



Mitwirkend: Obergerichter Peter Helm, Vizepräsident, und Ersatzobergerichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Christoph Pfenninger, Franz Ramser und Caspar Comtesse sowie Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Beschluss und Urteil vom 21. Februar 2012

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Befehl / Forderung**

Rechtsbegehren der Klageschrift:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Die Beklagte sei bezüglich der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____" zur Erstellung einer (Schluss-)Abrechnung innert 20 Tagen zu verpflichten, unter Androhung einer Busse von CHF 500.-- im Sinne einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB für jeden Tag der Unterlassung nach Ablauf der erwähnten Frist; die Beklagte sei sodann zu verpflichten, innert dieser Frist die (Schluss-) Abrechnung und den Zusammenzug (standardisiert wie die Investitionsübersicht [Beilage zum Gesellschaftsvertrag] und als Auflistung der BKP [Baukostenpositionen] zweistellig/dreistellig gemäss Kostenvoranschlag [Beilage zum GU-Werkvertrag]) sowohl der Klägerin als auch dem Gericht zu Kenntnisnahme und zur Prüfung zuzustellen.
- 1.1 Die Beklagte sei (ebenfalls unter Strafandrohung im Sinne der obigen Ausführungen gemäss Art. 292 StGB für jeden Tag des Unterlassens nach Ablauf einer 20-tägigen Frist) zu verpflichten mitzuwirken beim Erhältlichmachen eines vollständigen Kontoauszuges, des auf den Namen der Beklagten bzw. der E. _____ AG lautenden GU-Kontos bei der F. _____, ... [Adresse] (Konto Nr. ...), welches mit Geld aus der C. _____ "D. _____" gespiesen wurde.

Eventualiter sei ihre Mitwirkung (und Zustimmung) durch Richter-spruch zu ersetzen.

Subeventualiter sei der Kontoauszug durch die F. _____, ... [Ad-resse], zu edieren.
- 1.2 Die Beklagte sei anschliessend gegebenenfalls zu verpflichten, allfällige Fehlbeträge und/oder nicht belegbare Abbuchungen innert 10 Tagen nach Kenntnisnahme der Schlussrechnung durch die Klägerin und das Gericht auf das C. _____-Konto zu bezahlen. Sodann sei sie zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag aus dem ihr zustehenden Anspruch bezüglich des Restsaldos abzu-treten, welcher einer 5 % Verzinsung der Fehlbeträge/nicht be-legbaren Abbuchungen seit 30. Juni 2007 entspricht.
2. Die Beklagte sei unter gleicher Strafandrohung gemäss vorste-hender Ziff. 1 zu verpflichten, innert 20 Tagen nach Erhalt der im Zusammenhang mit der "Schlussabrechnung" entstehenden und von der Klägerin schriftlich formulierten Fragen nachvollziehbar schriftlich zu beantworten und ihre diesbezüglichen Erklärungen zu belegen.
- 2.1 Unter anderem sei die Beklagte bereits heute zu verpflichten, CHF 53'891.85 (Stand 18.06.2007) für vertragswidrig ab dem GU-Konto (F. _____, ... [Adresse], Konto Nr. ...) bezahlte Garantie-

leistungen auf das C._____-Konto bei der F._____, ... [Adresse], (Kto. Nr. ...) zu überweisen.

- 2.2 Sodann sei sie zu verpflichten, die Differenz von CHF 35'358.-- zwischen BKP ... (Käuferextras, CHF 150'142.--) und der Einzahlung von CHF 185'500.-- (auf das C._____-Konto) seitens der Käufer der Stockwerkeinheiten zu erklären. Ferner habe sie sämtliche Zahlungen der Käufer der Stockwerkeinheiten detailliert aufzulisten, samt Belegen und zugehörigen Abrechnungen.
3. Die hierauf notwendige Zustimmung der Beklagten zur je hälftigen Auszahlung des möglichen Gewinnes und/oder der Rückführung von investiertem Eigenkapital an die Klägerin und die Beklagte (unter Anrechnung bereits bezogener Beträge und der Verpflichtung der Beklagten zur Verzinsung des Guthabens der Klägerin) sei durch richterlichen Entscheid zu ersetzen.
4. Danach sei die einfache Gesellschaft C._____"D._____" als aufgelöst zu erklären.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Replik:

(act. 20 S. 2 f.)

- "1. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien dahin geeinigt haben, dass die Klägerin den Parkplatz, den Abstellraum sowie den Disporaum, die bislang nicht verkauft werden konnten, zum Anrechnungswert von CHF 59'000.- zu Eigentum übernimmt;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, Hand zu bieten, dass der Klägerin CHF 301'000.-- ab dem Konto der C.____ D._____ bei der F._____ Nr. ... ausbezahlt werden, nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2008;
3. Es kann Vermerk genommen werden, dass die Klägerin damit einverstanden ist, dass der gesamte Restbetrag auf dem erwähnten Konto bei der F._____ - unter Auflösung des Kontos - der Beklagten ausbezahlt wird;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

**I.
Einleitung und Sachverhalt**

1. Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z._____, welche die Beratung, Entwicklung und Finanzierung von Projekten jeglicher Art, im Besonderen von Immobilien, bezweckt, und Liegenschaften auf eigene Rechnung kaufen, verkaufen und vermitteln sowie sich an anderen Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art beteiligen kann (act. 4/1).

2. Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in W._____. Ihr Zweck ist die Beratung, Entwicklung und Finanzierung von Projekten jeglicher Art, im Besonderen von Immobilien. Sie kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen sowie alle Geschäfte tätigen, die direkt oder indirekt mit ihrem Zweck in Zusammenhang stehen. Sie kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräußern und verwalten und auch Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen (act. 4/2).

3. Am 13. Dezember 2004 schlossen die Parteien einen Vertrag über die einfache Gesellschaft C._____ "D._____". Zwecke der Gesellschaft waren die Bebauung eines Grundstückes in V._____ und der darauf folgende Verkauf der Stockwerkeinheiten. Dabei wurde die kaufmännische Leitung des Projekts der Beklagten und die technische Leitung der Klägerin übertragen. Eigentümerin des zu überbauenden Grundstückes war die G._____ AG, eine zu wesentlichen Teilen dem Geschäftsführer der Klägerin gehörende Gesellschaft. Am gleichen Tag wie der Gesellschaftsvertrag wurde auch der Generalunternehmer-Werkvertrag mit der E._____ AG unterzeichnet, die eine vom Geschäftsführer der Beklagten beherrschte juristische Person ist (act. 1 Rz. 4 f.; act. 8 S. 3 - 5; act. 4/3).

4. Im vorliegenden Verfahren ist zwischen den Parteien zusammengefasst die Auflösung sowie die Berechnung und Verteilung des Liquidationserlöses der einfachen Gesellschaft C._____ "D._____" streitig.

II. **Prozessverlauf**

1. Mit Einreichung der Klageschrift und der Weisung am 18. Juni 2009 (Datum Postaufgabe) machte die Klägerin das Verfahren rechtshängig (act. 1 und act. 3). Die Klageantwortschrift ging am 22. Oktober 2009 ein (act. 8). Anlässlich der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 24. Februar 2010 schlossen die Parteien folgenden Teilvergleich (Prot. S. 18):

"1. Die Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin den Baukostenstand der E.____ AG per heute sowie die C.____-Abrechnung in der letzten Fassung von Herrn H.____ bis spätestens Montag, 1. März 2010, zuzustellen.

