

Prof. Dr. Peter V. Kunz

Neue Bundesgerichtsentscheide zur einfachen Gesellschaft

Die Gerichte haben sich relativ selten mit Personengesellschaften – insbesondere mit Kollektivgesellschaften oder mit Kommanditgesellschaften – zu beschäftigen. Angesichts ihrer grossen Verbreitung befasst sich die Praxis hingegen regelmässig mit einfachen Gesellschaften. In zwei kürzlich (nicht amtlich) publizierten Urteilen äusserte sich das Bundesgericht einerseits zur Abgrenzung von partiarischen Verträgen gegenüber einfachen Gesellschaften sowie andererseits zu einer spezifischen Gesellschafterklage, nämlich der «actio pro socio».

Rechtsgebiet(e): Gesellschaftsrecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Neue Bundesgerichtsentscheide zur einfachen Gesellschaft, in: Jusletter 5. September 2011

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Zwei neuere Bundesgerichtsentscheide
 - a) Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011
 - aa) Tatsächliches
 - bb) Rechtliches («Vertrag» v. «Gesellschaft»)
 - cc) Einschätzungen
 - b) Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010
 - aa) Tatsächliches
 - bb) Rechtliches («actio pro socio»)
 - cc) Einschätzungen

A. Einführung

[Rz 1] Die *Zukunft der Personengesellschaften* in der Schweiz erscheint zumindest unklar, wenn nicht sogar unsicher. Dies gilt in erster Linie für die *Kollektivgesellschaften* sowie für die *Kommanditgesellschaften*, die sich infolge der unbeschränkten Gesellschafterhaftung als weniger attraktiv erweisen als die GmbH¹. Anders schaut es indes aus für die *einfachen Gesellschaften* (eG), die über einen breiten Anwendungsbereich in der Wirtschaftsrealität verfügen und auch künftig unersetzlich bleiben werden².

[Rz 2] Die *Rechtssetzung* vernachlässigt die Personengesellschaften des Obligationenrechts bereits seit dem 19. Jahrhundert – und eine Änderung scheint nicht absehbar. Bei eG (anders als bei den übrigen Rechtsgemeinschaften) kommt es immer wieder zu Streitigkeiten, die zu gerichtlichen Auseinandersetzungen und damit zu einer breiten *Rechtsanwendung* führen.

[Rz 3] Das Bundesgericht äusserte sich in den letzten Monaten in zwei Urteilen, die nicht amtlich publiziert wurden, zu einigen *Grundsatzfragen im Recht der eG*. Im Wesentlichen wurde die bekannte Praxis bestätigt. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011³ wird auf die *Abgrenzung* zwischen (partiarischen) Darlehen und eG eingegangen. Mit dem Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010⁴ werden Klarstellungen zur «*actio pro socio*» als spezifische Gesellschafterklage im Recht der Personengesellschaften vorgenommen.

¹ Deshalb werden in diesem Zusammenhang *rechtspolitische* Themen diskutiert (z.B. die Schaffung einer GmbH & Co. KG oder einer Partnerschaft mit beschränkter Haftung bzw. PmbH).

² PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (Bern 2011) 49 ff., v.a. 53 ff. – Beispiele für mögliche eG: Teile von Aktionärbindungsverträgen, Vorgesellschaften bei Gesellschaftsgründungen, (gelegentlich) Rechtsanwaltskanzleien, oftmals Konkubinate oder stille Gesellschaften; das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, die Frage einer Konzernqualifikation als eG (noch) nicht definitiv entschieden, sondern bis anhin offen gelassen (i.c. beispielsweise abgelehnt im Jahre 2004: Urteil des Bundesgerichts 4C.217/2003 vom 29. Januar 2004 Erw. 3.3).

³ Vgl. dazu hinten B. a).

⁴ Vgl. dazu hinten B. b).

B. Zwei neuere Bundesgerichtsentscheide

a) Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011

aa) Tatsächliches

[Rz 4] Das Bundesgericht befasste sich im Urteil 4A_509/2010 vom 11. März 2011 mit einer *Zusammenarbeit in der Textilbranche*. Eine Einzelunternehmung und eine GmbH wollten ihre «Textilgeschäfte» – u.a. die Lieferung von Arbeitsbekleidung sowie die Produktion in Fernost – *koordinieren und gemeinsam abwickeln*. Die Zusammenarbeit der Parteien⁵ wurde Dritten (z.B. den wichtigsten Kunden) durch ein gemeinsames Schreiben mitgeteilt.

