

Year: 2004

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft

Handschin, Lukas

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A5264765>

Originally published as:

Handschin, Lukas. (2004) *Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft*. In: Die vernetzte Wirtschaft. Zürich, S. 107-122.

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft

LUKAS HANDSCHIN

Inhaltsübersicht

I.	Gefahren, die in der unbewussten Gesellschaftsbildung liegen	108
II.	Begriff der einfachen Gesellschaft und Abgrenzung zum Nichtvertrag	109
III.	Begriff der einfachen Gesellschaft und Abgrenzung zum Austauschvertrag	110
1.	Hinweise auf einfache Gesellschaften	110
a)	Verlustbeteiligung?	110
b)	Gemeinsame Überwachung?	111
c)	Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung?	111
2.	Gemeinsamer Zweck, insbesondere in Abgrenzung zum gemeinsamen Motiv für den Vertragsschluss	112
3.	Gemeinsame Teilzwecke	114
4.	Partiarische Rechtsgeschäfte im Besonderen	114
5.	Rechtsfolgen der unbeabsichtigten einfachen Gesellschaft	115
6.	Anwendbarkeit des dispositiven Rechts auf unbewusste Gesellschaftsbildungen	116
7.	Konsequenz für die Praxis: Bewusste Eingehung der einfachen Gesellschaft ..	118

Der Begriff «lose Zusammenarbeit» impliziert zwei Elemente: Die Zusammenarbeit und die Freiheit von jeglichen vertraglichen Bindungen, die durch den Begriff «lose» zum Ausdruck gebracht wird. Die lose Zusammenarbeit ist eine Zusammenarbeit. Damit stellt sich die Frage der gemeinsamen Zweckverfolgung und weiter die Frage des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft.

Liegt eine vertragliche Verbindung vor? Wenn ja, ist die gemeinsame Zweckverfolgung ihr Gegenstand?

I. Gefahren, die in der unbewussten Gesellschaftsbildung liegen

Die Fragestellung ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Die Auslegung kann dazu führen, dass ein Vertrag, der keine einfache Gesellschaft sein sollte, als solche qualifiziert wird, mit der Folge, dass dispositives Gesellschaftsrecht anwendbar ist. Diese dispositiven Vorschriften sehen beispielsweise *Einstimmigkeit*¹ sowie Gewinn- und Verlusttragung *nach Köpfen*² und nicht nach Einlage vor.

Noch schwerwiegender können sich die Folgen einer unbewussten Gesellschaftsbildung im Aussenverhältnis auswirken: Die Haftung im Aussenverhältnis richtet sich bei der einfachen Gesellschaft zwar nach den Vorschriften des Stellvertretungsrechts, das heisst, der Gesellschafter haftet nur dann gegenüber Dritten, wenn er nach den Regeln des allgemeinen Stellvertretungsrechts vertreten wird³. Dieser Grundsatz wird allerdings durch eine sehr weitgehende gesellschaftsrechtliche Vermutungskaskade ergänzt, die praktisch dazu führt, dass die Mitgesellschafter auch aus Handlungen eines nicht bevollmächtigten Gesellschafters haften.

Der erste Teil dieser Vermutungskaskade besteht darin, dass jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist⁴, sofern die Gesellschafter keine andere Vereinbarung getroffen haben⁵. Zwangsläufig ist dies in unbewussten Gesellschaften immer der Fall, weil die Vertragsparteien keinen Anlass haben, die Geschäftsführung zu regeln, da sie davon ausgehen, dass gar keine einfache Gesellschaft besteht.

Diese erste Vermutung der Geschäftsführereigenschaft wird durch eine zweite ergänzt, nämlich dass alle Geschäftsführer vertretungsbefugt sind⁶. Die Lehre

¹ Art. 534 OR; BGE 88 II 172 = Pra 51 Nr. 128.

² Art. 533 Abs. 1 OR.

³ THEO GUHL/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich: Schulthess 2000, § 62 N 39 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern: Stämpfli 2004, § 12 N 60 ff.; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich et al.: Schulthess 2003, N 6758 ff.; RETO VONZUN, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Basel: Helbing & Lichtenhahn 2000, N 496.

⁴ Art. 535 Abs. 1 OR.