2. Die Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin bzw. Dr. I.____ mit allfälligen Begleitpersonen, am 15., 17. und 23. März 2010, jeweils zwischen 13.30 und 17.00 Uhr das Recht einzuräumen, in sämtliche Unterlagen der C.____ "D.____" sowie E.____ AG, im Sitzungszimmer der E.____ AG, Einsicht zu nehmen sowie Kopien bei der Sekretärin erstellen zu lassen.

Die Klägerin bzw. Dr. I.____ verpflichten sich, die Rechnung für aufgrund des Umfangs extern anzufertigende Kopien zu bezahlen.

Die Klägerin bzw. Dr. I.____ verpflichten sich, keine Originaldokumente mitzunehmen.

Die Klägerin erklärt sich damit einverstanden, dass sich eine Kontrollperson der Beklagten oder der E.____ AG im Sitzungszimmer aufhält.

3. Die Parteien beantragen, den vorliegenden Prozess zwecks aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis 30. April 2010 informell zu sistieren."

Im Anschluss daran wurde das Verfahren informell und mit Verfügung vom 23. Juli 2010 bis zum 26. Oktober 2010 sistiert (Prot. S. 20 ff.). Sodann wurde das Verfahren mit Replik vom 2. März 2011 (act. 20) und Duplik vom 24. Juni 2011 (act. 24) schriftlich fortgesetzt.

2. Mit Eingabe vom 6. Januar 2012 (act. 27) beantragte die Klägerin unter Hinweis auf den kürzlichen Tod ihres Haupt-Anteilseigners Dr. I. _____ die vorläufige Sistierung des Prozesses. Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 16. Januar 2012 (Prot. S. 29) abgewiesen.

3. Der Prozess erweist sich als spruchreif.

III. **Formelles**

A. Anwendbares Prozessrecht und Zuständigkeit

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG und § 62 GVG, die von der Beklagten ausdrücklich anerkannt wird (act. 8 S. 3) und offensichtlich gegeben ist, bleibt erhalten. Für die Rechtsmittel ist das neue Prozessrecht massgebend (Art. 308 ff. ZPO).

B. Auskunftsbegehren der Klageschrift

1. Mit ihren Rechtsbegehren der Klageschrift verlangt die Klägerin von der Beklagten gestützt auf den Gesellschaftsvertrag die Erstellung einer Schlussabrechnung der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____", einen Kontoauszug, die Bezahlung allfälliger Fehlbeträge, die Beantwortung von Fragen, die Überweisung von CHF 53'891.85 für vertragswidrig ab dem GU-Konto bezahlte Garantieleistungen auf das C. _____-Konto, die Erteilung von Auskünften und das Vorlegen

von Belegen und Abrechnungen, die Zustimmung zur je hälftigen Auszahlung des möglichen Gewinnes und/oder Rückführung von investiertem Eigenkapital, worauf die einfache Gesellschaft C._____ "D._____" als aufgelöst zu erklären sei (act. 1 S. 2 f.).

Die Klägerin führt dazu aus, ihr sei in Ermangelung einer Schlussabrechnung nicht möglich, substantiierte Behauptungen aufzustellen. Zumindest hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 1 handle es sich vorliegend um eine Stufenklage (act. 1 Rz. 14). Liege dereinst die (fehlerfreie und klare) Schlussrechnung vor, könne der Gewinn vereinbarungsgemäss den Parteien je hälftig zugewiesen und verteilt werden (act. 1 Rz. 18). Der finanzielle Anspruch der Klägerin aus der Auflösung der einfachen Gesellschaft entspreche dem Streitwert, mithin der Hälfte des noch zu ermittelnden Gewinnes der Gesellschaft. Dieser lasse sich aber effektiv erst bestimmen, wenn die Schlussrechnung erstellt und festgestellt sei, ob die Beklagte Rückzahlungen auf dieses Konto vornehmen müsse (act. 1 Rz. 29).

In der Replik hält die Klägerin bezüglich ihrer Auskunftsbegehren fest, sie habe nach dem Teilvergleich vom 24. Februar 2010 Akteneinsicht bekommen und könne daher ihre Ansprüche detaillierter darlegen. Die Rechtsbegehren hätten kürzer und bestimmter gefasst werden können (act. 20 S. 3).

2. Die Beklagte beantragt in der Klageantwort die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei (act. 8 S. 2). Sie macht geltend, die definitive Schlussrechnung könne noch nicht vorgenommen werden. Wegen der von der Beklagten geschilderten Hindernisse sei der Zeitpunkt dafür noch nicht gekommen (act. 8 S. 12). Die Akteneinsicht sei der Klägerin wiederholt angeboten worden und sie habe das Recht auch wahrgenommen (act. 8 S. 17). Die Stufenklage meine die Verbindung eines Begehrens um Rechnungslegung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten. Die damit einhergehende Befreiung von der Behauptungslast werde dem Kläger zuerkannt, wenn es ihm nicht möglich sei, seine Forderung ohne Erfüllung des Hilfsanspruchs inhaltsmässig genau zu bestimmen. Dieses Bedürfnis bestehe für die Klägerin im vorliegenden Fall nicht. Sie habe das Recht, jederzeit Einsicht in sämtliche Unterlagen der C._____ und der E._____ AG zu nehmen (act. 8 S. 19).

In der Duplik stellt die Beklagte sodann fest, anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 24. Februar 2010 habe sie sich verpflichtet, die Unterlagen an einem vereinbarten Datum für die Klägerin aufzulegen und sie Kopien machen zu lassen. Die Klägerin habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Bei der Qualifikation der Stufenklage als objektive Klagehäufung könnten die Rechtsbegehren Ziffern 1., 1.1, 1.2 und 2. der Klage vom 18. Juni 2009 dem Begehren auf Information zugeordnet werden. Mit dem ausdrücklichen Verzicht auf die Informationsbegehren werde deren Behandlung obsolet. Bei der Verlegung der Gerichtskosten werde zu berücksichtigen sein, dass der teilweise Klageverzicht nicht auf der Befriedigung des Informationsanspruchs während des Verfahrens beruhe, sondern gar kein Informationsbedürfnis bestanden habe (act. 24 S. 3 f.).

3. Anlässlich der Referentenaudienz- und Vergleichsverhandlung vom 24. Februar 2010 schlossen die Parteien den oben wiedergegebenen Teilvergleich (siehe Ziffer II.1.; Prot. S. 18). Durch diesen Vergleich über eine Einsichtnahme der Klägerin wurde der Streit über die Auskunftsbegehren der Klägerin beigelegt. Als Auskunftsbegehren sind die Ziffern 1., 1.1, 2. und 2.2 des Rechtsbegehrens der Klägerin in der Klageschrift vom 18. Juni 2009 einzustufen. Diese Begehren sind daher als durch Vergleich erledigt abzuschreiben.

4. Die Klägerin hat die Möglichkeit zur Einsichtnahme entsprechend der Vereinbarung im Teilvergleich wahrgenommen (vgl. act. 20 S. 3; act. 24 S. 3). Sodann hat sie in der Replik die (unbezifferten) Leistungsbegehren der Klageschrift durch ein Feststellungsbegehren (Ziffer 1) und bezifferte Leistungsbegehren (Ziffer 2 und 3) bezüglich der Verteilung des Liquidationserlöses ersetzt (act. 20 S. 2). Diese Begehren ersetzen gemäss der Darstellung der Klägerin alle ihre Leistungsbegehren der Klageschrift im Bezug auf die Liquidation der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____" (act. 20 S. 20 ff.).

