

edoc

Institutional Repository of the University of Basel

University Library

Schoenbeinstrasse 18-20

CH-4056 Basel, Switzerland

<http://edoc.unibas.ch/>

Year: 2001

Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht

Handschin, Lukas

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A5264459>

Originally published as:

Handschin, Lukas. (2001) *Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht*. In: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Zürich, S. 437-452.

Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht

LUKAS HANDSCHIN

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	437
II. Einfache Gesellschaft als Grund- und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts	438
1. Grundlagen	438
2. Zur Typologie im Personengesellschaftsrecht im Allgemeinen	440
a. Systematik des Gesetzes	440
b. Keine typenbezogene Abgrenzung zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft	440
c. Kein Idealtypus für die einfache Gesellschaft	441
3. Versuch einer ganzheitlichen Darstellung	442
a. Ausgangslage	442
b. Die gesellschaftsinterne Struktur als Unterscheidungskriterium	442
c. Der Auftritt gegenüber Dritten als Unterscheidungskriterium	443
4. Zu den Erscheinungsformen des Personengesellschaftsrechts im Einzelnen ...	445
a. Die einheitliche strukturierte Personengesellschaft	445
b. Die einheitliche nicht strukturierte Gesellschaft	446
c. Die nicht einheitliche strukturierte Personengesellschaft	446
d. Die nicht einheitliche nicht strukturierte Personengesellschaft	447
e. Sonderfall: Die ungewollte Personengesellschaft	447
5. Beispiele	448
a. Einstimmige Beschlüsse und Mehrheitsbeschlüsse	448
b. Vertretung der Gesellschaft	449
c. Haftung für Verhalten der Mitgesellschafter	451
III. Schlussfolgerung	452

I. Einleitung

Es gibt keine Gesellschaftsform, die ein so breites Anwendungsgebiet hat wie die einfache Gesellschaft. Gelegenheitsgesellschaften über die gemeinsame Miete eines Autos sind ebenso einfache Gesellschaften wie oder Bank- und Baukonsortien, die Milliardenvolumen umsetzen. In beiden Fällen ist die Rechtsform der Gesellschaft die gleiche.

Das Gesetz und noch viel mehr die Lehre tragen dieser Vielfalt Rechnung, indem sie im Einzelfall unterschiedliche Ergebnisse aus den Vorschriften des Personengesellschaftsrecht ableiten, je nach dem Typ der Gesellschaft, auf den die Vorschrift Anwendung findet. Auf eine einfache Gesellschaft mit klaren internen Strukturen, die ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und im Außenverhältnis als Einheit erscheint, sind beispielsweise andere Normen anwendbar als auf eine Gelegenheitsgesellschaft von zwei Personen.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die unterschiedlichen Typen von Gesellschaften in einer neuen systematischen Ordnung darzustellen, um vorausehbare und einheitliche Regeln für klar definierte Gesellschaftsformen zu formulieren.

II. Einfache Gesellschaft als Grund- und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts

1. Grundlagen

Eine einfache Gesellschaft liegt immer dann vor, wenn ein Gesellschaftsverhältnis vereinbart ist und wenn die (gegenüber Art. 530 OR) qualifizierten Voraussetzungen anderer Gesellschaftsformen nicht vorliegen, sei es, weil die Personenvereinigung die qualifizierten Merkmale nicht (bzw. noch nicht) verfolgt oder die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt sind (BK-BECKER, Art. 530 N 1). Die einfache Gesellschaft wird mit Art. 530 Abs. 2 OR zur Grund- und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts (BK-BECKER, Art. 530 N 1; OR-HANDSCHIN, N 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 32; SPR-VON STEIGER, S. 324; GUHL/DRUEY, § 61 N 11). Unerheblich ist, ob die beabsichtigte Gesellschaft im OR oder einem anderen Gesetz geregelt ist: Auch der fehlerhafte Verein (Art. 60 ff. ZGB) wird zur einfachen Gesellschaft (Art. 62 ZGB).

Aus dieser Funktion folgt, dass für die Errichtung einer einfachen Gesellschaft keine Gründungsvorschriften einzuhalten sind. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags kann formlos, also auch stillschweigend erfolgen (ZK-SIEGWART, N 61; BK-BECKER, N 11; OR-HANDSCHIN, Art. 530 N 2; SPR-VON STEIGER, S. 358; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 74; vgl. Art. 11 OR). Oft realisieren die Gesellschafter überhaupt nicht, dass sie einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben: Wirken sie mit vereinten Kräften auf ein bestimmtes Ziel hin, bilden sie

eine einfache Gesellschaft, auch wenn sie sich diese Tatsache nicht vor Augen halten.

Weil die einfache Gesellschaft Subsidiärform ist, wirken sich inhaltliche Mängel des Gesellschaftsvertrages nicht auf ihre Existenz und Rechtsnatur aus, es sei denn, dass der Mangel so schwerwiegend ist, dass die Gesellschaft insgesamt nichtig (bei einem widerrechtlichen Zweck) oder gar nicht entstanden (bei fehlendem Konsens) ist.

Gesellschaften, welche ein kaufmännisches Gewerbe betreiben und nach aussen als Einheit in Erscheinung treten, sind Kollektivgesellschaften. Die Rechtsform der Kollektivgesellschaft verschliesst sich, wenn nicht alle Gesellschafter natürliche Personen sind. Das führt dazu, dass die Grundform, die einfache Gesellschaft, auf die Personenverbindung anzuwenden ist, obwohl deren Vorschriften nicht auf diesen Fall zugeschnitten sind: Eine Eintragung im Handelsregister ist nicht möglich (Art. 10 HRegV), und die fehlenden Schutzvorschriften für die Gläubiger tragen dem wirtschaftlichen Zweck keine Rechnung.