⁵ CHRISTOPH M. PESTALOZZI/SUZANNE WETTENSCHWILER, Art. 543, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II (Art. 530-1186 OR), 2. Aufl., Basel et al.: Helbing & Lichtenhahn 2002, N 3 f., m. Nw.

⁶ Art. 543 Abs. 3.

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfache Gesellschaft

folgt zwar teilweise der Auffassung, dass die Gesellschaft durch den Beweis des Gegenteils das Fehlen dieser Vertretungsbefugnis nachweisen kann. Die strenge Praxis des Bundesgerichts führt aber – abgesehen vom bösen Glauben des Dritten – zur praktisch unwiderlegbaren Vermutung, dass auch nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter vertretungsbefugt sind⁷.

Die Kombination dieser beiden Vermutungen – alle Gesellschafter sind Geschäftsführer, und alle Geschäftsführer sind vertretungsbefugt – führt dazu, dass sich alle Gesellschafter das Verhalten ihrer Mitgesellschafter gegenüber Dritten nach den Vorschriften des Stellvertretungsrechts anrechnen lassen müssen.

Die doppelte Vermutungskaskade illustriert die Gefahr der unbewussten Gesellschaftsbildung eindrücklich. Die Verdrängung der einfachen Gesellschaft führt zu einer äusserst schwerwiegenden und gefährlichen Haftungssituation für alle Beteiligten. Wären sich die Parteien bewusst, dass sie eine Gesellschaft sind, oder akzeptierten sie oder nähmen sie diese Rechtsfolge in Kauf oder Betracht, könnten sie mit dieser Gefahr viel sinnvoller umgehen. Sie könnten insbesondere klare Regeln für Geschäftsführung und Vertretung schaffen mit der Folge, dass diese Vermutungen nicht greifen.

Die dispositiven Vorschriften führen bei unbeabsichtigten Gesellschaften oft zu unerwünschten Resultaten. Tatsächlich ist die Gefahr, die in der einfachen Gesellschaft gesehen wird, vor allem in der Angst vor der Anwendung der dispositiven Vorschriften begründet, die tatsächlich zu unpassenden Resultaten führen kann.

II. Begriff der einfachen Gesellschaft und Abgrenzung zum Nichtvertrag

Die einfache Gesellschaft ist die gemeinsame Zweckverfolgung als Gegenstand einer gemeinsamen vertraglichen Pflicht. Eine einfache Gesellschaft liegt somit auch bei gemeinsamer Zweckverfolgung nur vor, wenn diese nach dem Willen der Parteien Gegenstand einer gemeinsamen vertraglichen Pflicht sein soll. Bei unbewussten Gesellschaftsbindungen ist die Beantwortung dieser Frage nicht

⁷ BGE 116 II 707 = Pra 80, Nr. 229; WERNER VON STEIGER, Gesellschaftsrecht: Allgemeiner Teil, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht Band VIII/1: Handelsrecht, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1976, 433; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 12 N 61.

immer ganz einfach, doch gibt es eine ganze Reihe von Indizien, die auf das Vorliegen oder auf das Fehlen einer vertraglichen Bindung hinweisen. Eine vertragliche Bindung ist beispielsweise dann nicht anzunehmen, wenn feststeht, dass die Beteiligten keinerlei Konkurrenzverbot beabsichtigen, keine Regressstrukturen vorgesehen haben und ein unbeschränktes Austrittsrechts fraglos ist.

III. Begriff der einfachen Gesellschaft und Abgrenzung zum Austauschvertrag

Die einfache Gesellschaft beinhaltet die vertragliche Vereinbarung, einen gemeinsamen Zweck gemeinsam zu verfolgen. Wir sehen folglich drei Elemente: Vertragliche Bindung; Gemeinsamer Zweck; Gemeinsame Zweckverfolgung.

Das erste Kriterium bereitet am wenigsten Mühe, vielmehr ist als Tatfrage festzustellen, ob die allenfalls gemeinsame Zweckverfolgung Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein sollte, oder ob diese Bindung nicht gewollt war.

Viel schwieriger ist die Abgrenzung innerhalb der Verträge, insbesondere zwischen dem Gesellschafts- und dem Austauschvertrag.