Bei einer Stufenklage wird ein Begehren um Rechnungslegung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden. Dabei bildet die angebehrte Geldleistung den Hauptanspruch, während der Auskunftserteilung bzw. der Rechnungslegung die Funktion als Hilfsanspruch zukommt. Da es dem Kläger in solchen Fällen regelmässig nicht möglich ist, seine

Forderung ohne Erfüllung des Hilfsanspruchs inhaltsmässig genau zu bestimmen, ist die unbezifferte Forderungsklage zunächst zuzulassen und die Möglichkeit zu gewähren, die Bezifferung nach erfolgter Rechnungslegung oder nach Abschluss des Beweisverfahrens nachzuholen. Dieses Vorgehen entspricht bewährter Lehre und Rechtsprechung (BGE 123 III 140 E. 2.b; Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Oktober 1992, in: ZR 91/92 / 1992/1993 Nr. 65).

Die Bezifferung der Begehren nach der vergleichsweisen Erledigung der Auskunftsbegehren entspricht somit dem Wesen der Stufenklage und ist zulässig. Im Folgenden sind daher nur noch die bezifferten Rechtsbegehren der Replik zu prüfen.

C. Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik

1. Die Klägerin beantragt mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik die Feststellung, dass sich die Parteien geeinigt hätten, dass sie den Parkplatz, den Abstellraum sowie den Disporaum zum Anrechnungswert von CHF 59'000 übernehme (act. 20 S. 2 und S. 7).

2. Die Beklagte beantragt Nichteintreten auf dieses Begehren mangels Feststellungsinteresse. Sie ist der Ansicht, eine separate Feststellung im Sinne des Antrages Nr. 1 sei nicht erforderlich (act. 24 S. 2 und 19).

3. Beim Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik handelt es sich um ein Feststellungsbegehren. Gegenstand der Feststellungsklage sowohl nach kantonalem als nach Bundesrecht ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen Personen bzw. der von der Rechtsordnung an einen gewissen Tatbestand geknüpften Folgen für ihre Beziehungen. Nicht zulässig sind Begehren auf Entscheidung einer abstrakten Rechtsfrage; auf Feststellung von Tatsachen, auch wenn sie als Elemente eines Tatbestandes rechtserheblich sind (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 8 f. zu § 59 ZPO/ZH, mit weiteren Hinweisen). Nach den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen ist eine Feststellungsklage zuzulassen, wenn die Klägerin an der sofortigen Feststellung ein schutzwürdiges Interesse hat, das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, aber erheblich sein

muss. Ein solches Interesse fehlt in der Regel, wenn die Klägerin in der Lage ist, über eine blosser Feststellung hinaus eine vollstreckbare Leistung zu verlangen. Zu bejahen ist es dagegen insbesondere, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung über den Bestand und den Inhalt des Rechtsverhältnisses beseitigt werden kann. Das heisst nicht, dass jede abstrakte Ungewissheit genüge; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer der Klägerin nicht mehr zugemutet werden kann, weil sie sie in ihren Entschlüssen behindert (BGE 114 II 253 E.2a; BGE 110 II 352 E. 2).

4. Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik verlangt die Klägerin die Feststellung der Einigung der Parteien bezüglich Übernahme des Parkplatzes, des Abstellraums und des Disporaums durch die Klägerin. Dabei handelt es sich nicht um ein Begehren um Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der von der Rechtsordnung an einen gewissen Tatbestand geknüpften Folgen für die Beziehungen der Parteien, sondern die Klägerin verlangt die Feststellung einer Tatsache, der Einigung der Parteien. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist daher nicht zulässig.

Zudem ist festzuhalten, dass auch ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Feststellung zu verneinen wäre. Die Klägerin macht dazu keine Ausführungen. Sie macht insbesondere nicht geltend, dass eine Ungewissheit bestünde, deren Fortdauer ihr nicht mehr zugemutet werden könnte. Im Gegenteil hält sie zum Feststellungsbegehren in ihrer Replik einzig fest, die Parteien hätten sich zum Thema Parkplatz, Abstellraum sowie Disporaum geeinigt (act. 20 S. 7). Dies entspricht auch den von den Parteien anlässlich der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 24. Februar 2010 zu Protokoll gegebenen Erklärungen, dass die Klägerin die unverkauften Räume zu einem Wert von CHF 59'000 übernehmen soll, und der von der Instruktionsrichterin festgehaltenen Einigung der Parteien darüber (Prot. S. 8, 12 f.). Eine der Klägerin nicht mehr zumutbare Ungewissheit über die Einigung der Parteien liegt daher nicht vor.

Die Prozessvoraussetzungen für die Erhebung einer Feststellungsklage sind somit nicht gegeben. Auf das Begehren Ziffer 1 der Replik der Klägerin ist nicht einzutreten.

D. Teilweise Anerkennung des Rechtsbegehrens Ziffer 2 der Replik

1. Die Beklagte beantragt in der Duplik, vorbehältlich ihrer Massgeblichkeit seien Antrag 2 der Replikschrift vom 2. März 2011 im den Betrag von CHF 72'500 übersteigenden Umfang abzuweisen und Antrag 3 gutzuheissen (act. 24 S. 2). Sie führt dazu aus, die Verteilung des Gewinnes könne in Guttheissung des anerkannten Antrags 3 in der Replik vorgenommen werden (act. 24 S. 25).

2. Diesen Antrag stellt die Beklagte nur unter dem Vorbehalt der Massgeblichkeit der Begehren der Replik. Die Begehren der Klageschrift wurden teilweise durch den Teilvergleich der Parteien erledigt und im Übrigen durch die bezifferten Anträge der Replik ersetzt (vgl. obige Erwägungen unter Ziffer III.B.). Demnach sind die Rechtsbegehren der Replik für das vorliegende Verfahren massgeblich, und die von der Beklagten in der Duplik gestellten Anträge (act. 24 S. 2) kommen zur Anwendung.

3. Mit ihrem Antrag Ziffer 3 der Duplik anerkennt die Beklagte, dass der Klägerin vom C.____-Konto ein Betrag von CHF 72'500 ausbezahlt ist. Nur im Mehrbetrag verlangt sie die Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens. Infolgedessen ist das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik bezüglich Zustimmung zur Auszahlung an die Klägerin vom Konto der C.____ "D.____" bei der F.____ Nr. ... im Umfang von CHF 72'500 als durch Anerkennung erledigt abzuschreiben.

4. Demgegenüber anerkennt die Beklagte mit ihrem Antrag Ziffer 3 der Duplik auch, dass der Restbetrag des Kontos an sie ausbezahlt sei. Doch stimmen die Parteien lediglich darin überein, dass der Restbetrag auf dem Konto, das heisst der nach Auszahlung ihres gesamten Guthabens an die Klägerin verbleibende Betrag, an die Beklagte ausbezahlt sei (act. 20 S. 2; act. 24 S. 2). Aus diesem Rechtsbegehren ergibt sich aber kein bestimmter Betrag, über dessen Auszahlung an die Beklagte sich die Parteien einig wären. Aus diesem Grund kann Ziffer 3 des Rechtsbegehrens der Replik nicht ebenfalls als durch Anerkennung erledigt abgeschlossen werden, sondern sie ist im Folgenden wie der die

Anerkennung übersteigende Betrag gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik materiell zu prüfen.

