

Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft

Prof. Dr. iur. Lukas Handschin, Rechtsanwalt (Zürich)*

I. Grundlagen

In der Praxis ist oft ein fast reflexartiger Widerstand gegen die einfache Gesellschaft festzustellen. Für viele Rechtsanwender scheint die einfache Gesellschaft etwas Gefährliches zu sein. Sie assoziieren mit ihr die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter und ganz allgemein unklare rechtliche Verhältnisse. In der Praxis wird daher oft der Versuch unternommen, der einfachen Gesellschaft auszuweichen. Das Vertragsverhältnis wird dabei entweder ausdrücklich als «keine einfache Gesellschaft» bezeichnet oder die Beteiligten verzichten im Vertrag auf Vertragsinhalte, die auf eine einfache Gesellschaft hinweisen könnten. Das erste, die Bezeichnung des Vertrags als «keine einfache Gesellschaft» kann zur unbewussten Gesellschaftsbildung führen. Gegenüber der bewussten Gesellschaftsbildung führt die unbewusste Gesellschaftsbildung zum Nachteil, dass die Parteien nicht ver-

sucht haben, die einfache Gesellschaft an ihre Bedürfnisse anzupassen. Der Verzicht auf Vertragselemente, die auf eine einfache Gesellschaft hinweisen könnten, kann zwar das Entstehen der einfachen Gesellschaft verhindern, führt aber dazu, dass möglicherweise sinnvolle Regeln nicht vereinbart werden, wie partiarische Elemente oder vertragliche Kontrollrechte.

II. Gefahren der unbewussten Gesellschaftsbildung

Allein durch die ausdrückliche Bezeichnung des Vertrags als «nicht einfache Gesellschaft» können die Parteien die Entstehung der einfachen Gesellschaft nicht verhindern.¹ Ist unklar, welcher Vertrag in einem konkreten Fall vorliegt, so wird dies mittels Auslegung ermittelt. Die Auslegung kann dazu führen, dass ein Vertrag, der keine einfache Gesellschaft sein sollte, dennoch als solche qualifiziert wird. Dies hat gestützt auf die herrschende Lehre² zur Folge, dass auf diesen Vertrag dispositives Gesellschaftsrecht anwendbar ist, obwohl die Parteien genau das verhindern wollten. Unter diese dispositiven Vorschriften fallen beispielsweise das Erfordernis der Einstimmigkeit (Art. 534 OR) sowie die Gewinn- und Verlusttragung nach Köpfen (Art. 533 Abs. 1 OR) und nicht nach Einlage. Unter Umständen können sogar auch Nachschusspflichten entstehen.

Schwerwiegender sind die Wirkungen der unbewussten Gesellschafts-

Der Autor analysiert die Gründe für die zurückhaltende Anwendung der einfachen Gesellschaft in der Praxis und stellt fest, dass namentlich aufgrund der Gefahr einer unbewussten Gesellschaftsbildung mit der daraus folgenden unbeschränkten Haftung ein grosses Unbehagen besteht. Dabei sei es nicht die Rechtsform, welche von den Parteien zu meiden sei, sondern der Versuch, deren Bestimmungen zu umgehen. Sinnvoller erscheint es dem Autor, sich dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterwerfen und den Gestaltungsraum des dispositiven Rechts zu nutzen, um die individuellen wirtschaftlichen Vorstellungen besser zu verwirklichen. Zi.

L'auteur analyse les raisons pour lesquelles la pratique utilise le régime de la société simple de façon retenue et constate qu'en particulier, le risque de constituer une telle société sans le savoir, avec pour conséquence une responsabilité illimitée, provoque un grand malaise. Ce n'est donc pas la forme juridique que les parties veulent éviter, mais certaines dispositions qu'elles entendent contourner. Pour l'auteur, il est ainsi plus judicieux de se soumettre au droit de la société simple et d'utiliser la marge de manœuvre du droit dispositif, pour mieux réaliser les attentes économiques spécifiques. P.P.

* Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel. Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung eines Vortrags vor dem Zürcher Juristenverein vom 7. Februar 2013.