1. Hinweise auf einfache Gesellschaften

In einer vertraglichen Vereinbarung kommen oft Elemente vor, die auf eine einfache Gesellschaft hinweisen, aber kein verlässliches Abgrenzungskriterium darstellen. Insbesondere sind dies die Verlustbeteiligung, das Vorliegen gemeinsamer Institutionen und, mit anderen Vorzeichen, die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung.

a) Verlustbeteiligung?

Kein verlässliches Kriterium stellt die Verlustbeteiligung dar⁸, denn nicht nur der Partiar, sondern auch der Gesellschafter können von der Tragung der Verlus-

⁸ Von STEIGER (Anm. 7), 328; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 80; ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/4: Die Personengesell-

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft

te ausgenommen werden. Die Frage der Beteiligung am Verlust ist zudem häufig gerade in denjenigen Fällen strittig, in denen sich die Abgrenzungsfrage stellt. Wie bei den übrigen Austauschverträgen reicht auch bei den partiarischen Rechtsgeschäften das gemeinsame Interesse der Kontrahenten an einem möglichst guten Geschäftsergebnis für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses nicht aus. Auch der Darleiher, der ein verzinsliches Darlehen zur Verfügung stellt, hat ein Interesse daran, dass der Borger wirtschaftlich Erfolg hat, jedenfalls dann, wenn sein Darlehen nicht gesichert ist.

b) Gemeinsame Überwachung?

Nur ein Hinweis auf eine einfache Gesellschaft liegt in der Vereinbarung gemeinsamer Institutionen, die den Vollzug des Gesellschaftsvertrages überwachen. Gleiches gilt auch für institutionalisierte Mitsprachemöglichkeiten. Derartige «Organe» weisen zwar auf eine Gesellschaft hin, kommen aber auch in Austauschverträgen vor⁹

c) Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung?

Irreführend ist auch das oft genannte Abgrenzungskriterium, wonach bei der einfachen Gesellschaft die Leistung der einen Partei nicht von derjenigen der anderen Partei abhängig gemacht werde, sondern sich vielmehr aus dem Bedürfnis der Gesellschaft ergebe¹⁰. Auch bei der einfachen Gesellschaft ist jeder Gesellschafter daran interessiert, dass seine Mitgesellschafter ihre Beitragspflichten erfüllen. Zu diesem Zweck stehen ihm denn auch entsprechende Zwangsmittel zur Verfügung.

schaften (Art. 530–619 OR), Zürich: Schulthess 1938, Vorbem. zu Art. 530–551 OR N 66, 71; MARTIN FURRER, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Zürich: Schulthess 1996, 134 ff., 176 ff.

⁹ Z.B. in Darlehensverträgen zur Sicherung der zweckkonformen Verwendung der Darlehenssumme; vgl. dazu Handschin (Anm. 5), Art. 530 N 8.

¹⁰ So BGE 104 II 111 ff.

2. Gemeinsamer Zweck, insbesondere in Abgrenzung zum gemeinsamen Motiv für den Vertragsschluss

Das einzige verlässliche Abgrenzungskriterium zwischen Austauschvertrag und Gesellschaftsvertrag ist der gemeinsam verfolgte Zweck¹¹. Als Abgrenzungskriterium bereitet dieser gemeinsame Zweck aber oft Schwierigkeiten, denn in irgendeiner Form gibt es bei allen Verträgen Gemeinsamkeiten unter den Vertragsparteien, etwa gemeinsame Vorstellungen oder Ziele, die umgangssprachlich auch als gemeinsame Zwecke verstanden werden könnten.

Die Lehre hat daher zur Unterscheidung einen weiteren Begriff eingeführt, nämlich das *Motiv für den Vertragsschluss*, welches bei beiden Vertragsparteien, auch bei Austauschverträgen, dasselbe ist.

Die Abgrenzung zwischen gemeinsamem Zweck und Motiv bereitet vor allem bei solchen Verträgen Schwierigkeiten, in denen sich das gemeinsame Interesse – im Gegensatz etwa zu einfachen Austauschverträgen – nicht nur auf die korrekte Vertragserfüllung beschränkt, sondern mehr enthält als die blossе Pflicht zur Leistungserbringung. Die Frage stellt sich regelmässig bei Geschäftsbesorgungsverträgen (z.B. Arbeits- und Werkvertrag, Auftrag, etc., die zwar auch Austauschverträge sind, denn die Arbeit, das Werk oder die Dienstleistung werden i.d.R. [vgl. aber Art. 394 Abs. 3] im Hinblick auf eine geldwerte Gegenleistung erbracht), aber auch bei anderen Austauschverträgen (z.B. Kaufverträgen).

