

## Haftung in der Anwaltskanzlei

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 2001 i.S. D.W. (Kläger und Appellant) gegen C.X. und B.Y. (Beklagte und Appellaten) sowie A.Z. (Streitberufener)

Mit Bemerkungen von

lic. iur. Alexander C. Bürgi und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Obergerichts

##### A. Gesellschaftsform

1. Standpunkte der Vorinstanz und der Parteien
2. Parteilille
3. Rechtsschein

##### B. Vertragsparteien

##### C. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

##### A. Gesellschaftsform

1. Freiberufliche Tätigkeit als kaufmännisches Gewerbe
2. Parteilille
3. Rechtsschein

##### B. Vertragsparteien

##### C. Duldungsvollmacht bei einfacher Gesellschaft

#### IV. Fazit

*Vorbem. d. Red.: Der nachfolgende Beitrag wurde am Lehrstuhl von der Crone verfasst. Der Praxis der Naturwissenschaften folgend, erscheint die unmittelbar für das Projekt verantwortliche Person an erster Stelle, während der Lehrstuhlinhaber mit seinem Namen zum Ausdruck bringt, dass er Text und Ergebnis vollumfänglich mitträgt.*

#### I. Sachverhalt

Nachdem bereits am 15. Mai 2001 ein entsprechendes Urteil ergangen war,<sup>1</sup> hatte das Obergericht des Kantons Zürich am 13. November 2001 zum zweiten Mal in einem Berufungsverfahren über eine Forderungsklage gegen zwei Seniorpartner einer Zürcher Anwaltskanzlei zu befinden.<sup>2</sup>

Kläger war wie im ersten Fall ein Anleger, der einen Juniorpartner der Kanzlei 1994 beauftragt hatte, auf treuhänderischer Basis Investitionen zu tätigen. Nach der Kündigung des Vertrags im Jahr

1996 blieb die vertragsgemässe Rückzahlung des Anlagekapitals aus; der Anleger ging in der Folge gegen die beiden Seniorpartner vor. Er stellte sich dabei auf den Standpunkt, die Seniorpartner hätten sich zumindest im Rahmen einer Anscheinsvollmacht mitverpflichtet. Mit Urteil vom 28. April 2000 wies das Bezirksgericht die Klage ab: Bei der Anwaltskanzlei handle es sich um eine einfache Gesellschaft; davon ausgehend sei eine Grundlage für die (Mit-)Verpflichtung der beklagten Seniorpartner nicht ersichtlich.<sup>3</sup>

#### II. Erwägungen des Obergerichts

Das Obergericht qualifiziert die Anwaltskanzlei als Kollektivgesellschaft [A.], lässt offen, ob die Kanzlei als Ganzes oder nur der Juniorpartner aus dem Anlagevertrag verpflichtet ist [B.] und weist die Klage schliesslich mit dem Argument ab, bei einer Kollektivgesellschaft könne der einzelne Gesellschafter erst nach erfolglosem Vorgehen gegen die Gesellschaft belangt werden [C.].

##### A. Gesellschaftsform

##### 1. Standpunkte der Vorinstanz und der Parteien

Nachdem das Bezirksgericht die Anwaltskanzlei als einfache Gesellschaft qualifiziert hat,<sup>4</sup> prüft das Obergericht als Erstes, ob es sich bei der Anwaltskanzlei nicht um eine Kollektivgesellschaft handeln könnte. Der Entscheid über die Gesellschaftsform ist insofern relevant, als bei einer Kollektivgesellschaft der einzelne Gesellschafter erst dann persönlich belangt werden kann, wenn er selbst in Konkurs geraten ist oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist.<sup>5</sup> Diese Belangbarkeitsvoraussetzungen sind *in casu* zum Entscheidzeitpunkt nicht erfüllt. Bei Annahme einer Kollektivgesellschaft wären die Beklagten deshalb zumindest vorderhand nicht passivlegitimiert.<sup>6</sup>

Mit Bezug auf die Gesellschaftsform hat der Kläger weder im bezirksgerichtlichen noch im

\* Alexander C. Bürgi ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar auf <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Vgl. NZZ vom 16. Mai 2001, S. 48.

<sup>2</sup> Vgl. NZZ vom 14. November 2001, S. 45.

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen Erw. I.

<sup>4</sup> Erw. I.10, II.1.

<sup>5</sup> Art. 568 Abs. 3 Satz 1 OR.