[Rz 5] Die Kooperation versprach offensichtlich mehr als sie halten konnte – bereits nach einem halben Jahr endete die Zusammenarbeit, und es erfolgte eine Beendigung, und zwar «*einvernehmlich*». Nach dem *Handelsgericht des Kantons Zürich* hatte sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde in Zivilsachen der GmbH zu befassen; die GmbH machte eine «*Rückzahlung*» geltend aus Darlehen, wobei die Einzelunternehmung von einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR ausging, die ordentlich zu liquidieren sei.

bb) Rechtliches («Vertrag» v. «Gesellschaft»)

[Rz 6] Das juristische Zentralthema bestand in der *Abgrenzung*⁶ zwischen einem sog. (*partiarischen*) *Darlehen* und einer *einfachen Gesellschaft*. Die rechtlichen Folgen sind unterschiedlich z.B. bei der allfälligen «*Schlussabwicklung*» der Rechtsbeziehung: Darlehen können gekündigt und danach zurückgefordert werden; Beiträge bzw. Einlagen in eine eG gemäss Art. 531 OR können während dem Gesellschaftsverhältnis im Prinzip nicht «*ausbezahlt*», sondern müssen im Rahmen einer Gesellschaftsliquidation berücksichtigt werden⁷.

⁵ Im Rahmen des Zusammenwirkens wurde der Sitz der Einzelfirma, der *unentgeltlich* zwei Büroräume zur Verfügung gestellt wurden, an den Sitz der GmbH verlegt; die beiden Parteien trugen ihre *Auslagen je selber*, und die Geschäftsführerin der GmbH, der eine Vollmacht über das Bankkonto sowie eine Zeichnungsberechtigung bei der Einzelunternehmung eingeräumt wurden, bezog *keinen Lohn*; im Übrigen erfolgten «*Vorfinanzierungen*» der GmbH für die Warenlieferungen an die Einzelfirma – insbesondere deren rechtliche Qualifikation als Kreditorenverhältnis oder als Finanzleistung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft war umstritten: Vgl. dazu hinten B. a) bb).

⁶ Detailliert: MICHAEL QUERY, Die Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der Gesellschaft (...) (Diss. Zürich 1999) *passim*; GABRIEL AUBERT, Le contrat de travail partiaire, SJZ 79 (1983) 169 ff.; allg.: MARTIN FURRER, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft (Diss. Zürich 1995) 130 ff.; ausserdem: ROBERT MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma (Diss. Zürich 1971) 24 ff.

⁷ Zur Unterscheidung von Art. 531 OR sowie Art. 537 OR: Urteil des

[Rz 7] Die *Abgrenzung* zwischen einem Vertragsverhältnis einerseits sowie einem Gesellschaftsverhältnis andererseits bringt immer wieder Probleme in der Wirtschaftsrealität mit sich⁸. Das *Bundesgericht* hielt dazu insbesondere fest was folgt:

«Eine besondere Art von Darlehen, ein sogenanntes *partiarisches Darlehen*, liegt vor, wenn der Darleiher sich nicht oder nicht nur Zins versprechen lässt oder verspricht, sondern ausschliesslich oder zusätzlich eine Beteiligung am Gewinn oder am Verlust (...). Bedingt sich ein Geldgeber überdies *Mitspracherechte* oder sogar *Mitwirkungsrechte* bei der Geschäftstätigkeit aus, die über die gewöhnliche Kontrolle hinausgehen, wie sie beim Darlehen üblich ist, liegt ein starkes Indiz für eine *einfache Gesellschaft* vor, gegebenenfalls in der Form einer stillen Gesellschaft, die nach aussen gar nicht in Erscheinung tritt (...)»⁹.

cc) Einschätzungen

[Rz 8] Im konkreten Fall lag ein (typisches) *vertragliches Joint Venture* in der Form einer eG vor. Davon zu unterscheiden sind partiarische Vertragsverhältnisse, insbesondere partiarische Darlehen¹⁰ sowie partiarische Einzelarbeitsverträge¹¹. Im Grossen und Ganzen handelt es sich bei dem Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011 um eine *Bestätigung* der bundesgerichtlichen Praxis – als massgeblich für die Gesellschaftsbeteiligung erscheint m.E. weniger die Erfolgsbeteiligung, sondern eher die *Mitsprache* oder die *Mitwirkung* der Parteien bei der Willensbildung.

[Rz 9] Die Abgrenzung erfolgt seit jeher nach *eher unklaren Kriterien*, was für die Wirtschaftsrealität nahelegt, sich im Rahmen der Kooperation deutlich zum eigentlichen Willen zu äussern. Sollte sich – als mögliche Beispiele – ein «Kreditgeber» ein *Vetorecht* oder einen «*Gaststatus*» im massgeblichen Entscheidgremium der Unternehmung vorbehalten, dürften m.E. Indizien für ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen; blosse *Informationsrechte* über die Gesellschaft schliessen hingegen das Bestehen eines Vertragsverhältnisses nicht aus.