¹ Lukas Handschin/Reto Vonzun, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Art. 530–551 OR, Die einfache Gesellschaft, 4. A. Zürich 2009, Art. 530 N 97, 197.

² Vgl. dazu Lukas Handschin, Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem, Symposien zum Schweizer Recht, Zürich 2004, 115 ff.; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1) Art. 530 N 95, 97.

bildung im Aussenverhältnis. Die Haftung im Aussenverhältnis richtet sich bei der einfachen Gesellschaft grundsätzlich nach den Vorschriften des Stellvertretungsrechts.³ Somit haftet ein Gesellschafter grundsätzlich nur dann gegenüber Dritten, wenn er nach den Regeln des bürgerlichen Stellvertretungsrechts vertreten wird. Dieser Grundsatz wird allerdings durch eine sehr weit gehende gesellschaftsrechtliche Vermutungskaskade ergänzt, die praktisch dazu führt, dass auch ohne Vollmachtserteilung an Mitgesellschafter eine Haftung der übrigen Gesellschafter entstehen kann.

Der erste Teil dieser Vermutungskaskade besagt, dass jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist (Art. 535 Abs. 1 OR), sofern die Gesellschafter keine andere Vereinbarung getroffen haben.⁴ Bei unbewusst gebildeten Gesellschaften ist dies zwangsläufig immer der Fall. Da die Vertragspartner nicht davon ausgehen, eine Gesellschaft zu gründen, gibt es für sie auch keinen Anlass, eine Vereinbarung über die Geschäftsführung zu treffen.

Die erste Vermutung, dass alle Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt sind, *wird durch eine zweite Vermutung erweitert*. Diese besteht darin, dass alle Geschäftsführer vertretungsbefugt sind (Art. 543 Abs. 3 OR). Ob diese gesetzliche Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegbar ist, ist umstritten. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass der Gesellschaft ein solcher Beweis des Gegenteils möglich sein muss.⁵ Wird dieser Auffassung gefolgt, hat die Gesellschaft die Möglichkeit, aufzuzeigen, dass einem bestimmten Gesellschafter die Vertretungsbefugnis nicht zusteht und dass sein Verhalten die übrigen Gesellschafter nicht ver-

pflichtet. Entgegen dieser Lehrmeinung vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass es sich bei der Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters um eine praktisch unwiderlegbare Vermutung handelt, woraus gefolgert wird, dass alle geschäftsführungsbefugten Gesellschafter auch vertretungsbefugt sind.⁶ Werden die zwei Vermutungen – alle Gesellschafter sind Geschäftsführer und alle Geschäftsführer sind vertretungsbefugt – miteinander verbunden, kommt man zum Schluss, dass sich alle Gesellschafter das Verhalten ihrer Mitgesellschafter gegenüber Dritten anrechnen lassen müssen.

Im Ergebnis führt die Verdrängung der einfachen Gesellschaft durch die Vertragspartner in dieser Situation zu einer äusserst schwerwiegenden und gefährlichen Haftungssituation aller Beteiligten. Die Vermutungskaskade führt dazu, dass durch Geschäfte, die ein einzelner Gesellschafter tätigt, alle Gesellschafter verpflichtet werden und solidarisch haftbar sind (nicht subsidiär wie bei der Kollektivgesellschaft⁷). Wären sich die Parteien demgegenüber bewusst, dass sie eine Gesellschaft sind, könnten sie mit dieser Gefahr, die sich aus der doppelten Vermutungskaskade ergeben kann, viel sinnvoller umgehen. Sie könnten insbesondere eine klare Regelung für Geschäftsführung und Vertretung oder eine stille Gesellschaft⁸ vereinbaren mit der Folge, dass die Vermutungen der Artikel 535 Abs. 1 und 543 Abs. 3 OR nicht greifen.

Diese Ausführungen zeigen, dass die dispositiven Vorschriften bei unbeabsichtigten einfachen Gesellschaften zu unerwünschten Resultaten führen können. Die Gefahren, die mit der einfachen Gesellschaft verbunden werden, sind vor allem durch die Angst

vor Anwendung der dispositiven Vorschriften begründet, die tatsächlich zu unpassenden Resultaten führen können. Bei der bewussten Bildung der einfachen Gesellschaft können anstelle der dispositiven Vorschriften Bestimmungen vereinbart werden, die nicht zu diesen unerwünschten Resultaten führen müssen.

³ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A. Bern 2012, § 12 N 62, 69 f.; Reto Vonzun, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss. Basel 2000, N 496.

⁴ Walter Fellmann/Karin Müller, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band VII, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544, Bern 2006, Art. 535 N 52; Lukas Handschin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlIT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. A. Basel 2012, Art. 535 N 3; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1) Art. 534–535 N 145; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 12 N 52.

⁵ Walter Fellmann/Karin Müller, Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., AJP 5 (2000) 642; BK-Fellmann/Müller (Fn. 4) Art. 543 N 185 f.; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1) Art. 543 N 40; Alice Reichmuth Pfammatter, Vertretung und Haftung in der einfachen Gesellschaft, Diss. St. Gallen 2002, 160, 168 f.

⁶ BGE 116 II 707 = Pra 80 (1991) Nr. 229.

⁷ Art. 568 Abs. 3 OR; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 94, 3 N 18, 13 N 34 f.

⁸ Conrad Wespí, Die stille Gesellschaft im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929, Zurich 1930, 19 ff.

III. Begriff der einfachen Gesellschaft; Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen

Die Frage nach der Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags stellt sich oft erst dann, wenn beispielsweise Verluste entstanden sind oder Dritte potenzielle Gesellschafter haftbar machen wollen. Für eine Klarstellung der Verhältnisse ist es dann oft zu spät. Es stellt sich die Frage der Abgrenzung zu anderen Vertragsformen, insbesondere die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft zum Austauschvertrag.

Um diese Abgrenzung vorzunehmen, lassen sich Kriterien beziehen, die entweder Hinweis auf das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft oder ein klares Kriterium dafür sind. Zu den Hinweisen auf das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft zählen insbesondere die Gewinnbeteiligung und die Vereinbarung gemeinsamer Institutionen. Nur Hinweise auf einfache Gesellschaften sind diese Elemente deshalb, weil sie auch bei Austauschverträgen vorkommen können. Nur das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks, der im Rahmen einer vertraglichen Pflicht gemeinsam verfolgt wird, ist ein verlässliches Kriterium, um die einfache Gesellschaft vom Austauschvertrag abzugrenzen. Ihr Vorliegen ist aber nicht immer einfach festzustellen.

Die Frage der Abgrenzung der einfachen Gesellschaft vom Austauschvertrag ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Die Relevanz der Unterscheidung kann zwar dadurch gemildert werden, dass auf unbewusste einfache Gesellschaften im Innenverhältnis richtigerweise das Recht des beabsichtigten Vertrags angewendet werden sollte.⁹ Das hat zur Folge, dass beispielsweise die unterlassene Regelung der Gewinn- und Verlustbeteiligung bei einer irrtümlich als Darlehensvertrag angenommenen Gesellschaft nicht dazu führen muss, dass unter den Parteien des vermeintlichen Darlehensvertrags in jedem Fall die dispositive Regel der gleichmässigen Gewinn- und Verlustbeteiligung anwendbar sein muss. Trotz dieser Entlastung durch eine interessengerechte Handhabung des Innenverhältnisses führt die irrtümliche Bildung einer einfachen Gesellschaft zu unerwünschten Rechtsfolgen, vor allem im Aussenverhältnis.¹⁰ Weil die Gesellschafter hinsichtlich der Geschäfts-

führung keine Regelung vereinbart haben, ist auf die Gesellschaft das dispositive Recht anwendbar. Im Ergebnis führt das dazu, dass jeder Gesellschafter als vertretungsbefugt erscheint.