<sup>6</sup> Erw. II.2., II.4.

obergerichtlichen Verfahren einen eindeutigen Standpunkt vertreten; er liess die Frage teils ausdrücklich offen, ging andererseits in der Berufungsbegründung aber davon aus, bei der Anwaltskanzlei handle es sich um eine einfache Gesellschaft.<sup>7</sup> Die Beklagten wiederum haben sich – unter Hinweis auf ihren Gesellschaftsvertrag – mindestens seit der Berufungsduplik klar auf den Standpunkt gestellt, ihre Kanzlei sei als einfache Gesellschaft zu qualifizieren.<sup>8</sup>

## 2. Parteiwille

Für den Entscheid über die Gesellschaftsform bringt das Gericht zunächst Willens- und Erklärungsprinzip in den klassischen Zusammenhang:<sup>9</sup>

«Ob und in welcher Rechtsform auf Anwaltsseite eine Gesellschaft besteht, ist zunächst eine Frage der individuellen Rechtsgestaltung. Ist sie empirisch nicht klar zu beantworten, greifen die normativen Regeln zur Auslegung von Willenserklärungen Platz.»<sup>10</sup>

Folgerichtig geht das Gericht vom schriftlichen Gesellschaftsvertrag von 1990 und von der Aufnahmevereinbarung mit dem Juniorpartner von 1993 aus.<sup>11</sup> Nach der Darstellung im Urteil geben jedoch beide Vereinbarungen keinen Aufschluss über den konkreten Parteiwillen; nebst einigen Bestimmungen über die Vermögenssituation, Erträge, Vorschussbezüge u. dgl. sei darin hauptsächlich der Zweck enthalten, die bisherige Zürcher Zweigniederlassung der «S. & P.» selbstständig weiterzuführen. Ohne weitere Abklärungen zu treffen, scheint das Gericht damit davon auszugehen, der Parteiwille lasse sich empirisch nicht feststellen.

## 3. Rechtsschein

Als Konsequenz beschränken sich die weiteren Ausführungen im Urteil auf die Ebene des normativen Konsenses bzw. des Vertrauensschutzes:

«[A]uch im Gesellschaftsrecht [wirkt] das Prinzip des Vertrauensschutzes, namentlich des nach aussen sichtbaren Rechtsscheins, wonach rechtsgeschäftliche Bindung nicht immer einen bestimmt gearteten inneren Willen voraussetzt, sondern auch aus einem von aussen her sichtbaren Verhalten folgen kann, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte. Daraus und aus der Formfreiheit der Gesellschaftsverträge ergibt sich, dass eine einfache Gesellschaft und als deren Sonderform auch die Kollektivgesellschaft konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Partner ergeben können, ohne dass jenen diese Rechtsfolge bewusst sein muss.»<sup>12</sup>

Gestützt auf die ausführlichen *obiter dicta* des Bundesgerichts in BGE 124 III 363 konkretisiert das Gericht seine Auffassung wie folgt:

«Weicht die individuelle Anwaltspraxis mit ihrem ursprünglichen Kerngeschäft (Rechtsberatung, Erarbeiten von Rechtsgutachten, Prozessführung) der kollektiven Berufsausübung unter gleichzeitiger Ausdehnung des Tätigkeitsfeldes (Treuhand, Bankgeschäft, Vermögensverwaltung, Unternehmensberatung inkl. mergers & acquisitions, also Fusionen und Firmenzusammenschlüsse, etc.), ist vertrauensrechtlich die Auffassung berechtigt, gemeinsam unter Verwendung eines einheitlichen Briefkopfes und einer einheitlichen Zahlstelle auftretende Anwälte seien in einer höheren gesellschaftsrechtlichen Organisation im Sinne einer Kollektivgesellschaft verbunden (...).»<sup>13</sup>

Die Überlegungen des Gerichts münden in folgendes Zwischenergebnis:

«Im Sinne der Rechtsprechung ist deshalb im vorliegenden Fall in erster Linie auf den objektiven Eindruck abzustellen, welchen die Anwaltskanzlei entsprechend den erwähnten Kriterien des Bundesgerichtes nach aussen vermittelt.»<sup>14</sup>

In den weiteren Ausführungen werden die Umstände des konkreten Einzelfalls analysiert.<sup>15</sup> Für das Vorliegen einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft sprächen *in casu* etwa der einheitliche Briefkopf, die einheitliche Zahlstelle, die büro eigene Treuhandgesellschaft sowie das altertümliche «&»-Zeichen in der Kanzleibezeichnung «X. & Y.»; dass diese Bezeichnung mangels eines das gesellschaftliche Verhältnis andeutenden Zusatzes nicht als Firma einer Kollektivgesellschaft dienen könne,<sup>16</sup> schliesse das Vorliegen einer solchen im Übrigen nicht aus, zumal dem

<sup>7</sup> Erw. II.1, II.3.b.

