

**Peter V. Kunz**  
**Florian S. Jörg**  
**Oliver Arter**  
(Herausgeber)

# **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX**

**Dieter Gericke / Stefan Waller**  
**Lukas Glanzmann**  
**Urs P. Gnos**  
**Florian S. Jörg**  
**Peter Jung**  
**Peter V. Kunz**  
**Michael Nordin / Regula Portmann**  
**Urs Schenker**



**Stämpfli Verlag**



---

Peter V. Kunz  
Florian S. Jörg  
Oliver Arter  
(Herausgeber)

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX**



---

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ  
FLORIAN S. JÖRG  
OLIVER ARTER

Mit Beiträgen von:

DIETER GERICKE / STEFAN WALLER  
LUKAS GLANZMANN  
URS P. GNOS  
FLORIAN S. JÖRG  
PETER JUNG  
PETER V. KUNZ  
MICHAEL NORDIN / REGULA PORTMANN  
URS SCHENKER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3123-0  
ISBN Judocu 978-3-0354-1125-6  
ISBN E-Book 978-3-7272-5852-7



---

# Haftung der Personengesellschafter für gesellschaftsbezogene Schulden

PETER JUNG

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>108</b>
<b>2.</b>	<b>Voraussetzungen der Gesellschafterhaftung .....</b>	<b>110</b>
2.1	Begründung einer gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeit .....	110
2.1.1	Verbindlichkeit der Gesellschaftergesamtheit (einfache Gesellschaft) .....	110
2.1.1.1	Begründung durch gemeinschaftliches Handeln .....	110
2.1.1.2	Begründung durch parallele Verpflichtung .....	111
2.1.1.3	Begründung durch Zurechnung der Willenserklärung eines Stellvertreters .....	111
2.1.1.4	Begründung durch Zurechnung des tatsächlichen Verhaltens eines Mitgesellschafters .....	112
2.1.1.5	Gesetzlich begründete Gesamtverantwortung der Gesellschafter .....	113
2.1.2	Verbindlichkeit der Gesellschaft (Personenhandelsgesellschaften) ..	113
2.2	Kein Untergang der Verbindlichkeit .....	115
2.2.1	Solidarschuld der einfachen Gesellschafter .....	115
2.2.2	Schuld der Personenhandelsgesellschaft .....	116
2.3	Gesellschafterstellung des Haftenden .....	117
2.3.1	Mögliche Formen der Gesellschafterstellung .....	117
2.3.1.1	Stellung als tatsächlicher Gesellschafter .....	117
2.3.1.2	Stellung als Gesellschafter kraft negativer oder positiver Handelsregisterpublizität .....	118
2.3.1.3	Stellung als faktischer Gesellschafter .....	119
2.3.1.4	Stellung als Scheingesellschafter .....	119
2.3.2	Zeitpunkt der Gesellschafterstellung .....	120
2.3.2.1	Gesellschafterstellung bei Begründung und bei Geltendmachung der Schuld .....	120
2.3.2.2	Gesellschafterstellung nur bei Begründung der Schuld .....	120
2.3.2.2.1	Ausgeschiedener einfacher Gesellschafter .....	120
2.3.2.2.2	Ausgeschiedener Personenhandelsgesellschaftler .....	122
2.3.2.3	Gesellschafterstellung nur bei Geltendmachung der Gesellschafterhaftung .....	124
2.3.2.3.1	Eintretender einfacher Gesellschafter .....	124
2.3.2.3.2	Eintretender einfacher Personenhandelsgesellschaftler .....	125

2.4	Durchsetzbarkeit der Gesellschafterhaftung.....	125
2.4.1	Durchsetzbarkeit der gesellschaftsbezogenen Forderung.....	125
2.4.2	Belangbarkeit der Gesellschafter .....	126
2.4.2.1	Einfache Gesellschaft.....	126
2.4.2.2	Personenhandelsgesellschaften .....	126
<b>3.</b>	<b>Inhalt der Gesellschafterhaftung .....</b>	<b>127</b>
<b>4.</b>	<b>Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung .....</b>	<b>128</b>
4.1	Vereinbarung mit dem Gläubiger.....	128
4.2	Interne Vereinbarungen und Beschlüsse der Gesellschafter.....	129
4.2.1	Begrenzung der Vertretungsmacht .....	130
4.2.1.1	Direkte Beschränkung der Vertretungsmacht .....	130
4.2.1.1.1	Einfache Gesellschaft.....	130
4.2.1.1.2	Personenhandelsgesellschaften .....	131
4.2.1.2	Indirekte Beschränkung der Vertretungsmacht durch Eingrenzung des Gesellschaftszwecks .....	132
4.2.1.2.1	Einfache Gesellschaft.....	132
4.2.1.2.2	Personenhandelsgesellschaften .....	132
4.2.2	Begrenzung von Geschäftsführungsbefugnissen.....	132
4.2.2.1	Einschränkung der Vertretungsbefugnis .....	132
4.2.2.2	Einschränkung von tatsächlichen Geschäftsführungs-, Verrich- tungs- und Betriebsbefugnissen .....	133
4.3	Haftungsbeschränkung als Kommanditär .....	133
4.3.1	Möglichkeit der Haftungsbeschränkung .....	133
4.3.1.1	Grundsatz.....	133
4.3.1.2	Ausnahmsweise unbeschränkte Haftung des Kommanditärs .....	134
4.3.1.2.1	Unbeschränkte Haftung als Scheinkomplementär oder Scheinkol- lektivgesellschafter .....	134
4.3.1.2.2	Unbeschränkte Haftung kraft negativer Handelsregisterpublizität....	136
4.3.1.2.3	Unbeschränkte Haftung kraft faktischer Beherrschung?.....	137
4.3.2	Möglichkeit der Haftungsbefreiung .....	138
4.4	Haftungsbeschränkung durch Umstrukturierung.....	139
4.5	Haftungsbeschränkung durch Zwischenschaltung einer AG oder GmbH als Personengesellschafterin.....	139
<b>5.</b>	<b>Schluss.....</b>	<b>140</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>141</b>

## 1. Einführung

Die persönliche Haftung der Personengesellschafter für gesellschaftsbezogene, d.h. aus der Tätigkeit der Gesellschaftergesamtheit (vgl. Art. 543 Abs. 2 OR) bzw. der Gesellschaft (vgl. Art. 562, 602 OR) hervorgehende Schulden gehört zu den praktisch und theoretisch bedeutsamsten Charakteristika des Personengesellschaftsrechts. Die Tatsache einer im Ergebnis



gleichen Rechtsfolge (Zugriff eines Gläubigers auf die persönlichen Ressourcen eines Gesellschafters wie Arbeitskraft und Vermögen) darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die persönliche Haftung des Gesellschafters einer einfachen Gesellschaft auf ganz anderen Grundlagen beruht als die persönliche Haftung eines Personenhandelsgesellschafters<sup>1</sup>. Der Gesellschafter der selbst nicht verpflichtungsfähigen einfachen Gesellschaft haftet aufgrund einer eigenen solidarischen Mitverpflichtung und mithin aufgrund eigener Schuld. Seine Haftung ist daher auch eine primäre. Die Haftung entspricht dem Grundsatz, dass ein Schuldner für die von ihm eingegangenen Pflichten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen allein mit der eigenen Arbeitskraft und dem ihm zugeordneten Vermögen haftet. Demgegenüber haftet der Gesellschafter der nach Art. 562, 567 Abs. 1 bzw. Art. 602 f. OR selbst verpflichtungsfähigen Personenhandelsgesellschaft für fremde Schuld<sup>2</sup>. Die Haftung nach Art. 568 bzw. 604 ff. OR durchbricht als gesetzlich angeordnete Haftung ohne eigene Schuld den Grundsatz des Gleichlaufs von Schuld und Haftung<sup>3</sup>. Die Haftung der Personenhandelsgesellschaft ist daher auch subsidiär ausgestaltet (Art. 568 Abs. 3, Art. 604 OR)<sup>4</sup>. Die Haftung wird bei den Personenhandelsgesellschaften nicht durch ein (quasi-)rechtsgeschäftliches oder deliktisches Verhalten des Gesellschafters gegenüber dem Gläubiger, sondern nach Eingehung einer Verbindlichkeit durch die Gesellschaft durch die schlichte Gesellschafterstellung begründet<sup>5</sup>. Es handelt sich um eine strukturelle Haftung, die keinen über die Gesellschafterstellung hinausgehenden Verhaltensbezug aufweist. Dies unterscheidet die Haftung eines Personenhandelsgesellschafters nach Art. 568 bzw. 604 ff. OR auch von seiner persönlichen Haftung aus eigener primärer rechtsgeschäftlicher (z.B. Bürgschaft, Schuldbeitritt) oder gesetzlicher (z.B. Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung) Mitverpflichtung.

Im Folgenden sollen zunächst die Voraussetzungen der Haftung kraft Gesellschafterstellung (2.) und sodann deren Inhalt (3.) und die verschiedenen Möglichkeiten ihrer Beschränkung (4.) näher betrachtet werden.

---

<sup>1</sup> A.A. MÜLLER, S. 22.

<sup>2</sup> A.A. STEINMANN, S. 11; auch BGE 134 III 643, 648 spricht von einer Schuld der Gesellschaftergesamtheit (communauté) und nicht der Gesellschaft (société).

<sup>3</sup> Zur Unterscheidung von Schuld und Haftung eingehend MÜLLER, S. 3 ff.

<sup>4</sup> Die Konsequenz einer subsidiären Haftung ist freilich rechtspolitisch nicht zwingend, wie die primäre Natur der ansonsten unter vergleichbaren Rahmenbedingungen stehenden Haftung der Gesellschafter einer deutschen Personenhandelsgesellschaft nach §§ 128 S. 1, 161 Abs. 2 dtHGB verdeutlicht.

<sup>5</sup> Näher dazu unten nach Fn. 38.

## **2. Voraussetzungen der Gesellschafterhaftung**

### **2.1 Begründung einer gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeit**

#### **2.1.1 Verbindlichkeit der Gesellschaftergesamtheit (einfache Gesellschaft)**

Die persönliche Haftung eines einfachen Gesellschafters nach Art. 544 Abs. 3 OR setzt zunächst die Verpflichtung aller Gesellschafter voraus. Der Wortlaut von Art. 544 Abs. 3 OR spricht zwar nur von der durch gemeinschaftliches Handeln oder durch Stellvertretung begründeten gemeinsamen Verpflichtung, doch kann eine Schuld der Gesellschaftergesamtheit auch durch eine identische parallele Verpflichtung der Gesellschafter, durch die Zurechnung eines nicht rechtsgeschäftlichen Verhaltens oder aufgrund einer gesetzlich begründeten Gesamtverantwortung der Gesellschafter entstehen.