Diese Konstellation hat der Lehre immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass von Gesetzes wegen der Betrieb einer kaufmännischen Unternehmung durch eine einfache Gesellschaft eigentlich ausgeschlossen sei (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 61). Diese Unvereinbarkeit ergibt sich einerseits aus Art. 934 Abs. 1 OR, welcher die Pflicht zur Eintragung von kaufmännischen Unternehmungen im Handelsregister vorschreibt und andererseits aus der gesetzgeberischen Entscheidung, dass einfache Gesellschaften nicht in demselben eingetragen werden können (Art. 10 HRegV). Zum selben Schluss führt auch die systematische Stellung der einfachen Gesellschaft als Subsidiärform: Für eine aus natürlichen Personen bestehende einfache Gesellschaft mit kaufmännischem Unternehmen ist die Kollektivgesellschaft vorgesehen (BGE 73 I 73 ff.).

In der Praxis werden aber kaufmännische einfache Gesellschaften geduldet (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 64; SPR-VON STEIGER, S. 334 m.w.H.), auch wenn mitunter offen auf die Gesetzeswidrigkeit hingewiesen wird (GAUCH, Der Zweigbetrieb im Schweizerischen Zivilrecht, N 540, 544 f.). Da die Regeln der einfachen Gesellschaft dem Gewerbebetrieb und den dadurch hervorgerufenen Regelungserfordernissen nicht ausreichend Rechnung tragen, müssen Regeln gefunden werden, welche in dieser Situation adäquat sind. Dass solche Gesellschaften nichtig seien, lässt sich kaum ernsthaft vertreten.

Die Praxis weicht hier auf einzelne Normen der Kollektivgesellschaft aus, um die Regelungsdefizite auszugleichen (ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551).

2. Zur Typologie im Personengesellschaftsrecht im Allgemeinen

a. Systematik des Gesetzes

Das Gesetz unterscheidet bei den Personengesellschaften zwischen der einfachen Gesellschaft, welche in systematischer Hinsicht zur zweiten Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse) und den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, welche zur dritten Abteilung des OR (Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft) gehören. Parallel zu dieser Zweiteilung der Personengesellschaften verläuft die unterschiedliche Ausgestaltung des Innen-, vor allem aber auch des Aussenverhältnisses. Diese unterschiedlichen Regeln charakterisieren die Gesellschaft auch typologisch. Das Wesen einer Kollektiv- oder einer Kommanditgesellschaft ist von demjenigen einer (typischen) einfachen Gesellschaft, die kein kaufmännisches Unternehmen betreibt, offensichtlich verschieden: Der kaufmännische Verkehr ruft einerseits nach höheren Verkehrsschutzbestimmungen, andererseits nach besonderen Vorschriften über die Haftung, welcher die (einfache) Gesellschaft mangels nennenswerter Beziehungen zu Dritten nicht bedarf.

Diese gesetzliche Typenbildung stellt indes kein getreues Abbild des breiten Anwendungsbereichs des Personengesellschaftsrechts dar. So decken die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft nur ein kleines Segment der in der Praxis bestehenden Erscheinungsformen der kaufmännischen Personengesellschaften ab. Am augenfälligsten zeigt sich die Unausgewogenheit dieses Systems bei den kaufmännischen einfachen Gesellschaften (oben, Ziff. 1). Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 8 ff.; ZK-SIEGWART, Art. 552, 553 N 10 ff.; SPR-VON STEIGER, S. 479.

Schliesslich gibt es auch Gesellschaften, die nur aus natürlichen Personen bestehen und nach aussen einheitlich auftreten, ohne ein kaufmännisches Unternehmen zu betreiben. Denkbar sind hier gemeinnützige Verbindungen, die kein oder kein gültiger Verein sind (Art. 62 ZGB). Auch sie werden durch die Subsidiaritätsfunktion zu einfachen Gesellschaften.

b. Keine typenbezogene Abgrenzung zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft

Erscheinungsformen, welche das Gesetz (typischerweise) dem Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft zuordnen wollte, kommen – wie soeben gesehen – auch als einfache Gesellschaften vor. Daher kann eine typenbezogene

Abgrenzung nicht zwischen der einfachen Gesellschaft auf der einen und der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft auf der anderen Seite erfolgen. Die typologische Spannweite der Personenhandelsgesellschaften und der (oben erwähnten kaufmännischen) einfachen Gesellschaft ist vielmehr identisch.

c. **Kein Idealtypus für die einfache Gesellschaft**

Die Vorschriften der Art. 530 bis 551 vermögen nicht allen Gesellschaftserscheinungen zu genügen, auf die sie Anwendung finden. Es gibt nach Gesetz und dem Verständnis der Lehre keine Einheits-Einfache Gesellschaft, sondern es gelten unterschiedliche Vorschriften in Einzelfällen (ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551 N 5).

