[AZA 3]
4C.24/2000/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

28. März 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler
und Gerichtsschreiber Lanz.

———

In Sachen
C redit Suisse, Paradeplatz 8, 8021 Zürich, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Raffael J. Weidmann, Bundesplatz 16, Postfach 4747, 6304 Zug,

gegen
Bruno Schelbert, Obere Rebhalde 12, 6340 Baar, Kläger und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Max Sidler, Untermüli 6, Postfach, 6304 Zug,

betreffend
Darlehensvertrag; Gesellschaftsvertrag (Solidarhaftung), hat sich ergeben:

A.-Die Crédit Suisse (vormals Schweizerische Volksbank; Beklagte) gewährte der Hubro AG im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Eigentumswohnung in der Liegenschaft "im Teufli 3" in Oberägeri einen hypothekarisch gesicherten Kredit von Fr. 635'000.–. Für die Verbindlichkeiten aus der Kreditgewährung sollte neben der Hubro AG die einfache Gesellschaft "Teufli 3", bestehend aus den Gesellschaftern Bernhard Anderegg, Rudolf von Pfyffer, Rolf Wüthrich, Vreni Hubli und Bruno Schelbert (Kläger) haften.

Auf dem von der Beklagten ausgefertigten Kreditvertrag vom 29. April 1992, welcher die in Aussicht genommenen Mitglieder der einfachen Gesellschaft "Teufli 3" namentlich aufführt, fehlt die Unterschrift von Rolf Wüthrich. Auch der zwischen der Hubro AG und der einfachen Gesellschaft "Teufli 3" abgeschlossene Haftungsübernahmevertrag vom 28. April 1992, der gleichzeitig den Gesellschaftsvertrag darstellt, ist von Rolf Wüthrich nicht unterzeichnet worden.

B.-Nach dem Konkurs der Hubro AG kündigte die Beklagte den Darlehensvertrag vom 29. April 1992 und belangte für den nach der betreibungsrechtlichen Versteigerung der belasteten Liegenschaft erlittenen Ausfall den Kläger. Der Rechtsöffnungsrichter erteilte der Beklagten am 12. August 1996 die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 145'000.– Dieser Entscheid wurde von der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug am 31. Januar 1997 bestätigt.

In der Folge reichte der Kläger eine Aberkennungsklage ein, welche mit erstinstanzlichem Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 9. Juli 1998 abgewiesen wurde. Eine dagegen eingereichte kantonale Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zug mit Urteil vom 7. Dezember 1999 gut und stellte fest, dass die von der Beklagten gegen den Kläger geltend gemachte Forderung nicht bestehe.

C.-Gegen den Entscheid des Obergerichts hat die Beklagte eidgenössische Berufung und wegen Verletzung von Art. 4 aBV auch staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Die staatsrechtliche Beschwerde ist von der I. Zivilabteilung mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen worden, soweit auf sie eingetreten werden konnte.

Mit der Berufung beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und

die Klage sei abzuweisen; eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger und die Vorinstanz schliessen auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als wahr und vollständig zugrunde zu legen, es sei denn, sie beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustandegekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das Sachgericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidwesentliche Behauptungen und Beweisanerbieten dazu prozesskonform unterbreitet worden waren (Art. 63 und 64 OG; BGE 123 III 110 E. 2; 115 II 484 E. 2a). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, hat die Partei, die den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG). Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, welche über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als neu und damit als unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c
OG). Eine blosse Kritik an der Beweiswürdigung des Sachrichters ist, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, von der Berufung ausgeschlossen (BGE 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3 S. 85; 115 II 484 E. 2a S. 485/6 mit Hinweisen).

b) Soweit die Beklagte zur Untermauerung ihres Standpunktes auf Tatsachen verweist, welche im vorinstanzlichen Urteil keine Stütze finden, ohne eine der erwähnten Ausnahmen geltend zu machen, kann nach dem Gesagten auf die Berufung nicht eingetreten werden.

2.-a) Sowohl der Gesellschaftsvertrag vom 28. April 1992 als auch der Kreditvertrag vom 29. April 1992 sehen als solidarisch haftende Mitglieder der einfachen Gesellschaft "Teufli 3" fünf namentlich genannte Personen vor, darunter Rolf Wüthrich und den Kläger. Rolf Wüthrich hat die fraglichen Verträge nicht unterzeichnet. Es ist denn auch nicht umstritten, dass eine einfache Gesellschaft mit dessen Beteiligung nicht zustande gekommen ist.

