X. eingebracht.⁶⁰ Die Villa sei daher im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln. Der konjunkturelle Mehrwert stelle demnach einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen sei.⁶¹

⁵⁴ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 179; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; vgl. auch COTTIER/CREVOISIER, AJP 2012 (Fn. 21), 39; GABELLON/TEDJANI, SJ 2016 (Fn. 47), 264; BGE 105 II 204 E. 2.b; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_21/2014 E. 3; BGE 4A_441/2007 E. 6.

⁵⁵ Vgl. GABELLON/TEDJANI, SJ 2016 (Fn. 47), 264; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 180; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 192; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 10; BGE 105 II 204; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_21/2014 E. 3; BGE 4A_485/2013 E. 6.1 und 6.2.

⁵⁶ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 180; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 192; BGE 4A_21/2014 E. 3.

⁵⁷ MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; vgl. auch MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 193; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 10; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 181; BGE 4A_70/2008 E. 4.2.

⁵⁸ Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 181; MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 193; BGE 4A_485/2013 E. 6.1.

⁵⁹ Vgl. MÜLLER, OFK (Fn. 18) OR 548 N 6; MÜLLER/KÄCH (Fn. 18), Rz. 194; STAEHELIN, BSK (Fn. 44) OR 548/549 N 10; vgl. auch GABELLON/TEDJANI, SJ 2016 (Fn. 47), 264; HANDSCHIN/VONZUN, ZK (Fn. 20) OR 548–551 N 182; BGE 4A_485/2013 E. 6.1 und 6.2; BGE 5A_881/2018 E. 3.1.1.2; BGE 4A_377/2018 E. 5.5.

⁶⁰ Vgl. BGE 4A_377/2018 E. 5.4.

⁶¹ BGE 4A_377/2018 E. 5.5.

III. Schlussfolgerungen

Das Urteil des Bundesgerichts 4A_377/2018 vom 5. Juli 2019 zeigt, dass es bei der rechtlichen Qualifikation der Nutzung eines Grundstücks durch die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft als Beitrag auf den wirklichen Willen der Parteien ankommt und nicht auf den Grundbucheintrag. Dieser Wille ist durch Auslegung zu ermitteln. Möglich ist – wie im vorliegenden Fall – ein tatsächlicher Konsens. Denkbar wäre aber auch ein normativer Konsens durch Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip.

Bei der Einbringung eines Grundstücks *quoad sortem* verzichtet der Gesellschafter zwar intern auf die Ausübung seiner Rechte, bleibt aber Eigentümer. Im Innenverhältnis wird die Sache als Teil des Gesellschaftsvermögens angesehen, weshalb bei einer Veräusserung des Grundstücks der gesamte Mehrwert als Gewinn an die Gesellschaft fliesst. Dass das Bundesgericht dies klargestellt hat, ist zu begrüssen.⁶²

⁶² In BGE 5A_881/2018 vom 19. Juni 2019 ging es um eine ähnliche Problematik wie im vorliegenden Fall. Das Bundesgericht hatte dort 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 sei (vgl. BGE 5A_881/2018 E. 3.2.2).