##### *2.1.1.1 Begründung durch gemeinschaftliches Handeln*

Die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft können eine Solidarschuld zunächst durch ein gemeinsames rechtsgeschäftliches Handeln begründen, das auf gleichrangige Verpflichtungen zur vollständigen einmaligen Befriedigung desselben Primärleistungsinteresses gerichtet ist (Art. 544 Abs. 3 Var. 1 i.V.m. Art. 143 Abs. 1 OR). So können sie hierzu beispielsweise gemeinsam einen Mietvertrag in einer Zusammenkunft oder im Umlaufverfahren unterschreiben. Die Solidarschuld kann generell ausdrücklich<sup>6</sup> oder stillschweigend<sup>7</sup> vereinbart werden. Für das gesellschaftsbezogene Handeln der einfachen Gesellschafter ergibt sich die solidarische Verpflichtung nach Art. 544 Abs. 3 i.V.m. Art. 543 OR bereits aus dem Umstand des Gesellschaftsbezugs. Schliesslich kann eine Solidarschuld durch ein gemeinsames deliktisches Handeln der Gesellschafter in Mittäterschaft oder durch Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) begründet werden (z.B. Art. 50 Abs. 1 OR, Art. 7 PrHG, Art. 60 Abs. 1 SVG)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Siehe etwa BGE 111 II 284, 287 („débiteurs solidaires“) und TC VS RVJ 2009, S. 282, 287 („débitteur pour le tout“).

<sup>7</sup> Siehe dazu etwa BGer 4C.228/2002 und BGer 4A\_562/2011 E. 4.2.

<sup>8</sup> MÜLLER, S. 118.

### *2.1.1.2 Begründung durch parallele Verpflichtung*

Obwohl dies in Art. 544 Abs. 3 OR nicht ausdrücklich erwähnt wird, kann eine solidarische Verpflichtung aller Gesellschafter auch auf einer inhaltsgleichen parallelen Verpflichtung beruhen, wie sie insbesondere durch eine deliktische Schädigung in Nebentäterschaft (Art. 51 Abs. 1 OR) oder einen Schuldbeitritt entsteht. Unabhängig von einer gemeinsamen oder getrennten Primärleistungsverpflichtung kann so auch eine vertragliche Solidarschuld der Gesellschafter entstehen, wenn sie auf unterschiedlicher vertraglicher Basis für denselben Schaden verantwortlich und daher sekundär zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet sind (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 50 f. OR), wie dies etwa bei der gemeinsamen vertraglichen Haftung von Baubeteiligten für von ihnen mitverursachte Schäden der Fall ist<sup>9</sup>.

### *2.1.1.3 Begründung durch Zurechnung der Willenserklärung eines Stellvertreters*

Die in Art. 544 Abs. 3 OR noch ausdrücklich erwähnte Stellvertretung ist die vielleicht wichtigste Form der Entstehung einer Schuld aller einfachen Gesellschafter, obwohl sie nur bei nicht höchstpersönlichem rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handeln in Betracht kommt<sup>10</sup>. Für die Stellvertretung durch einen Mitgesellschafter gilt Art. 543 OR, dessen Abs. 2 allerdings noch ergänzend auf die Art. 32 ff. OR verweist. Erfolgt die Stellvertretung durch einen Dritten wie insbesondere auch einen Fremdgeschäftsführer (vgl. Art. 535 Abs. 1 Var. 2 OR), kommen allein die Art. 32 ff. OR zur Anwendung. Voraussetzung der solidarischen Verpflichtung durch Stellvertretung ist in jedem Fall, dass ein urteilsfähiger<sup>11</sup> Gesellschafter oder Dritter eine eigene Willenserklärung mit Vertretungsmacht abgegeben hat. Sofern es dem Erklärungsgegner dabei wie zumeist auf die Person seines Vertragspartners ankommt, entsteht nur dann eine Schuld der Gesellschaftergesamtheit, wenn der Stellvertreter entweder ausdrücklich im Namen aller einzelnen Gesellschafter bzw. im

---

<sup>9</sup> Siehe etwa zur solidarischen Schadenersatzhaftung von Bauunternehmern und Architekten BGE 115 II 42, 44 ff. und BGE 130 III 362, 369.

<sup>10</sup> Zum Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts siehe nur KuKo-JUNG, N 2 ff. zu Art. 32 OR.

<sup>11</sup> Siehe zum Erfordernis der blossen Urteilsfähigkeit des Stellvertreters nur BasKWATTER, N 21 zu Art. 32 OR; KuKo-JUNG, N 9 zu Art. 32 OR; a.A. GUHL/KOLLER, § 18 N 13 (Erfordernis der Handlungsfähigkeit).

Namen der Gesellschaftergesamtheit aufgetreten ist oder wenn sich ein solches Handeln aus den Umständen wie insbesondere einem unternehmensbezogenen Handeln des Stellvertreters ergibt (vgl. Art. 543 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 OR). Wird die Gesellschaftergesamtheit durch einen Gesellschafter vertreten, wird nach Art. 543 Abs. 3 OR zum Schutz Dritter vermutet, dass der Gesellschafter über die entsprechende Vertretungsmacht verfügt, sobald ihm die Geschäftsführung übertragen worden ist<sup>12</sup>. Nach fragwürdiger Ansicht des Bundesgerichts soll diese Vermutung gegenüber gutgläubigen Dritten sogar unwiderleglich sein<sup>13</sup>.

#### *2.1.1.4 Begründung durch Zurechnung des tatsächlichen Verhaltens eines Mitgesellschafters*

Schulden der Gesellschaftergesamtheit beruhen nur in seltenen Fällen auf der Zurechnung eines tatsächlichen Verhaltens von Mitgesellschaftern. Für die Zurechnung des gesellschaftsbezogenen deliktischen Verhaltens einzelner Gesellschafter zur Gesellschaftergesamtheit fehlt es im Recht der einfachen Gesellschaft nämlich an einer dem Art. 55 Abs. 2 ZGB oder dem Art. 567 Abs. 3 OR vergleichbaren Zurechnungsnorm. Es handelt sich um eine planmässige Gesetzeslücke, so dass die für die Zurechnung des tatsächlichen Organverhaltens zur juristischen Person bzw. die Zurechnung des gesellschaftsbezogenen deliktischen Verhaltens eines Gesellschafters zur Personenhandelsgesellschaft auch nicht analog zur Anwendung gelangen können. Schliesslich scheidet auch die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR aus, weil ein Gesellschafter aufgrund seiner unabhängigen und im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern gleichberechtigten Stellung kein im Subordinationsverhältnis stehender Verrichtungsgehilfe der anderen Gesellschafter ist<sup>14</sup>.

Im Rahmen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses ist ebenfalls für tatsächliche Pflichtverletzungen zunächst nur der jeweils handelnde Gesellschafter verantwortlich (vgl. Art. 146 OR). Hier kann es jedoch ungeachtet der eigenen Mitverpflichtung des Gesellschafters zu einer Zurechnung seines Verhaltens nach Art. 101 OR kommen, wenn er mit Wis-

---

<sup>12</sup> Siehe näher zu dieser Vermutung CHK-JUNG, N 9 ff. zu Art. 543 OR.

<sup>13</sup> BGE 116 II 707, 709; BGE 118 II 313, 318; BGE 124 III 355, 359; mit Recht a.A. FELLMANN/MÜLLER, AJP 2000, S. 637, 639 ff.; REICHMUTH PFAMMATTER, S. 209 ff.; VONZUN, N 722 ff.; HIRSCH, S. 411, 415 f.

<sup>14</sup> Siehe nur BGE 84 II 381, 382 f.; VON STEIGER, S. 435; MÜLLER, S. 121; ein Subordinationsverhältnis hingegen in Ausnahmefällen für möglich haltend ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 99 f. zu Art. 544 OR.

sen und Wollen der Gesellschaftergesamtheit an der Erfüllung einer gemeinsamen Verbindlichkeit als Erfüllungsgehilfe mitgewirkt und dabei z.B. durch eine Schädigung des Gläubigers eine Schadenersatzverpflichtung begründet hat<sup>15</sup>. Die Schuldpflicht i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR kann dabei nicht nur auf Vertrag, sondern auch auf einem bereits entstandenen gesetzlichen Schuldverhältnis (z.B. Pflicht zur Leistung von Schadenersatz aufgrund einer deliktischen Schädigung oder der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungs- bzw. Schutzpflicht) beruhen.

#### *2.1.1.5 Gesetzlich begründete Gesamtverantwortung der Gesellschafter*

Praktisch wichtig sind schliesslich noch die Fälle einer gesetzlich begründeten Verantwortung der Gesellschaftergesamtheit als Geschäftsherrin eines im gemeinsam betriebenen Unternehmen tätigen Verrichtungsgehilfen (Art. 55 OR)<sup>16</sup>, als Halterin eines im Gesamthand Eigentum stehenden Tieres (Art. 56 OR), Werkes (Art. 58 OR), Motorfahrzeugs (Art. 58 SVG) oder Luftfahrzeugs (Art. 64 Abs. 1 LFG), als Herstellerin eines im Gesellschaftsunternehmen produzierten fehlerhaften Produkts (Art. 1 ff. PrHG), als Betreiberin gefährlicher Anlagen (z.B. Art. 59a Abs. 1 USG) oder als Steuerschuldnerin<sup>17</sup>.

### **2.1.2 Verbindlichkeit der Gesellschaft (Personenhandelsgesellschaften)**

Aufgrund der eigenen Verpflichtungsfähigkeit von Kollektivgesellschaften (Art. 562 OR) und Kommanditgesellschaften (Art. 602 OR)<sup>18</sup> wird bei den Personenhandelsgesellschaften eine vertragliche Verbindlichkeit der Gesellschaft insbesondere dadurch begründet, dass ein zur Geschäftsführung und Vertretung befugter Gesellschafter die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung ausdrücklich oder stillschweigend im Namen der Gesellschaft abgibt, indem er z.B. unter der Firma der Gesellschaft signiert oder unternehmensbezogen handelt (Art. 567 Abs. 1 und 2 OR). Entsprechendes gilt für Fremdgeschäftsführer (Art. 557 Abs. 2, Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 535 Abs. 1 OR) oder sonstige Dritte (z.B.