IV. Nur Hinweise auf einfache Gesellschaften

Die Schwierigkeit in der Abgrenzung zu den Austauschverträgen liegt darin, dass auch Austauschverträge Elemente aufweisen können, die für Gesellschaftsverträge typisch sind,¹¹ insbesondere bei partiarischen Rechtsgeschäften, die schon durch ihren Begriff das gemeinsame Interesse am wirtschaftlichen Erfolg deutlich machen. Weil diese Inhalte sowohl in Austauschverträgen, wie auch in der einfachen Gesellschaft vorkommen, können sie kein verlässliches Abgrenzungskriterium darstellen.¹²

Keine verlässlichen Kriterien für die Abgrenzung zum Austauschvertrag, aber immerhin Indizien, sind die *Gewinn- und die Verlustbeteiligung*. Besteht eine Gewinnbeteiligung, kann eine Gesellschaft oder ein partiarischer Austauschvertrag vorliegen; fehlt sie, liegt darin zwar ein Indiz für einen Austauschvertrag, aber kein verlässliches Abgrenzungskriterium, denn auch bei einer einfachen Gesellschaft ist die Gewinnbeteiligung nicht zwingend, zum Beispiel, wenn ein Gesellschafter ein fixes Entgelt anstelle der Gewinnbeteiligung erhält.¹³ Die gleichen Überlegungen gelten auch für die Verlustbeteiligung. Auch diese ist nur ein (starkes) Indiz für das Bestehen einer einfachen Gesellschaft.¹⁴ Sie ist aber kein verlässliches Kriterium, weil auch Gesellschafter von der Tragung der Verluste ausgenommen werden können.¹⁵ Die Frage der Betei-

⁹ *Lukas Handschin*, Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 447 f.; *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 97, 199; *Wolfgang Wiegand*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 4. A. Basel 2012, Art. 18 N 71.

¹⁰ *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 199.

¹¹ *Martin Furrer*, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 1995/1996, 152 ff.

¹² *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 200.

¹³ *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 201.

¹⁴ *BK-Fellmann/Müller* (Fn. 4) Art. 530 N 80; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3) § 1 N 95; *Werner von Steiger*, Gesellschaftsrecht, SPR VIII/1, Basel 1976, 327 f.; a.M. *Furrer* (Fn. 11) 134 ff., 176 ff.; *Alfred Siegwart*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 4. Teil, Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938, Vorbem. zu Art. 530-551 N 66, 71.

¹⁵ *BK-Fellmann/Müller* (Fn. 4) Art. 533 N 45 ff., insb. N 75; *Walter Fellmann*, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133 (1997) 305 f.; *BSK-Handschin* (Fn. 4) Art. 533 N 8; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3) § 1 N 78.

ligung am Verlust ist zudem häufig gerade in denjenigen Fällen strittig, in denen sich die Abgrenzungsfrage stellt, sodass sie als Abgrenzungskriterium nicht beigezogen werden kann.

Ebenfalls nur ein Hinweis auf eine einfache Gesellschaft liegt in der *Ver einbarung gemeinsamer Institutionen*, die den Vollzug des Gesellschaftsvertrages überwachen und oft sogar Mitsprachemöglichkeiten vorsehen. Dieses Merkmal ist lediglich ein Hinweis auf eine einfache Gesellschaft, weil derartige «Organe» durchaus auch in Austauschverträgen vorkommen (z.B. in Darlehensverträgen zur Sicherung der zweckkonformen Verwendung der Darlehenssumme).¹⁶

Irreführend ist weiter auch das oft genannte Abgrenzungskriterium, wonach bei der einfachen Gesellschaft die Leistung der einen Partei nicht von derjenigen der anderen Partei abhängig gemacht werde.¹⁷ Vielmehr sei es so, dass sich diese aus dem Bedürfnis der Gesellschaft ergebe. Diese Abgrenzung kann aber irreführend sein, denn auch bei der einfachen Gesellschaft ist jeder Gesellschafter daran interessiert, dass seine Mitgesellschafter ihre Beitragspflichten erfüllen. Zu diesem Zweck stehen ihm mit der *actio pro socio* auch entsprechende Zwangsmittel zur Verfügung¹⁸ und in Grenzen kann der eine Gesellschafter sogar wie beim Austauschvertrag seine eigene Leistung zurückhalten, wenn sein Mitgesellschafter seine Leistung nicht erbracht hat.¹⁹