Bei solchen Verträgen liegen oftmals gemeinsame Parteiinteressen vor: Der Hersteller und sein Vertriebspartner haben beide ein Interesse daran, möglichst viele Einheiten zu verkaufen; nicht nur der Mandant, sondern auch sein Anwalt ist daran interessiert, den Prozess zu gewinnen. Diese gemeinsamen Interessen bewirken jedoch keinen gemeinsamen Gesellschaftszweck¹². Der Grund hierfür liegt aber nicht darin, dass der Zweck von einem der Beteiligten *allein* bestimmt wird¹³. Vielmehr handelt es sich bei diesen gemeinsamen Interessen um blossе Motive, die – *ganz gleich, ob sie gemeinsam sind oder nicht – für sich alleine genommen noch keinen Gesellschaftszweck ausmachen*. Der Hersteller und der Verkäufer, der Mandant und sein Anwalt bilden deshalb keine einfache Gesellschaft, sondern eine schlichte *Interessengemeinschaft*¹⁴. Gleichgerichtete Interessen sind

¹¹ Statt vieler TERCIER (Anm. 3), N 6563 ff.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 54 ff.

¹³ So MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 69.

¹⁴ Vgl. den ähnlich gelagerten Fall in BGE 94 II 126.

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfache Gesellschaft

für die Begründung eines Gesellschaftszwecks weder erforderlich noch ausreichend.

Die Abgrenzung zwischen dem gemeinsamen Motiv (welches alleine keine Gesellschaft begründet) und dem gemeinsamen Zweck (dem diese Wirkung zukommt) ist in der praktischen Handhabung – trotz des Bestehens eines dogmatisch klaren Kriteriums – nicht immer einfach, denn ein gemeinsames Interesse wird häufig¹⁵ gerade dann vorliegen, wenn die Beteiligten einen gemeinsamen Zweck verfolgen.

Ein gemeinsamer Zweck liegt nur dann vor, wenn die Vorstellung der Parteien einen Erfolg, eine Handlung oder eine Sache *und eine Kausalbeziehung zwischen beiden mitumfasst*. Vom gemeinsamen Zweck muss erfasst sein der Erfolg, der Zweckgegenstand, mit dem der Erfolg erreicht werden soll, und die Kausalität zwischen den beiden¹⁶.

Für die Gesellschaftsbildung ist also nicht das Vorliegen gemeinsamer Motive oder einer gemeinsamen Absicht entscheidend, sondern das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks, der im Rahmen einer vertraglichen Pflicht gemeinsam verfolgt wird. Sobald und soweit das gemeinsame Motiv nach dem Willen der Beteiligten zur Pflicht wird, die gemeinsam verfolgt werden soll, liegt im Umfang dieser gemeinsamen Pflichtverfolgung der Gesellschaftszweck.

Als ausschliessliches Abgrenzungskriterium zum Austauschvertrag verbleibt also nur die *gemeinsame Zweckverfolgung*: gibt es sie, besteht eine Gesellschaft, fehlt sie, liegt ein Austauschvertrag vor¹⁷. Der Wille der Beteiligten darf sich dabei nicht nur auf einen gemeinsamen Zweck richten, sondern muss auch die gemeinsame Verfolgung des gemeinsamen Zwecks umfassen. Fehlt der Wille, den Zweck gemeinsam zu verfolgen, besteht keine Gesellschaft.

Die gemeinsame Zweckverfolgung bedingt, dass sich alle Gesellschafter an der Zweckerreichung beteiligen. Die Mitwirkung an der Zweckverfolgung kann in der Leistung finanzieller Nachschüsse liegen, aber auch in Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten im Hinblick auf die Umsetzung des Gesellschaftszwecks.

¹⁵ Aber nicht zwingend: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 56.

¹⁶ ALEXANDER FREI, *Societas Leonina: Zwingende Ergebnisbeteiligung und gemeinsamer Zweck in der einfachen Gesellschaft*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 2002, 88.