---

<sup>15</sup> FELLMANN, Anwaltsrevue 11-12/2000, S. 10, 13.

<sup>16</sup> BGE 72 II 255, 261 ff.; MÜLLER, S. 121.

<sup>17</sup> BGE 71 I 179, 183 f.

<sup>18</sup> Zur Rechtsnatur der Kommanditgesellschaft näher BGE 99 III 1, 2 f. m.w.N.

Prokurist) mit einer gesellschaftsrechtlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.

Die Kollektivgesellschaft wird nach Art. 567 Abs. 3 OR auch durch das gesellschaftsbezogene deliktische Verhalten eines Gesellschafters zum Schadenersatz verpflichtet. Das gilt auch für die Zurechnung von Verletzungen bereits bestehender vertraglicher oder gesetzlicher Schuldverhältnisse, so dass sich insoweit ein Rückgriff auf Art. 101 OR erübrigt<sup>19</sup>. Fraglich ist, ob und inwieweit Art. 567 Abs. 3 OR auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung findet. Die Verweissvorschrift von Art. 598 Abs. 2 OR betrifft nur das Innenverhältnis und nicht die deliktische Haftung gegenüber Dritten. Auch der Verweis von Art. 603 OR bezieht sich allein auf die Vertretung der Kommanditgesellschaft durch den Komplementär und mithin allein auf das rechtsgeschäftliche und nicht auf das deliktische Handeln aller Kommanditgesellschafter unter Einschluss der Kommanditäre<sup>20</sup>. Zumindest in Bezug auf die Komplementäre, die den Kollektivgesellschaftern im Status und insbesondere auch hinsichtlich Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft gleichgestellt sind, muss man dies als eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz betrachten, so dass Art. 567 Abs. 3 OR insoweit analog herangezogen werden kann<sup>21</sup>. Aber auch in Bezug auf die Kommanditäre rechtfertigt sich eine analoge Anwendung von Art. 567 Abs. 3 OR, wenn diese entgegen der dispositiven Regelung von Art. 600 Abs. 1 OR ausnahmsweise einmal Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen und die Schädigung, wie von Art. 567 Abs. 3 OR vorausgesetzt, in Ausübung dieser geschäftlichen Verrichtungen erfolgt<sup>22</sup>.

Ein Personenhandelsgesellschafter handelt in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen, wenn er das schädigende Verhalten (Tun oder Unterlassen) im funktionellen Zusammenhang mit Geschäftsführungsaufgaben und nicht nur bei deren Gelegenheit gezeigt hat (vgl. auch Art. 55 OR). Verhaltensweisen, die der Zweck der Gesellschaft nicht ein-

---

<sup>19</sup> FELLMANN, *Anwaltsrevue* 11-12/2000, S. 10, 13.

<sup>20</sup> A.A. FELLMANN, *Geschäftsführung*, S. 113, 146, der den Verweis von Art. 603 OR („durch den oder die unbeschränkt haftenden Gesellschafter vertreten“) auch auf die Zurechnung rein tatsächlichen Verhaltens nach Art. 567 Abs. 3 OR und das Verhalten von Kommanditären bezieht.

<sup>21</sup> So im Ergebnis auch ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 6 ff. zu Art. 602–603 OR.

<sup>22</sup> Strenger ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 8 zu Art. 602–603 OR, die von der Zurechnung des Verhaltens nur bei einer faktischen Organstellung des Kommanditärs ausgehen; gänzlich gegen eine Zurechnung vor dem Hintergrund des allerdings dispositiven Ausschlusses des Kommanditärs von der Geschäftsführung BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 8 zu Art. 603 OR.

mal theoretisch mit sich bringen kann, stehen nicht mehr im Zusammenhang mit Geschäftsführungsmassnahmen und sind daher nach Art. 567 Abs. 3 OR nicht zurechenbar<sup>23</sup>. Bei unerlaubten Handlungen im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten setzt die Zurechnung voraus, dass der betreffende Gesellschafter über eine Vertretungsbefugnis verfügte<sup>24</sup>. Eine Mithaftung der Partner einer als Kollektivgesellschaft zu qualifizierenden Anwaltskanzlei kommt nur in Betracht, wenn das Mandat der Kollektivgesellschaft und nicht einem einzigen Partner als Einzelmandat erteilt wurde<sup>25</sup>.

Zu einer unmittelbaren Verpflichtung der Personenhandelsgesellschaft kommt es schliesslich noch kraft Gesetzes, wenn die Voraussetzungen einer Haftung der im Aussenverhältnis rechtsfähigen Gesellschaft als Geschäftsherrin (Art. 55 OR), Tierhalterin (Art. 56 OR), Werkeigentümerin (Art. 58 OR), Halterin eines Fahrzeugs (Art. 58 SVG, Art. 64 Abs. 1 LFG), als Herstellerin (Art. 1 ff. PrHG), als Betreiberin gefährlicher Anlagen (z.B. Art. 59a Abs. 1 USG) oder als Steuerschuldnerin gegeben sind.

## **2.2 Kein Untergang der Verbindlichkeit**

### **2.2.1 Solidarschuld der einfachen Gesellschafter**

Zur Haftung eines einfachen Gesellschafters gegenüber dem Gläubiger kann es nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen nur kommen, wenn die als Solidarschuld aller Gesellschafter begründete Verbindlichkeit noch nicht untergegangen ist. Ein solcher Untergang ist auch ohne eine eigene Leistung des in Haftung genommenen Gesellschafters möglich. So sind im Aussenverhältnis nach Art. 147 Abs. 1 OR auch die Mitgesellschafter von der Schuld und Haftung befreit, wenn ein Gesellschafter den Gläubiger durch Erbringung der geschuldeten Leistung („Zahlung“) oder durch Verrechnung befriedigt. Auch ohne Befriedigung des Gläubigers kann die Befreiung eines Mitgesellschafter z.B. durch

---

<sup>23</sup> CHK-MÜLLER, N 6 zu Art. 568 OR.

<sup>24</sup> BGE 66 II 249, 253; FELLMANN, Geschäftsführung, S. 113, 136; VON STEIGER, S. 517; krit. insbesondere unter Hinweis auf die gebotene Parallele zur Auslegung von Art. 722 OR VONZUN, N 678 ff.

<sup>25</sup> BGE 124 III 363, 367; BECK, Anwaltsrevue 5/1998, S. 11, 12; LEUENBERGER, S. 581, 582.

Unmöglichkeit<sup>26</sup>, Erlass (Art. 115 OR)<sup>27</sup>, Vergleich<sup>28</sup>, Neuerung (Art. 116 OR)<sup>29</sup> oder Vereinigung (Art. 118 OR) unter den Voraussetzungen von Art. 147 Abs. 2 OR auch gegenüber allen anderen Gesellschaftern zum Tragen kommen (sog. Gesamtwirkung)<sup>30</sup>. Vorbehalten bleibt in allen diesen Fällen dann nur noch die Regressschuld und -haftung gegenüber dem den Gläubiger befriedigt habenden bzw. von diesem befreiten Mitgesellschafter (Art. 148 f. OR)<sup>31</sup>.

Da der einzelne Gesellschafter mit der Gesellschaftergesamtheit nicht identisch ist, fehlt es für die Verrechnung von Forderungen der Gesellschaftergesamtheit mit Forderungen des Schuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter und umgekehrt an der Gegenseitigkeit i.S.v. Art. 120 Abs. 1 OR (vgl. auch Art. 573 Abs. 1 und 2 OR)<sup>32</sup>. Die Forderung eines Gläubigers gegen die Gesellschaftergesamtheit kann der einzelne Gesellschafter nur dann mit der Forderung der Gesellschaftergesamtheit gegen den Gläubiger verrechnen, wenn er für dieses Handeln für die Gesellschaftergesamtheit über die entsprechende Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht verfügt<sup>33</sup>. Stets möglich ist hingegen aufgrund der unmittelbaren und primären persönlichen Haftung der Gesellschafter (Art. 544 Abs. 3 OR) die Verrechnung, die ein Gesellschafter gegenüber einem Gläubiger der Gesellschaftergesamtheit mit einer privaten Forderung gegen diesen Gläubiger erklärt (Art. 573 Abs. 3 OR analog)<sup>34</sup>.

## 2.2.2 Schuld der Personenhandelsgesellschaft

Bei den Personenhandelsgesellschaften ist die Schuld der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft zwar von der Haftung der Gesellschafter zu

---

<sup>26</sup> Das Unmöglichwerden der Leistung befreit alle Solidarschuldner, die dies nicht zu vertreten haben (Art. 119 Abs. 1 OR).

<sup>27</sup> BGE 33 II 140, 146 ff.

<sup>28</sup> BGE 107 II 226, 228 ff.; BGE 133 III 116, 118 ff.; BGer 4C.27/2003 E. 3.5.4; BGer 4C.395/2004 E. 2; HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, S. 261 ff.

<sup>29</sup> BGE 126 III 375, 381.

<sup>30</sup> Die Annahme einer Gesamtwirkung nach Art. 147 Abs. 2 OR ist eine bisweilen schwer zu beurteilende Auslegungsfrage (dazu eingehend JUNG, FS Tercier, S. 285, 296 ff.).

<sup>31</sup> Zu den schwierigen Regressfragen im Falle einer Befreiung nach Art. 147 Abs. 2 OR eingehend JUNG, FS Tercier, S. 285, 296 ff.

<sup>32</sup> Zur entsprechenden Anwendung von Art. 573 Abs. 1 OR im Recht der einfachen Gesellschaft BGE 82 II 48, 55.

<sup>33</sup> CHK-JUNG, N 5 zu Art. 544 OR.

<sup>34</sup> Zur analogen Anwendung von Art. 573 Abs. 3 OR auch STAEHELIN, S. 105.



trennen, doch ist die Haftung der Gesellschafter abhängig vom Bestand und der Durchsetzbarkeit der Gesellschaftsschuld<sup>35</sup>. Aufgrund dieser sog. Akzessorietät und aufgrund der Natur der Gesellschafterhaftung als subsidiärer Haftung ohne Schuld besteht zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern entgegen verbreiteter Ansicht keine Solidarität<sup>36</sup>. Die Gesellschafter können daher gegenüber dem Gläubiger nicht nur ihre persönlichen Einwendungen und Einreden, sondern auch diejenigen der Gesellschaft geltend machen. Erlässt der Gläubiger etwa der Gesellschaft die Schuld, sind auch die an der Vereinbarung nicht beteiligten Gesellschafter befreit<sup>37</sup>. Ist die Gesellschaftsschuld verjährt, kann der Gesellschafter die Einrede nach Art. 142 OR erheben<sup>38</sup>. Für die Verrechnung als Erfüllungssurrogat gilt Art. 573 OR.