<sup>8</sup> Erw. II.1, II.3.b.

<sup>9</sup> Vgl. etwa Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 212 ff.

<sup>10</sup> Erw. II.3.

<sup>11</sup> Erw. II.3.b.

<sup>12</sup> Erw. II.3.

<sup>13</sup> Erw. II.3.a.

<sup>14</sup> Erw. II.3.b.

<sup>15</sup> Erw. II.3.b.

<sup>16</sup> Art. 947 Abs. 1 OR.

Eintrag im Handelsregister bei der kaufmännischen Kollektivgesellschaft nur deklaratorische Wirkung zukomme. Demgegenüber liefere die Austrittsvereinbarung mit dem Juniorpartner von 1996 wiederum ein Indiz für den Bestand einer einfachen Gesellschaft.<sup>17</sup>

Das Gericht setzt sich sodann ausführlich mit der Werbebroschüre der Anwaltskanzlei auseinander und weist zusammenfassend darauf hin, dass die Kanzlei im In- und Ausland eine ausgesprochen umfassende Interessenvertretung für in- und ausländische Wirtschaftssubjekte anbiete, deren Bewältigung die beruflichen Möglichkeiten eines Einzelanwaltes gewöhnlich übersteige. Die erfolgreiche Führung der in der Werbebroschüre angepriesenen Mandate erfordere jedenfalls potentiell die auch zeitlich anspruchsvolle juristische Begleitung der grösseren Mandate durch aufeinander abgestimmtes Zusammenwirken einer Reihe verschiedener Partner in ihren jeweiligen Spezialbereichen. Dabei sei es unabdingbar, dass die einzelnen Spezialisten auf ihrem Gebiet Teillösungen für das Gesamtproblem erarbeiteten und in die Beratung einbrächten.<sup>18</sup>

Zusammenfassend wird schliesslich festgestellt:

*«[D]ie Kanzlei <X. & Y.> [übersteigt] nach ihrer Organisation und den von ihr angebotenen Dienstleistungen den Bereich der von der Eintragungspflicht befreiten <freien (wissenschaftlichen) Berufe>, da die Partner nach eigenem Bekunden auch in Bereichen tätig sind, die nur noch am Rande mit Rechtsberatung zu tun haben, jedoch weit in das allgemeine Finanz- und Treuhandgeschäft hineinreichen und damit klar dem kaufmännischen Bereich zuzuordnen sind.»<sup>19</sup>*

## B. Vertragsparteien

Selbst bei der Annahme, es handle sich bei einer Anwaltskanzlei um eine Kollektivgesellschaft, bleibt die Möglichkeit des Abschlusses von Mandaten mit einem der Kanzleipartner persönlich bestehen. Der betreffende Partner nimmt in einem solchen Fall die standardisierte Vertretungsmacht, die ihm als Kollektivgesellschaftler zusteht,<sup>20</sup> nicht in Anspruch – mit der Konse-

quenz, dass es zu keiner Mitverpflichtung seiner Kollegen im Sinn eines Gesamtmandats kommt.<sup>21</sup> Auf diese Möglichkeit der ausdrücklichen Vereinbarung eines Einzelmandats geht das Gericht allerdings nur kurz und in theoretischer Hinsicht ein; es klärt namentlich nicht ab, ob im gegebenen Fall ein solches vorliegt:

*«Auch wenn sich eine Anwaltskanzlei als Kollektivgesellschaft organisiert, heisst dies nicht, dass nun jeder Klient zwingend mit der Kollektivgesellschaft kontrahiert. Einzelmandate müssen schon von der Natur der Sache her möglich bleiben (etwa die Bezeichnung eines bestimmten Anwaltes als Willensvollstrecker durch den Erblasser oder die richterliche Ernennung eines Anwaltes als Rechtsvertreter) und können auch als solche vereinbart werden.»<sup>22</sup>*

## C. Ergebnis

Mit der Feststellung, dass eine Kollektivgesellschaft vorliege, kommt das Gericht zum Schluss, der Kläger könne seine Forderung jedenfalls zur Zeit nicht gegenüber den Beklagten persönlich geltend machen.<sup>23</sup> Die gesetzlichen Belangbarkeitsvoraussetzungen<sup>24</sup> – Konkurs der Beklagten oder Auflösung bzw. erfolglose Betreuung der Gesellschaft – seien nicht erfüllt; es fehle deshalb an der Passivlegitimation der beiden Gesellschafter. Ob die geltend gemachte Forderung tatsächlich besteht, wird damit offen gelassen.