IV. **Materielles**

1. Die Klägerin verlangt in den Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 der Replik, die Beklagte sei zu verpflichten, Hand zu bieten, dass der Klägerin CHF 301'000 ab dem Konto der C._____ "D._____" ausbezahlt werde, nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2008, und erklärt sich damit einverstanden, dass der gesamte Restbetrag des Kontos der Beklagten ausbezahlt werde (act. 20 S. 2). Indem die Klägerin beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, "Hand zu bieten" zur Auszahlung vom Konto der einfachen Gesellschaft an die Klägerin, verlangt sie die Verteilung des Liquidationserlöses der einfachen Gesellschaft durch Verpflichtung der Beklagten zur Zustimmung zu dieser Auszahlung vom Konto, über das die Parteien nur gemeinsam mit Kollektivunterschrift zu zweien verfügen können (vgl. act. 1 Rz. 19). Die Klägerin verlangt somit die Verpflichtung der Beklagten, der Auszahlung zuzustimmen. Sodann bedeutet ihr Einverständnis zur Auszahlung des Restbetrages an die Beklagte ihre Zustimmung zur Überweisung des Anteils der Beklagten am Liquidationserlös an diese.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Begehrens um Zustimmung zur Auszahlung an die Klägerin im den anerkannten Betrag übersteigenden Umfang.

2. Voraussetzung für die eingeklagte Überweisung des Liquidationserlöses an die Parteien ist zunächst, dass sich die Gesellschaft in Liquidation befindet. Die Liquidation beginnt mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes und dauert bis zur vollständigen Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern und Dritten sowie den Gesellschaftern untereinander (HANDSCHIN/VONZUN, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2009, N 1 zu Art. 548 - 551 OR). Es muss somit ein Auflösungsgrund eingetreten sein.

3. Eintritt eines Auflösungsgrundes

3.1. Die Klägerin führt zum Eintritt eines Auflösungsgrundes bei der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____" aus, seit rund 2 ¾ Jahren sei das Projekt - abgesehen von ein paar wenigen Details - beendet. Bereits damals hätten der Auflösung der C. _____ "D. _____" und der Verteilung des auf dem Konto liegenden Betrages eigentlich nur noch drei "Pendenzen" im Weg gestanden: Ein Disporaum und ein Parkplatz (mit Abstellraum) im Zusammenhang mit dem erstellten Gebäude hätten noch verkauft oder aufgeteilt werden müssen. Während mehreren Monaten hätten Differenzen bestanden mit rückwärtigen Nachbarn wegen falsch gebauter Treppenoblichter. Und die Schlussrechnung sei noch zu erstellen gewesen (act. 1 Rz. 6). Die Auflösung der einfachen Gesellschaft habe nicht an Hand genommen werden können, weil die Beklagte und die E. _____ AG nach wie vor keine Anstalten getroffen hätten, die nötigen Handlungen - insbesondere das Erstellen der Schlussrechnung - vorzunehmen (act. 1 Rz. 7). Die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Gesellschaftszweck sei noch nicht erreicht, weshalb die Auflösung nicht statthaft sei. Die Baute sei erstellt, die Verkäufe der Stockwerkeinheiten seien erfolgt, die Restzuweisung (Disporaum und Parkplatz) sei geklärt (act. 1 Rz. 9). Die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag über die Beendigung der C. _____ "D. _____" besagten, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen sei und "erlösche", sobald der Gesellschaftszweck erfüllt sei und keinerlei Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestünden (act. 1 Rz. 21). Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaften bestehe zwar die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit. Den Gesellschaftsvertrag bloss (förmlich) zu kündigen, wäre vorliegend eine untaugliche Massnahme zur Auflösung der vertraglichen Bindung gewesen. Der von der Gesellschaft angestrebte "Erfolg" würde ausbleiben. Denn die Auflösung einer Gesellschaft bedinge die vorherige (finanzielle) Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Insofern bestehe die Gesellschaft formell so lange weiter, als die zur Auflösung notwendigen Handlungen nicht erfolgt seien. Eine Kündigung würde an der Situation nichts ändern. Die Beklagte würde weiterhin untätig bleiben. Das würden die erfolglos gebliebenen Aufforderungen der Klägerin an die Beklagte zeigen, endlich die ihr obliegenden

administrativen Tätigkeiten zu erledigen, welche eine Auflösung ermöglichen würden (act. 1 Rz. 22). Das Gesetz sehe in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR eine richterliche Auflösung (auf Klage) aus wichtigen Gründen vor. Vor dem Hintergrund der festgestellten buchhalterischen und finanziellen Unregelmässigkeiten im Bereich möglicher strafbarer Handlungen (Bezahlung projektfremder Kreditoren, Bezahlung fremder Versicherungsprämien, Bezahlung für Garantieleistungen etc.) und der unverständlichen Weigerung der Beklagten, die Schlussrechnung zu erstellen, sei ein wichtiger Grund gegeben, das Gericht anzurufen. Daher sei die Beklagte zu verpflichten, die Schlussrechnung zu erstellen und offene Fragen zu beantworten (act. 1 Rz. 23).

Sodann führt die Klägerin in der Replik zur Auflösung aus, die einfache Gesellschaft hätte schon längst definitiv aufgelöst und liquidiert werden können. Eine ausdrückliche Auflösungserklärung brauche es heute nicht mehr. Die nachstehend vorgetragene Liquidationsrechnung gelte als rechnerische Liquidation der einfachen Gesellschaft (act. 20 S. 20).

3.2. Die Beklagte macht zur Auflösung in der Klageantwort geltend, laut Ziff. 20 des Gesellschaftsvertrages sei die Dauer der Gesellschaft unbestimmt. Die weitere Abmachung, dass die Gesellschaft erlöschen solle, sobald der Gesellschaftszweck erfüllt sei und keinerlei Ansprüche gegenüber Dritten mehr vorlägen, zeige indes, dass es sich um eine sog. Gelegenheitsgesellschaft handle, deren Dauer durch die Erreichung des in Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrages festgesetzten Zwecks beendet werden solle. Dieser Zweck sei mit der Fertigstellung der Überbauung noch nicht erreicht worden. Es bestünden verschiedene Pendenzen, welche sich auf das Schlussergebnis der C._____ auswirken würden. Vor deren Erledigung könne die Gesellschaft nicht aufgelöst werden. Falls der Gesellschaftszweck als erfüllt zu gelten hätte, würde die Gesellschaft als aufgelöst gelten. Sie befände sich von Gesetzes wegen im Liquidationsstadium (act. 8 S. 21).

Sodann hält die Beklagte in der Duplik an ihrer Darstellung bezüglich der Pendenzen und zur Unmöglichkeit der Erstellung der Schlussrechnung fest (act. 24 S. 24).

3.3. Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn einer der in Art. 545 OR genannten Auflösungsgründe eintritt oder wenn die Gesellschaft gekündigt wird (Art. 546 OR). Neben gesetzlichen Auflösungsgründen gibt es auch vertragliche (vgl. HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 5 zu Art. 545 - 547 OR).