Das Postulat der *typengerechten Auslegung* (SPR-VON STEIGER, S. 306) verlangt, dass die gesetzlichen Bestimmungen im Sinne des ihnen zugrunde liegenden Leitbildes ausgelegt werden müssen, Leitbilder, die zu finden, Aufgabe der Lehre ist. Nach herkömmlichen Verständnis erfolgt diese Anpassung an die Realität durch eine auf den Einzelfall bezogene analoge Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf einfache Gesellschaften, beispielsweise, dass die Haftungsordnung für unerlaubte Handlungen der Kollektivgesellschaft (Art. 567 Abs. 3 OR) auch für einfache Gesellschaften mit gewerblichem Unternehmen gelten (ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551 N 23) oder durch einzelfallbezogene Abweichungen vom dispositiven Recht, die trotz fehlender ausdrücklicher Vereinbarung angenommen werden. Die Rechtfertigung für dieses Verhalten liegt darin, dass die Struktur der Gesellschaft auf einen entsprechenden vom dispositiven Recht abweichenden Gesellschafterwillen schliessen lasse.

Anders als bei anderen Gesellschaftsformen liegt der einfachen Gesellschaft somit kein bestimmter Typus zugrunde. Es lässt sich auch keine bestimmte Funktion der einfachen Gesellschaft ausmachen (im Gegensatz beispielsweise zur Selbsthilfe bei der Genossenschaft oder der gemeinsamen Mittelbeschaffung unter gleichzeitiger Haftungsbeschränkung bei der Aktiengesellschaft), was auch ihrer Funktion als Grund- und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts entspricht (vgl. dazu oben N 4 ff.). Das Fehlen eines gesetzlichen Idealtypus führt bei der einfachen Gesellschaft dazu, dass auf sehr unterschiedliche Phänomene scheinbar dieselben Bestimmungen – Art. 530 bis 551 – anwendbar sind. Dies kann den im Einzelfall bestehenden Interessen nicht immer gerecht werden.

Im Recht der einfachen Gesellschaft stellt sich daher stets die Frage, ob und – wenn ja – auf welche Anwendungsfälle das Recht einer anderen Gesellschaftsform (z.B. dasjenige der Kollektivgesellschaft) angewendet werden darf.

Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht darin, dass – anders als bei den meisten Handelsgesellschaften (für die Aktiengesellschaft vgl. Art. 629, für die GmbH vgl. Art. 779) – eine einfache Gesellschaft auch stillschweigend abgeschlossen werden kann (vgl. oben Ziff. 1). Den Beteiligten fehlt vielfach das Bewusstsein, dass sie sich durch ihren Zusammenschluss dem Recht der einfachen Gesellschaft (namentlich den daraus resultierenden Haftungsbestimmungen [z.B. Art. 543 Abs. 3, Art. 544 Abs. 3]) unterwerfen (OR-HANDSCHIN, Art. 530 N 2). Eine auf *einem* bestimmten Typus aufbauende Auslegung lässt sich im Recht der einfachen Gesellschaft deshalb auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass sich die Parteien dem Wertmassstab dieser Gesellschaftsform freiwillig untergeordnet haben: Auf sie sind von Gesetzes wegen diejenigen Rechtssätze anzuwenden, welche aufgrund des Sachverhalts geboten sind.

3. Versuch einer ganzheitlichen Darstellung

a. Ausgangslage

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, lassen sich die Personengesellschaften nicht einfach nur in Kollektiv- und Kommanditgesellschaften einerseits und einfache Gesellschaften andererseits einteilen. Die wirkliche Trennlinie verläuft vielmehr innerhalb der einfachen Gesellschaft, mit der Folge, dass die Rechtsnatur dieser Gesellschaftsform nicht einheitlich sein muss. Dies wirkt sich auch auf die Rechtsanwendung aus.

b. Die gesellschaftsinterne Struktur als Unterscheidungskriterium

Gesellschaftstypologische Unterschiede ergeben sich zum einen aus der Struktur der Gesellschaft: Gemeinsames Merkmal aller Gesellschaften sind die zwischen den Beteiligten bestehenden gesellschaftsrechtlichen Beziehungen; alle Personengesellschaften sind Gesellschaften.

Nicht allen Personengesellschaften gemeinsam ist demgegenüber eine über die gesellschaftsrechtliche Beziehung hinausgehende *organisatorische Struktur*. Sie tritt zu den gesellschaftsvertraglichen Bindungen hinzu und bewirkt, dass die

Gesellschaft im Innenverhältnis als Einheit oder wie eine Einheit wirken kann. Diese innere Einheit der Gesellschafter kann sich dadurch äussern, dass Mehrheitsbeschlüsse für alle Gesellschafter verbindlich werden (dazu unten, Ziff. 5 lit. a). Normalerweise ist bei einfachen Gesellschaften der übereinstimmende Wille aller Gesellschafter erforderlich (Art. 534 Abs. 1).

Diese Unterschiede in der inneren Struktur der Gesellschaft führen zum Begriffspaar der *strukturierten* sowie der *nicht strukturierten* Gesellschaft. Gesellschaften mit intern gefestigten Strukturen sind in der Regel einer strengen Aufgabenteilung und organähnlicher Gliederung verpflichtet. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden nicht einstimmig, sondern nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages mit einfachem (oder qualifiziertem) Mehr gefasst. Sie binden auch einzelne Mitglieder mit abweichender Meinung. Die Zustimmung jedes Gesellschafters ist nur bei Eintritt in die Gesellschaft zur Gesellschaftsverfassung erforderlich.