Als Grundlage für einen direkten Anspruch gegen die Beklagten verwirft das Gericht nebst einer vertraglichen oder deliktischen<sup>25</sup> Haftung schliesslich auch eine Vertrauenshaftung; Nachdem der Juniorpartner mit seinem Handeln die Kollektivgesellschaft verpflichtet habe, treffe die Beklagten nämlich eine subsidiäre Haftung vertraglicher Natur, welche eine mögliche Vertrauenshaftung konsumiere.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> Erw. II.3.b.

<sup>18</sup> Zum Ganzen Erw. II.3.b.

<sup>19</sup> Erw. II.3.c.

<sup>20</sup> Art. 563 ff. OR.

<sup>21</sup> Zur Möglichkeit der Vereinbarung von Einzelmandaten und zu allfälligen Grenzen dieser Möglichkeit *Reto Vonzun*, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft – Zulässigkeit und Erfordernisse, ZSR NF 120 (2001) I 450 ff.

<sup>22</sup> Erw. II.3.a.

<sup>23</sup> Erw. II.4.

<sup>24</sup> Art. 568 Abs. 3 Satz 1 OR.

<sup>25</sup> Aus Art. 41 oder 55 OR.

<sup>26</sup> Erw. III.

### III. Bemerkungen

Im Rahmen der folgenden Bemerkungen zum obergerichtlichen Urteil soll zunächst auf die Gesellschaftsform [A.] und anschliessend auf die Frage eingegangen werden, ob ein Mandat an die Gesellschaft oder ein Einzelmandat vorliegt [B.]. Ein Exkurs gilt schliesslich dem Institut der Duldungsvollmacht bei der einfachen Gesellschaft [C.].

#### A. Gesellschaftsform

Entscheidend für die Beantwortung der Frage nach der konkreten Gesellschaftsform ist zunächst, inwieweit man die freiberufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts von der Definition des kaufmännischen Unternehmens und damit von der Gesellschaftsform der kaufmännischen Kollektivgesellschaft ausschliessen will [1.]. Im Weiteren gilt es abzuklären, wie weit die Gesellschafter konkret den Kreis ihrer Zusammenarbeit gezogen haben, bzw. welche Bereiche ihr *animus societatis* abdeckt. Ist dabei ein tatsächlicher Parteiwille nicht zu ermitteln [2.], gilt es auf Rechtscheingrundsätze zurückzugreifen [3.].

##### 1. Freiberufliche Tätigkeit als kaufmännisches Gewerbe

Gegen das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft scheint auf den ersten Blick die freiberufliche Natur der rechtsanwaltlichen Tätigkeit zu sprechen, die herkömmlicherweise nicht als kaufmännisches Gewerbe qualifiziert wird.<sup>27</sup> Die neuere Lehre und Praxis sieht allerdings keinen Hinderungsgrund, dennoch von einem kaufmännischen Unternehmen (und somit von einer Kollektivgesellschaft) auszugehen, wenn die anwaltliche Tätigkeit im Einzelfall nicht mehr dem «Leitbild der freien Berufe» entspricht.<sup>28</sup> Die Handelsregisterverordnung führt denn auch

«Treuhand- und Sachwaltergeschäfte» und die «Auskunfterteilung irgendwelcher Art» exemplifikatorisch als Handelsgewerbe an.<sup>29</sup> Abgesehen davon lässt die dürftige Literaturlage<sup>30</sup> eine weite Umschreibung des Ausnahmbereichs der «freien Berufe» ohnehin als fragwürdig erscheinen.

Auch das öffentliche Anwaltsrecht vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, selbst wenn das Zürcher Verwaltungsgericht dies «mit verhängtem Blick auf die Steuersituation»<sup>31</sup> und «*in dubio pro fisco*»<sup>32</sup> einmal anders entschieden hat.<sup>33</sup> Der rechtssuchende Klient wird durch das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft nämlich in keiner Weise schlechter gestellt; vielmehr dürfte er gerade in kritischen Fällen von der klareren Vertretungs- und damit Haftungsordnung profitieren.<sup>34</sup>

##### 2. Parteiwille

In Übereinstimmung mit der klassischen Auffassung weist das Gericht eingangs darauf hin, dass die Frage, ob eine einfache Gesellschaft oder eine Kollektivgesellschaft vorliege, sich in erster Linie nach der «individuellen Rechtsgestaltung» richte, die empirisch zu ermitteln sei.<sup>35</sup> Normative («vertrauenstheoretische») Überlegungen kommen somit erst dann zum Zug, wenn sich der innere Wille der Parteien, d.h. der konkrete *animus societatis*, nicht im Einzelnen nachweisen lässt.<sup>36</sup> Das Gericht setzt sich dann allerdings nur gerade im Zusammenhang mit drei Vertragsdokumen-

<sup>27</sup> Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 4 N 56 ff.

<sup>28</sup> Vgl. statt vieler Reto T. Ruoss, Anwaltliche Sorgfalt und die Folgen anwaltlicher Unsorgfalt in einer Sozietät, in: Winterthur (Hrsg.), Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Bern 1997, 86 ff., m.w.H. und Vonzun (FN 21), 448 ff.

<sup>29</sup> Art. 53 lit. A Ziff. 4 u. 6 HRegV; Peter Nobel, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: Fellmann/Huguenin Jacobs/Polodna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, 362 Fn. 79.

<sup>30</sup> Vgl. Nobel, Rechtsformen der Zusammenarbeit (FN 29), 359, m.w.H.

<sup>31</sup> Peter Nobel, Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Beratung und Organschaft, in: Winterthur (Hrsg.), Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Bern 1997, 55.

<sup>32</sup> Nobel, Rechtsformen der Zusammenarbeit (FN 29), 361.

<sup>33</sup> StE 1996 ZH, A 24.32 Nr. 2.

<sup>34</sup> Daniel Staehelin, Baukonsortium Remetschwil – Zürcher Anwaltskanzlei – Basler Advokaturbüro – Drei neuere Entscheide zu den Personengesellschaften, SZW 72 (2000) 313.

<sup>35</sup> Erw. II.3.

<sup>36</sup> Vgl. etwa Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 9), Nr. 212 ff. Das Sein kommt demnach vor dem Schein.

ten mit der Frage nach dem tatsächlichen Willen der Parteien auseinander; es verzichtet insbesondere darauf, aus der konkreten Tätigkeit der Anwaltskanzlei und der gelebten Zusammenarbeit der Gesellschafter auf den tatsächlichen Parteiwillen zu schliessen.

*In casu* scheinen die einzelnen Anwälte ihre Tätigkeit eng aufeinander abgestimmt zu haben. Eine weit gehende Koordination der Aktivitäten aber schafft ein starkes Indiz für den tatsächlichen Willen der Beteiligten, ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe»<sup>37</sup> zu betreiben und damit im Rahmen einer Kollektivgesellschaft zusammenzuarbeiten: Schon das blosses gemeinsame Vorgehen bei der Akquisition von Mandaten macht die Anwaltskanzlei in der Regel zum kaufmännischen Unternehmen – mit der Konsequenz, dass unter den Gesellschaftern eine Kollektivgesellschaft vorliegt.<sup>38</sup> Kein kaufmännisches Unternehmen und damit auch keine Kollektivgesellschaft dürfte ausschliesslich bei der reinen Infrastrukturgemeinschaft vorliegen, bei der sich die Zusammenarbeit unter den Gesellschaftern trotz gemeinsamen Briefkopfs auf den Betrieb der Infrastruktur beschränkt und sich in keiner Weise auf den Mandatsbereich erstreckt.<sup>39</sup>

Aussagekräftigste empirische Grundlage für den Entscheid über die Rechtsform einer Anwaltskanzlei wäre bei dieser Ausgangslage die

Jahresrechnung.<sup>40</sup> Aus den über die gemeinsame Rechnung erfassten Aufwänden und Erträgen ergibt sich ohne weiteres, wie eng oder weit die Anwälte selbst den Kreis ihrer Zusammenarbeit tatsächlich gezogen haben wollen. Dabei weist die Jahresrechnung einen wesentlich höheren Grad an Verlässlichkeit auf als beispielsweise das Werbematerial, auf das sich das Gericht (im Rahmen seiner Überlegungen zum Rechtsschein) konzentriert. Papier ist geduldig, besonders wenn es um die Selbstdarstellung geht. Mit der Gewinnverteilung dagegen nehmen es Anwaltskanzleien bekanntlich ernst: Das unmittelbare finanzielle Interesse der Beteiligten bietet Gewähr dafür, dass die Jahresrechnung den tatsächlichen Willen der Gesellschafter reflektiert.

### 3. Rechtsschein

Ob das Gericht zu Recht davon ausgegangen ist, der tatsächliche Parteiwille sei empirisch nicht mit genügender Sicherheit zu ermitteln, lässt sich ohne Kenntnis der gesamten Prozessakten nicht abschliessend beurteilen. Folgt man *in casu* der obergerichtlichen Sicht der Dinge, so stellt sich als Nächstes jedenfalls die Frage nach einem allfälligen normativen Konsens. Ein solcher liegt vor, wenn die jeweils aus Empfängersicht ausgelegten gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien übereinstimmen.<sup>41</sup> Im Fall eines Gesellschaftsvertrags wären mit anderen Worten die gegenseitigen Willenserklärungen der Gesellschafter aus der Sicht der jeweiligen Erklärungsempfänger, d.h. der anderen Gesellschafter, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Decken sich die Erklärungen sämtlicher Gesellschafter, so liegt ein normativer Konsens und damit ein Gesellschaftsvertrag vor.

Statt von der Perspektive der anderen Gesellschafter als Erklärungsempfänger geht das Gericht nun allerdings vom Eindruck aus, den das Verhalten der Gesellschafter nach Treu und Glauben bei aussenstehenden Dritten erweckt.

<sup>37</sup> Art. 552 Abs. 1 OR.

<sup>38</sup> *Ruoss* (FN 28), 84 ff., fordert für das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft demgegenüber eine besondere Qualifikation der Anwaltsgemeinschaft, wobei er auch Kriterien anführt, die sich auf das Aussenverhältnis beziehen, wie etwa den firmenmässigen Auftritt und das Auftreten am Markt.

<sup>39</sup> Vgl. zur Terminologie *Ruoss* (FN 28), 80 ff., 84, der die *Interne Unkostengemeinschaft* (mit getrenntem Auftritt) und die *Bürogemeinschaft* (mit gemeinschaftlichem Auftritt) einerseits von der *Anwaltsgemeinschaft* (mit gemeinsamer Rechnung auch im Mandatsbereich) andererseits unterscheidet; ähnlich *Jacques-André Reymond*, *La responsabilité des avocats associés et de leurs collaborateurs*, in: SAV (Hrsg.), *Schriftenreihe SAV*, Bd. 6, *Organisation des Anwaltsbüros*, Zürich 1989, 17 ff.; Zwischen *Kanzleigemeinschaft* und *Anwaltsfirma* wiederum unterscheidet *Peter Max Gutzwiller*, *Zur Haftung der Partner einer Anwaltskanzlei – nach schweizerischem Recht*, in: DACH (Hrsg.), *Nationale und internationale Kooperationsformen für Anwaltskanzleien*, Wien 1995, 55 ff.

<sup>40</sup> Zur Buchhaltung und zu weiteren Kriterien, die im Einzelfall für das Vorliegen eines kaufmännischen Unternehmens und damit einer Kollektivgesellschaft sprechen können, vgl. *Ruoss* (FN 28), 87 f.

<sup>41</sup> Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (FN 9), Nr. 216, 316 ff.

Diese bereits vom Bundesgericht in BGE 124 III 363 – im Rahmen eines langen *obiter dictum* – vorgespurte Ansicht erscheint dabei in dogmatischer wie in praktischer Hinsicht als problematisch. Implizit muss das Gericht dabei nämlich annehmen, ein primär *gegen aussen* gesetzter Vertrauenstatbestand in Form des gemeinsamen Auftretens könne den tatsächlichen, auf die Bildung einer Kollektivgesellschaft bezogenen Konsens *unter den Gesellschaftern* ersetzen. Nicht das gegenseitige Vertrauen der Vertragsparteien – hier der Gesellschafter – in die Verlässlichkeit der Willenserklärung wäre damit Grundlage des normativen Konsenses, sondern die berechtigten Erwartungen aussenstehender Dritter. Das Gericht entfernt sich damit weit von den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen, nach denen der nicht feststellbare tatsächliche *animus societatis* der Gesellschafter – wenn überhaupt – nur durch einen normativen Konsens im Innenverhältnis, d.h. *inter partes*, substituiert werden könnte.

Zu diesen dogmatischen kommen praktische Schwierigkeiten: Könnten Erwartungen Dritter eine Gesellschaft begründen, so wären die Gesellschafter an einen Gesellschaftsvertrag gebunden, über den unter ihnen mit hoher Wahrscheinlichkeit in einem Punkt Konsens herrschte: nämlich, dass er so nicht gewollt war. Zu denken ist dabei etwa an die dispositiven Regeln über die Beiträge der Gesellschafter oder die Gewinn- und Verlusttragung nach Köpfen. Erweckte beispielsweise eine reine Infrastrukturgemeinschaft ohne Regeln über die Gewinn- und Verlusttragung bei Dritten den Eindruck einer integrierten Partnerschaft, so führte diese nach der obergerichtlichen Rechtsprechung zu einer Erweiterung des Partnerschaftsvertrags – mit der Konsequenz, dass den Gesellschaftern, ohne dass sie dies je so gewollt hätten, gegenseitig Ansprüche auf eine Gewinn- und Verlustteilung nach Köpfen zustünden.