Schliesslich ist auch die Bezeichnung des Vertrags als einfache Gesellschaft für dessen Qualifikation als einfache Gesellschaft ein Indiz, aber nicht mehr. Eine einfache Gesellschaft kann auch dann vorliegen, wenn die Gesellschafter ihre Vertragsbeziehung als synallagmatisch bezeichnen, ja sogar dann, wenn sie im Vertrag aus-

drücklich erklären, keine einfache Gesellschaft zu bilden. Das gilt auch, wenn die Beteiligten sachverständig sind und nach allgemeinen Grundsätzen davon ausgegangen werden kann, dass diese ihren Willen korrekt zum Ausdruck bringen.²⁰ Gerade juristisch Sachverständige können versucht sein, durch eine Erklärung, dass es sich beim Vertrag nicht um eine Gesellschaft handle, sich zwingendem Recht zu entziehen. Eine natürliche Vermutung für deren Richtigkeit kommt daher der Bezeichnung des Vertrags durch Sachverständige richtigerweise nicht zu.²¹ In diesem Zusammenhang ist aber festzuhalten, dass die Bezeichnung des Vertrags zwar für die Frage der Subsumtion eines Vertrags als einfache Gesellschaft unerheblich ist, aber nicht für die Rechtsfolgen, die sich in diesen Fällen aus der allenfalls unbeabsichtigten Gesellschaftsbildung ergeben. Auf diese unbeabsichtigten Gesellschaften kann im Innenverhältnis das Recht der geplanten Vertragsbeziehung angewendet werden.²²

V. Gemeinsamer Zweck als Folge einer vertraglichen Pflicht als einziges verlässliches Abgrenzungskriterium

Neben diesen Hinweisen auf einfache Gesellschaften, die nur auf ein mögliches Bestehen einer Gesellschaft hinzuweisen vermögen, gibt es ein Kriterium, welches eine klare Qualifizierung als einfache Gesellschaft zulässt. Das entscheidende Kriterium ist das Vorliegen eines *gemeinsamen Zwecks*, der im Rahmen einer vertraglichen Pflicht gemeinsam verfolgt wird. Liegt eine gemeinsame Zweckverfolgung als Gegenstand einer vertraglichen Pflicht vor, so besteht eine einfache

Gesellschaft, fehlt sie, so liegt ein Austauschvertrag oder gar kein Vertrag vor.

Der Wille der Beteiligten darf sich aber nicht nur auf einen gemeinsamen Zweck richten, sondern *muss auch die gemeinsame Verfolgung des gemeinsamen Zwecks als Vertragspflicht umfassen*. Fehlt der Wille, den Zweck (als Gegenstand einer vertraglichen Pflicht) gemeinsam zu verfolgen, besteht keine Gesellschaft. Das einzige verlässliche Abgrenzungskriterium zwischen Austauschvertrag und Gesellschaftsvertrag ist also der gemeinsam verfolgte Zweck²³ als Gegenstand einer vertraglichen Pflicht. Als Abgrenzungskriterium ist der *gemeinsame Zweck vom gemeinsamen Motiv für den Vertragsschluss abzugrenzen*, das auch bei anderen Verträ-

¹⁶ Vgl. dazu BSK-*Handschin* (Fn. 4) Art. 530 N 8; ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 543 N 203.

¹⁷ So BGE 104 II 111 ff.; ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 206; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3) § 1 N 84 f.

¹⁸ BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 4) Art. 530 N 635 ff.; ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 531 N 177 ff.; *Stephan Hartmann*, Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften, ZSR 124 (2005) I 397 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3) § 3 N 35, 12 N 41.

¹⁹ ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 206.

²⁰ *Ernst A. Kramer*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 18 N 24.

²¹ ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 204; anders BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 4) Art. 530 N 79.

²² Vgl. dazu ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 122, 205.