Gesellschaften ohne gefestigte Strukturen können dagegen bei der Willensbildung nicht auf körperschaftliche Grundsätze zurückgreifen, sondern haben bei jeder Entscheidung einen entsprechenden Konsens zu finden, damit jeder Gesellschafter im Sinne dieses Beschlusses gebunden wird.

Bei der strukturierten Gesellschaft gelten im Innenverhältnis *körperschaftliche*, bei der nicht strukturierten Gesellschaft *vertragliche* Grundsätze für die Bindung der einzelnen Gesellschafter.

c. Der Auftritt gegenüber Dritten als Unterscheidungskriterium

Mit der Feststellung, dass eine Gesellschaft im Innenverhältnis eine Struktur aufweist, ist noch nichts über die Art und Weise gesagt, wie die Gesellschaft von Dritten wahrgenommen wird: Intern strukturierte Gesellschaften können nach aussen als lose Personenmehrheiten auftreten, genauso wie nicht strukturierte Gesellschaften in den Augen Dritter als Einheit erscheinen können.

Die Unterscheidung im Aussenverhältnis führt zum zweiten zu einer Einteilung in *einheitliche* und *nicht einheitliche* Gesellschaften.

Gesellschaften, deren Mitglieder nach aussen nicht einheitlich auftreten, sind reine Innengesellschaften. Ebenso keinen einheitlichen Auftritt haben Gesellschaften, deren Gesellschafter sich im Aussenverhältnis ausschliesslich nach den Vorschriften der Stellvertretung verpflichten.

In diesem Sinne kann die gesellschaftsinterne Struktur (in casu das kaufmännische Unternehmen) auch für die rechtliche Beurteilung des Aussenverhältnisses von Bedeutung sein.

Ein einheitlicher Auftritt besteht, wenn die Gesellschafter von Dritten als Einheit (und nicht als Vielheit) wahrgenommen werden. Nach aussen erscheinen in der nicht einheitlichen Gesellschaft mehrere Gesellschafter, die aber nicht als Einheit, sondern als Vielheit auftreten.

Keine Rolle spielt dabei, ob der Dritte erkennt, dass die in Vielheit auftretenden Gesellschafter eine Gesellschaft bilden: So können sich drei Ferienabenteurer zwecks gemeinsamer Miete eines Fahrzeuges zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen. Beim Auftritt gegenüber dem Vermieter erkennt dieser zwar, dass die drei eine Gesellschaft bilden. Dennoch schliessen die Mieter den Vertrag je als Privatperson und nicht als Gesellschaftsmitglied ab.

Eindeutig wird der gemeinsame Auftritt manifestiert, wenn sich die Gesellschafter eine Firma geben.

Für die Beurteilung der Einheitlichkeit ist das gesamte Verhalten der Gesellschafter zu beurteilen. Auch in der Aussage, man werde gemeinsam für eine Leistung einstehen, kann ein einheitlicher Auftritt erblickt werden.

Eine Gesellschaft mit *kaufmännischem Unternehmen* wird allerdings immer nach aussen eine Einheit darstellen: Wenn eine Mehrheit von Personen ein Unternehmen führt und mit Dritten Vertragsbeziehungen unterhält, gibt sie sich immer eine einheitliche Bezeichnung. Nur so kann die Gesellschaft individualisiert und begrifflich erfasst werden. Firmenlose Handelsunternehmen sind eine «Erfindung der juristischen Theorie» (SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 1354).

Das einheitliche Auftreten (die Verwendung einer Firma) erscheint daher als Folge eines kaufmännischen Unternehmens (vgl. dazu auch ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551, N 83).

Die kaufmännische Gesellschaft ist zwar der häufigste und praktisch wichtigste, aber nicht einzige Anwendungsfall der einheitlichen Personengesellschaft. Nicht ausgeschlossen ist, dass eine Personengesellschaft gegenüber Dritten als Einheit in Erscheinung tritt, ohne dass ein kaufmännisches Unternehmen vorliegt (Beispiel: ungültiger Verein). Die Einheitlichkeit braucht demnach keine Folge des Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens zu sein, sondern kann sich genauso aus der Art und Weise des Aussenauftritts ergeben.

Während die Frage der Struktur (oben, lit. b) nach internen Gesichtspunkten zu beantworten ist, ist bei der Frage des einheitlichen Auftretens auf den Eindruck Dritter abzustellen. Massgebend für die Beurteilung der Einheitlichkeit ist nicht, was sich die Gesellschafter vorstellen, sondern wie die Gesellschaft von Dritten wahrgenommen wird.

4. Zu den Erscheinungsformen des Personengesellschaftsrechts im Einzelnen

Aus diesen Kriterien ergeben sich vier Gesellschaftstypen: die einheitliche strukturierte, die einheitliche nicht strukturierte, die nicht einheitliche strukturierte sowie die nicht einheitliche nicht strukturierte Gesellschaft.

Praktisch wichtig sind vor allem zwei, nämlich die einheitliche strukturierte und die nicht einheitliche nicht strukturierte Gesellschaft.

a. Die einheitliche strukturierte Personengesellschaft

Die einheitliche strukturierte Personengesellschaft ist ein Zusammenschluss von Personen, die gegenüber Dritten mit einer eigenen Identität (d.h. einheitlich) auftreten, über feste interne Strukturen verfügen (und in dem Sinne auch im Verkehr mit den Gesellschaftern als Einheit wirken) und in der Regel, aber nicht zwingend, ein kaufmännisches Unternehmen betreiben. Die rechtliche Qualifikation als einfache, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft hat auf die Bestimmung der Einheitlichkeit keinen Einfluss.