¹⁷ HANDSCHIN (Anm. 5), Art. 530 N 10; GUHL/DRUEY (Anm. 3), § 61 N 3; FURRER (Anm. 8), 189.

3. Gemeinsame Teilzwecke

Der Gesellschaftszweck, welcher die Gesellschaft definiert, besteht also nur, soweit die Gesellschafter den Zweck auch gemeinsam verfolgen wollen. Das kann dazu führen, dass die Gemeinsamkeiten und Motive unter den Gesellschaftern weiter gehen als der gemeinsame Zweck. Denkbar ist auch, dass neben dem gemeinsam verfolgten Gesellschaftszweck gegenläufige Interessenlagen bestehen oder dass die Motive der einzelnen Gesellschafter unterschiedlich sind.

Bei der Frage, ob eine Gesellschaft vorliegt, spielt es keine Rolle, ob die gemeinsamen Motive der Gesellschafter einen grösseren Lebensbereich abdecken oder ob die Motive einander entgegengesetzt sind. Entscheidend ist allein, ob es Bereiche gibt, die Gegenstand eines gemeinsam verfolgten Zweckes sind. Lässt sich ein solcher Bereich feststellen, dann liegt eine einfache Gesellschaft vor, die sich thematisch auf diesem Bereich beschränkt.

Dass nicht alle Teilbereiche des gemeinsamen Interesses Gegenstand des gemeinsamen Zwecks sind, muss nicht dazu führen, dass überhaupt keine Gesellschaft vorliegt. Denkbar ist in diesen Fällen, dass sich der Umfang der Gesellschaft auf diejenigen Bereiche beschränkt, die vom *animus societatis* erfasst sind¹⁸. Bei Solidarschuldnern, die einen gegen sie gerichteten Anspruch gemeinsam abwehren möchten, wird sich deshalb die Gesellschaft auf die Prozessführung beschränken und die anderen Gebiete des gemeinsamen Interesses nicht berühren.

4. Partiarische Rechtsgeschäfte im Besonderen

Partiarische Rechtsgeschäfte sind Austauschverträge mit der Besonderheit, dass das Entgelt für die Leistung des Partiaris – in der Regel handelt es sich um die Gewährung eines Darlehens – ganz oder teilweise vom wirtschaftlichen Erfolg abhängig gemacht wird, den sein Vertragspartner erzielt¹⁹. Daher ist die partiarische Klausel als solche kein Abgrenzungskriterium, denn sie kommt auch bei

¹⁸ TERCIER (3), N 6581.

¹⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 73; VON STEIGER (Anm. 7), 327.

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfache Gesellschaft

Austauschverträgen²⁰ vor; sie ist daher nur ein Hinweis auf ein Gesellschaftsverhältnis²¹, aber kein Abgrenzungskriterium²².

Partiarische Vertragsbeziehungen werden erst dann zu einfachen Gesellschaften, wenn die Parteien einen gemeinsam zu verfolgenden Zweck vereinbart haben, der über das Interesse an der richtigen Vertragserfüllung hinausgeht. Erst wenn feststeht, dass eine gemeinsame Mitwirkung an der Zweckerreichung vereinbart war, liegt eine Gesellschaft vor. So verhält es sich, wenn Nachschusspflichten vorgesehen sind, aber auch, wenn sich die vertraglich vereinbarte Zweckerreichung aus Mitwirkungsrechten ergibt, welche die Beteiligten als gleichberechtigte Partner erscheinen lassen²³, und Kontrollrechte mindestens im Umfang von Art. 541 OR vorgesehen sind²⁴.

5. Rechtsfolgen der unbeabsichtigten einfachen Gesellschaft

Steht aufgrund der Abgrenzungskriterien fest, dass eine einfache Gesellschaft vorliegt, dann sind, jedenfalls nach herrschender Auffassung, die dispositiven Vorschriften des Gesellschaftsrechts auf dieses Verhältnis anwendbar. Das kann dazu führen, dass der vermeintliche Darleiher sein Darlehen nicht zurückfordern kann, ja sogar möglicherweise sich an Verlusten beteiligen muss und einer Nachschusspflicht unterliegt²⁵.