Im Streit steht jedoch die Frage, ob sich der Kläger gegenüber der Beklagten auf andere Weise verpflichtet hat, für den der Hubro AG gewährten Hypothekarkredit solidarisch zu haften.

b) Die Beklagte macht zunächst geltend, eine einfache Gesellschaft sei mit den verbleibenden Gesellschaftern entstanden, welche die fraglichen Verträge unterschrieben haben (dazu E. 3 hienach).

Selbst wenn eine einfache Gesellschaft nicht zustande gekommen sein sollte, schliesst dies eine gesellschaftsrechtliche Haftung des Klägers nicht aus. Trotz des Nichtzustandekommens des Gesellschaftsvertrages kann sich nämlich das Aussenverhältnis nach Gesellschaftsrecht beurteilen, wenn das berechtigte Vertrauen eines Dritten in den Bestand einer einfachen Gesellschaft zu schützen ist (dazu E. 4 hienach).

Schliesslich kann sich eine solidarische Haftbarkeit des Klägers direkt aus einer vertraglichen Abrede ergeben, ohne dass eine einfache Gesellschaft vorliegen muss (dazu E. 5 hienach).

3.- a) Eine einfache Gesellschaft liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln vertragsmässig verbinden und nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform gegeben sind (Art. 530 OR). Ob eine einfache Gesellschaft zustande gekommen ist, richtet sich grundsätzlich nach allgemeinen Vertragsregeln (Engel, Contrats de droit suisse, 2e édition, S. 695 und S. 705; Tercier, Les contrats spéciaux, 2ème édition, S. 683 Rz. 5595; Guhl/Kummer/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, S. 585; von Steiger, Gesellschaftsrecht Besonderer Teil, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, Basel etc. 1976, S. 357). Aufgrund des im schweizerischen Vertragsrecht geltenden Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten (BGE 123 III 35 E. 2b S. 39) ist somit

zunächst massgebend, ob es dem Willen der in Aussicht genommenen Gesellschafter entsprochen hat, eine einfache Gesellschaft auch ohne Rolf Wüthrich zu gründen.

b) Die Vorinstanz führte dazu aus, einen entsprechenden Bindungswillen hätte die Beklagte zu beweisen. Diesen Beweis habe sie indessen nicht ansatzweise geleistet.
Das Obergericht erachtete jedoch nicht nur diesen Beweis als nicht erbracht, sondern stellte zudem aufgrund der nicht bestrittenen Darstellung des Klägers positiv fest, eine Gesellschaftsgründung ohne Rolf Wüthrich habe nicht dem Willen der übrigen Gesellschafter entsprochen.

Nach Auffassung der Beklagten hat das Obergericht mit diesen Erwägungen gegen Art. 8 ZGB verstossen, weil sie alle relevanten Beweismittel ins Recht gelegt habe, diese von der Vorinstanz jedoch nicht berücksichtigt worden seien.
Überdies sei der Wille der Beteiligten für die Entstehung einer einfachen Gesellschaft ohnehin unerheblich.

c) Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB geht fehl. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 8 ZGB dem Sachgericht nicht vorschreibt, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist und wie die Beweise zu würdigen sind. Die Schlüsse, die das kantonale Gericht in tatsächlicher Hinsicht aus Beweisen und konkreten Umständen zieht, sind im Berufungsverfahren nicht überprüfbar (BGE 122 III 219 E. 3c S. 223 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat zudem den Willen der übrigen Gesellschafter positiv festgestellt. Deshalb ist die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos und auch der aus Art. 8 ZGB fliessende Beweisführungsanspruch kann grundsätzlich nicht verletzt sein (Münch, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage 1998, Rz. 4.61/2).

d) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist für das Zustandekommen einer einfachen Gesellschaft der Wille nicht völlig irrelevant. Zwar ist richtig, dass eine einfache Gesellschaft auch konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Gesellschafter ergeben kann, ohne dass ihnen diese Rechtsfolge bewusst sein muss (BGE 124 III 363 E. II/2a S. 365; 116 II 707 E. 2a S. 710; 108 II 204 E. 4 S. 208 mit Hinweisen). Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist jedoch generell, dass sich mindestens eine Vertragspartei rechtlich binden wollte; einen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht (BGE 117 II 404 E. 2 S. 406 mit Hinweis). Steht fest, dass sich die Beteiligten nicht vertraglich verbinden wollten, haben sie sich nicht geeinigt, womit ein Dissens vorliegt (BGE 123 III 35 E. 2b S. 39; Kramer, Berner Kommentar, N. 138 zu Art. 1 OR). Ein Gesellschaftsvertrag kann unter diesen Umständen nicht zustandekommen (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, § 12 N 76).

Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass eine Gesellschaftsbildung ohne Rolf Wüthrich nicht dem Willen der übrigen Gesellschafter entsprochen habe. Weil sich die vermeintlichen Gesellschafter somit vertraglich nicht binden wollten, kann eine einfache Gesellschaft kraft tatsächlichen Konsenses nicht vorliegen.
Die Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Nichtbestehen einer einfachen Gesellschaft angenommen, erweist sich somit als unbegründet.

4.-a) Wie im gesamten Schuldrecht, greift auch im Gesellschaftsrecht das Prinzip des Vertrauensschutzes, namentlich des Rechtsscheins. Demnach setzt eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht einen bestimmt gearteten inneren Willen voraus, sondern kann auch aus einem Verhalten folgen, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte (BGE 124 III 363 E. II/2a S. 365; vgl. auch BGE 116 II 707 E. 1b S. 709 mit Hinweisen). In Bezug auf den vorliegenden Fall könnte sich eine solidarische Haftbarkeit des Klägers dann ergeben, wenn die Beklagte aufgrund des Verhaltens der in Aussicht genommenen Gesellschafter in guten Treuen davon ausgehen durfte, eine einfache Gesellschaft sei auch ohne Rolf Wüthrich zustande gekommen. Diesfalls müssten sich die vermeintlichen Gesellschafter bei dem von ihnen geschaffenen Rechtsschein behaften lassen.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass als Grundlage für berechtigtes Vertrauen in den Bestand einer Gesellschaft nicht jeder noch so vage Anhaltspunkt genügt. Das Verhalten der Beteiligten muss vielmehr mit hinreichender Klarheit darauf hindeuten, dass zwischen ihnen eine Gesellschaft besteht. Lässt das Verhalten der

vermeintlichen Gesellschafter hingegen keinen genügend klaren Schluss zu, so liegt es am Dritten, sich über das Bestehen der Gesellschaft näher zu erkundigen. Insofern gelten dieselben Grundsätze, welche der Rechtsprechung zum Schutz des Vertrauens in die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters zugrunde liegen (vgl. dazu BGE 124 III 355 E. 4b S. 360 mit Hinweisen).

b) Ob die Unterzeichner des Gesellschaftsvertrages ein Verhalten an den Tag gelegt haben, aus dem die Beklagte in guten Treuen auf das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft schliessen durfte, prüft das Bundesgericht frei.
Massgebend sind dabei die Umstände, welche den Parteien im fraglichen Zeitraum bekannt oder erkennbar waren. An Feststellungen der letzten kantonalen Instanz hinsichtlich äusserer Tatsachen und des inneren Willens der Parteien ist das Bundesgericht wiederum gebunden (BGE 124 III 363 E. 5a S. 368 mit Hinweisen).
c) Die Vorinstanz hat festgestellt, die Beklagte habe gewusst, dass die einfache Gesellschaft "Teufli 3" aus fünf ihr namentlich bekannten Personen gegründet werden sollte. Sie habe den Kreditvertrag selbst ausgefertigt und darin die fünf vorgesehenen Gesellschafter aufgeführt. Auf den der Beklagten in der Folge übergebenen, unterzeichneten Verträgen habe jedoch die Unterschrift eines in Aussicht genommenen Mitgliedes (Rolf Wüthrich) gefehlt.

Nach Ansicht der Beklagten haben die Unterzeichner durch ihre vorbehaltlose Unterschrift auf den Verträgen, die ihr anschliessend übergeben wurden, konkludent erklärt, dass die einfache Gesellschaft "Teufli 3" auch ohne Rolf Wüthrich entstanden sei.