Soweit nur natürliche Personen beteiligt sind, erfüllen der einheitliche Auftritt sowie das kaufmännische Unternehmen die Qualifikation der Art. 552 ff., so dass die Vorschriften über die Kollektiv-/Kommanditgesellschaft anwendbar werden.

Eine einheitliche strukturierte Personengesellschaft besteht auch dann, wenn die begrifflichen Voraussetzungen der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft nicht erfüllt sind (namentlich wenn auch juristische Personen oder andere Personenhandelsgesellschaften beteiligt sind). Vgl. dazu oben, N 7 sowie Art. 552 Abs. 1, Art. 594 Abs. 2; BGE 84 II 381; 79 I 181 = Pra 42 (1953) Nr. 84, 254, 254 f.; GAUCH, Gedanken, S. 89 f.; SPR-VON STEIGER, S. 334; VONZUN, N 574 ff.; kritisch gegenüber einer solchen Möglichkeit etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 64 ff.; FURRER, S. 58 f.). Praktische Bedeutung kommt dieser Konstellation insbesondere im Baugewerbe zu (Baukonsortien, ARGE; vgl. dazu Art. 28 Abs. 2 SIA-Norm; Ziff. 13.1 Satz 1 des Arbeitsgemeinschaftsvertrages für Bauunternehmungen [erarbeitet vom SBV und SBI, 5. Aufl., Zürich 1996]; MÜLLER H., S. 31; HERREN, S. 266.

Ebenso als einheitliche strukturierte besteht die einfache Gesellschaft, wenn die Gesellschafter die Gründung einer juristischen Person (beispielsweise Verein oder Aktiengesellschaft) beabsichtigt hatten, diese aber wegen eines Mangels nicht entstanden ist (vgl. dazu Art. 62 ZGB; vgl. ferner 645 Abs. 2 OR). Eine fehlgeschla-

gene Vereinsgründung kann demnach ohne weiteres zur Entstehung einer einheitlichen, aber nicht kaufmännischen Personengesellschaft führen.

Auf die einheitliche strukturierte Personengesellschaft sind die Bestimmungen des Kollektiv- oder Kommanditgesellschaftsrechts anwendbar, entweder direkt (bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) oder analog (bei einheitlichen strukturierten einfachen Gesellschaften: in diesem Sinne schon ZK-Siegwart, Vorbemerkungen, N 5; ähnlich auch VONZUN, N 755 ff.). Soweit das Innenverhältnis betroffen ist, können auf einheitliche strukturierte Gesellschaften auch beim Fehlen entsprechender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen Vorschriften angewendet werden, die nicht dem dispositiven Recht entsprechen (vgl. Art. 534 Abs. 1), denn mit dem Entscheid der Gesellschafter, als strukturierte Gesellschaft zu bestehen, liegt auch ein Entscheid darüber vor, im Innenverhältnis Regeln gelten zu lassen, die sich aus dieser Struktur ergeben.

b. Die einheitliche nicht strukturierte Gesellschaft

Liegt die Einheit nur im Aussenverhältnis, nicht aber im Innenverhältnis vor, besteht eine einheitliche nicht strukturierte Gesellschaft. Sie ist besitzt im Innenverhältnis keine gefestigten Strukturen für die Willensbildung und Geschäftsführung, die Gesellschafter treten aber nach aussen als Einheit in Erscheinung. Auch auf diese Erscheinungsform ist im Aussenverhältnis das Recht der Kollektiv- oder der Kommanditgesellschaft anwendbar, während im Innenverhältnis die dispositiven Vorschriften der einfachen Gesellschaft uneingeschränkt gelten.

Diese Form kommt weniger häufig vor, da sich die Einheit im Aussenauftritt in der Regel aus der Einheit im Innenverhältnis ergibt. Bei paritätischen Joint Ventures sowie Vereinigungen von nur zwei Gesellschaftern, bei denen ein Mehrheitsbeschluss nicht möglich ist, ist für die Willensbildung ohnehin stets Einstimmigkeit erforderlich. Dennoch können die Gesellschafter nach aussen eine Einheit darstellen.

c. Die nicht einheitliche strukturierte Personengesellschaft

Die nicht einheitliche strukturierte Personengesellschaft verfügt zwar über feste interne Strukturen, tritt aber im Gegensatz zur einheitlichen Gesellschaft gegenüber Dritten nicht als Einheit auf. Die analoge Anwendbarkeit der Normen aus dem Kollektiv- und Kommanditgesellschaftsrecht beschränkt sich diesfalls auf das Innenverhältnis. Im Übrigen sind die Vorschriften des Rechts für einfache Ge-

sellschaften anwendbar mit den zitierten strukturbedingten Abweichungen anwendbar.