## **2.3 Gesellschafterstellung des Haftenden**

### **2.3.1 Mögliche Formen der Gesellschafterstellung**

#### *2.3.1.1 Stellung als tatsächlicher Gesellschafter*

Im Normalfall wird die Stellung als Gesellschafter dadurch begründet, dass sich eine natürliche bzw. juristische Person oder mitgliedschaftsfähige Personengesamtheit wirksam an der Gründung der betreffenden Gesellschaft beteiligt hat oder dieser vor Begründung der Verbindlichkeit wirksam beigetreten ist und inzwischen nicht wieder wirksam aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Entscheidend ist allein die materiell-rechtlich wirksame Begründung der Gesellschafterstellung, da die bei den Personenhandelsgesellschaften obligatorische Handelsregistereintragung der Gesellschafterstellung (Art. 41 Abs. 1 lit. f bzw. Abs. 2 lit. f und lit. g HRegV) einerseits nur deklaratorisch wirkt und damit keine Entstehungsvoraussetzung bildet und andererseits die Handelsregistereintragung eine

---

<sup>35</sup> Dazu näher PLATTNER, S. 43 ff.

<sup>36</sup> PLATTNER, S. 58 ff.; VON STEIGER, S. 542; ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 41 f. zu Art. 568–569 OR; a.A. BGE 134 III 643, 649; GILLIÉRON, S. 83; BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 12 zu Art. 568 OR; für eine Solidarität ab Belangbarkeit des Gesellschafters BGE 100 II 376, 378 f. und STEINMANN, S. 92.

<sup>37</sup> Vgl. für einen Nachlassvertrag BGE 109 III 128, 130 f.; a.A. vor dem Hintergrund einer zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern angenommenen Solidarität GILLIÉRON, S. 83 ff.

<sup>38</sup> MANGOLD, S. 25.

materiell-rechtlich nicht bestehende Gesellschafterstellung nicht zu begründen vermag<sup>39</sup>.

### 2.3.1.2 *Stellung als Gesellschafter kraft negativer oder positiver Handelsregisterpublizität*

Ist ein Nichtgesellschafter als Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft eingetragen, stellt sich die Frage, ob er sich gegenüber Dritten<sup>40</sup>, die keine Kenntnis von seiner tatsächlich fehlenden Gesellschafterstellung haben, als Gesellschafter behandeln lassen muss und insbesondere von diesen Dritten in eine persönliche Haftung genommen werden kann. Bei einem wirksam ausgeschiedenen Gesellschafter, dessen Ausscheiden noch nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, ist dies aufgrund der sog. negativen Publizität des Handelsregisters nach Art. 933 Abs. 2 OR zu bejahen, da das Ausscheiden eines Kollektivgesellschafters nach Art. 581 OR eine eintragungspflichtige Tatsache bildet und diese Vorschrift über Art. 619 Abs. 1 OR<sup>41</sup> auch für das Ausscheiden von Komplementären und Kommanditären gilt. Fraglich ist hingegen, ob sich Dritte, die von der tatsächlich fehlenden Gesellschafterstellung keine Kenntnis haben, auch positiv auf die unzutreffende Handelsregistereintragung berufen können. In diesen Fällen geht es nämlich um den umstrittenen sog. öffentlichen Glau-

---

<sup>39</sup> Umstritten ist lediglich, ob sich der Eingetragene aufgrund des sog. öffentlichen Glaubens des Handelsregisters gegenüber gutgläubigen Dritten wie ein Gesellschafter behandeln lassen muss oder nicht (dazu sogleich bei Fn. 42 und 43).

<sup>40</sup> Die Mitgesellschafter sind als selbst eintragungspflichtige Personen auch dann keine Dritten i.S.d. der Handelsregisterpublizität, wenn sie der Gesellschaft nicht auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags, sondern auf der Grundlage eines gesonderten Vertragsverhältnisses und damit vertragsrechtlich als Dritte (z.B. Verkäufer, Beauftragter) gegenüberstehen.

<sup>41</sup> Art. 619 Abs. 1 OR verweist zwar ausdrücklich nur auf die Vorschriften über die Auflösung und Liquidation und damit nach seinem Wortlaut nicht auch auf den im als „Auflösung und Ausscheiden“ betitelten vierten Abschnitt des vierundzwanzigsten Titels der dritten Abteilung enthaltenen Art. 581 OR, doch sprechen die enge Verwandtschaft zwischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie die gerade auch hinsichtlich der Handelsregisterpublizität bestehende grundsätzliche Gleichstellung aller Kommanditgesellschaften mit den Kollektivgesellschaften für die Einbeziehung von Art. 581 OR in den Verweis von Art. 619 Abs. 1 OR.

ben des Handelsregisters, der in der Praxis ganz überwiegend abgelehnt<sup>42</sup>, in der Lehre aber zunehmend mit Recht befürwortet wird<sup>43</sup>.

### *2.3.1.3 Stellung als faktischer Gesellschafter*

Sind der Gesellschaftsvertrag oder der Beitritt eines Gesellschafters unwirksam, kommt noch eine Stellung als faktischer Gesellschafter in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag bzw. die Beitrittsvereinbarung trotz ihrer Unwirksamkeit als faktischer Vertrag aufrechterhalten wird, weil die Gesellschaft mehrgliedrig ist oder bereits in Vollzug gesetzt wurde und damit die schutzwürdigen Interessen Dritter (Mitgesellschafter, Gläubiger) betroffen sind<sup>44</sup>. Auf eine faktische Gesellschafterstellung können sich dann auch Gläubiger berufen, die um den Mangel des Gesellschaftsvertrags bzw. der Beitrittsvereinbarung wissen<sup>45</sup>.

### *2.3.1.4 Stellung als Scheingesellschafter*

Hat eine Person bei der Begründung einer vertraglichen Verbindlichkeit der Gesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit durch eigenes Verhalten den Anschein der Stellung als Gesellschafter erweckt oder ist sie gegen ein entsprechendes Verhalten Dritter schuldhaft nicht eingeschritten, ist sie gegenüber gutgläubigen Vertragspartnern als sog. Scheingesellschafterin haftbar. Das gilt auch dann, wenn sich der gesetzte Anschein nicht allein auf die Stellung einzelner Personen als Gesellschafter, sondern auf das Bestehen der Gesellschaft überhaupt bezieht (sog. Scheingesellschaft)<sup>46</sup>. Es handelt sich jeweils um einen Anwendungsfall der Rechts-schein- bzw. Vertrauenshaftung<sup>47</sup>. Wurden die Auflösung der Gesellschaft

---

<sup>42</sup> BGE 78 III 33, 45; OGer ZG, SJZ 1986, S. 300 f. (Nr. 47); implizit ablehnend BGE 121 V 80, 85 f.; als „umstritten“ bezeichnet die Frage BGE 111 II 480, 484; obiter und ohne Begründung a.A. BGE 104 Ib 321, 322 und 325.

<sup>43</sup> Siehe nur BÄR, S. 131 ff.; VOGT, Der öffentliche Glaube, S. 773 ff.; speziell für die Vertretungsmacht bei einer Veranlassung der Eintragung BasK-WATTER, N 18 zu Art. 458 OR, und BasK-WATTER, N 8 zu Art. 720 OR i.V.m. N 28 zu Art. 718 OR.

<sup>44</sup> Siehe zu der mit einem Gründungsmangel behafteten, aber gleichwohl in Vollzug gesetzten faktischen Gesellschaft, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann, nur BGE 116 II 707, 709, und eingehend NEESE.

<sup>45</sup> Zum fehlenden Gutgläubigkeitserfordernis siehe CHK-JUNG, N 43 zu Art. 530 OR; a.A. aber offenbar BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 21 zu Art. 543 OR.

<sup>46</sup> Siehe zur Scheingesellschaft nur CHK-JUNG, N 44 zu Art. 530 OR.

<sup>47</sup> Dazu systematisch LOSER und RUSCH.

oder das Ausscheiden eines Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen (Art. 574 Abs. 2, Art. 581, 619 Abs. 1 OR) und wird danach gleichwohl noch zurechenbar der Anschein einer (fortbestehenden) Gesellschaft oder Gesellschafterstellung erweckt, wirkt die Handelsregistereintragung der Auflösung bzw. des Ausscheidens jedoch grundsätzlich rechtsscheinzerstörend, da auch ein gutgläubiger Dritter den Inhalt des Handelsregisters nach Art. 933 Abs. 1 OR grundsätzlich kennen muss. Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter zuvor als solcher gar nicht eingetragen war, da das Ausscheiden eines Gesellschafters unabhängig von seiner Eintragung eine eintragungspflichtige Tatsache bildet. Nur wenn der Rechtschein besonders stark ausgeprägt ist, kann die Berufung eines in Anspruch genommenen Scheingesellschafters auf Art. 933 Abs. 1 OR ausnahmsweise einmal treuwidrig sein<sup>48</sup>.

### **2.3.2      Zeitpunkt der Gesellschafterstellung**

#### *2.3.2.1      Gesellschafterstellung bei Begründung und bei Geltendmachung der Schuld*

Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Gesellschafterstellung der in Anspruch genommenen Person bereits vor Begründung der Schuld der Gesellschaftergesamtheit bzw. Gesellschaft bestand und auch noch im Zeitpunkt der Geltendmachung der Gesellschafterhaftung durch den Gläubiger besteht.

#### *2.3.2.2      Gesellschafterstellung nur bei Begründung der Schuld*

##### *2.3.2.2.1      Ausgeschiedener einfacher Gesellschafter*

Ist der von einem Gläubiger der Gesellschaftergesamtheit als Solidarschuldner in Anspruch genommene Gesellschafter nach der Begründung<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Siehe dazu BGE 106 II 346, 351 m.w.N. und BGE 123 III 220, 223.