²⁰ Z.B. Darlehen und Austauschverträge mit Gewinnbeteiligung; vgl. Art. 275 OR, Art. 322a OR, Art. 389 Abs. 2 OR.

²¹ VON STEIGER (Anm. 7), 327; ALAIN HIRSCH, Art. 530 CO: Société simple ou prêt partiaire, SAG, 46 (1974), 129 ff.; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, art. 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2. Aufl., Bern: Stämpfli 2000, 648.

²² HANDSCHIN (Anm. 5), Art. 530 N 7.

²³ CHRISTOPH VON GREYERZ, Entscheid der I. Kammer des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 23. April 1974, SAG 47 (1975), 147 ff.

²⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 1 N 78 f. Zur Abgrenzung zu den partiarischen Rechtsgeschäften vgl. insb. a.a.O., § 1 N 74; ROLF MATTER, Entscheid des Kantonsgerichtes Schaffhausen vom 26. März 1956, SJZ 54 (1958), 42; BGE 99 II 305; ALAIN HIRSCH, (Anm. 21), 129 ff.; MAX KUMMER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973: Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV III (1975), 132 ff.

²⁵ 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: Schulthess 2001, 447 f.

Die Abgrenzungsfrage ist von grosser praktischer Bedeutung, weil auf das Vertragsverhältnis möglicherweise ganz andere Normen anwendbar sind, als von den Parteien beabsichtigt waren. Weil die Parteien in diesen Fällen keine einfache Gesellschaft eingehen wollten, haben sie auch nicht versucht, ihren Vertrag an das Recht der einfachen Gesellschaft anzupassen und den Spielraum, den das Gesellschaftsrecht bietet, nicht ausgenützt. Es ist in diesen Fällen denkbar, dass mögliche gesellschaftsrechtliche Bestimmungen fehlen, mit der Folge, dass auf diesen Vertrag das dispositive Gesellschaftsrecht anwendbar erscheint. Das bedeutet zum Beispiel, dass Gewinn und Verlust mangels einer vertraglichen Abrede nach Köpfen getragen werden²⁶. Wären sich die Parteien bewusst gewesen, dass sie eine Gesellschaft bilden, hätten sie im Rahmen des Zulässigen die Verlust- und Gewinnbeteiligung anders geregelt.

Gravierender wirkt sich die unbewusste Gesellschaft im Aussenverhältnis aus, wenn die Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftsführung keine Regeln vereinbar haben. Das hat zur Folge, dass – gemäss dispositivem Recht – jeder Gesellschafter als vertretungsbefugt ist²⁷. Die wirkliche Gefahr bei der Frage «Einfache Gesellschaft oder Austauschvertrag» liegt nicht darin, dass allenfalls eine Gesellschaft anzunehmen ist, sondern dass auf das Vertragsverhältnis dispositives Gesellschaftsrecht angewendet wird. Wären sich die Parteien dessen bewusst gewesen, dass eine einfache Gesellschaft vorliegt oder vorliegen könnte, hätten sie die gefährlichsten Auswirkungen des Gesellschaftsrechts vermeiden können, indem sie den Spielraum für individuelle Anpassung ausgenutzt hätten, den das Gesellschaftsrecht bietet. Sie hätten für die Gewinn- und Verlustbeteiligung eine eigene Regel geschaffen und die Frage der Geschäftsführung und Stellvertretung klar geregelt.

6. Anwendbarkeit des dispositiven Rechts auf unbewusste Gesellschaftsbildungen?

Die Anwendung des dispositiven Gesellschaftsrechts kann im Einzelfall, wie soeben aufgezeigt, zu unbefriedigenden Resultaten führen, und es stellt sich daher die Frage, ob die Anwendung des dispositiven Rechts sachlich richtig ist²⁸.

²⁶ Statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 12 N 41 ff.

²⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 12 N 60 ff.; GUHL/DRUEY (Anm. 3), § 62 N 39 ff.; TERCIER (Anm. 3), N 6751 ff.