²³ BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 4) Art. 530 N 63; *Pierre Tercier/Pascal G. Favre/Blaise Carron*, in: *Pierre Tercier/Pascal G. Favre* (Hrsg.), *Les contrats spéciaux*, 4. A. Zürich 2009, N 7457 ff.

gen vorkommt. Die Abgrenzung zwischen gemeinsamem Zweck und Motiv bereitet vor allem bei denjenigen Verträgen Schwierigkeiten, wie beispielsweise beim Auftrag, bei denen sich das gemeinsame Interesse nicht nur auf die korrekte Vertragserfüllung beschränkt: nicht nur der Mandant, sondern auch sein Anwalt ist daran interessiert, den Prozess zu gewinnen. Solche gemeinsamen Interessen bewirken jedoch keinen gemeinsamen Gesellschaftszweck. Bei diesen handelt es sich um blosser Motive, die – ganz gleich, ob sie gemeinsam sind oder nicht – für sich alleine genommen noch keinen Gesellschaftszweck ausmachen. Der Mandant und sein Anwalt bilden deshalb keine einfachen Gesellschaften, sondern schlichte Interessengemeinschaften.²⁴

Ein gemeinsamer Zweck liegt nur dann vor, wenn dieser erstens den Erfolg oder die Zielsetzung, zweitens den Zweckgegenstand, mit dem der Erfolg erreicht werden soll, und drittens die Kausalität zwischen den beiden erfasst.²⁵ Der Wille der Beteiligten darf sich also nicht nur auf einen gemeinsamen Zweck richten, sondern

muss auch die gemeinsame Verfolgung des gemeinsamen Zwecks als Folge einer gemeinsamen vertraglichen Pflicht umfassen. Erst dann liegt der die einfache Gesellschaft bestimmende *animus societatis* vor.²⁶

VI. Anwendbarkeit des dispositiven Rechts auf unbewusste Gesellschaftsbildungen?

Nach allgemeinen Grundsätzen zum Bezug von Vertragsvorschriften und dispositivem Recht wäre auf unbewusste Gesellschaftsbildungen das dispositive Gesellschaftsrecht anwendbar. Die Anwendung von dispositivem Gesellschaftsrecht ergibt sich aus dem Umstand, dass die Parteien gesellschaftsbezogene Fragen in ihrem Vertrag nicht geregelt haben, weil sie davon ausgegangen sind, dass unter ihnen keine einfache Gesellschaft besteht. Das kann in Einzelfällen zu unbefriedigenden Resultaten führen. Aus diesem Grund drängt sich die Frage auf, ob die Anwendung des dispositiven Gesellschaftsrechts auf diese Verträge richtig ist, wenn doch feststeht, dass die Parteien keine einfache Gesellschaft wollten.

Aufgabe des dispositiven Rechts ist es, Vertragslücken zu füllen. Dazu setzt der Gesetzgeber den mutmasslichen Vertragswillen der Parteien fest und füllt damit die Lücken im Vertrag aus. Die Anwendung des dispositiven Rechts rechtfertigt sich damit, dass es die Regelungen verkörpert, welche die Parteien in ihrem Vertrag typischerweise vereinbart hätten.²⁷ Das dispositive Recht soll funktional mit einem durch den Gesetzgeber festgestellten mutmasslichen Vertragswillen Lücken ausfüllen. Ausgehend von dieser Zielsetzung ist die Anwendung des dispositiven Rechts auf unbewusste Ge-

sellschaftsbildungen meistens nicht gerechtfertigt, denn bei unbewussten Gesellschaftsbildungen steht oft fest, dass eine Gesellschaft nicht beabsichtigt war, und somit auch, dass die dispositiven Regeln des Gesellschaftsrechts nicht dem mutmasslichen Vertragswillen entsprechen.²⁸

Vereinbaren die Vertragsparteien in ihren Vertrag die Klausel «Dies ist keine einfache Gesellschaft», kann diese zwar die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als einfache Gesellschaft nicht verhindern, führt aber dazu, dass bei der Lückenfüllung und bei der Festlegung der auf diesen Vertrag anwendbaren Normen berücksichtigt werden muss, dass die Parteien keine einfache Gesellschaft wollten, sondern einen Darlehens- oder einen anderen Austauschvertrag.²⁹