Praktische Bedeutung hat die nicht einheitliche strukturierte Personengesellschaft in der Form von Aktionärbindungsverträgen, die regelmässig organähnliche Entscheidungsträger vorsehen, zu Mehrheitsbeschlüssen in der Lage sind, nach aussen aber nicht als Einheit auftreten.

d. Die nicht einheitliche nicht strukturierte Personengesellschaft

Schliesslich gibt es Personengesellschaften, denen die speziellen Eigenschaften der einheitlichen und strukturierten Personengesellschaft fehlen; sie treten gegenüber Dritten weder unter einer eigenen Identität auf noch verfügen sie über feste Strukturen, sind also auch im Innenverhältnis keine Einheit. Unter diesen Typus fallen insbesondere die Gelegenheitsgesellschaften. Auf sie ist das Recht der einfachen Gesellschaft anwendbar.

e. Sonderfall: Die ungewollte Personengesellschaft

Weil die einfache Gesellschaft auch Subsidiärform ist, besteht sie, ohne dass sich die Gesellschafter über ihren Bestand Rechenschaft ablegen müssten (oben, Ziff. 1). Sie haben möglicherweise ein synallagmatisches Rechtsverhältnis beabsichtigt (beispielsweise ein partiarisches Darlehen). Gleichwohl ist allein der vertraglich bekräftigte Wille entscheidend, mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen. Unbewusste Bindungen kommen insbesondere bei Personenverbindungen mit beschränkter Dauer und in solchen Fällen vor, in denen eine andere Bindung zwar beabsichtigt war, aber nicht zustande gekommen ist.

Hier ist die Bildung der einfachen Gesellschaft nicht Gegenstand einer bewussten Absicht, sondern eines Zufalls; möglicherweise erfolgt die Qualifikation sogar gegen den Willen der Beteiligten. In diesen Fällen ist aus dem vereinbarten System, resp. dem Typus der Zusammenarbeit, dem sich die Beteiligten haben unterwerfen wollen, die verfolgte Absicht der Gesellschafter festzustellen. Sie kann den Schluss auf einen anderen Vertrag oder eine andere Gesellschaftsform, beispielsweise eines Darlehens oder eines Vereins nahelegen. Dies hat Auswirkungen auf die Rechtsanwendung im Innenverhältnis, denn in diesen Fällen kann es gerechtfertigt sein, anstelle der dispositiven (allenfalls auch der zwingenden: so VONZUN, N 771 f.; dagegen ZK-SIEGWART, N 22, mit dem Beispiel der Auflö-

sung oder dem Austritt aus wichtigem Grund, die zwingend seien, auch wenn eine Aktiengesellschaft angestrebt war) Bestimmungen des vorliegenden Rechtsverhältnisses die Normen derjenigen Rechtsform anzuwenden, die durch die Gesellschafter beabsichtigt waren (auch ZK-SIEGWART, Vorb. N 22; VONZUN, N 765 ff., insbes. N 774 ff.). So ist beispielsweise in der Absicht, einen Verein zu gründen, auch das Bekenntnis der Gesellschafter zum Mehrheitsprinzip enthalten. Kann der Verein infolge einer Verletzung der Gründungsvorschriften nicht entstehen, ist für die einfache Gesellschaft das Prinzip der Mehrheitsbeschlüsse aufrechtzuerhalten.

Die Grenze dieser Analogieschlüsse liegt dort, wo die Subsumierung eines Rechtsverhältnisses unter das Recht der einfachen Gesellschaft auch den Charakter einer Sanktion in sich hat, was z.B. beim partiarischen Darlehen der Fall sein kann. Anstelle der Vorschriften für das Rechtsverhältnis, das sich die Vertragspartner vorgestellt haben, ist hier das Recht der einfachen Gesellschaft anwendbar.

5. Beispiele

Auch nach dem Verständnis der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre wird eine differenzierte Behandlung unterschiedlicher Gesellschaftstypen postuliert. Die nachfolgenden Beispiele zeigen dies auf und auch, dass die postulierten typologisch begründeten Differenzierungen geeignet sind, Widersprüche und Ungereimtheiten im Umgang mit Personengesellschaften zu beseitigen.

a. Einstimmige Beschlüsse und Mehrheitsbeschlüsse

Gemäss Art. 534 OR sind, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen ist, Gesellschafterbeschlüsse einstimmig zu fällen. Fehlt es an der Einstimmigkeit, kommt in diesen Fällen kein Beschluss zustande. Die Bestimmung des dispositiven Rechts passt auf denjenigen Typ der einfachen Gesellschaft, der die Merkmale der einheitlichen und strukturierten Personengesellschaft fehlen.

Haben die Gesellschafter eine interne Struktur vereinbart, oder lässt sich diese aufgrund der von den Gesellschaftern beobachteten Übung nachweisen, ist das Einstimmigkeitserfordernis für interne Entscheidungsfindungen unzweckmässig. Die Lehre hat aus diesem Grunde anerkannt, dass es einfache Gesellschaften gibt, bei denen die in Art. 534 OR vorgesehene Vorschrift der Einstimmigkeit nicht anzuwenden ist, auch wenn die in Art. 534 Abs. 1 verlangte abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht besteht: Die Zulässigkeit von Mehr-

heitsbeschlüssen kann sich auch aus den «Umständen, wie bei körperschaftlich organisierten Personenvereinigungen ohne juristische Persönlichkeit ergeben» (ZK-SIEGWART, Art. 534 N 8). Dasselbe gilt auch bei sehr grossen Personengesellschaften, auch wenn sie sonst nicht weiter organisiert sind (ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551 N 19), da sie bei Annahme eines Einstimmigkeitserfordernisses gar nicht handlungsfähig wären. Begründet wird diese Abweichung vom dispositiven Recht mit der Annahme einer stillschweigenden anders lautenden Vereinbarung (die Mehrheitsbeschlüsse zulässt) oder mit einer Vertrags- oder Gesetzeslücke.