[Rz 10] In der Wirtschaftsrealität kommen häufig *Unternehmenssanierungen durch Banken* vor. In diesem Zusammenhang behalten sich – verständlicherweise – die meisten Banken hinsichtlich ihrer Kredite bestimmte «*Kontrollrechte*» o.ä.

vor, was allerdings mit *erheblichen Haftungsrisiken* für den Darlehensgeber verbunden sein kann:

[Rz 11] Bei *Kapitalgesellschaften*, insbesondere bei AG, kann die «kontrollierte» Darlehensvergabe die Bank je nach Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zum sog. *faktischen Organ* der zu sanierenden Körperschaft machen (Art. 754 Abs. 1 OR: «befasst»)¹². Bei sanierungsbedürftigen *Personengesellschaften* – wohl weniger bei eG als vielmehr bei Kollektivgesellschaften und bei Kommanditgesellschaften – kann die «Kontrolle» durch Mitspracherechte oder durch Mitwirkungsmöglichkeiten zur Qualifikation des (vermeintlichen) «*Darlehens*» als eG mit einer unbeschränkten Haftung der Bank als einfache Gesellschafterin führen.

b) Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010

aa) Tatsächliches

[Rz 12] Das Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. April 2010 behandelte Rechtsfragen hinsichtlich der *Liquidation eines Baukonsortiums*, zu dem sich ein Architekturbüro, ein Bauunternehmen sowie eine Immobiliengesellschaft zusammengeschlossen hatten. Das Konsortium, das als eG qualifiziert wurde, bezweckte die Erstellung von Terrassenhäusern.

[Rz 13] Der *gerichtlich eingesetzte Liquidator* wurde von einem *einzelnen* einfachen Gesellschafter eingeklagt, und zwar auf Schadenersatz wegen angeblichen Fehlern im Rahmen der Gesellschaftsliquidierung¹³. Das *Handelsgericht des Kantons Aargau* befassete sich mit dem Streitfall und wies anfangs 2010 die Klage u.a. mangels Klagebefugnis ab.

bb) Rechtliches («*actio pro socio*»)

[Rz 14] Während der Liquidation besteht die eG als sog. Abwicklungsgesellschaft fort¹⁴. Das Kernthema lautete wie folgt: «Streitig ist die Frage, ob ein *einzelner Gesellschafter* einer einfachen Gesellschaft *alleine* Schadenersatzansprüche gegenüber eine[m] gerichtlich eingesetzten [Liquidator] geltend machen kann oder ob ein solcher Schadenersatzanspruch von *allen Gesellschaftern gemeinsam* als *notwendige Streitgenossenschaft* einzuklagen ist»¹⁵.

Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011: Erw. 6.1.

⁸ Vergleichbares Urteil aus dem Jahre 2007: PETER V. KUNZ, *Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht* (Bern 2008) 37 ff.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2010 vom 11. März 2011: Erw. 5.2; Hervorhebungen hinzugefügt – ähnlich: a.a.O. Erw. 5.3 a.E.

¹⁰ Jüngst zur *Abgrenzung*: Urteil des Bundesgerichts 4P.333/2006 vom 15. März 2007; zudem: GUERY (Fn. 6) *passim*; FURRER (Fn. 6) 130 ff.; MÜLLER (Fn. 6) 24 ff.

¹¹ Hierzu: AUBERT (Fn. 6) 169 ff.

¹² Allg. zur Thematik: BGE 107 II 349 Erw. 5. a.; BGE 117 II 432 Erw. 2. a.; BGE 128 III 92 Erw. 3. a.; BGE 132 III 523 Erw. 5.4; BGE 136 III 20 ff. Erw. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 Erw. 7.1.

¹³ *Vorgeworfen* wurde dem *Liquidator*, dass er u.a. seinen Aufgaben «nicht gewachsen und nicht nachgekommen» sei, und dass es ausserdem zu einer «Verzögerung der Liquidation» und zu «Fehlzahlungen» gekommen sei – schliesslich kam es zu Vorwürfen werden dem «Honorar» des Liquidators.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4.1.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4.

[Rz 15] Die eG besteht als sog. *Gesamthandsverhältnis* der einfachen Gesellschafter¹⁶ – eine abweichende Ordnung ist angesichts der dispositiven Regelung möglich, d.h. es ist möglich, *Miteigentum zu vereinbaren* zwischen den Gesellschaftern¹⁷. Schadenersatzansprüche der eG fallen ins Gesellschaftsvermögen mit rechtlichen Konsequenzen: «Entsprechende Ansprüche können – unter Vorbehalt abweichender Regelungen – nur von *allen* Gesellschaftern gemeinsam als *notwendige <aktive> Streitgenossenschaft* geltend gemacht werden»¹⁸.

[Rz 16] Da die Zustimmungen der übrigen einfachen Gesellschafter fehlten, versuchte der Kläger, sein Rechtsbegehren als sog. «*actio pro socio*» zu deklarieren¹⁹, wonach ein Einzelner im Gesellschaftsinteresse zugunsten der und auf Leistung an die eG klagen kann²⁰ – insofern relativiert diese Klage das Gesamthandsprinzip. Dabei hat der Kläger indes die Grenzen dieser spezifischen Gesellschafterklage übersehen:

«Die <actio pro socio>, die nur gegen Gesellschafter, nicht indessen gegen Dritte erhoben werden kann, ist auch *nicht analog gegen Dritte* anwendbar. Namentlich stellt der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Umstand, wonach die untereinander *vollständig zerstrittenen Gesellschafter* die Gesellschaftsklage nicht erheben würden, und daher eine Gesellschaftsklage nicht möglich sei, keinen Grund dar, welche die Aktivlegitimation eines einzelnen Gesellschafters in Analogie zur <actio pro socio> zu rechtfertigen vermöchte»²¹.

[Rz 17] Das *Konzept der gemeinsamen Klage* bezweckt den «Schutz der Gemeinschaft oder ihrer Mitglieder vor schädlichen Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler»²².

cc) Einschätzungen

[Rz 18] Der vorliegende Fall erscheint durchaus richtig entschieden worden zu sein. Bei einem *Dritten als Liquidator* einer eG stehen keine Gesellschafterpflichten zur Diskussion, so dass konzeptionell die «*actio pro socio*» nicht in Frage kommen kann, weil diese Klage ausschliesslich das *Innenverhältnis* der Personengesellschaft betrifft²³.

[Rz 19] Sollte es hingegen um einen (z.B. vertraglich bestellten) *Gesellschafter als Liquidator* gehen, ist m.E. die «*actio pro socio*» *zulässig* zugunsten der Personengesellschaft. Die eG dauert nämlich als Abwicklungsgesellschaft an, so dass der liquidierende Gesellschafter seine Liquidationspflichten aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung zu erfüllen hat. Der Gesellschafter nimmt die Liquidation im *Innenverhältnis* wahr.

Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown) ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); ein Forschungsschwerpunkt liegt im Gesellschaftsrecht (inklusive dem Personengesellschaftsrecht). Er betreut für Jusletter die Redaktion «Wirtschaftsrecht».

Meiner wissenschaftlichen Assistentin, Frau MLaw SARAH KAMBER, danke ich für ihre wertvolle Unterstützung.

* * *

a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt – zu einem vergleichbaren Urteil aus dem Jahre 2007: KUNZ (Fn. 8) 52 ff.

¹⁶ Folglich steht das «Gesellschaftsvermögen» *nicht der Gesellschaft* als Rechtsträgerin zu, sondern *allen Gesellschaftern gemeinsam*, und zwar «zu gesamter Hand» (z.B. Sachen im Gesamteigentum stehend); allg.: KUNZ (Fn. 2) 18 ff.

¹⁷ Im Wesentlichen geht es um die Vereinbarung einer sog. *Bruchteilsgemeinschaft*.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4.2 a.E.; Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁹ Generell dazu: ANDREA TAORMINA, Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft (...) (Diss. Fribourg 2002) N 342 ff.; STEPHAN HARTMANN, Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften, ZSR 124 I (2005) 397 ff.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.1: «Unter der «actio pro socio» wird das Recht *jedes* Gesellschafters verstanden, von Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im *eigenen Namen* Klage auf *Leistung an die Gesellschaft* zu erheben»; Hervorhebungen hinzugefügt.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.3; Hervorhebungen hinzugefügt.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.3.

²³ Sollten die einfachen Gesellschafter untereinander so *zerstritten* sein, dass die Zustimmung zu einer *aussichtsreichen gemeinsamen Klage* zugunsten des gemeinschaftlichen Liquidationsvermögens nicht zustande kommt, begehen die blockierenden Gesellschafter eine *Treuepflichtverletzung*; der *blockierte* Gesellschafter kann gegen den *blockierenden* Gesellschafter vorgehen – Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.3: «Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, bleibt es dem einzelnen Gesellschafter unbenommen, im Stadium der internen Liquidation gegen diejenigen Gesellschafter vorzugehen, die allenfalls die Mitwirkung an einer Klage gegen die Liquidatorin pflichtwidrig abgelehnt haben».