Es ist daher richtigerweise immer zu prüfen, ob auf unbewusst entstandene Gesellschaften das Recht der beabsichtigten Beziehung anwendbar ist.³⁰ Dabei ist allerdings immer zu berücksichtigen, dass eine einfache Gesellschaft vorliegt, und dass somit Normen, die strukturell zwingend für das Vorliegen einer Gesellschaft sind, angewendet werden müssen. Das gilt beispielsweise bei den Vorschriften über die Bildung des Gesellschaftswillens (Art. 534 f. OR), die Beendigung der Gesellschaft (Art. 545 OR) oder für Normen, die sich auf das Aussenverhältnis beziehen. Steht aber fest, dass die Parteien eine lose Zusammenarbeit ohne gesellschaftliche Bindungen anstrebten, sind richtigerweise die dispositiven Vorschriften, etwa diejenigen zum Konkurrenzverbot (Art. 536 OR) oder zur Beitrags- und Nachschusspflicht (Art. 531 Abs. 2 OR) nicht anwendbar.³¹

Bei der Feststellung des anwendbaren dispositiven Rechts ist daher im-

²⁴ Handschin (Fn. 2) 112 ff.; *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn.1) Art. 530 N 209.

²⁵ Alexander Frei, *Societas leonina*, Zwingende Ergebnisbeteiligung und gemeinsamer Zweck in der einfachen Gesellschaft, Diss. Basel 2001/2002, 84 ff.

²⁶ *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 211.

²⁷ Peter Gauch/Walter Schluemp/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 9. A. Zürich 2008, N 1254; *BK-Kramer* (Fn. 20) Art. 18 N 231.

²⁸ Vgl. dazu *BK-Kramer* (Fn. 20) Art. 18 N 232 f.; *BSK-Wiegand* (Fn. 9) Art. 18 N 71.

²⁹ Handschin (Fn. 9) 447 f.; *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 97.

³⁰ Vgl. *BK-Kramer* (Fn. 20) Art. 18 N 235.

³¹ *ZK-Handschin/Vonzun* (Fn. 1) Art. 530 N 98.

mer zu prüfen, ob das Recht des beabsichtigten Vertrags anwendbar ist, immer unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine einfache Gesellschaft vorliegt. Dies entspricht aber nicht einer einmütig vertretenen Lehre. Es besteht also stets das Risiko, dass das dispositive (Gesellschafts)-Recht anwendbar ist, auch wenn feststeht, dass die Parteien keine Gesellschaft wollten.

VII. Konsequenzen für die Praxis: Bewusste Eingehung der einfachen Gesellschaft

Die Abgrenzung zwischen einfacher Gesellschaft und Austauschvertrag ist deshalb schwierig, weil es *keine klare Trennlinie gibt, die das eine vom anderen abgrenzt*. Die Abgrenzungskriterien sind relativ offen und bilden eher ein Band, als eine Linie. Das Band ist so breit, dass diejenigen, die sicher sein wollen, dass keine einfache Gesellschaft vorliegt, den Austauschvertrag weiter weg von der einfachen Gesellschaft positionieren werden, als nötig. Das kann dazu führen, dass auf partiarische Elemente oder auf Vertragsbestimmungen verzichtet wird, die einer Vertragspartei die Kontrolle erleichtern sollen. Solche Einschränkungen sind in vielen Fällen bedauerlich und führen dazu, dass auf Regeln verzichtet wird, die von beiden Seiten als wirtschaftlich vernünftig beurteilt werden. Die Abgrenzungsschwierigkeiten führen dann dazu, dass aus reiner Angst vor der einfachen Gesellschaft vernünftige und durch beide Seiten gewollte Vertragsbestandteile weggelassen werden. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Gewinnbeteiligung, der Kontrolle und der Mitbestimmung derjenigen Personen, die finanzierend tätig sind.

Die einfache Gesellschaft ist trotz ihrer grossen praktischen Verbreitung vermutlich diejenige Gesellschaftsform, die Juristen am wenigsten vertraut ist. Das zeigt auch ein Blick auf die wissenschaftliche Durchdringung des Themas; weniger als 10% der Dissertationen, die zum Gesellschaftsrecht verfasst werden, beschäftigen sich mit der einfachen Gesellschaft.