Schliesslich darf der Rechtsanwender in den Fällen, in denen die einfache Gesellschaft als Auffangnorm zur Anwendung gelangt, weil der beabsichtigte Verein oder die AG aus Formmängeln nicht zustande gekommen ist, davon ausgehen, dass eine interne Struktur von den Gesellschaftern gewollt war, ohne dass dies ausdrücklich hätte vereinbart werden müssen (ZK-SIEGWART, Vorbem. zu Art. 530–551 N 21).

Diese auf Art. 534 OR bezogene Differenzierung in Bezug auf die Vorschriften über die interne Entscheidungsfindung ergibt sich auch aus der vorgeschlagenen Typenbildung, indem bei denjenigen Gesellschaften, die strukturiert sind, die also über eine interne Einheitlichkeit und Organisation verfügen, angenommen wird, es bestünde eine stillschweigende Vereinbarung oder eine Gesetzeslücke, welche die Annahme von Mehrheitsbeschlüssen auch beim Fehlen einer ausdrücklichen Regel zulässt. Die von der Praxis und Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung in Bezug auf die interne Beschlussfindung lässt sich also auch auf diese hier vertretene allgemeine Typenbildung abstützen und ist in diesem Sinne ein Beleg für deren Rechtfertigung.

b. Vertretung der Gesellschaft

Gemäss Art. 543 Abs. 3 OR wird eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist. Ist nichts anderes durch Vertrag oder Beschluss bestimmt, steht allen Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugnis zu (Art. 535 OR). Aus der Kombination dieser beiden Vermutungen wird beim Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Regelung jeder Gesellschafter zur Vertretung befugt.

Art. 543 Abs. 3 beruht auf dem Gedanken, dass zwischen der Geschäftsführung und der Vertretung ein enger funktioneller Zusammenhang besteht, sind es doch in der Regel die Geschäftsführer, welche die Gesellschaft gegenüber Dritten vertreten. Er dient daher in erster Linie der Verkehrssicherheit (SPR-VON STEI-

GER, S. 432; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 61; BGE 124 III 355, 358), indem er die oft lückenhaften, möglicherweise nur auf konkludenter Vereinbarung beruhenden Gesellschaftsverträge ergänzt. Gegenüber einem Dritten hat diese Vermutung absolute Wirkung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 266; Semjud 1982, S. 254). Die herrschende Lehre (ZK-SIEGWART, Art. 543 N 10; BK-BECKER, Art. 543 N 5; GUHL/DRUEY, § 62 N 40 f. und vor allem das Bundesgericht (BGE 77 II 143 f.; 124 III 355) nehmen an, dass Art. 543 Abs. 3 OR im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten keine widerlegbare Vermutung enthält (mit der Möglichkeit, dass Gesellschafter den Beweis erbringen können, dass der vermeintliche Stellvertreter nicht Geschäftsführer resp. nicht vertretungsbefugt war), sondern faktisch eine Fiktion darstellt. Das hat zur Folge, dass auch der Gesellschafter, der nachweisbar weder Geschäftsführer noch vertretungsbefugt ist, durch sein rechtsgeschäftliches Verhalten seine Mitgesellschafter verpflichtet, es sei denn, der Dritte habe von der fehlenden Vertretungsmacht gewusst. Diese strenge Regel im Vertretungsrecht wird mit Vertrauensschutzüberlegungen gerechtfertigt: Dem Dritten soll nicht zum Schaden gereichen, wenn er auf das Verhalten eines tatsächlich nicht zur Vertretung befugten Gesellschafters abstellt, der das Gegenteil zum Ausdruck bringt. Diese Härte wird zu Recht kritisiert (SPR-VON STEIGER, S. 432 Fn 8; FELLMANN AJP 2000, S. 638 ff., ebenso BÄR, ZBJV 1992, S. 241, im Anschluss an BGE 116 II 707, die in Art. 543 Abs. 3 OR lediglich eine Beweislastumkehr sehen).

Das Dilemma dieser Fragestellung ergibt sich aus dem breiten Anwendungsgebiet der Personengesellschaft, und es kann nicht befriedigend für alle Gesellschaftstypen und -formen gleichermaßen gelöst werden. Die strenge Auffassung des Bundesgerichtes ist dort sachlich gerechtfertigt, wo Gesellschaften gegenüber Dritten als Einheit erscheinen und auftreten. Sie führt zu einer übertriebenen Härte bei Gelegenheitsgesellschaften, denen dieser einheitliche Auftritt fehlt.

Zu einem befriedigenden Ergebnis in dieser Frage kann die hier vorgeschlagene Systematik im Personengesellschaftsrecht führen, indem in Bezug auf den Ausenauftritt unterschieden wird zwischen einheitlichen und nicht einheitlichen Gesellschaften. Bei einheitlichen Gesellschaften erscheint eine strenge Regel richtig, wobei diese konsequenterweise nicht aus Art. 543 Abs. 3 OR, sondern direkt aus dem Recht der Kollektivgesellschaft (Art. 564 f.), abgeleitet werden kann, welches richtigerweise auf alle einheitlichen Gesellschaften anzuwenden ist.

Nicht in den Anwendungsbereich dieser umfassenden Vermutung zur Stellvertretung fallen die nicht einheitlichen Gesellschaften. Auf sie ist Art. 543 Abs. 3

anzuwenden, allerdings mit dem Verständnis, wie es von FELLMANN (a.a.O.) vertreten wird: Seiner Auffassung zufolge sieht diese Vorschrift lediglich eine Vollmachtsvermutung vor, die durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann.