<sup>49</sup> Eine Verbindlichkeit wurde vor dem Ausscheiden begründet, wenn ihr massgeblicher Rechtsgrund (z.B. Konsens, Verwirklichung einer deliktischen Handlung) bereits vor dem Ausscheiden gelegt wurde, auch wenn zu ihrer Entstehung noch weitere Umstände hinzutreten mussten (z.B. Eintritt einer aufschiebenden Bedingung, Ablauf einer Befristung, Schadenseintritt; vgl. für die Kollektivgesellschaft BASK-STAEHELIN, N 10 zu Art. 576 OR) oder ihre Entstehung noch nicht bekannt war (vgl. für die Kollektivgesellschaft BGE 44 II 294, 307) oder die Forderung des Gläubigers im

der Verbindlichkeit, aber vor der Inanspruchnahme aus der einfachen Gesellschaft wirksam ausgeschieden, lässt dies die persönliche Haftung grundsätzlich unberührt. Für den Anspruch gegen den Gesellschafter gelten zudem die allgemeinen Verjährungsregeln. Die Art. 591 f. OR sind auf den ausgeschiedenen einfachen Gesellschafter auch nicht analog anwendbar<sup>50</sup>, weil sich die persönliche Haftung für eine eigene Schuld nach den jeweils für die Schuld geltenden Verjährungsregeln richten und nicht verkürzt werden sollte. Der ausgeschiedene einfache Gesellschafter kann lediglich im Rahmen der Abfindungsregelung im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern von einer Haftung befreit werden. Im Falle einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger kann er dann unter Berufung auf die Vereinbarung vollen Regress nehmen bzw. den Regressanspruch eines an den Gläubiger geleistet habenden Mitgesellschafters abwehren (Art. 148 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. mit der Gesellschaftervereinbarung).

Ein Sonderproblem bildet in diesem Zusammenhang die Haftung für sog. schwebende Verbindlichkeiten vor allem aus einem vor dem Ausscheiden aus der Gesellschaft begründeten Dauerschuldverhältnis<sup>51</sup>. Nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen besteht auch hier im Ausserverhältnis eine Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, bis das Dauerschuldverhältnis insgesamt wirksam beendet wird oder bis der ausgeschiedene Gesellschafter auch gegenüber dem Gläubiger ausdrücklich oder konkludent durch Teilkündigung oder einvernehmliche Vertragsänderung als Vertragspartner aus dem Dauerschuldverhältnis entlassen wird. Schweigt der Gläubiger auf ein Rundschreiben, in dem neben dem Ausscheiden mitgeteilt wird, dass sich der Ausgeschiedene ohne Gegenbericht innert angemessener Frist als von der solidarischen Mitverpflichtung befreit betrachten werde, kann dies wegen des grundsätzlich fehlenden Erklärungswerts des Schweigens nicht als Einverständnis des Gläubigers mit der Haftungsentlassung angesehen werden<sup>52</sup>. Die Entlassung eines ausgeschiedenen einfachen Gesellschafters aus dem Dauerschuldverhältnis durch einseitige Teilkündigung von Seiten der Gesellschaftergesamtheit sollte jedenfalls dann aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung möglich sein, wenn der Gläubiger nicht in besonderer

---

Zeitpunkt des Ausscheidens noch nicht fällig war (vgl. für die Kollektivgesellschaft ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 43 zu Art. 576 OR).

<sup>50</sup> SPIRO, S. 781.

<sup>51</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 77 ff. zu Art. 544 OR, und BK-FELLMANN/MÜLLER, N 206 ff. zu Art. 544 OR; vgl. für die Kollektivgesellschaft BREITENBACH, S. 25 ff. und 29 ff.; ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 48 ff. zu Art. 576 OR.

<sup>52</sup> BGE 19, 913, 918 f.; BREITENBACH, S. 45 f.

Weise auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters vertraut hat<sup>53</sup>. Hat der Gläubiger jedoch wie zumeist bei Vertragsschluss auf die Mithaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters vertraut, kommt eine Teilkündigung auch als ordentliche Kündigung nur dann in Betracht, wenn dieses Recht der Gesellschaftergesamtheit zuvor ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt wurde<sup>54</sup>. In allen übrigen Fällen verbleibt nur die Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsänderung, der ordentlichen Gesamtkündigung des Dauerschuldverhältnisses oder der gerichtlichen Vertragsanpassung unter den engen Voraussetzungen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Auf der anderen Seite haftet der Gesellschafter aber auch nur in dem Umfang, in dem seine solidarische Mitverpflichtung bis zu seinem Ausscheiden begründet wurde<sup>55</sup>. Wird ein Vertrag nach dem Ausscheiden derart abgeändert, dass dem Ausgeschiedenen die Mithaftung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, wird er aus der Haftung entlassen<sup>56</sup>. Auch eine nach dem Ausscheiden erfolgende Verlängerung des zunächst befristeten Dauerschuldverhältnisses betrifft den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht mehr<sup>57</sup>. Im Kontokorrent haftet der Ausgeschiedene für einen bei seinem Ausscheiden bestehenden negativen Saldo nur insoweit bzw. insofern fort, als sich bei späteren Rechnungsabschlüssen nicht ein niedrigerer Negativsaldo bzw. sogar ein Positivsaldo ergibt<sup>58</sup>. Damit bleibt seine Haftung von den später mit dem Gläubiger ohne seine Beteiligung vereinbarten Erweiterungen des Schuldverhältnisses unberührt.

#### 2.3.2.2.2 Ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter

Die persönliche Haftung eines Personenhandelsgesellschafters für die während seiner Zeit als Gesellschafter begründeten<sup>59</sup> Verbindlichkeiten

---

<sup>53</sup> Strenger hingegen ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 81 f. zu Art. 544 OR.

<sup>54</sup> Weitergehend hingegen VON STEIGER, S. 421 f. (stillschweigende Haftungsbefreiung des Gesellschafters für die nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist entstehenden Verbindlichkeiten bei Kenntnis des Gläubigers von dem Ausscheiden; Möglichkeit der Haftungsbefreiung nach Art. 2 ZGB).

<sup>55</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 77 zu Art. 544 OR; ZK-SIEGWART, N 5 zu Art. 576 OR.

<sup>56</sup> BREITENBACH, S. 49.

<sup>57</sup> BREITENBACH, S. 28.

<sup>58</sup> Abweichend unter Hinweis auf die Novationswirkung der Saldofeststellung BGE 19, 401, 408 (Haftungsentlassung des Ausgeschiedenen bei vorbehaltloser Übertragung des Saldos auf neue Rechnung); näher BREITENBACH, S. 43 f.

<sup>59</sup> Siehe zum Begriff der vor dem Ausscheiden begründeten Schuld oben Fn. 49.

der Gesellschaft bleibt auch nach seinem Ausscheiden bestehen (Art. 568 Abs. 3, Art. 591 f. OR). Für die Verjährung dieser Haftung gelten jedoch aufgrund von Art. 591 ff. OR und nach Art. 26 Abs. 2, Art. 68 FusG<sup>60</sup> umfangreiche Sonderregelungen, welche die Verjährung gegenüber den allgemeinen Regelungen im Einzelfall verkürzen können. Danach beträgt die Verjährungsfrist grundsätzlich fünf Jahre nach der Veröffentlichung der Auflösung der Gesellschaft oder des Ausscheidens des Gesellschafters, sofern nicht wegen der Natur der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gilt (Art. 591 Abs. 1 OR)<sup>61</sup>. Für den genauen Zeitpunkt des Beginns der verkürzten Frist ist auf das Wirksamwerden der Auflösung bzw. des Ausscheidens nach Art. 932 Abs. 2 OR abzustellen. Nach Ansicht des Bundesgerichts muss der Veröffentlichung zudem ein gültiger Handelsregistereintrag vorausgegangen sein<sup>62</sup>. Die fünfjährige Frist beginnt nach Art. 591 Abs. 2 OR zudem erst im Zeitpunkt der Fälligkeit zu laufen, wenn die Forderung des Gläubigers erst nach der Veröffentlichung der Auflösung bzw. des Ausscheidens fällig geworden sein sollte. Da Art. 591 Abs. 1 OR unanwendbar ist, wenn das Gesellschaftsunternehmen nach Art. 579 OR oder nach Art. 69 ff. FusG von dem in Anspruch genommenen Ex-Gesellschafter mit Aktiven und Passiven übernommen wurde (Art. 592 Abs. 2 S. 1 OR), gilt in diesen Fällen die unter Umständen längere Frist, in welcher der gegen die Gesellschaft gerichtete Anspruch des Gläubigers nach allgemeinen Regeln verjährt. Ist der in Anspruch genommene Ex-Gesellschafter bei einer Übernahme nach Art. 181, 579 OR oder Art. 69 ff. FusG nicht der Übernehmer, dann wird seine Nachhaftung für die Schulden der Gesellschaft auf drei Jahre begrenzt. Zwar spricht Art. 592 Abs. 2 S. 2 OR insoweit sogar von einer Verkürzung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre, doch ist man sich in der Lehre darin einig, dass die in Art. 181 Abs. 2 OR erfolgte, in Art. 592 Abs. 2 S. 2 OR jedoch unterbliebene Anpassung an die neue dreijährige Nachhaftungsfrist von Art. 75 Abs. 1 FusG ein entsprechend zu korrigierendes Redaktionsversehen des Gesetzgebers darstellt<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Siehe dazu noch unten nach Fn. 117.

<sup>61</sup> Zur Geltung von Art. 591 Abs. 1 OR für die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters im Falle einer Übernahme nach Art. 579 OR BGE 136 V 268, 276 f. (zugleich mit dem Hinweis, dass die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters damit verjährt sein kann, bevor die Voraussetzungen der Belangbarkeit nach Art. 568 Abs. 3 OR wie etwa der Konkurs des übernehmenden Gesellschafters gegeben sind).

<sup>62</sup> BGE 83 II 41, 48 f.

<sup>63</sup> Siehe etwa ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 31 zu Art. 591–593 OR.

Wie bei der einfachen Gesellschaft kann die im Aussenverhältnis zwingende Nachhaftung eines Personenhandelsgesellschafters im Innenverhältnis durch eine Freistellungsvereinbarung zugunsten des Ausgeschiedenen abbedungen werden<sup>64</sup>. Die ebenfalls bereits für die einfache Gesellschaft erörterte Problematik der Haftung für diejenigen Verbindlichkeiten, die aus einem vor dem Ausscheiden begründeten Dauerschuldverhältnis entspringen<sup>65</sup>, stellt sich allerdings insofern anders dar, als nur die Gesellschaft und nicht auch der ausgeschiedene Gesellschafter selbst Vertragspartner des Dauerschuldverhältnisses ist. Insofern könnte man dann zusätzlich zugunsten des Gesellschafters argumentieren, dass der Gläubiger keinen Anspruch auf den Fortbestand der bei Begründung des Dauerschuldverhältnisses gegebenen gesellschaftsrechtlichen Haftungsverhältnisse hat, solange ihm nur die Gesellschaft als Vertragspartnerin und Schuldnerin erhalten bleibt. So wird denn auch vielfach von der (stillschweigenden) Haftungsentlassung von ausgeschiedenen Kollektivgesellschaftern für schwebende Verbindlichkeiten ausgegangen, sobald der Gläubiger über das Ausscheiden unterrichtet wurde und der nächstfolgende ordentliche Kündigungstermin verstrichen ist<sup>66</sup> bzw. der Gläubiger sein Festhalten an der Belangbarkeit des Gesellschafters nicht zum Ausdruck gebracht hat<sup>67</sup>.

### 2.3.2.3 *Gesellschafterstellung nur bei Geltendmachung der Gesellschafterhaftung*

#### 2.3.2.3.1 Eintretender einfacher Gesellschafter

Tritt ein Gesellschafter nach Begründung der Verbindlichkeit durch die bisherige Gesellschaftergesamtheit einer einfachen Gesellschaft bei, wird er nur dann zum Solidarschuldner, wenn er der Schuld ausnahmsweise beitrifft. Regelmässig besteht damit keine persönliche Aussenhaftung des eingetretenen Gesellschafters mit seinem Privatvermögen<sup>68</sup>. Damit dem Gläubiger jedoch auch im Falle des Nichtbeitritts zur Schuld der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen möglich bleibt, obwohl dem eintretenden

---

<sup>64</sup> Siehe nur ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 42 zu Art. 576 OR.

<sup>65</sup> Dazu oben bei Fn. 51 ff.

<sup>66</sup> So „billigerweise“ ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 50 zu Art. 576 OR; ferner ZK-SIEGWART, N 5 zu Art. 576 OR; bei allzu langer Dauer der schwebenden Geschäfte auch BREITENBACH, S. 49.

<sup>67</sup> BREITENBACH, S. 50.

<sup>68</sup> FELLMANN, Geschäftsführung, S. 113, 136.



Nichtschuldner ein Teil dieses gesamthänderisch gehaltenen Gesellschaftsvermögens automatisch angewachsen ist, haftet der eingetretene Gesellschafter lediglich insoweit noch mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen<sup>69</sup>.

#### 2.3.2.3.2 Eintretender einfacher Personenhandelsgesellschafter

Die Aussenhaftung des eintretenden Kollektivgesellschafters auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist ausdrücklich und zwingend durch Art. 569 OR angeordnet. Die Vorschrift gilt auch ohne ausdrücklichen Verweis für die gleich einem Kollektivgesellschaftler haftenden Komplementäre (vgl. Art. 594 Abs. 1 und Art. 604 OR). Für den Kommanditär findet sich schliesslich in Art. 612 OR eine dem Art. 569 OR entsprechende Regelung, durch welche die Haftung des eintretenden Kommanditärs lediglich noch auf die Kommanditsumme beschränkt wird.

## 2.4 Durchsetzbarkeit der Gesellschafterhaftung

### 2.4.1 Durchsetzbarkeit der gesellschaftsbezogenen Forderung

Die persönliche Haftung des Gesellschafters ist zunächst nur durchsetzbar, wenn die gegen die Gesellschaftergesamtheit bzw. die Gesellschaft gerichtete Forderung überhaupt durchsetzbar ist. Hierzu muss die Forderung fällig geworden (vgl. Art. 75 ff. OR) und die Durchsetzung der Forderung nicht noch weiter durch Stundungsvereinbarung oder ein pactum de non petendo hinausgeschoben worden sein. Da die Schuld der Gesellschaftergesamtheit bei der einfachen Gesellschaft eine Solidarschuld ist, bei der nebeneinander mehrere selbständige Forderungen auf die ganze Leistung bestehen<sup>70</sup>, kann der Gläubiger die Durchsetzbarkeit der Forderung auch durch gesonderte Stundung bzw. ein gesondertes pactum de non petendo gegenüber einem einzelnen Gesellschafter hinausschieben<sup>71</sup>. Die Personenhandelsgesellschafter sind zwar nicht selbst Schuldner der

---

<sup>69</sup> CHK-JUNG, N 7 zu Art. 544 OR.

<sup>70</sup> BGE 93 II 329, 334; BGE 50 III 83, 85; CR-ROMY, N 3 zu Art. 143 OR; KuKo-JUNG, N 2 zu Art. 143 OR.

<sup>71</sup> Siehe zur Möglichkeit von Vereinbarungen des Gläubigers mit einzelnen Solidarschuldern nur KuKo-JUNG, N 2 zu Art. 143 OR und N 1 ff. zu Art. 147 OR.

allein gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung, können wegen der Akzessorietät ihrer Haftung jedoch auch die gegen die Durchsetzbarkeit der Forderung gerichteten Einreden der Gesellschaft geltend machen.

## **2.4.2 Belangbarkeit der Gesellschafter**

### *2.4.2.1 Einfache Gesellschaft*

Da die einfachen Gesellschafter selbst die Solidarschuldner einer gegen die Gesellschaftergesamtheit gerichteten Forderung sind, kann ein Gläubiger sie nach seiner Wahl unmittelbar persönlich in Anspruch nehmen (Art. 144 OR). Die einfachen Gesellschafter können einen Gläubiger daher grundsätzlich nicht darauf verweisen, dass dieser zunächst die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen soll. Eine Ausnahme gilt lediglich für einen Mitgesellschafter, welcher der Gesellschaftergesamtheit auf einer nicht gesellschaftsvertraglichen Grundlage als Gläubiger gegenübertritt. Er hat aufgrund seiner gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht zunächst die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, bevor er einen Mitgesellschafter in die persönliche Haftung nimmt. Bei der Geltendmachung der Forderung hat er zudem bereits seinen eigentlich erst im Innenverhältnis zu tragenden eigenen Anteil abziehen<sup>72</sup>.

### *2.4.2.2 Personenhandelsgesellschaften*

Bei den Personenhandelsgesellschaften ist die Haftung der Gesellschafter für die Schuld der Gesellschaft hingegen subsidiär ausgestaltet<sup>73</sup>. Sofern mit dem Gläubiger nicht etwas anderes vereinbart wurde, können die unbeschränkt haftenden Kollektivgesellschafter und Komplementäre nach Art. 568 Abs. 3 und Art. 604 OR persönlich nämlich nur dann belangt werden, wenn sie selbst in Konkurs geraten sind<sup>74</sup>, wenn die Gesellschaft nach Art. 574 f. i.V.m. Art. 545 f. OR aufgelöst<sup>75</sup> oder – dokumentiert

---

<sup>72</sup> MANGOLD, S. 23.

<sup>73</sup> Zu den Vorteilen der subsidiären Haftung STEINMANN, S. 26 f.

<sup>74</sup> Diese Belangbarkeitsvariante gilt auch für den Komplementär, obwohl sie in Art. 604 OR versehentlich nicht ausdrücklich erwähnt wird (siehe nur ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 2 zu Art. 604 OR).

<sup>75</sup> BGE 100 II 376, 378 f.; zum Konkurs als Auflösungsgrund und zur persönlichen Haftung der Gesellschafter im Konkurs BGE 134 III 643, 648 ff. (dazu VOGT, GesKR 2009, S. 96 ff.).

durch einen Pfändungsverlustschein nach Art. 149 SchKG – erfolglos betrieben worden ist. Der Gläubiger kann dann nach seiner Wahl auch einzelne Kollektivgesellschafter und Komplementäre in voller Höhe in Anspruch nehmen<sup>76</sup>. Nur ein Gesellschaftergläubiger ist wiederum aufgrund seiner Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern verpflichtet, zunächst eine noch mögliche Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen und bei der Inanspruchnahme von Mitgesellschaftern seinen eigenen intern zu tragenden Schuldanteil abzuziehen. Auch die ohnehin nicht als Aussenhaftung, sondern als Innenhaftung ausgestaltete beschränkte Haftung des Kommanditärs kommt nach Art. 610 OR erst nach einer Auflösung der Kommanditgesellschaft zum Tragen<sup>77</sup>. In allen drei Fällen gelten die Übernahme nach Art. 579 OR<sup>78</sup> und die Fusion nach Art. 3 ff. FusG<sup>79</sup> nicht als eine die Gesellschafterhaftung auslösende Auflösung i.S.v. Art. 568 Abs. 3, Art. 604 und 610 OR. Die Gesellschafter können sich nach Art. 933 Abs. 2 OR gegenüber einem von der Existenz einer Personenhandelsgesellschaft keine Kenntnis habenden Gläubiger aber nur dann auf die Subsidiarität ihrer Haftung berufen, wenn die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist<sup>80</sup>.

### **3. Inhalt der Gesellschafterhaftung**

Die persönliche Aussenhaftung<sup>81</sup> von Personengesellschaftern ist durch den Einsatz der eigenen Arbeitskraft und des privaten Vermögens zur Befriedigung des Gläubigers gekennzeichnet. Die Haftung entspricht dabei nicht nur bei der einfachen Gesellschaft, bei der solidarische Gesell-

---

<sup>76</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob man von einer Solidarschuld zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ausgeht (so etwa BGE 100 II 376, 378 f.; VOGT, GesKR 2009, S. 94, 99) oder nicht (dazu oben bei und in Fn. 36).

<sup>77</sup> Dazu näher unten nach Fn. 112.

<sup>78</sup> BGE 101 Ib 456, 460 f.; BGer 4A\_67/2007 E. 2.1; BGE 136 V 268, 271 und 276; ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 93 zu Art. 568–569 OR und N 28 zu Art. 579 OR; Bask-STAEHELIN, N 2 zu Art. 579 OR.

<sup>79</sup> Zwar kommt es auch bei der Fusion zur Auflösung eines übertragenden Rechtsträgers, doch bleibt den durch besondere Vorschriften (Art. 25 ff. FusG) geschützten Gläubigern das Haftungssubstrat der übertragenden Gesellschaft im Rahmen der Fusion erhalten, so dass die persönliche Haftung der bisherigen Personenhandelsgesellschafter auch weiterhin nur subsidiär bestehen bleiben sollte.