Dieser Auffassung kann angesichts der tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht gefolgt werden:
Die Beklagte wusste, dass für die Gründung der einfachen Gesellschaft fünf Personen vorgesehen waren. Obwohl der Zweck der einfachen Gesellschaft "Teufli 3" durch die fehlende Mitwirkung von Rolf Wüthrich nicht unmittelbar beeinträchtigt wurde, musste der Beklagten als geschäftsgewandter Bank bekannt sein, dass eine Beteiligung nicht aller dieser Personen das wirtschaftliche Risiko der verbleibenden Gesellschafter erhöht hätte, zumal Rolf Wüthrich nach den Feststellungen der Vorinstanz finanzkräftig war. Aufgrund dieser Ausgangslage durfte die Beklagte nicht in guten Treuen davon ausgehen, die vier unterzeichnenden Gesellschafter hätten durch ihre Unterschrift manifestiert, auch ohne die Beteiligung des fünften, auf den Verträgen ausdrücklich aufgeführten Gesellschafters gebunden sein zu wollen. Vielmehr hätte sich unter diesen Umständen vor der Auszahlung der Darlehensvaluta eine klärende Rückfrage aufgedrängt.

Eine Haftung des Klägers aufgrund des Vertrauensschutzes kommt deshalb ebenfalls nicht in Frage.
5.- Die Beklagte macht schliesslich geltend, eine Haftbarkeit des Klägers ergebe sich auch unmittelbar aus dem Darlehensvertrag. Durch ihre Unterschrift hätten sich sämtliche Unterzeichner trotz der Nichtbeteiligung von Rolf Wüthrich persönlich und solidarisch verpflichtet.

a) Solidarität kann aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift oder einer vertraglichen Vereinbarung entstehen (Art. 143 OR). Nachdem das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft sowie eines entsprechenden Rechtsscheins und damit des gesetzlichen Entstehungsgrundes von Art. 544 Abs. 3 OR verneint wurde, kann sich nur die Frage stellen, ob vertraglich eine Solidarschuldnerschaft vereinbart wurde. Grundsätzlich ist dies auch ohne Bestand einer einfachen Gesellschaft möglich (BGE 116 II 707 E. 3 S. 712).

b) Ob aus dem Verhalten des Klägers auf eine solidarische Verpflichtung geschlossen werden durfte, bemisst sich - nachdem die Vorinstanz keinen tatsächlichen übereinstimmenden Willen festgestellt hat - nach dem Vertrauensprinzip (BGE 116 II 707 E. 3 S. 712 mit Hinweisen). Demnach ist die Erklärung des Klägers so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste (BGE 125 III 435 E. 2a/aa S. 436/7; 123 III 35 E. 2b S. 39/40; 121 III 118 E. 4b/aa S. 123).

c) Nachdem bereits erkannt wurde, dass die Beklagte nicht in guten Treuen habe davon ausgehen dürfen, die vier unterzeichnenden Gesellschafter hätten sich ohne die Beteiligung des fünften, auf den Verträgen ausdrücklich aufgeführten Gesellschafters binden wollen, bleibt auch für die Annahme einer normativ begründeten

Solidarhaft kein Raum.
Auch für den Solidarschuldner ist nämlich wesentlich, wieviele Personen neben ihm solidarisch haften. Dies ergibt sich namentlich aus Art. 148 Abs. 1 OR, wonach von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder Solidarschuldner einen gleichen Teil zu leisten hat, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergibt. Deshalb durfte die Beklagte bei ihrem Wissensstand die Unterschrift des Klägers auf dem Darlehensvertrag ohne weitere in diese Richtung weisende Umstände nach Treu und Glauben nicht als Willen zur Eingehung einer solidarischen Verpflichtung unabhängig von der Anzahl Solidarschuldner werten. Aus dem gleichen Grund durfte sie dem ihr übergebenen unvollständigen Darlehensvertrag nach Treu und Glauben auch nicht die Wirkung einer Gegenofferte beimessen.

Eine persönliche solidarische Haftbarkeit des Klägers wurde deshalb auch durch dessen Unterschrift unter den vier weitere Solidarschuldner vorsehenden Darlehensvertrag nicht begründet.

6.-Damit erweisen sich die in der Berufung erhobenen Rügen als unbegründet, sofern darauf überhaupt eingetreten werden kann. Die Berufung ist deshalb abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Obergerichts (Zivilrechtliche Abteilung) des Kantons Zug vom 7. Dezember 1999 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– wird der Beklagten auferlegt.

3.- Die Beklagte hat dem Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zu bezahlen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (Zivilrechtliche Abteilung) des Kantons Zug schriftlich mitgeteilt.

_____
Lausanne, 28. März 2000

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: