

Literaturverzeichnis

- RIEMER, HANS MICHAEL (Fusionsgesetz): Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, SJZ 100 (2004), 201.
- RIEMER, HANS MICHAEL (Vereinsrecht): Neuerungen im Vereinsrecht: Mitgliederbeiträge und Haftung von Vereinsmitgliedern, Causa Sport (CaS) 2005, 52.
- RIEMER, HANS MICHAEL (BK-RIEMER, Vereinskomentar): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60 - 79 ZGB, Bern 1990.
- RIEMER, HANS MICHAEL (BK-RIEMER, Stiftungskomentar): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80 - 89^{bis} ZGB, Bern 1975.

Kaufmännische einfache Gesellschaften

LUKAS HANDSCHIN

Inhaltsverzeichnis

Kaufmännische einfache Gesellschaften	31
1. Fragestellung	32
2. Typen und Strukturmerkmale der Personengesellschaften.....	32
2.1 Grundlagen.....	32
2.2 Keine typenbezogene Abgrenzung zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft.....	32
2.3 Kein Idealtypus für die einfache Gesellschaft	33
3. Interessengerechte Rechtsanwendung im Personengesellschaftsrecht	34
3.1 Interessengerechte Rechtsanwendung durch Einzelfallbetrachtung ..	34
3.2 Interessengerechte Rechtsanwendung durch Formulierung gemeinsamer Strukturmerkmale	34
4. Bedeutung der Strukturmerkmale für die Rechtsanwendung	35
4.1 Die Art des Auftretts gegenüber Dritten als Unterscheidungskriterium	35
4.2 Kaufmännische einfache Gesellschaften als Gesellschaften mit einheitlichem Aussenaustritt.....	35
4.3 Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf kaufmännische einfache Gesellschaften ?	36
5. Methodische Grundlegung	36
5.1 Übersicht	36
5.2 Zum sachlichen Anwendungsbereich dispositiver Vorschriften.....	37
5.3 Freie richterliche Rechtsfindung in der gesellschaftsrechtlichen Praxis.....	38
6. Zur Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf kaufmännische einfache Gesellschaften	39
7. Praktische Handhabung der Fragestellung.....	40
7.1 Grundlagen.....	40
7.2 Vertretung der Gesellschaft.....	41
7.3 Haftung für Verhalten der Mitgesellschafter	42
8. Schluss.....	44
Literaturverzeichnis	45

1. Fragestellung

Einfache Gesellschaften kommen in der Praxis vor als Kleinstgesellschaften ohne jede wirtschaftliche Relevanz und als Arbeitsgemeinschaften oder Konsortien, die grosse Beträge bewegen. Es stellt sich die Frage, ob auf alle diese Gesellschaften die gleichen Vorschriften anwendbar sind oder ob allenfalls für kaufmännische einfache Gesellschaften eigene Regeln gelten. Kaufmännische einfache Gesellschaften sind kaufmännische Unternehmen, die keine Kollektivgesellschaften sind, zum Beispiel, weil sich an ihr juristische Personen beteiligen¹.

Die Behandlung dieser Fragestellung ist nicht Gegenstand eines bestimmten Gesetzgebungsprojektes; ihre Aktualität ergibt sich aus einer Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung, die darauf hinweist, dass für kaufmännische einfache Gesellschaften eigene Regeln gelten könnten.

2. Typen und Strukturmerkmale der Personengesellschaften

2.1 Grundlagen

Das Gesetz teilt die Personengesellschaften in die Kategorien einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft ein mit der Folge, dass im Innen-, vor allem aber auch im Aussenverhältnis unterschiedliche Vorschriften auf die einzelnen Gesellschaften anwendbar sind. 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.

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

Erscheinungsformen, welche das Gesetz dem Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft zuordnet, kommen auch als einfache Gesellschaften

¹ Art. 552 Abs. 1 OR.

ten vor, mit der Folge, dass eine typenbezogene Abgrenzung nicht zwischen der einfachen Gesellschaft auf der einen und der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft auf der anderen Seite stattfinden kann.

Insbesondere sind kaufmännische Personengesellschaften, die materiell die Voraussetzungen einer Kollektivgesellschaft erfüllen, einfache Gesellschaften, sobald an ihnen juristische Personen oder unbeschränkt haftende Personenhandelsgesellschaften beteiligt sind, da unbeschränkt haftende Mitglieder einer Personenhandelsgesellschaft nur natürliche Personen sein können². Praktische Bedeutung kommt dieser Konstellation insbesondere im Baugewerbe zu³. Die typologische Spannweite der Personenhandelsgesellschaften und der (oben erwähnten kaufmännischen) einfachen Gesellschaft ist vielmehr identisch.

2.3 Kein Idealtypus für die einfache Gesellschaft

Anders als bei anderen Gesellschaftsformen liegt der einfachen Gesellschaft also kein bestimmter Typus zugrunde, was auch ihrer Funktion als Grund- und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts entspricht⁴. Das Fehlen eines gesetzlichen Idealtypus führt bei der einfachen Gesellschaft dazu, dass auf sehr unterschiedliche Phänomene scheinbar dieselben Bestimmungen anwendbar sind, was den im Einzelfall bestehenden Interessen – seien es diejenigen der Gesellschafter oder diejenigen der Gläubiger – nicht immer gerecht werden kann. Eine typenbezogene Einteilung der Gesellschaften folgt nicht der Schnittstelle einfache Gesellschaft / Kollektivgesellschaft. Im Recht der einfachen Gesellschaft stellt sich daher stets die Frage, ob und – wenn ja – auf welche Anwendungsfälle der einfachen Gesellschaft das Recht einer anderen Gesellschaftsform (zum Beispiel dasjenige der Kollektivgesellschaft) anwendbar ist.

² Vgl. Art. 552 Abs. 1, Art. 594 Abs. 2 OR.

³ Baukonsortien, ARGE; vgl. dazu Art. 28 Abs. 2 SIA-Norm 118; Ziff. 13.1 Satz 1 des Arbeitsgemeinschaftsvertrages für Bauunternehmungen, erarbeitet vom SBV und SBI, Ausgabe 1996.

⁴ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N 4 ff. und 32; BasK-HANDSCHIN, N 13 zu Art. 530 OR; VONZUN, N 48 ff.

3. Interessengerechte Rechtsanwendung im Personengesellschaftsrecht

3.1 Interessengerechte Rechtsanwendung durch Einzelfallbetrachtung

Die Vorschriften von Art. 530 bis 551 OR können nicht allen unterschiedlichen tatsächlichen Situationen, in denen einfache Personengesellschaften vorkommen, gerecht werden. Es gibt nach dem Gesetz und dem Verständnis der Lehre keine Einheits-Einfache Gesellschaft, sondern je nach Einzelfall gelten unterschiedliche Vorschriften. Nach herkömmlichem Verständnis erfolgt diese interessengerechte Rechtsanwendung und Anpassung an die Realität durch eine einzelfallbezogene analoge Anwendung des Rechts der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft auf einfache Gesellschaften⁵ oder durch einzelfallbezogene Abweichungen vom dispositiven Recht, etwa mit der Begründung, dass die spezifische Struktur der Gesellschaft auf einen entsprechenden, vom dispositiven Recht abweichenden Gesellschafterwillen schliessen lasse⁶.

3.2 Interessengerechte Rechtsanwendung durch Formulierung gemeinsamer Strukturmerkmale

Richtigerweise – auch im Interesse der Rechtssicherheit – ist es gerechtfertigt, durch die Beschreibung gemeinsamer Strukturmerkmale Gesellschaftstypen zu beschreiben und zu versuchen, auf diese das Recht typen- und nicht einzelfallbezogen anzuwenden.

⁵ Z.B. Gewinn- und Verlustbeteiligung bei der stillen Gesellschaft nach Art. 601 Abs. 2 OR; siehe unten 6.

⁶ Z.B. bei einem Joint Venture Vertrag; vgl. BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 481 zu Einl. vor Art. 184 OR.

4. Bedeutung der Strukturmerkmale für die Rechtsanwendung

4.1 Die Art des Auftritts gegenüber Dritten als Unterscheidungskriterium

Ein Unterscheidungskriterium, das Dritten auch ohne Kenntnis der inneren Strukturen zugänglich ist, ist die Form des Aussenauftritts. Gesellschaften, die ein kaufmännisches Unternehmen betreiben, gelten allein aufgrund dieser Tätigkeit gegenüber Dritten als Einheit. Dieser Auftritt gegenüber Dritten ist öffentlich und seine Bewertung setzt keine Kenntnis über die Verhältnisse im Innenverhältnis voraus.

Die Unterscheidung in Bezug auf den Auftritt gegenüber Dritten nimmt auch der Gesetzgeber vor, indem er mit der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft zwei Gesellschaftsformen definiert, die entweder aufgrund des Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens und des damit verbundenen gemeinsamen Aussenauftritts oder aufgrund eines Handelsregistereintrages als Einheit erscheinen, d.h. in eigenem Namen Rechte und Pflichten begründen. Diese von aussen als Gesellschaften mit eigenen Rechten und Pflichten tatsächlich oder scheinbar erkennbaren Gesellschaften können als einheitliche Gesellschaften bezeichnet werden.

4.2 Kaufmännische einfache Gesellschaften als Gesellschaften mit einheitlichem Aussenauftritt

Gesellschaften mit einem einheitlichen Aussenauftritt kommen nicht nur als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften vor, sondern auch als einfache Gesellschaften. Eine solche einheitliche einfache Gesellschaft liegt vor, wenn sie ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und nur deshalb keine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zustande gekommen ist, weil an ihr eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft beteiligt ist. Diese Gesellschaften sind einfache Gesellschaften⁷. Sie werden als kaufmännische einfache Gesellschaften bezeichnet⁸. Das charakteristische Merkmal der kaufmännischen Kollektivgesellschaft und Abgrenzungskriterium gegenüber der einfachen Gesellschaft – der Betrieb eines

⁷ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4, N 63 ff.

⁸ Vgl. VONZUN, N 566 ff.

kaufmännischen Unternehmens – liegt damit auch bei der kaufmännischen einfachen Gesellschaft vor⁹.

4.3 Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf kaufmännische einfache Gesellschaften ?

Für einfache Gesellschaften, die in Abweichung vom gesetzlichen Legaltypus nach aussen als Einheit erscheinen, zum Beispiel weil sie – als kaufmännische einfache Gesellschaften – einen Gewerbebetrieb führen, stellt sich die nachfolgend zu erörternde Frage, ob und in welchem Umfang auf sie die Bestimmungen der Kollektivgesellschaft analog anzuwenden sind.

5. Methodische Grundlegung

5.1 Übersicht

Ob auf eine atypische Erscheinungsform einer Gesellschaft, wie sie die kaufmännische einfache Gesellschaft darstellt, das Recht einer anderen Gesellschaftsform entsprechend angewendet werden darf, ist in der Literatur umstritten. Weitgehend Einigkeit besteht darin, dass die zwingenden Grundsätze einer Gesellschaftsform ausnahmslos, auch bei atypischen Verhältnissen, zur Anwendung gelangen¹⁰. Umstritten ist dagegen, ob auf eine atypische Erscheinungsform einer Gesellschaft das dispositive Recht einer anderen Gesellschaftsform angewendet werden darf.

Nach Ansicht der Vertreter der Theorie der formalen Rechtsanwendung sind allfällige Lücken im Gesellschaftsvertrag auch dann durch die dispositiven Bestimmungen der vorliegenden Gesellschaftsform zu schliessen, wenn dadurch die Atypizität der konkreten Gesellschaft unberücksichtigt bleibt. Zur Begründung dieser Auffassung wird zum einen die Bindung des Richters an das Gesetz geltend gemacht¹¹. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass eine scharfe Abgrenzung zwischen typischen und atypischen Gesellschaften in der Praxis häufig kaum möglich sei, so dass bei einem Abweichen vom Prinzip der formalen Rechtsanwendung weder die Gläubiger noch die beteiligten Gesellschafter voraussehen

⁹ VON STEIGER, 477; BasK-HANDSCHIN, N 13 zu Art. 530 OR; VONZUN, N 544.

¹⁰ WEBER, 86; VON STEIGER, 307.

¹¹ Art. 1 Abs. 1 ZGB; so etwa MENGIARDI, 159 f.

könnten, welche Normen auf die konkrete Gesellschaft anwendbar seien. Dies führe zu einer unvermeidbaren Rechtsunsicherheit¹².

Der Theorie der formalen Rechtsanwendung wird von den Vertretern der Theorie der freien richterlichen Rechtsanwendung entgegengehalten, dass der Richter bei der Ermittlung des auf atypische Gesellschaften anwendbaren Rechts nicht einfach auf die Rechtsform, sondern auf den konkreten Sachverhalt abzustellen habe. Je nach der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Bewertung der Interessenlage müsse zumindest die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass eine interessengerechte Vorschrift einer anderen Gesellschaftsform der an sich anwendbaren Bestimmung vorzuziehen ist¹³.

5.2 Zum sachlichen Anwendungsbereich dispositiver Vorschriften

Nach herkömmlichem Verständnis konnte bei bestehendem Gesetzesrecht eine echte („offene“) Lücke nicht vorliegen und eine Korrektur unechter (Ausnahme-)Lücken war nur dann zulässig, wenn die betreffende Norm zu einem geradezu rechtsmissbräuchlichen Ergebnis führen würde¹⁴.

Das Verständnis in der schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung in Bezug auf diese Frage hat sich in den letzten Jahren erheblich gewandelt. Das Konzept der sogenannten „teleologischen Reduktion“, wonach der Anwendungsbereich einer im Wortlaut zu weit gefassten Vorschrift nach Massgabe der ratio legis eingeschränkt werden darf, hat sich inzwischen allgemein durchgesetzt¹⁵. Dieser methodologischen Optik entspricht denn auch weitgehend die Theorie der freien richterlichen Rechtsfindung: Wird eine Rechtsfolgebestimmung einer bestimmten Gesellschaftsform auf eine atypische Erscheinung nicht angewendet, weil sie auf die Interessenlage des konkreten Sachverhalts nicht zugeschnitten ist, wird sie „teleologisch reduziert“.

Gegen eine undifferenzierte Anwendung der Theorie der freien richterlichen Rechtsfindung lässt sich einwenden, dass eine klare Grenzziehung

¹² So MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, 333; MEIER-HAYOZ, 261; FORSTMOSER, 170 f., 177 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11, N 5 f.

¹³ So grundlegend schon SIEGWART, N 5 zu Vorbem. zu Art. 530-551 OR; VON STEIGER, 309 f.

¹⁴ KRAMER, 160 f.

¹⁵ ZK-DÜRR, N 371 ff. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, 192 ff.; BGE 128 III 113, 114; BGE 123 III 213, 218; BGE 121 III 149, 151.

zwischen typischen und atypischen Sachverhalten nicht möglich sei, was im Einzelfall zu einer Unsicherheit über das anwendbare Recht führe¹⁶. Besondere Beachtung kommt in diesem Zusammenhang den Interessen Dritter zu, die mit der Gesellschaft im Vertrauen auf die Rechtslage in Rechtsbeziehungen treten. Es kann daher nicht angehen, dass bei jeder noch so geringen vertraglichen Abweichung von einem gesetzlichen Legaltypus danach gefragt wird, ob das Recht einer anderen Gesellschaftsform zu einem harmonischeren Gesamtergebnis führen würde. Wenn sich typische und atypische Sachverhalte sowohl für Dritte als auch für die Gesellschafter mit hinreichender Klarheit unterscheiden lassen, wird das mit der Theorie der freien richterlichen Rechtsfindung zweifellos verbundene Problem der Rechtsunsicherheit entscheidend relativiert¹⁷.

Liegt somit die erforderliche Atypizität eines Gesellschaftsverhältnisses vor und erweist sich die gesetzliche Ordnung der an sich vorliegenden Gesellschaftsform als lückenhaft, so ist eine Lückenfüllung durch die analoge Anwendung der Bestimmungen einer anderen Gesellschaftsform, durch Gewohnheitsrecht oder durch gesetzübersteigendes Richterrecht nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten.

5.3 Freie richterliche Rechtsfindung in der gesellschaftsrechtlichen Praxis

Das Konzept der freien richterlichen Rechtsfindung ist der Lehre und Rechtsprechung auch im Personengesellschaftsrecht nicht fremd. Eine typengerechte Rechtsanwendung wird in der Doktrin in Bezug auf zwei Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft befürwortet, die sich durch eine besonders ausgeprägte Atypizität auszeichnen. Zum einen wird für Innengesellschaften allgemein die Ansicht vertreten, dass sich die Gewinn- und Verlustbeteiligung bei diesen Anwendungsfällen der einfachen Gesellschaft nicht nach der an sich anwendbaren Vorschrift¹⁸, sondern nach der Parallelbestimmung der Kommanditgesellschaft¹⁹ richtet²⁰. Auch die Anwendung von Art. 544 Abs. 1 OR, der für *quoad dominium* einge-

¹⁶ MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, 333; MEIER-HAYOZ, 261.

¹⁷ VONZUN, N 771.

¹⁸ Art. 533 Abs. 1 OR.

¹⁹ Art. 601 Abs. 2 OR.

²⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15, N 27 betr. Stille Gesellschaft; VON STEIGER, 660 f. betr. Unterbeteiligung.

brachte Vermögenswerte zwingend eine gemeinschaftliche Berechtigung vorsieht, wird für Innengesellschaften einhellig abgelehnt²¹.

Zum anderen tritt eine wachsende Anzahl Autoren für eine analoge Anwendung des Kollektivgesellschaftsrechts auf kaufmännische einfache Gesellschaften ein²².

6. Zur Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf kaufmännische einfache Gesellschaften

Das charakteristische Merkmal der kaufmännischen Kollektivgesellschaft und Abgrenzungskriterium gegenüber der einfachen Gesellschaft – der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens²³ – liegt auch bei einer einfachen Gesellschaft vor, sofern an ihr eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft beteiligt ist²⁴.

Für diesen Anwendungsfall einer einheitlichen einfachen Gesellschaft stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Recht der Kollektivgesellschaft analoge Anwendung findet²⁵.

Die Analogie zur Kollektivgesellschaft rechtfertigt sich mit der Überlegung, dass der historische Gesetzgeber mit der Bestimmung, wonach als Mitglieder einer Kollektivgesellschaft ausschliesslich natürliche Personen in Frage kommen²⁶, keine selbständige begriffliche Voraussetzung für die Gründung einer kaufmännischen Personengesellschaft bilden wollte, sondern vielmehr den Schutz der kollektivgesellschaftlichen Haftungsverfassung im Auge hatte²⁷. Die Bestimmung sollte verhindern, dass sich natürliche Personen durch das Dazwischenschalten von juristischen Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter der Haftung des Kollektivgesellschaftsrechts entziehen können.

Werden nun aber, mit der herrschenden Auffassung, auf kaufmännische einfache Gesellschaften die Vorschriften über die einfache Gesell-

²¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15, N 19; LÖLIGER, 79.

²² Vgl. SIEGWART, N 5 zu Art. 530-551 OR, sowie im Anschluss daran BGE 93 II 387, 391 f.; BERGSMA, 90 ff.; VONZUN, N 756 ff.

²³ VON STEIGER, 477; BASK-HANDSCHIN, N 13 zu Art. 530 OR; VONZUN, N 544.

²⁴ Vgl. vorne 2.2.

²⁵ Befürwortend: VONZUN, N 775 ff.; a.A. etwa MÜLLER, Baurecht, 1/2004, 5 f.; MÜLLER, Arbeitsgemeinschaft, 60 ff.

²⁶ Art. 552 Abs. 1 OR.

²⁷ Vgl. VONZUN, N 519 mit Hinweisen auf die einschlägigen Materialien.

schaft angewendet, würde dieser vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz ins Gegenteil verkehrt: Die unbeschränkte und persönliche Haftbarkeit der Mitglieder nach handelsrechtlichen Grundsätzen würde nicht geschützt, sondern verhindert²⁸. Es gäbe, anders als bei der Kollektivgesellschaft, keine Haftung aus organschaftlichem Verhalten der Geschäftsführer, weder für erlaubtes noch für unerlaubtes Verhalten²⁹. In grundsätzlicher Hinsicht gilt es zudem zu bedenken, dass sich eine auf die Lösung von Rechtsfragen bedachte Jurisprudenz nicht damit begnügen darf, die Klärung der Rechtsstellung der kaufmännischen einfachen Gesellschaft dem Gesetzgeber zu überlassen. Gefragt ist vielmehr eine praxisorientierte Handhabung der kaufmännischen einfachen Gesellschaft, welche sowohl der Rechtswirklichkeit – der Existenz solcher Gesellschaften – als auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung trägt. Eine solche Lösung liegt richtigerweise in einer analogen Anwendung derjenigen Vorschriften des Kollektivgesellschaftsrechts, welche sich auf das Aussenverhältnis beziehen, da die kaufmännische einfache Gesellschaft einerseits alle typischen Merkmale der Kollektivgesellschaft aufweist und andererseits das Recht der einfachen Gesellschaft der bei einer Handelsgesellschaft bestehenden Interessenlage keine Rechnung trägt³⁰.

Auch in methodischer Hinsicht unterliegt eine analoge Anwendung des Kollektivgesellschaftsrechts im Aussenverhältnis keinen grundsätzlichen Bedenken, da die Atypizität der kaufmännischen einfachen Gesellschaft besonders ausgeprägt und in der Regel auch für Dritte ohne weiteres zu erkennen ist.

7. Praktische Handhabung der Fragestellung

7.1 Grundlagen

Die Fragestellung ist von grosser praktischer Bedeutung. Sie ist vom Bundesgericht noch nicht grundsätzlich entschieden worden. Es gibt allerdings zwei Fragestellungen, in denen Lehre und Rechtsprechung teilweise organschaftliche Regeln auf kaufmännische einfache Gesellschaften anwenden; allerdings nicht als Folge eines allgemeinen Grundsatzes, son-

²⁸ VONZUN, N 577.

²⁹ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N 66 ff.

³⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4, N 61 sowie § 12, N 29; VON STEIGER, 334 f.; GUHL/DRUEY, § 61, N 14; VONZUN, N 577.

dern einzelfallbezogen: bei der Frage der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter³¹ und bei unerlaubten Handlungen eines Gesellschafters bei der Ausübung von Gesellschaftsangelegenheiten³².

7.2 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. Fehlt eine Regel über die Geschäftsführung, wird gemäss Art. 535 OR vermutet, dass jeder Gesellschafter Geschäftsführer ist. Die Kombination dieser beiden Vermutungen führt dazu, dass, immer beim Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Regelung, jeder Gesellschafter vertretungsbefugt ist. Die herrschende Lehre und vor allem das Bundesgericht³³ nehmen an, dass Art. 543 Abs. 3 OR nicht eine widerlegbare Vermutung formuliert (mit der Möglichkeit, dass Gesellschafter den Beweis erbringen können, dass der vermeintliche Stellvertreter nicht Geschäftsführer resp. nicht vertretungsbefugt war), sondern faktisch eine unwiderlegbare Fiktion.

Das hat zur Folge, dass auch der Gesellschafter, der beweisbar weder Geschäftsführer noch vertretungsbefugt ist, seine Mitgesellschafter verpflichten kann, es sei denn, dass der Dritte das fehlende Vertretungsverhältnis gekannt hat. Diese strenge Regel im Vertretungsrecht wird mit Vertrauensschutzüberlegungen gerechtfertigt. Der Dritte soll nicht die Verantwortung dafür tragen müssen, dass eine Person, die als vertretungsbefugt wirkt, diese Vertretungsbefugnis nicht inne hat. Diese Härte wird zu Recht kritisiert. FELLMANN/MÜLLER³⁴ vertreten die Auffassung, dass Art. 543 Abs. 3 OR lediglich eine Beweislastumkehr bewirken soll, nicht eine unwiderlegbare Fiktion. Im Ergebnis wendet das Bundesgericht organschaftliche Vertretungsgrundsätze an, wie sie das Kollektivgesellschaftsrecht³⁵ und juristische Personen kennen.

Das Dilemma dieser Fragestellung ergibt sich aus dem breiten Anwendungsgebiet der Personengesellschaft und kann nicht befriedigend gelöst werden, wenn eine Regel bestimmt werden soll, die für alle Personenge-

³¹ Siehe unten 7.2.

³² Unten 7.3.

³³ BGE 124 III 355, 357 ff. m.w.H.

³⁴ FELLMANN/MÜLLER, 637 ff.

³⁵ Art. 563 ff. OR.

sellschaften Geltung hat. Die strenge Vertretungsregel, die das Bundesgericht als richtig bezeichnet, ist sachlich richtig für Gesellschaften, die gegenüber Dritten als Einheit erscheinen und auftreten, aber sachlich falsch für Gelegenheitsgesellschaften, denen dieser einheitliche Auftritt fehlt.

Zu einem befriedigenden Ergebnis dieser Frage führt nur die hier vorgeschlagene Differenzierung, indem in Bezug auf den Aussenauftritt differenziert wird zwischen einheitlichen und nicht einheitlichen Gesellschaften. Bei kaufmännischen Gesellschaften ist es sachlich gerechtfertigt, eine strenge Regel im Aussenauftritt vorzusehen, wobei dann konsequenterweise diese nicht aus Art. 543 Abs. 3 OR abgeleitet werden soll, sondern direkt aus dem Recht der Kollektivgesellschaft³⁶, das auf alle kaufmännischen Gesellschaften richtigerweise anzuwenden ist. Auf der anderen Seite stehen die nicht kaufmännischen Gesellschaften. Auf diese ist Art. 543 Abs. 3 OR anzuwenden, allerdings mit dem Verständnis, wie es von FELLMANN/MÜLLER (a.a.O.) vertreten wird, nämlich, dass diese Bestimmung lediglich eine Vollmachtsvermutung vorsieht, die durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann.

Das Bundesgericht hat diese Differenzierung nicht als Folge eines Grundsatzes vorgenommen, sondern einzelfallbezogen. Der BGE 124 III 355 zu Grunde liegende Sachverhalt bezog sich auf eine unter einheitlicher Firma auftretende Arbeitsgemeinschaft, auf eine einheitliche Gesellschaft.

7.3 Haftung für Verhalten der Mitgesellschafter

Begeht ein Gesellschafter eine widerrechtliche Handlung in Ausübung 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. Art. 567 Abs. 3 OR bestimmt jedoch, dass in Kollektivgesellschaften, analog der in Art. 55 ZGB vorgeschriebenen Regel, die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen haftet, die 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 Art. 567 Abs. 3 OR ist un-

³⁶ Art. 563 ff. OR.

gerechtfertigt, wenn eine einfache Gesellschaft im klassischen Sinn vorliegt, also insbesondere eine nicht kaufmännische Gesellschaft, bei der die Bindung unter den Gesellschaftern nicht gross genug ist, um die Rechtsfolge der Haftung für unerlaubte Handlungen von Mitgesellschaftern zu rechtfertigen und bei der eine solche Vorschrift auch aus Verkehrsschutzinteressen nicht nötig ist.

Anders sieht es aber aus bei den einfachen Gesellschaften, die ein kaufmännisches Unternehmen betreiben (wegen der Mitgliedschaft von juristischen Personen aber keine Kollektivgesellschaften sind). In diesen Fällen führt die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften zu einem für die geschädigten Dritten unbefriedigenden Ergebnis. Teilweise wird versucht, diese unbefriedigenden Resultate durch die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsherrenhaftung (was allerdings am fehlenden Subordinationsverhältnis zwischen den Gesellschaftern scheitern kann) oder durch eine äusserst extensive Auslegung der Vorschriften über die Vollmachtserteilung zu verhindern. Richtig scheint in dieser Konstellation allerdings nur die analoge Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft³⁷.

Eine Lösung, die in diesen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führt und sich gleichzeitig auch durch die systematische Einteilung der Gesellschaften rechtfertigen lässt, ist die Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft auf kaufmännische Gesellschaften. In der Folge ergibt sich daraus, dass in Bezug auf die Haftungsfrage eine differenzierte Lösung resultiert, je nachdem, ob wir es mit einer klassischen einfachen Gesellschaft zu tun haben (hier haften die Mitgesellschafter nicht für das widerrechtliche Verhalten ihrer Partner), oder mit einer kaufmännischen Gesellschaft. Letztere erzeugt bei Dritten ein entsprechendes Vertrauen, weshalb es sachlich richtig ist, dass Gesellschafter für widerrechtliches Verhalten ihrer Partner haften, wie das im Recht der Kollektivgesellschaft und bei juristischen Personen in Art. 567 Abs. 3 OR und Art. 55 ZGB ausdrücklich vorgesehen ist. Es ist nicht zu erklären, dass die Haftung der Partner eines kaufmännischen Unternehmens für ihre Mitpartner alleine deshalb wegfallen soll, weil an der Gesellschaft (möglicherweise für den Dritten nicht einmal erkennbar) noch eine juristische Person beteiligt ist.

³⁷ Art. 567 Abs. 3 OR.

8. Schluss

Die Behandlung der kaufmännischen einfachen Gesellschaft nach dem Recht der Kollektivgesellschaft ist nicht Gegenstand eines Gesetzesprojekts, das nach einem bestimmten Fahrplan in Kraft treten wird. Eine verlässliche Prognose des kommenden Rechts ist daher nicht möglich.

Es ist aber in Lehre und Rechtsprechung eine Tendenz dahingehend festzustellen, die kaufmännische einfache Gesellschaft stärker als eigenständige Einheit zu behandeln. Als Folge oder als erster Schritt dieser Entwicklung ist damit zu rechnen, dass auf kaufmännische einfache Gesellschaften im Aussenverhältnis das Recht der Kollektivgesellschaft angewendet werden wird. Es rechtfertigt sich, bei der Vertragsplanung und der Einschätzung der Risiken der Gesellschafterstellung diese möglichen Entwicklungen zu berücksichtigen.

Literaturverzeichnis

- BAUMANN, MAX/DÜRR, DAVID/LIEBER, VIKTOR/MARTI, ARNOLD/SCHNYDER, BERNHARD (ZK-BEARBEITER): Zürcher Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband (Art. 1-7 ZGB), Zürich 1998.
- BERGSMA, PETER: Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei Personengesellschaften, Zürich 1990.
- FELLMANN, WALTER/MÜLLER, KARIN: Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., AJP 5/2000, 637.
- FORSTMOSER, PETER: Grossgenossenschaften, Diss., Zürich/Bern 1970.
- GUHL, THEO/DRUEY, JEAN NICOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (HRSG.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Basel/Genf/München 2003.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-1186 OR), Basel/Frankfurt am Main 2002.
- KRAMER, ERNST A.: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München/Bern 2005.
- LÖLIGER, JEAN-MARC: Die Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen, Basel 1998.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Zur Typologie im Aktienrecht, in: BOEMLE, MAX/GEIGER, WILLI/GEIGER, MARIO M./SCHLUEP, WALTER R. (Hrsg.): Lebendiges Aktienrecht, Festschrift für F. W. BÜRGI, Zürich 1971, 261.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2003.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/SCHLUEP, WALTER R./OTT, WALTER: Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 90/1971, 333.
- MENGIARDI, PEIDER: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, ZSR 87/1968, 159 f.
- MÜLLER, HANNES (Arbeitsgemeinschaft): Die Arbeitsgemeinschaft, rechtliche Struktur der ARGE des Baugewerbes, Bern 1980.
- MÜLLER, KARIN (Baurecht): Das Recht der Arbeitsgemeinschaft im Wandel?, Baurecht 1/2004, 4.
- SIEGWART, ALFRED: Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 530-551 OR, Zürich 1938.
- VON STEIGER, WERNER: Gesellschaftsrecht, SPR VIII/1, Basel/Stuttgart 1976, 477.
- VONZUN, RETO: Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss., Basel 2000.
- WEBER, ROLF H.: Juristische Personen, SPR II/4, Basel 1998, 86.