<sup>80</sup> OGer TG vom 22.11.2010, BR.2010.82, RBOG 2010, S. 104 (Nr. 17).

<sup>81</sup> Zum Sonderfall der Differenzinnenhaftung des Kommanditärs siehe unten nach Fn. 112.

schafterschuld und Gesellschafterhaftung zusammenfallen, sondern auch bei den Personenhandelsgesellschaften, bei denen die Gesellschafter subsidiär für eine fremde Schuld der im Aussenverhältnis verselbständigten Gesellschaft haften, grundsätzlich dem Inhalt der Schuld. Dies bedeutet, dass Sach- und Dienstleistungspflichten (z.B. Eigentumsübertragung an einer unbeweglichen Sache, Rechnungslegung, Werkerstellung) grundsätzlich in natura und Dienstleistungen grundsätzlich auch persönlich zu erfüllen sind (sog. Erfüllungstheorie)<sup>82</sup>. Ist eine solche Naturalerfüllung einem einzigen Gesellschafter allerdings unmöglich (z.B. Art. 211 Abs. 1 SchKG; Erforderlichkeit der gemeinsamen Verfügung über Gegenstände des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens), kann die persönliche Haftung des Gesellschafters nur in der Leistung von Schadenersatz bestehen. Die Naturalerfüllungspflicht kann zudem durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem Dritten auf eine Schadenersatzleistung in Geld beschränkt sein. Dies gilt insbesondere bei einer dem Gläubiger ersichtlichen Unzumutbarkeit der (persönlichen) Naturalerfüllung (z.B. fehlende zeitliche Verfügbarkeit oder Fachkenntnis des Gesellschafters)<sup>83</sup>. Bei Unterlassungspflichten (z.B. Unterlassen von Wettbewerb) kommt kraft Natur der Sache zudem nur eine Interessenhaftung in Betracht<sup>84</sup>, da das Unterlassen eines Gesellschafters nicht dasselbe wie das Unterlassen der Gesellschaft ist und eine Naturalerfüllung auf eine Erstreckung der Primärpflicht der Gesellschaft auf die Gesellschafter hinausliefe, was nur bei einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Gläubiger anzunehmen ist (z.B. Geltung des Wettbewerbsverbots auch für das Unternehmen eines Gesellschafters).

## **4. Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung**

### **4.1 Vereinbarung mit dem Gläubiger**

Die gesetzlichen Regelungen zur persönlichen Haftung von Personengesellschaftern sind dispositiv und treten daher hinter einer auf die Haf-

---

<sup>82</sup> PLATTNER, S. 122 ff.; BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 16 ff. zu Art. 568 OR; ZK-SIEGWART, N 21 zu Art. 568/569 OR; a.A. (sog. Haftungstheorie) VON WYSS, S. 53 ff.; VON STEIGER, S. 538 f.; MANGOLD, S. 21; differenzierend ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 49 ff. zu Art. 568–569 OR.

<sup>83</sup> Für die einfache Gesellschaft CHK-JUNG, N 12 zu Art. 544 OR.

<sup>84</sup> PLATTNER, S. 156 ff.

tungsbefreiung, die Haftungsbeschränkung oder die Erweiterung der Belangbarkeitshürden gerichteten abweichenden Vereinbarung mit dem Gläubiger zurück. Für das Recht der einfachen Gesellschaft ergibt sich die Abdingbarkeit direkt aus dem Vorbehalt am Ende von Art. 544 Abs. 3 OR und für die Personenhandelsgesellschaften aus dem allgemeinen Grundsatz der Abdingbarkeit obligationenrechtlicher Regelungen und einem Umkehrschluss aus den Art. 568 Abs. 2, Art. 569 Abs. 2 und Art. 612 Abs. 2 OR. Die Vereinbarung mit dem Gläubiger muss ausdrücklich erfolgen, so dass ein allgemeiner auf die Haftungsbeschränkung bezogener Hinweis im Namen bzw. in der Firma oder in anderer Form ganz unabhängig von seiner fraglichen Zulässigkeit unzureichend ist<sup>85</sup>. Die wirksame Vereinbarung mit dem Gläubiger lässt bei der einfachen Gesellschaft die Solidarschuld der Gesellschafter unberührt und führt auch nicht zu einer Schuld der als solche nicht verpflichtungsfähigen Gesellschaft<sup>86</sup>, beschränkt aber die Haftung der Gesellschafter auf ihre im Gesellschaftsvermögen gebundenen Vermögenswerte. Bei den Personenhandelsgesellschaften lässt die Vereinbarung die Schuld der Gesellschaft und deren Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen unberührt, befreit die Gesellschafter jedoch ganz oder teilweise von ihrer ergänzenden persönlichen Haftung.

## **4.2 Interne Vereinbarungen und Beschlüsse der Gesellschafter**

Zwischen den Gesellschaftern getroffene Vereinbarungen, welche die persönliche Haftung der Personengesellschafter direkt ausschliessen bzw. beschränken oder die Belangbarkeitsvoraussetzungen erhöhen, haben gegenüber dem Gläubiger keine Wirkung. Das gilt nicht nur für die Personenhandelsgesellschaften (Art. 568 Abs. 2, Art. 569 Abs. 2 und Art. 612 Abs. 2 OR), sondern aufgrund des Gleichlaufs von Schuld und Haftung auch für die einfache Gesellschaft<sup>87</sup>. Die Gesellschafter haben daher nur die Möglichkeit, bereits das Eingehen von Solidarschulden nach Art. 544 Abs. 3 OR bzw. das Eingehen von Verbindlichkeiten durch die Gesell-

---

<sup>85</sup> Ein Beispiel für einen solch unzureichenden Hinweis würde die Verwendung der Bezeichnung „X&Y Einfache Gesellschaft m.b.H.“ bilden.

<sup>86</sup> A. A. MÜLLER, S. 21.

<sup>87</sup> BGer 4A\_562/2011 E. 4.2.

schaft (Art. 562 ff., 602 f. OR) zu begrenzen. Hierfür bestehen folgende Möglichkeiten:

## **4.2.1 Begrenzung der Vertretungsmacht**

### *4.2.1.1 Direkte Beschränkung der Vertretungsmacht*

#### 4.2.1.1.1 Einfache Gesellschaft

Namentlich die einfachen Gesellschafter haben es in der Hand, durch eine gesellschaftsvertragliche oder durch Beschluss herbeigeführte Einschränkung der Vertretungsmacht ihre persönliche Haftung auf die von dieser Vertretungsmacht erfassten Geschäfte zu begrenzen (Art. 543 Abs. 2 i.V.m. Art. 33 Abs. 2, Art. 544 Abs. 3 OR). Sie brauchen hierzu entgegen verbreiteter Ansicht auch nicht über einen wichtigen Grund zu verfügen, da Art. 539 Abs. 1 OR nur allgemein für die Geschäftsführung gilt und hinter den von Art. 543 Abs. 2 OR ausdrücklich für anwendbar erklärten Regelungen des Stellvertretungsrechts zurücktritt, was auch dem Verkehrsschutz dient, weil Dritte die Wichtigkeit des Widerrufs- bzw. Beschränkungsgrundes nur selten zuverlässig werden ermessen können<sup>88</sup>. Nach freilich umstrittener Ansicht steht den einfachen Gesellschaftern das Widerrufs- und Beschränkungsrecht nach Art. 543 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 OR sogar individuell zu<sup>89</sup>. Insoweit stellt sich aber noch generell die Frage, ob die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR, wonach ein Gesellschafter, dem die Geschäftsführung kraft Gesetzes<sup>90</sup>, Gesellschaftsvertrages oder Beschlusses überlassen wurde, zu allen gewöhnlichen<sup>91</sup> rechtsgeschäftlichen Handlungen ermächtigt ist, von den Mitgesellschaftern auch gegenüber gutgläubigen Dritten widerlegt werden kann. Bekanntlich wird dies zum Schutz gutgläubiger Dritter vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung entgegen starker und berechtigter Kritik im

---

<sup>88</sup> A.A. HIRSCH, S. 411, 419, und ZK-SIEGWART, N 12 f. zu Art. 543 OR m.w.N.

<sup>89</sup> HIRSCH, S. 411, 419 f.; a.A. VON STEIGER, S. 434 mit Fn. 22; ZK-SIEGWART, N 12 f. zu Art. 543 OR.

<sup>90</sup> Zur Anwendung von Art. 543 Abs. 3 OR auch auf die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis siehe OGer LU, SZW 1997, S. 247 r130; AEPLI, S. 42, 45; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 37 f. zu Art. 543 OR, und CHK-JUNG, N 11 zu Art. 543 OR; a.A. BK-BECKER, N 5 zu Art. 543 OR.

<sup>91</sup> Zur Unanwendbarkeit von Art. 543 Abs. 3 OR bei aussergewöhnlichen Geschäften siehe etwa BGer 4C.16/2006 E. 7.2; BGer 4C.191/2003, publiziert in Pra 2005, Nr. 65, E. 2.2.

Schrifttum verneint<sup>92</sup>. Fraglich ist auch, ob der von einem Gesellschafter intern geäußerte Widerspruch gegen ein Rechtsgeschäft (vgl. Art. 535 Abs. 2 OR) oder Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis (vgl. Art. 539 Abs. 1 OR) einem Gläubiger, der die persönliche Gesellschafterhaftung geltend macht, entgegengehalten werden können. Da die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR greift, „sobald“ (und nicht soweit) einem Gesellschafter die Geschäftsführung übertragen wurde<sup>93</sup>, kommt eine Haftungsbefreiung durch internen Widerspruch nur in Betracht, wenn der Widerspruch dem Gläubiger mitgeteilt wurde<sup>94</sup> oder wenn der widersprechende Gesellschafter nachweist, dass dem Gesellschaftergeschäftsführer aufgrund des Widerspruchs bzw. anderer Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis auch die Vertretungsmacht gefehlt hat.