3.3.1. Als mögliche Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____" lassen sich den Ausführungen der Parteien der in Ziffer 20 des Gesellschaftsvertrages genannte Grund, wonach die Gesellschaft erlischt, sobald der Gesellschaftszweck erfüllt ist und keine Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestehen, sowie die Erreichung des Zweckes nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR und die Auflösung durch Urteil des Richters im Falle eines wichtigen Grundes nach Ziff. 7 derselben Bestimmung entnehmen. Eine Kündigung im Sinne von Art. 546 Abs. 1 OR wird nicht geltend gemacht. Dass der Zweck der Gesellschaft erreicht wäre, wird von der Beklagten bestritten (act. 8 S. 21).

3.3.2. Zum Auflösungsgrund nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, wonach die Gesellschaft aufgelöst wird durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grund, ist festzustellen, dass die Klägerin in der Replik kein Begehren um Auflösung der einfachen Gesellschaft durch Urteil des Richters aus wichtigem Grund stellt. Am Rechtsbegehren Ziffer 4 der Klageschrift, gemäss welchem danach (d.h. nach Erfüllung der Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3) die einfache Gesellschaft C. _____ "D. _____" als aufgelöst zu erklären sei (act. 1 S. 3), hat die Klägerin in der Replik nicht festgehalten. Vielmehr vertritt sie dazu in der Replik die Auffassung, eine ausdrückliche Auflösungserklärung brauche es nicht mehr. Die von ihr vorgetragene Liquidationsrechnung gelte als rechnerische Liquidation der einfachen Gesellschaft (act. 20 S. 20). Die Auflösung der Gesellschaft durch Urteil ist somit nicht (mehr) beantragt.

3.3.3. Die Erreichung des Zweckes, zu welchem die Gesellschaft abgeschlossen wurde, ist sowohl allein gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR als auch gemäss der von beiden Parteien genannten (act. 1 Rz. 21; act. 8 S. 21) vertraglichen Regelung in Ziffer 20 des Gesellschaftsvertrages (act. 4/3 S. 7) in Kombination mit der Voraussetzung, dass keine Ansprüche gegenüber Dritten mehr bestehen, ein Auflösungsgrund. Der Zweck einer einfachen Gesellschaft ist bei-

spielsweise erreicht, wenn das Bauwerk, zu dessen Erstellung sich eine Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen hat, fertig gestellt und abgerechnet sowie alle vertraglichen Pflichten erfüllt sind (HANDSCHIN/ VONZUN, a.a.O., N 26 zu Art. 545 - 547 OR).

Vorliegend haben sich die Parteien zur Bebauung eines Grundstücks in V._____ und dem darauf folgenden Verkauf der Stockwerkeinheiten zusammengeschlossen (act. 1 Rz. 4.1). Der Beklagten ist zuzustimmen, dass dieser Zweck der einfachen Gesellschaft noch nicht erreicht ist, da gemäss der übereinstimmenden Darstellung der Parteien (act. 1 Rz. 6, act. 8 S. 6 ff.) die Abrechnung (noch) nicht erfolgt ist, aber vor allem, weil noch nicht alle vertraglichen Pflichten erfüllt sind. Zumindest die Entschädigung der E._____ AG für die Käuferextras steht unstrittig noch aus (act. 20 S. 20 Rz. 1; act. 24 S. 11). Der Auflösungsgrund der Erreichung des Zweckes nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR als auch gemäss der vertraglichen Regelung ist damit nicht eingetreten. Es kann dabei dahin gestellt bleiben, ob es die Beklagte zu vertreten hat, dass die Abrechnung noch nicht erfolgt ist. Die Klägerin leitet denn auch in ihrer Klageschrift nicht aus den oben dargestellten Ausführungen ab, dass aufgrund der Erreichung des Zwecks der Gesellschaft ein Auflösungsgrund eingetreten wäre; stattdessen macht sie Ausführungen zur ihrer Meinung nach ungeeigneten Möglichkeit der Kündigung (act. 1 Rz. 21 ff.).

3.3.4. Damit ist keiner der aus den Ausführungen der Parteien hervorgehenden Auflösungsgründe eingetreten. In Frage käme einzig noch eine gegenseitige Übereinkunft der Parteien im Sinne von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ein solcher Auflösungsbeschluss ist grundsätzlich an keine Form gebunden; er kann auch durch Stillschweigen zustande kommen (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 110 zu Art. 545 - 547 OR). Allenfalls könnten daher die Anträge der Parteien in Replik und Duplik, mit welchen beide die Verteilung des Liquidationserlöses der einfachen Gesellschaft C._____ "D._____" gestützt auf ihre jeweilige Liquidationsrechnung verlangen (act. 20 S. 2; act. 24 S. 2), als konkludente Übereinkunft zur Auflösung verstanden werden.

Ob es sich hierbei tatsächlich um einen konkludenten Auflösungsbeschluss handelt, kann jedoch in Anbetracht der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden. Denn sogar unter der Annahme, dass ein Auflösungsgrund eingetreten und damit diese erste Voraussetzung für die Auszahlung des Liquidationserlöses erfüllt ist, ergibt sich hinsichtlich der von der Klägerin in der Replik gestellten Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3 das Folgende:

4. Darstellung der Klägerin

4.1. Die Klägerin verlangt nach Einsicht in die Unterlagen in ihrer Replik die Zustimmung zur Auszahlung von CHF 301'000 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2008 ab dem C._____ Konto an sie und erklärt sich mit der Auszahlung des Restguthabens des Kontos an die Beklagte einverstanden (act. 20 S. 2).

4.2. Zur Begründung führt die Klägerin aus, aus dem von Herrn H._____ erstellten Dokument "D._____ Jahresvergleich" (act. 21/1) ergebe sich per Datum der Replik folgende Situation betreffend Guthaben/Eigenmittel:

- B._____: Guthaben von CHF 128'000 (gegenüber der C._____)
- I._____/G._____/A._____: Konto 110: minus CHF 593'000, Konto 2152 plus CHF 992'000, Konto 2801 minus CHF 81'000. Das ergebe ein Guthaben gegenüber der C._____ von insgesamt CHF 318'000.

Das Fazit aus dieser von der Beklagten veranlassten Zusammenstellung des Treuhänders sei, dass aus dem C._____-Konto der Beklagten CHF 128'000 überwiesen werden müssten und an die Klägerin (auch zuhanden von I._____ persönlich sowie der G._____ AG) CHF 318'000. An Aktiven würden dann noch rund CHF 25'000 verbleiben, die unter den Parteien hälftig aufzuteilen seien. Das ergebe für die Klägerin einen Anspruch von CHF 330'500. Ferner lägen rund CHF 21'000 auf dem sogenannten Durchlaufkonto. Die Klägerin wisse nicht, worum es sich da handle, sei aber gemäss späterem Kontext damit einverstanden, dass die Beklagte dieses Durchlaufkonto zugewiesen erhalte. Die Klägerin habe festgestellt, dass in diesen Aktiven gemäss "D._____ Jahresvergleich" der noch nicht verkaufte Parkplatz, der Abstellraum sowie der Disporaum nicht figurieren würden. Da dieses Aktivum gemäss gemeinsamer Meinung der Parteien einen

Wert von CHF 59'000 habe, sei dieser Betrag unter den Parteien zusätzlich zu verteilen, denn die Parteien würden vom Wert dieser drei Aktiva ebenfalls je zur Hälfte profitieren. Der Betrag in Antrag 2 ergebe sich wie folgt: Aus dem Guthaben der Klägerin gemäss "D. _____ Jahresvergleich", zuzüglich hälftige Überschussbeteiligung, abzüglich der Hälfte des Wertes der drei Gegenstände gemäss Antrag 1. Da die Beklagte aber dafür verantwortlich sei, dass über drei Jahre das Geld auf dem C. _____-Konto nicht ausbezahlt worden sei, sei die Beklagte gegenüber der Klägerin zinspflichtig für ihren Anspruch. Da die beiden Grundguthaben der Parteien (CHF 301'000 plus CHF 170'000) dem gerundeten Betrag des C. _____-Kontos entsprächen, habe die Beklagte den Zinsanspruch der Klägerin zu Lasten ihres Anteils zu leisten (act. 20 S. 4 f.).