Dies führt dazu, dass in vielen Fällen die einfache Gesellschaft wegbedungen wird, nicht weil sie ungünstig oder die falsche Rechtsform ist, sondern weil die Konsequenzen nicht richtig erkannt werden, die sich aus ihrer Anwendung ergeben können. Tatsächlich kann eine einfache Gesellschaft aber derart strukturiert werden, dass die Risiken für die Gesellschafter wie bei einem Darlehensvertrag berechenbar sind. So betrachtet gibt es also keinen Grund, der einfachen Gesellschaft auszuweichen. Bei typischen einfachen Gesellschaften gibt es auch keine Haftung für unerlaubte Handlungen eines Gesellschafters, anders bei der Kollektivgesellschaft; in dieser haftet die Gesellschaft (und damit subsidiär die Gesellschafter) auch für unerlaubte Handlungen von Organen.³²

Zu beachten ist auch, dass die Vorschriften im Innenverhältnis, welche auf die Parteien abschreckend wirken, praktisch ausschliesslich dispositive Vorschriften sind. So ist beispielsweise die Vorschrift über die gleichmässige Verteilung von Gewinn und Verlust nur dispositiv. Die Parteien können auch eine andere Form der Gewinnverteilung vorsehen. Sogar die *societas leonina*, die Gesellschaft, in der ein finanzierender Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber am Verlust beteiligt ist, ist nach herrschender Lehre zulässig, soweit dabei die Grenzen des Art. 27 ZGB nicht über- respektive

unterschritten werden.³³ Nach traditioneller Auffassung war die *societas leonina* unzulässig.³⁴ Auch Nachschusspflichten sind nicht zwingend und können im Innenverhältnis wegbedungen werden, sodass das wirtschaftliche Risiko des Gesellschafters gleich ausgestaltet werden kann wie das eines Aktionärs. Von den dispositiven Vorschriften kann so lange und so weit abgewichen werden, als der Rahmen der zwingenden Grenzen nicht gesprengt wird. Diese zwingenden Grenzen sind nur durch die Persönlichkeitsrechte und durch strukturelle Vorschriften bestimmt. Zu den strukturellen Vorschriften gehören die Normen über die Bildung des Gesellschaftswillens (Art. 534 f. OR), die Beendigung der Gesellschaft (Art. 545 OR) oder Normen, die sich auf das Aussenverhältnis beziehen.

VIII. Fazit: Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft!

Aus dem Gesagten lässt sich abschliessend das Fazit ziehen, *dass es in der Vertragsgestaltung sinnvoller sein kann, sich bewusst dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterwerfen*. Das setzt voraus, dass die Vertragspartner das Recht der einfachen Gesellschaft kennen, denn nur dann können sie den Gestaltungsraum des dispositiven Rechts richtig ausschöpfen. Wenn sie das tun, können sie ihre wirtschaftlichen Vorstellungen besser

³² BGE 84 II 381, 383; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3) § 13 N 26, 65.

³³ *Fellmann* (Fn. 15) 310; *Frei* (Fn. 25) 63 ff.; *BSK-Handschin* (Fn. 4) Art. 533 N 4.

³⁴ *Frei* (Fn. 25) 61 ff.; *Alfred Erwin Vogelsang*, *Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse*, Diss. Lausanne 1931, 110; *Wespi* (Fn. 8) 59 f.

verwirklichen, als wenn sie einen Austauschvertrag (ohne wirtschaftlich gebotene Kontrollmechanismen oder partiarische Elemente) abschliessen, nur weil sie sich vor der einfachen Ge-

sellschaft fürchten. Die richtige Reaktion auf die Angst vor der einfachen Gesellschaft liegt also nicht in der Abgrenzung zum Austauschvertrag und im Versuch, die einfache Gesellschaft

zu vermeiden, sondern in einer Vertragsgestaltung, welche die einfache Gesellschaft und damit ihre Stärken und Schwächen, erkennt und richtig damit umgeht.