²⁸ HANDSCHIN (Anm. 5), Art. 530 N 17; zur Kontroverse des Primates der Lückenfüllung durch dispositives Recht vor richterlicher Vertragsergänzung insb. ERNST KRAMER, Berner Kom-

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfache Gesellschaft

Die Anwendung des dispositiven Rechts rechtfertigt sich damit, dass es die Regelungen simuliert, welche die Parteien in ihrem Vertrag typischerweise vereinbart hätten, wenn sie daran gedacht hätten²⁹. Das dispositive Recht soll funktional Lücken ausfüllen, entweder mit einem durch den Gesetzgeber festgestellten mutmasslichen Vertragswillen oder mit Vorschriften, die aus sozialpolitischen Gründen wünschenswert sind (letzteres: Zinsvorschriften, Vorschriften zum Schutz der schwachen Vertragspartei).

Die sozialpolitische Rechtfertigung für die Anwendbarkeit von dispositiven Recht spielt bei der Frage, ob dispositives Recht auf unbewusste Gesellschaftsbildungen anwendbar ist, keine Rolle. Ob ein Vertrag ein Gesellschafts- oder Darlehensvertrag ist, ist aus sozialpolitischen Überlegungen irrelevant. Dementsprechend kann die Anwendung des dispositiven Rechts auf unbewusste Gesellschaftsbildungen ungerechtfertigt sein, 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 entsprechen³⁰.

Wie kann man sich auf den Standpunkt stellen, die Parteien hätten diese Regeln gewünscht, wenn sie im Vertrag schreiben, dass der Vertrag keine einfache Gesellschaft ist? Der Satz, wonach ein Vertrag keine einfache Gesellschaft ist, kann zwar die Subsumierung dieses 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 anderen Austauschvertrag³¹. Oder, erst recht, überhaupt keine vertragliche Bindung, sondern eine lose Zusammenarbeit ohne rechtlichen Zwang.

mentar, Das Obligationenrecht, Band VI/1, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern: Stämpfli 1986, Art. 18 N 230 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Art. 18 OR, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 3. Aufl., Basel et. al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, N 70; eher befürwortend, wenngleich uneinheitlich, die Rechtsprechung; vgl. BGE 115 II 488; 107 II 149; 88 II 272.

²⁹ KRAMER (Anm. 28), Art. 18 N 231; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 8. Aufl., Zürich: Schulthess 2003, N 1254.

³⁰ KRAMER (Anm. 28), Art. 18 N 232 f.; WIEGAND (Anm. 28), Art. 18 N 71.

³¹ HANDSCHIN (Anm. 25), 448.

Beim dispositiven Recht ist zu prüfen, ob nicht vielmehr das Recht der beabsichtigten Beziehung anwendbar ist³², immer unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine einfache Gesellschaft vorliegt und somit Normen, die strukturell zwingend für das Vorliegen einer Gesellschaft sind, auch angewendet werden müssen. Das gilt beispielsweise bei den Vorschriften über die Bildung des Gesellschaftswillens oder die Beendigung der Gesellschaft (Art. 545 OR). Steht also beispielsweise fest, dass die Parteien eine lose Zusammenarbeit anstreben, sind richtigerweise die dispositiven Vorschriften beispielsweise zum Konkurrenzverbot (Art. 536 OR) und zur Beitrags- und Nachschusspflicht (Art. 531 Abs. 2 OR) nicht anwendbar.

Diese Darstellung, wonach das dispositive Recht auf unbewusste Gesellschaftsbildungen nicht uneingeschränkt anwendbar ist, verkörpert nicht den Stand der einmütig vertretenen Lehre und löst auch nicht alle Probleme, die sich aus unbewussten Gesellschaftsbildungen ergeben.

Es besteht also das Risiko, dass diese hier vertretene Auffassung vom massgebenden Richter nicht geteilt wird mit der Folge, dass das dispositive Recht auf diese Gesellschaft anwendbar ist, sogar wenn feststeht, dass die Parteien keine Gesellschaft wollten.

Dieser Faktor ist bis zur definitiven Klärung der Rechtsfrage durch ein höchstgerichtliches Urteil zu berücksichtigen, und die Parteien, die diese Frage nicht bewusst angehen, dürfen sich nicht darauf verlassen.