4.3. Zur Liquidationsrechnung führt die Klägerin aus ihrer Sicht und in teilweiser Übernahme der bereits vorgetragenen Überlegungen und Ansprüche aus, auf dem C. _____-Konto bei der F. _____, ... [Adresse], Kto Nr. ... befinde sich heute ein Betrag von rund CHF 471'000 (act. 20 S. 20 Rz. 1). Von diesem Betrag in Abzug zu bringen sei grundsätzlich der Betrag für Käuferextras im Umfange von vermutlich CHF 150'142. Da darin 18 % Honorar enthalten sein müssten, seien davon je CHF 8'906.70 an die Klägerin und an die Beklagte abzuführen (je 7 %) und der Rest an die E. _____ AG zu bezahlen. Auf dem C. _____-Konto, das letztlich unter den Parteien hälftig zu verteilen sei, verbleibe daher, weil nur die Zahlung der E. _____ weggehe, ein Betrag (immer gerundet) von CHF 338'671 (act. 20 S. 20 Rz. 2). Berücksichtige man, dass das Kostendach wohl unterschritten worden wäre, wenn die zu Unrecht erfolgte Belastung mit Schadensbehebungskosten und Kosten für Gewährleistung gemäss act. 4/12 nicht erfolgen würde (CHF 53'891), so stünden dem C. _____-Konto zur hälftigen Verteilung weitere CHF 53'891 zur Verfügung. Rechnerisch ergebe sich ein Betrag von CHF 392'562 (act. 20 S. 21 Rz. 3). Die Beklagte habe einen Saldo für die Mehrwertsteuer von (immer gerundet) CHF 4'000 beglichen. Dem könne so Rechnung getragen werden, dass ihr vor der Verteilung des C. _____-Kontos CHF 4'000 vorweg ausgerichtet würden (act. 20 S. 21 Rz. 4). Die Gemeinde V. _____ habe eine Steuer-rückerstattung von CHF 24'000 vorgenommen. Dies sei dank intensiver Bemühungen der Klägerin (Dr. I. _____) möglich geworden. Er mache für seine Bemü-

hungen, die ausserhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgt seien, aber im Interesse der Gesellschaft gelegen hätten, eine vorweg zu bezahlende Entschädigung von CHF 4'000 geltend. Die Rückerstattung sei daher im Betrag von CHF 20'000 dem C.____-Konto gutzuschreiben, und der Klägerin seien vor der Verteilung des C.____-Kontos CHF 4'000 vorweg auszurichten. Da sich dieser Betrag von CHF 20'000 mit demjenigen gemäss Rz. 7 neutralisiere, könne auf den rechnerischen Ausweis beider Positionen verzichtet werden. Da sich ferner der Betrag von CHF 4'000 mit demjenigen gemäss Rz. 4 ausgleiche, könne noch immer vom Betrag gemäss Rz. 3 ausgegangen werden (act. 20 S. 21 Rz. 5). Für den Prozess J.____ und den beigezogenen Rechtsanwalt Dr. K.____ betreffend Oblicher, den die Klägerin dank intensiver Verhandlungen vor Gericht vergleichsweise habe beilegen können, beanspruche die Klägerin einen Betrag von CHF 30'000, der ihr vorweg aus dem C.____-Konto zu entrichten sei. Damit sei neuer Ausgangspunkt ein Betrag von CHF 362'562 (act. 20 S. 21 f. Rz. 6). Bei den Aktiven befände sich noch ein Durchlaufkonto mit gut CHF 20'000. Die Klägerin habe keine näheren Kenntnisse, worauf sich dieser Betrag beziehe. Sie sei aber mit der Regelung einverstanden, dass die Beklagte den Saldo auf diesem Durchlaufkonto bekomme und die Klägerin den Saldo aus der Steuerrückerstattung der Gemeinde V.____ gemäss Rz. 5 (act. 20 S. 22 Rz. 7). Wie vereinbart übernehme die Klägerin (effektiv die G.____ AG) Parkplatz, Abstellraum und Disporaum. Der entsprechende Betrag von CHF 59'000 sei ihr als Anteil am C.____-Konto anzurechnen (act. 20 S. 22 Rz. 8). Der Saldo auf dem C.____-Konto von CHF 470'844.70 sei über Jahre hinweg praktisch unverzinst liegen geblieben, weil sich die Beklagte beharrlich geweigert habe, die Anteile den Parteien auszahlen zu lassen. Die Klägerin habe der Beklagten aber immer ein Jahr Zeit eingeräumt, die Abrechnung zu machen und gestützt darauf die Auszahlungen vorzunehmen. Sie verlange daher von der Beklagten zulasten ihres eigenen Anteils am Saldo des C.____-Kontos 5 % Zins ab 1. Januar 2008, also für den Zeitraum von inzwischen schon gut drei Jahren. Das ergebe einen Betrag von (bis 2. März 2011) rund CHF 48'000 (act. 20 S. 22 Rz. 9). In der C.____-Abrechnung finde sich bei den Passiven ein positiver Betrag zugunsten der Klägerin, der ihr vorweg gutzuschreiben sei, nämlich CHF 81'000 (act. 20 S. 22 Rz. 10). Es verbleibe ein hälftig

zu verteilender Betrag von CHF 174'000. Die Klägerin käme bei dieser Hilfsrechnung auf ein Guthaben von CHF 247'500. Die Klägerin vermöge die Differenz gegenüber der Berechnung von Herrn H._____ im Ausmass von gut CHF 50'000 nicht zu erklären, zumal keine Abgleichung mit einer detaillierten Schlussrechnung möglich sei. Abzustellen sei aber wohl auf die Beilage 1 zur Replik, die zu den eingangs gestellten Anträgen führe (act. 20 S. 22 Rz. 11).

5. Darstellung der Beklagten

5.1. Dieser Darstellung der Klägerin entgegnet die Beklagte, der Jahresvergleich sei für die Begründung der klägerischen Ansprüche völlig untauglich (act. 24 S. 3). Die Herleitung des Zwischenresultats von CHF 318'000 und des behaupteten Gesamtanspruchs von CHF 301'000 sei nicht nachvollziehbar. Es könnten nur der Gesamtanspruch und die Richtigkeit der Einzelbeträge, aus denen er hergeleitet werde, bestritten werden. Die Grundlage(n) dieses Saldos, welche detaillierte Bestreitungen ermöglichen würden, würden nicht ansatzweise dargetan (act. 24 S. 6). Zur Äufnung des Gesellschaftskapitals hätten die Parteien (bzw. die G._____ AG für die Klägerin) Einlagen in verschiedener Höhe vorgenommen. Die G._____ AG habe noch CHF 10'000, die Beklagte CHF 111'264 zugute. Die Vorleistungen seien in Ziffer 9 des C._____ -Vertrages detailliert zusammengestellt. Danach habe die Klägerin gar nie Eigenmittel eingebracht. Beim sog. Durchlaufkonto handle es sich nicht um ein Guthaben der C._____, sondern um eine blossе Buchhaltungsposition, auf welcher Beträge, die im Zeitpunkt der Buchung nicht hätten zugeordnet werden können, vorübergehend gebucht worden seien. Die Ausgaben der E._____ AG für die Erfüllung der Käuferwünsche würden von der Klägerin selber mit CHF 150'142 anerkannt (act. 24 S. 7). Die Leerstände (Disporaum und Parkplatz mit Abstellraum) müssten als Aktiven in der Bilanz vermerkt sein. Sie fehlten (act. 24 S. 8).