Ein solches Ergebnis wäre offensichtlich unhaltbar. Es geht deshalb nicht an, einen von den Gesellschaftern hinsichtlich der Gesellschaftsform nach aussen hin gesetzten Vertrauenstatbestand ins Innenverhältnis zu projizieren und daraus den tatsächlichen Bestand einer Kollektivgesellschaft unter ihnen abzuleiten. Vielmehr sind die rechtlichen Folgen eines entsprechenden

externen Auftretens von Anwälten auf das zum Schutz des berechtigten Vertrauens Dritter absolut Notwendige zu beschränken. Der in seinem Vertrauen auf den Bestand einer Kollektivgesellschaft Enttäuschte – und nur er – ist deshalb wirtschaftlich so zu stellen, wie wenn unter den Anwälten eine Kollektivgesellschaft *bestünde*; die Annahme einer real existierenden Kollektivgesellschaft schiesst demgegenüber weit über das Ziel hinaus.<sup>42</sup>

Rein dogmatisch gesehen wäre beim Schutz des Vertrauens Dritter in den Bestand einer Kollektivgesellschaft von einer Art «synthetischer» Kollektivgesellschaft und insbesondere von einem «synthetischen» Gesellschaftsvermögen auszugehen, welchem die Funktion eines primären Haftungssubstrats zukäme. Eine solche Lösung wäre jedoch unpraktikabel und der Nachweis dieses fiktiven Vermögens dem Geschädigten nicht zuzumuten. Da bei der Vertrauenshaftung ohnehin praktische bzw. ökonomische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen, rechtfertigt es sich stattdessen, die einzelnen Gesellschafter, die das Vertrauen miterweckt haben, primär, persönlich und solidarisch<sup>43</sup> auf das negative Interesse haften zu lassen.

Für den Rechtsschein einer Kollektivgesellschaft wird übrigens der gemeinsame Auftritt der Kanzleipartner gegen aussen in aller Regel genügen; man denke hier an den parallel gelagerten Fall der Verwendung eines Konzernlogos durch eine Tochtergesellschaft,<sup>44</sup> welche zur Konzernverantwortung der Muttergesellschaft führen kann.<sup>45</sup> Der Rechtsschein kann allerdings etwa dadurch zerstört werden, dass die Anwälte auf dem gemeinsamen Briefkopf ihre individuellen Telefonnummern angeben.

Im vorliegenden Fall kommt schliesslich hinzu, dass der Kläger in Tat und Wahrheit gar

<sup>42</sup> Auf die verwirrenden Begriffe *Innengesellschaft* und *Aussengesellschaft* wird im vorliegenden Beitrag verzichtet; vgl. dazu etwa *Stahelin* (FN 34), 314, 315 f., m.w.H. *Ruoss* (FN 28), 83, stellt hier einen Zusammenhang zur Lehre von der faktischen Gesellschaft her.

<sup>43</sup> Art. 50 OR.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 120 II 331 (*Swissair*), BGE 124 III 297 (*Musikvertrieb*).

<sup>45</sup> Vgl. dazu *von der Crone/Walter*, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 73 (2001) 53 ff., insbesondere 59 ff.

nicht auf den Bestand einer Kollektivgesellschaft vertraut hat; im Gegenteil sind beide Prozessparteien grundsätzlich von der Existenz einer einfachen Gesellschaft ausgegangen.<sup>46</sup> Es geht nun aber nicht an, den Gesellschaftern «vertrauens-theoretisch» den generell-abstrakten Anschein einer Kollektivgesellschaft entgegenzuhalten, wenn die Gegenseite individuell-konkret gar nicht auf den Bestand einer solchen vertraut hat.<sup>47</sup>

### B. Vertragsparteien

Gewisse Fragen wirft sodann die Tatsache auf, dass sich im vorliegenden Urteil keine näheren Ausführungen zur Frage finden, ob das Mandat nicht von vornherein nur als Einzelmandat mit dem Juniorpartner persönlich abgeschlossen wurde; eine solche Annahme böte sich in Anbetracht seines selbständigen Vorgehens durchaus an. Abzuklären wäre in erster Linie, ob Mandate dieser Art vom Gewinnverteilungsmodell der Kanzleipartner erfasst werden, bzw. ob sie in den Tätigkeitsbereich einer unter diesen bestehenden Kollektivgesellschaft fallen; es gilt dabei zu beachten, dass das konkrete Verhalten der Partner im Einzelfall zu einer konkludenten Erweiterung des Gesellschaftszwecks führen konnte. Der Ansicht des Bundesgerichts, wonach «bei einem Auftrag zu nicht spezifisch anwaltlicher Tätigkeit (...) im allgemeinen von einem Einzelmandat auszugehen ist, es sei denn, die Sozietät biete Dienstleistungen auch ausserhalb des typischen Anwaltsbereiches an»<sup>48</sup>, kann in dieser pauschalen Form jedenfalls nicht gefolgt werden.