7. 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 trennt, sondern nur einen diffusen Bereich, ein relativ breites Band ohne klare Ränder. Auch wenn die Lehre in der Lage ist, durch die Vermittlung von zusätzlichen Kriterien dieses Band schmaler zu machen und seine Ränder klarer zu bestimmen, bleibt es ein Band und zwingt es den Rechtsanwender, vorsichtiger zu sein, als dies wirklich nötig wäre. Im Zweifel muss er die Beziehung oder den Vertrag lieber etwas weiter weg von der einfachen Gesellschaft positionieren.

³² KRAMER (Anm. 28), Art. 18 N 235.

Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfache Gesellschaft

Das ist in vielen Fällen bedauerlich, weil aus reiner Angst vor der einfachen Gesellschaft vernünftige Vertragsbestandteile weggelassen werden, insbesondere im Bereich der Kontrolle und Mitbestimmung derjenigen Person, die finanzierend tätig ist.

Einen ganz anderen Ansatz für die Bewältigung dieses Problems ergibt sich aus der Erkenntnis, dass es keinen Grund gibt, der einfachen Gesellschaft um jeden Preis auszuweichen.

Die einfache Gesellschaft ist trotz ihrer grossen praktischen Verbreitung³³ vermutlich diejenige Gesellschaftsform, die dem Juristen am wenigsten vertraut ist, und löst – wie so oft bei Sachen, die man nicht kennt – Unsicherheiten aus. Dies führt dazu, dass die einfache Gesellschaft wegbedungen wird, nicht weil sie ungünstig ist, sondern weil die Konsequenzen, die sich aus ihrer Anwendung ergeben, nicht erkannt werden: Es ist die Rede von unbeschränkter Haftung, von unbeschränkter Verlusttragung, von einem Fass ohne Boden, das einer rechtlichen Kontrolle nicht zugänglich sei. Diese Optik ist falsch. Tatsächlich kann eine Gesellschaft derart strukturiert werden, dass die Risiken für die Gesellschafter berechenbar sind, genau gleich wie beim Darlehensvertrag. Die Haftung gegenüber Dritten beispielsweise ist ausschliesslich eine Frage des Stellvertretungsrechts³⁴, und wenn eine Gesellschaft nach aussen nicht auftritt oder wenn sie ihren Aussenauftritt mit der Erklärung verbindet, dass nur ein Gesellschafter Geschäftsführer ist und nach aussen haftet, nicht aber die andern, dann bleibt auch die Haftung im Ausserverhältnis ein kontrollierbarer Sachverhalt. Schliesslich sind die Vorschriften im Innenverhältnis, welche abschreckend wirken, ausschliesslich dispositiver Natur, wie beispielsweise die Vorschrift über die gleichmässige Verteilung von Gewinn und Verlust³⁵. Es besteht die Möglichkeit, von diesen Vorschriften abzuweichen, solange nicht der Rahmen der zwingenden Grenzen gesprengt wird. Diese zwingenden Grenzen sind im Gesellschaftsrecht die gleichen wie Austauschverträgen und werden weitgehend durch das Persönlichkeitsrecht bestimmt.

Das heisst: In der Vertragsplanung kann es sinnvoller sein, sich bewusst dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterwerfen, dafür aber den Gestaltungsfreiraum des dispositiven Rechts auszuschöpfen. Somit können die Parteien ihre wirtschaftlichen Vorstellungen besser verwirklichen, als wenn sie einen Austauschvertrag (ohne wirtschaftlich gebotene Kontrollmechanismen oder partia-

³³ GUHL/DRUEY (Anm. 3), § 61 N 12 f., 23 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 3), § 12 N 99 ff.

³⁴ Statt vieler TERCIER (Anm. 3), N 6758 ff.

³⁵ HANDSCHIN (Anm. 5), Art. 533 N 2 ff.

rische Elemente) abschliessen, nur weil sie sich vor dem Gesellschaftsrecht fürchten.

Die sachgerechte Reaktion auf die Abgrenzungsfrage zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft und, damit zusammenhängend, dem Austauschvertrag und der einfachen Gesellschaft liegt also nicht unbedingt darin, alle Elemente zu vermeiden, die auf eine einfache Gesellschaft hinweisen, sondern sich bewusst dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterstellen, unter Ausschöpfung der Gestaltungsräume des dispositiven Rechts. Ziel muss eine Vertragsgestaltung sein, welche die einfache Gesellschaft und ihre Stärken und Schwächen anerkennt und phantasievoll und kundig damit umgeht.