5.2. Weiter führt die Beklagte aus, basierend auf den Ausführungen der Klägerin zeige sie in der Folge die korrekte Abrechnung auf. Die Gesamteinlagen zu Gunsten der Klägerin hätten sich auf CHF 360'000 belaufen, diejenigen der Beklagten auf CHF 461'264 (act. 24 S. 8 f.). Der Ausgangsbetrag der Liquidationsrechnung betrage CHF 471'000. Der von der Beklagten in der Klageantwort für

die Erfüllung der Käuferwünsche geltend gemachte Betrag der E. _____ AG von CHF 150'142 werde von der Klägerin anerkannt. Darin seien 18 % Honorar enthalten. 7% kämen der Architektin (G. _____ AG) zu, die restlichen 11 % verblieben der E. _____ AG. Entgegen der Darstellung der Klägerin erhielten die Parteien nichts davon. Der 7 %-Anspruch der G. _____ AG betrage CHF 8'906.70. Der Gesamtanspruch der E. _____ AG betrage CHF 141'235.30. Nach Auszahlung der CHF 150'142 an die Berechtigten belaufe sich der C. _____-Saldo auf CHF 320'858 (act. 24 S. 11). Aus der nicht bestrittenen Baukostenabrechnung ergebe sich, dass sich die Aufwendungen der E. _____ AG für die Positionen BKP 1 - 6, für welche sie in der Kostendachverpflichtung stehe, auf insgesamt CHF 3'811'814.50 belaufen hätten. Von der vertraglich vereinbarten Risikoentschädigung von CHF 120'000 sei nur der hälftige Betrag verbucht worden. Für den für die Frage der Kostendachüberschreitung massgebenden Totalaufwand sei indes die gesamte vertraglich geschuldete Risikoentschädigung zu berücksichtigen. D.h. auch die zweite Tranche à CHF 60'000 hätte verbucht sein müssen, denn erst dann sei der Gesamtaufwand der Generalunternehmerin bekannt. Bei Addition des fehlenden Betrags ergebe sich ein Gesamtaufwand der E. _____ AG (ohne Leistungen für Käuferwünsche) von CHF 3'871'814.50. Weil das vereinbarte Kostendach von CHF 3'800'000 um CHF 11'814.50 überschritten worden sei, habe die E. _____ AG die Mehrkosten selber zu tragen. Eine Kostendachunterschreitung wäre aber auch dann nicht eingetreten, wenn die von der Klägerin als Schadenbehebungskosten und Kosten für Gewährleistung bezeichneten Aufwendungen in Höhe von CHF 53'981 nicht dem C. _____-Konto hätten belastet werden dürfen. Der Aufwand der E. _____ hätte sich diesfalls auf CHF 3'817'833.50 (CHF 3'871'814.50 - CHF 53'981) belaufen, mithin immer noch auf mehr als CHF 3.8 Mio. (act. 24 S. 12 f.). Der Anspruch der Beklagten auf CHF 4'000 gelte als anerkannt. Der C. _____-Saldo betrage neu CHF 316'858 (act. 24 S. 13). Da es die Klägerin versäume, die definitive Steuerabrechnung einzureichen, sei davon auszugehen, dass der gesamte Betrag von CHF 30'000 zurückerstattet worden sei. Er sei dem C. _____-Konto gutzuschreiben. Geradezu grotesk mute die klägerische Forderung nach einer Entschädigung für die angeblichen Bemühungen von Dr. I. _____ an. Wäre die G. _____ AG rechtzeitig ihren

Verpflichtungen nachgekommen, hätte die Steuerveranlagung ohne besonderen Aufwand vorgenommen werden können. Überdies sei die Forderung unsubstanziert und auch aus diesem Grund abzuweisen. Bemerkenswert sei die Schlaumeierei der Klägerin, das angebliche Guthaben von CHF 4'000 doppelt zu ihren Gunsten zu verbuchen (act. 24 S. 14). Der C.____-Saldo betrage neu CHF 346'858. Beim sog. Durchlaufkonto handle es sich nicht um ein Guthaben der C.____, sondern um eine blossе Buchungsposition. Es gebe neben den CHF 471'000 keine zusätzlichen CHF 20'000 zu verteilen. Die G.____ AG habe die CHF 59'000 in die C.____ einzubezahlen (act. 24 S. 15). Der C.____-Saldo betrage neu CHF 405'858. Auch für den der Klägerin letztlich allenfalls zuzusprechenden Betrag könne sie von der Beklagten keinen Zins fordern. In der Klageantwort habe die Beklagte detailliert aufgeführt, weshalb es ihr bis heute nicht möglich gewesen sei, die definitive Schlussabrechnung zu erstellen. Durch die Replik habe sie erfahren, dass ein Teil der allein von der Klägerin zu verantwortenden Pendenzen zwischenzeitlich erledigt worden sei. Die Restanzen könnten in diesem Prozess geklärt werden. Falls der Klägerin für einen allfälligen Anspruch am C.____-Saldo Zins zustünde, würde dies auch für die Beklagte bezüglich ihres Guthabens gelten. Der "positive Betrag" von CHF 81'000 im Passiv-Konto 2801 bedeute kein Guthaben der Klägerin, sondern eine Schuld. Sie sei entstanden, weil die Klägerin vor Ausschüttung der CHF 350'000 an die beiden Parteien ein Guthaben von lediglich CHF 269'000 gehabt habe (act. 24 S. 16). Umgekehrt habe die Beklagte Anspruch auf vorgängige Auszahlung des von den vorgeschossenen Eigenmitteln noch nicht rückerstatteten Anteils von CHF 111'264. Von den Vorleistungen der G.____ AG von CHF 360'000 und der Beklagten von CHF 461'264 hätten sich die Parteien je CHF 350'000 zurückerstatten lassen. Die Klägerin habe demnach noch CHF 10'000, die Beklagte noch CHF 111'264 bzw. per Saldo CHF 101'264 zugute. Die Rückerstattung der Eigenmittel habe ab dem C.____-Konto zu erfolgen. Der C.____-Saldo betrage neu CHF 304'858 (gerundet CHF 305'000). Der hälftige Anteil am Restsaldo betrage CHF 152'500. Die Klägerin habe Anspruch auf rund CHF 72'500 (CHF 152'500 + CHF 8'906.70 - CHF 30'000 - CHF 59'000). Der Anspruch der Beklagten belaufe sich auf rund CHF 398'500 (CHF 152'500 + CHF 141'000 + CHF 4'000 + CHF 101'264). Die Herleitung des von der Klägerin

errechneten Anspruchs von CHF 247'500 sei nicht nachvollziehbar (act. 24 S. 17).