### C. Duldungsvollmacht bei einfacher Gesellschaft

Sollte man im vorliegenden Fall zum Schluss kommen, es liege tatsächlich keine Kollektivgesellschaft vor, und es gebe auch kein Vertrauen in den Bestand einer solchen zu schützen, so ist damit grundsätzlich noch nichts über die Mithaftung der Seniorpartner ausgesagt. Selbst bei einer

Infrastrukturgemeinschaft in der Form einer einfachen Gesellschaft ist es nämlich nicht auszuschliessen, dass verschiedene Partner sich im Einzelfall stillschweigend hinter das Auftreten eines ihrer Kollegen stellen und dass dieses Verhalten zu ihrer Mitverpflichtung infolge Duldungsvollmacht führt.<sup>49</sup> Die entsprechenden Ausführungen des Klägers, die in diese Richtung gehen,<sup>50</sup> werden im Urteil jedoch konsequenterweise nicht weiter gewürdigt, zumal das Gericht vom Bestand einer Kollektivgesellschaft ausgeht.

### IV. Fazit

Dem Ansatz des Obergerichts ist nach dem Gesagten in mehrerlei Hinsicht nicht zu folgen. So wäre bei einer eingehenden Würdigung des Verhaltens der Kanzleipartner wohl bereits ein tatsächlicher Konsens hinsichtlich der Bildung einer Kollektivgesellschaft zu bejahen gewesen; ein Rückgriff auf Rechtsscheingrundsätze hätte sich damit erübrigt. Hätte ein Einzelmandat mit dem Juniorpartner persönlich vorgelegen, so wäre der Entscheid ohnehin wesentlich kürzer ausgefallen. In dogmatischer Hinsicht geht es sodann nicht an, den zur Begründung einer Gesellschaft grundsätzlich erforderlichen tatsächlichen Konsens *unter den Gesellschaftern* durch einen Anschein zu substituieren, den diese *gegenüber Dritten* erwecken; einzig ein normativer Konsens unter den Gesellschaftern käme hierfür in Frage. Die Annahme der Existenz einer veritablen Kollektivgesellschaft – mit allen damit verbundenen Unwägbarkeiten – geht im Übrigen auch insofern zu weit, als der Schutz des Klienten bereits mit einer einfachen Vertrauenshaftung gewährleistet wäre. Im vorliegenden Fall wäre schliesslich zu beachten gewesen, dass beide Prozessparteien im Grundsatz vom Vorliegen einer einfachen Gesellschaft ausgegangen sind; es erscheint mithin fragwürdig, aufgrund eines allgemeinen Anscheins «vertrauens-theoretisch» den Bestand einer Kollektivgesellschaft zu postulieren, auf den der Kläger persönlich gar nicht vertraut hat.

<sup>46</sup> Vorne II.A.1.

<sup>47</sup> Vgl. *Ruoss* (FN 28), 92.

<sup>48</sup> BGE 124 III 368 Erw. 2d.

<sup>49</sup> Vgl. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (FN 9), Nr. 1411; *Ruoss* (FN 28), 91 f.

<sup>50</sup> Erw. III.2.

In Anbetracht der gewagten Ausführungen des Obergerichts gilt es deshalb die klassische Rangfolge von Willens- und Vertrauensprinzip in Erinnerung zu rufen und die Schranken des Vertrauensprinzips aufzuzeigen:

- *Erstens* sollen Rechtscheingrundsätze erst dann zur Anwendung gelangen, wenn der Wille der Parteien in keiner Weise, d.h. auch nicht konkludent, bzw. durch ihr Verhalten, zum Ausdruck kommt;
  - *zweitens* geht es nicht an, den tatsächlichen Konsens *inter partes* durch einen Anschein zu substituieren, der *gegenüber Dritten* erweckt wird;
  - *drittens* sind die Auswirkungen der Rechtscheingrundsätze auf das zum Schutz des berechtigten Vertrauens absolut Notwendige zu beschränken; und
  - *viertens* kann Vertrauensschutz nur beanspruchen, wer vertraut und im Vertrauen gehandelt hat.
-