Die vorgeschlagene systematische Differenzierung der Personengesellschaften führt also nicht nur im Innenverhältnis (strukturiert/nicht strukturiert, Frage des Mehrheitsbeschlusses), sondern auch im Aussenverhältnis bei der Frage der Vertretung der Gesellschaft im Spannungsfeld zwischen Vertrauensschutz des Dritten und im Schutz des Gesellschafters von unbeabsichtigter Bindung zu einem befriedigenden Resultat.

c. Haftung für Verhalten der Mitgesellschafter

Begeht ein Gesellschafter eine widerrechtliche Handlung während der Verrichtung seiner Tätigkeit für die Gesellschaft, sind nach dem Recht der einfachen Gesellschaft seine Mitgesellschafter dafür nicht verantwortlich. Eine Bestimmung, wie sie im Recht der juristischen Personen in Art. 55 ZGB vorgesehen ist, gibt es für die einfache Gesellschaft nicht.

Für Kollektivgesellschaften bestimmt jedoch Art. 567 Abs. 3, eine zu Art. 55 ZGB analoge Regel: Die Gesellschafter haften für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die einzelne Gesellschafter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begehen. Diese Regel ist für die Kollektivgesellschaft, die als Einheit erscheint, sachlich richtig. Bei einfachen Gesellschaften ist zu differenzieren: Eine Haftungsvorschrift nach dem Modell von Art. 55 ZGB oder 567 Abs. 3 OR ist ungerechtfertigt, wenn eine einfache Gesellschaft im klassischen Sinn vorliegt, also weder strukturiert noch einheitlich ist. Hier ist die Bindung unter den Gesellschaftern nicht gross genug, um die Rechtsfolge der Haftung für unerlaubte Handlung von Mitgesellschaftern zu rechtfertigen, eine solche Vorschrift ist auch aus Verkehrsschutzinteressen nicht nötig. Anders sieht es aber aus bei den einfachen Gesellschaften aus, die beispielsweise ein kaufmännisches Unternehmen betreiben (oben, Ziff. 1) oder die in einer anderen Form eine Einheit bilden und als solche erscheinen. In diesen Fällen führt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften zu einem für die geschädigten Dritten unbefriedigenden Ergebnis. Die Hilfsbegründungen, mit denen dieses unbefriedigende Ergebnis vermieden werden soll, etwa der Anwendung der Geschäftsherrenhaftung, einer äusserst extensiven Auslegung der Vorschriften über die Vollmachtserteilung oder der analogen Anwendung von Art. 567 Abs. 3 im Einzelfall, allenfalls der Instrumentalisierung einer allgemeinen Vertrauenshaftung, führen im Einzelfall möglicher-

weise zu einem befriedigenden Ergebnis, sind aber aus systematischen Überlegungen unzulänglich.

Eine Lösung, die in diesen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führt und die sich gleichzeitig auch durch die systematische Einteilungen der Gesellschaften rechtfertigen lässt, liegt darin, dass auf einheitliche Gesellschaften das Recht der Kollektivgesellschaft angewendet wird mit der Folge, dass sich in Bezug auf diese Haftungsfrage eine differenzierte Lösung präsentiert, je nachdem ob wir es mit einer klassischen einfachen Gesellschaft zu tun haben, also einer nicht strukturierten nicht einheitlichen Gesellschaft (hier haften die Mitgesellschafter nicht für das widerrechtliche Verhalten Ihrer Partner), oder eine Gesellschaft, die als Einheit auftritt, bei Dritten ein entsprechendes Vertrauen erzeugt und bei der es sachlich richtig ist, dass Gesellschafter für widerrechtliches Verhalten ihrer Partner haften, wie es im Recht der Kollektivgesellschaft und bei juristischen Personen in Art. 567 Abs. 3 und Art. 55 ZGB ausdrücklich vorgesehen ist.

III. Schlussfolgerung

Diese drei Beispiele zeigen, dass Lehre und Rechtsprechung im Recht der einfachen Gesellschaft bereit sind, Differenzierungen vorzunehmen und anzuerkennen, dass die Typen, die als einfache Gesellschaft vorkommen, äusserst unterschiedlich sind, und dass sich im Einzelfall unterschiedliche Rechtsfolgen rechtfertigen. In der Forderung, dass die Unterschiede innerhalb der einfachen Gesellschaften zu differenzierten Rechtsfolgen führen müssen, liegt keine Neuerung und auch kein Gedanke, der nicht schon zuvor vertreten wurde. Die hier vorgeschlagene Typenbildung versucht also nicht, dort Unterschiede zu machen, wo es keine gibt. Der Versuch des Autors zielt vielmehr dahin, den gemeinsamen Nenner darzulegen, welcher die nach herrschender Auffassung bestehenden Unterscheidungen rechtfertigt. Er bildet die Grundlage für die vorgeschlagene Systematik der einheitlichen und nicht einheitlichen resp. strukturierten und nicht strukturierten Gesellschaften. Dabei ist die Systematik in diesem Sinne nicht Selbstzweck, sondern dient einerseits dem besseren Verständnis der Phänomene, und andererseits (und viel wichtiger) der Rechtssicherheit, weil die auf verschiedene Konstellationen anwendbaren Rechtsfolgen als Folge einer einheitlichen Systematik voraussehbar sind, und nicht von einem situativ vorliegenden (oder fehlenden) Gerechtigkeits- oder Rechtsempfinden eines Richters abhängen.