6. Verteilung des Liquidationserlöses

6.1. Nicht schon der Eintritt des Auflösungsgrundes, sondern erst der Abschluss der Liquidation beendet das Gesellschaftsverhältnis; die Gesellschaft besteht als sog. Abwicklungsgesellschaft mit dem neuen und ausschliesslichen Zweck der Liquidation fort (BGE 119 II 119 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Die Liquidation dient der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern und letztlich der Verteilung des erzielten Überschusses oder der Zuweisung des Fehlbetrages als Verlust der Gesellschafter. Die Grundlage dieses Vorganges ist die verlässliche Feststellung des Liquidationswertes der Gesellschaftsaktiven und der Gesellschaftsschulden. Eine verlässliche Feststellung dieser beiden Werte ist in der Regel erst nach Abschluss der äusseren Liquidation möglich, d.h. nach Auflösung aller Vertragsverhältnisse, Tilgung der Schulden und Realisierung der Aktiven. Aus diesem Grund findet die äussere Liquidation typischerweise vor der inneren Liquidation statt. Diese chronologische Abfolge ist aber nicht zwingend; es ist ohne weiteres möglich, dass Vermögenswerte, die betragsmässig klar bestimmbar sind oder über deren Wert sich die Gesellschafter geeinigt haben, im Einvernehmen unter allen Gesellschaftern bereits vorab aus der äusseren Liquidation im Rahmen der inneren Liquidation an einzelne Gesellschafter zugewiesen werden. Verteilungen im Rahmen der inneren Liquidation stellen, bevor die äussere Liquidation abgeschlossen ist, indessen lediglich Abschlagszahlungen dar (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 86 ff. zu Art. 548 - 551 OR).

Scheitert die einvernehmliche Durchführung der inneren Liquidation und damit die Erstellung der Schlussbilanz, können die Berechtigten nach Abschluss der äusseren Liquidation klageweise vorgehen (HANDSCHIN/VONZUN, a.a.O., N 197 zu Art. 548 - 551 OR). Jeder Gesellschafter kann mittels Leistungsklage die Ausrichtung seines Liquidationsanteils verlangen, wenn keine äusseren Liquidationshandlungen mehr vorzunehmen sind, d.h. wenn alle Schulden bezahlt sind und die Aktiven aus Bargeld bestehen. Dabei hat der Richter vorfrageweise über die gesamte interne Liquidation, den Umfang des Gesellschaftsvermögens, die Höhe

der Auslagen, den Wert und die Rückerstattung der Einlagen sowie über den Anteil am Gewinn zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichts 4C.416/2005 vom 24. Februar 2006 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen).

6.2. Die Klägerin verlangt im vorliegenden Verfahren die Ausrichtung ihres Liquidationsanteils von CHF 301'000 durch Zustimmung zur Auszahlung vom Konto der einfachen Gesellschaft an sie und erklärt ihr Einverständnis zur Auszahlung des Restbetrages als deren Liquidationsanteil an die Beklagte. Indessen stimmen die Parteien im Rahmen der von ihnen je separat aufgestellten Liquidationsrechnungen darin überein, dass nicht alle Schulden der einfachen Gesellschaft bezahlt sind. Beide Parteien nehmen - auch wenn keine Einigkeit über die Höhe des Betrages besteht - in ihre Liquidationsabrechnung eine Forderung der E. _____ AG für Käuferextras im Umfang von über CHF 130'000 auf (act. 20 S. 20 Rz. 2; act. 24 S. 11). Dabei handelt es sich um eine Schuld der einfachen Gesellschaft gegenüber einem Dritten. Denn obwohl die E. _____ AG eine vom Geschäftsführer der Beklagten beherrschte juristische Person ist (act. 1 Rz. 4.5), bleibt sie dennoch im Verhältnis zur einfachen Gesellschaft eine Dritte. Die Befriedigung dieser Schuld gehört folglich zur Durchführung der äusseren Liquidation, was zur Feststellung führt, dass die äussere Liquidation der einfachen Gesellschaft C. _____ "D. _____" nicht abgeschlossen ist. Die Gesellschafter können aber erst mittels Leistungsklage die Ausrichtung ihres Liquidationsanteils verlangen, wenn keine äusseren Liquidationshandlungen mehr vorzunehmen sind. Die Voraussetzungen, unter denen der Richter über die Ausrichtung der Liquidationsanteile an die Parteien entscheiden kann, sind daher vorliegend nicht gegeben.

6.3. Selbst wenn also aufgrund einer konkludenten Übereinkunft der Parteien ein Auflösungsgrund eingetreten wäre, sind die Voraussetzungen für eine klageweise Durchsetzung der Verteilung der Liquidationsanteile nicht gegeben. Damit sind das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik im die Anerkennung von CHF 72'500 übersteigenden Betrag und das Rechtsbegehren Ziffer 3 der Replik abzuweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Klägerin bezweckt mit ihren Auskunftsbegehren die Bezifferung ihres Liquidationsanteils, weshalb den durch den Vergleich erledigten Klagebegehren Ziffer 1., 1.1, 2. und 2.2 der Klageschrift kein eigenständiger Streitwert zukommt (vgl. PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2005, S. 225). Mit ihren bezifferten Begehren der Replik verlangt die Klägerin die Feststellung der Einigung der Parteien über die Zuteilung der unverkauften Räume im Wert von CHF 59'000 an sie sowie die Zustimmung zur Auszahlung von CHF 301'000 vom Konto der C. _____ "D. _____" an sie (act. 20 S. 2). Somit beträgt der Streitwert der vorliegenden Klage CHF 360'000.

2. Die Kosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Siegt keine Partei in vollem Umfang, so sind die Kosten den Parteien im Verhältnis aufzuerlegen, in welchem sie unterliegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Klägerin obsiegt im Umfang von CHF 72'500 und unterliegt im Restbetrag. Damit sind die Kosten zu vier Fünfteln der Klägerin und zu einem Fünftel der Beklagten aufzuerlegen.

3. Jede Partei hat die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Schulden die Parteien einander gegenseitig Prozessentschädigungen, so werden diese im Umfang der geringeren Prozessentschädigung verrechnet und dadurch getilgt. Demnach ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung im Umfang von drei Fünfteln zu bezahlen, wobei davon der von der Beklagten zu tragende Fünftel der Weisungskosten von CHF 420 (somit CHF 84; vgl. act. 3) abzuziehen ist.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Die Rechtsbegehren Ziffern 1., 1.1, 2. und 2.2 der Klageschrift werden als durch Vergleich erledigt beschrieben.
2. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 der Replik wird nicht eingetreten.
3. Das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik wird im Umfang einer Auszahlung von CHF 72'500 vom Konto der C._____ "D._____" bei der F._____ Nr. ... an die Klägerin als durch Anerkennung erledigt beschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Sodann erkennt das Gericht:

1. Rechtsbegehren Ziffer 2 der Replik im die Anerkennung von CHF 72'500 übersteigenden Betrag sowie Rechtsbegehren Ziffer 3 der Replik werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 24'000.
3. Die Kosten werden zu vier Fünfteln der Klägerin und zu einem Fünftel der Beklagten auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessschädigung von CHF 17'200 (1/5 der Weisungskosten von CHF 420 bereits abgezogen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Be-

schwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Claudia Marti