#### 4.2.1.1.2 Personenhandelsgesellschaften

Aufgrund des typisch handelsrechtlichen Verkehrsschutzes kann die Vertretungsmacht eines Gesellschafter- oder Fremdgeschäftsführers bei den Personenhandelsgesellschaften nur in geringem Masse durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung oder einen Beschluss eingeschränkt werden. Von der auch die Vertretungsmacht begrenzenden Wirkung des Gesellschaftszwecks war bereits die Rede. Darüber hinaus kann die Vertretungsmacht von Gesellschaftern nur auf einen oder einzelne Gesellschafter (Entzug), auf eine gemeinschaftliche Vertretung mit anderen Gesellschaftern oder Prokuristen (sog. Kollektivvertretungsmacht) oder allenfalls noch eine Haupt- oder Zweigniederlassung (sog. Filialvertretungsmacht)<sup>95</sup> beschränkt werden (Art. 555, 565, 603 OR). Dies gilt auch für die Vertretungsmacht von Fremdgeschäftsführern (Art. 555 OR analog) und Prokuristen (Art. 460 OR), wobei für die Prokuristen die Beschränkung auf eine Niederlassung vom Gesetz ausdrücklich für zulässig erklärt wird (Art. 460 Abs. 1 OR).

---

<sup>92</sup> BGE 116 II 707, 709; BGE 118 II 313, 318; BGE 124 III 355, 359; a.A. FELLMANN/MÜLLER, AJP 2000, S. 637, 639 ff.; VONZUN, N 722 ff.; REICHMUTH PFAMMATTER, S. 209 ff.; HIRSCH, S. 411, 415 f.; CHK-JUNG, N 13 zu Art. 530 OR.

<sup>93</sup> CHK-JUNG, N 12 zu Art. 530 OR.

<sup>94</sup> KGer GR, PKG 1995, S. 99.

<sup>95</sup> Hierfür trotz fehlender Erwähnung in Art. 555 OR ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 60 ff. zu Art. 554–556 OR; a.A. VON STEIGER, S. 486; BK-HARTMANN, N 3 zu Art. 555 OR.

#### 4.2.1.2 *Indirekte Beschränkung der Vertretungsmacht durch Eingrenzung des Gesellschaftszwecks*

##### 4.2.1.2.1 Einfache Gesellschaft

Die Vertretungsmacht, die einem Gesellschafter oder Fremdgeschäftsführer ebenso wie einem sonstigen Bevollmächtigten einer einfachen Gesellschaft eingeräumt wird, ist regelmässig zumindest stillschweigend durch den Gesellschaftszweck beschränkt. So bezieht sich auch die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR nur auf gewöhnliche und damit in jedem Fall nicht ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegende Geschäftsführungsmassnahmen.

##### 4.2.1.2.2 Personenhandelsgesellschaften

Bei den Personenhandelsgesellschaften wird die zwingende Reichweite der Vertretungsmacht von Gesellschaftern (Art. 564 Abs. 1, Art. 603 OR) und Fremdgeschäftsführern (Art. 564 Abs. 1, Art. 603 OR analog)<sup>96</sup> sowie von Prokuristen (Art. 459 Abs. 1 OR) durch den Gesellschaftszweck bestimmt. Der vermutete Umfang der Handlungsvollmacht bezieht sich sogar nur auf gewöhnliche Geschäfte, die jedenfalls innerhalb des Gesellschaftszwecks liegen müssen. Eine enge Fassung des Gesellschaftszwecks hat freilich den Nachteil, dass Zweckänderungen und gesonderte Ermächtigungen durch sämtliche Gesellschafter eher erforderlich werden.

### 4.2.2 **Begrenzung von Geschäftsführungsbefugnissen**

#### 4.2.2.1 *Einschränkung der Vertretungsbefugnis*

Während die Vertretungsmacht gegenüber gutgläubigen Dritten zumindest im Personenhandelsgesellschaftsrecht und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Unwiderleglichkeit der Vermutung von Art. 543

---

<sup>96</sup> Die Möglichkeit der Fremdgeschäftsführung ergibt sich aus Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 535 Abs. 1 OR, wobei umstritten ist, ob es sich um eine Geschäftsführungsbefugnis auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (so BK-FELLMANN/MÜLLER, N 197 zu Art. 535 OR; CHK-JUNG, N 3 zu Art. 535 OR) oder auf gesonderter vertraglicher Grundlage (so ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 176 ff. zu Art. 534–535 OR) handelt. Zumind. als gesellschaftsrechtlich begründete Vertretungsmacht sollte diejenige von Fremdgeschäftsführern derjenigen von Gesellschaftern im Interesse des Drittschutzes gleichgestellt werden.



Abs. 3 OR auch im Recht der einfachen Gesellschaft nur sehr eingeschränkt eingegrenzt werden kann, steht es den Gesellschaftern im Innenverhältnis frei, beliebige weitere Einschränkungen der Vertretungsbefugnis festzulegen. Auch wenn diese im Aussenverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung entfalten (Art. 564 Abs. 2, Art. 603, 460 Abs. 3 OR), werden sie den betroffenen Vertreter angesichts drohender Sanktionen (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 335 ff., 404 Abs. 1, Art. 565 OR) regelmässig von einem Überschreiten der internen Vertretungsbefugnis unter Ausnutzung der weiter reichenden externen Vertretungsmacht abhalten.

#### *4.2.2.2 Einschränkung von tatsächlichen Geschäftsführungs-, Verrichtungs- und Betriebsbefugnissen*

Ferner können die Personenhandelsgesellschafter das Risiko einer haftungsrelevanten Zurechnung des deliktischen Verhaltens von Mitgesellschaftern durch eine möglichst enge Umschreibung von deren Geschäftsführungsaufgaben herabsetzen, da Art. 567 Abs. 3 OR ein Handeln in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen voraussetzt<sup>97</sup>. Entsprechendes gilt für die anderen oben erwähnten und auch für die einfache Gesellschaft geltenden Zurechnungsnormen wie insbesondere Art. 55 OR. Der Vorteil der mit der Einschränkung von Geschäftsführungs-, Verrichtungs- und Betriebsbefugnissen erzielten Verringerung von Haftungsrisiken muss allerdings gegen den Nachteil einer reduzierten Handlungsfreiheit der betroffenen Personen und damit auch der Gesellschaft abgewogen werden.

### **4.3 Haftungbeschränkung als Kommanditär**

#### **4.3.1 Möglichkeit der Haftungbeschränkung**

##### *4.3.1.1 Grundsatz*

Nach Art. 608 Abs. 1 OR kann der Kommanditär seine persönliche Haftung in der Höhe auf eine im Handelsregister eingetragene Haftsumme (Kommanditsumme) beschränken. Für die Höhe der Kommanditsumme ist die Eintragung im Handelsregister massgeblich (Art. 608 Abs. 1 OR), sofern der Kommanditär nicht selbst oder die Gesellschaft mit seinem

---

<sup>97</sup> Siehe dazu oben nach Fn. 22.

Wissen gegenüber Dritten eine höhere Kommanditsumme kundgegeben hat (Art. 608 Abs. 2 OR). Eine Herabsetzung der Kommanditsumme wird Dritten gegenüber erst einen Werktag nach dem Tag der Bekanntmachung ihrer Handelsregistereintragung im SHAB wirksam (Art. 609 i.V.m. Art. 932 Abs. 2 OR). Der vertraglich festgesetzte oder der tatsächliche Wert der im Innenverhältnis vereinbarten oder tatsächlich geleisteten Beitragsleistungen des Kommanditärs spielt hingegen zu keinem Zeitpunkt eine Rolle.

#### 4.3.1.2 *Ausnahmsweise unbeschränkte Haftung des Kommanditärs*

##### 4.3.1.2.1 Unbeschränkte Haftung als Scheinkomplementär oder Scheinkollektivgesellschaftler

Zwei bedeutende Fälle eines Auftretens des Kommanditärs als Scheinkomplementär oder Scheinkollektivgesellschaftler sind im Gesetz ausdrücklich geregelt: So haftet der nach Art. 603 OR zwingend von der gesellschaftsrechtlichen Vertretung der Kommanditgesellschaft ausgeschlossene Kommanditär zunächst nach Art. 605 OR unbeschränkt, wenn er als Vertreter der Gesellschaft auftritt, ohne dabei ausdrücklich z.B. durch Zusätze wie „pp./ppa.“ oder „i.V.“ zu erklären, dass er nur als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handelt. Offenbar betrachtet der Gesetzgeber nach der Sonderregelung von Art. 605 OR den in diesen Fällen auch ohne ausdrückliche Erklärung erzeugten Rechtsschein einer Komplementärstellung als bereits so stark, dass die Rechtsfolge der persönlichen unbeschränkten Haftung auch dann eingreifen soll, wenn der Kommanditär als solcher mit einer Haftsumme oder als Prokurist im Handelsregister eingetragen wurde und damit nach Art. 933 Abs. 1 OR eigentlich die entsprechende Kenntnis und Bösgläubigkeit des Vertragspartners angenommen werden müsste<sup>98</sup>. Die Regelung von Art. 605 OR ist in dieser Reichweite zwar geltendes Recht, aber rechtspolitisch fragwürdig. Stimmiger wäre es, von dem Grundsatz auszugehen, dass ein im Handelsregister als solcher eingetragener Kommanditär davon ausgehen kann, dass dem Dritten dies auch ohne ausdrücklichen Hinweis bekannt ist (Art. 933 Abs. 1 OR), und eine unbeschränkte persönliche Haftung nur dann anzunehmen, wenn der Kommanditär nicht nur durch

---

<sup>98</sup> BK-HARTMANN, N 4 zu Art. 605 OR; für einen Vorrang von Art. 933 Abs. 1 OR Art. 605 OR hingegen ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 7 ff. zu Art. 605–607 OR, und BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 3 zu Art. 605 OR.

sein Handeln als Vertreter der Gesellschaft, sondern durch weitere Verhaltensweisen (z.B. bisherige Stellung eines Komplementärs, Aufnahme des Namens in die Firma entgegen Art. 947 Abs. 4 OR – vgl. dazu auch Art. 607 OR) den Rechtsschein einer Komplementärstellung erzeugt hat. Dies liesse sich wie auch sonst damit begründen, dass eine Berufung auf Art. 933 Abs. 1 OR dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Vertragspartner auf einen besonders starken anderweitigen Rechtsschein vertrauen durfte<sup>99</sup>.

Der zweite gesetzlich geregelte Fall einer unbeschränkten Rechtsscheinhaftung des Kommanditärs betrifft die Aufnahme seines Namens in die Firma der Kommanditgesellschaft (Art. 607 OR). Da nach Art. 947 Abs. 4 OR die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Geschafter in der Firma einer Kommanditgesellschaft nicht enthalten sein dürfen, wird durch die verbotswidrige Aufnahme nach Ansicht des Gesetzgebers ein so starker Rechtsschein gesetzt, dass gutgläubige Dritte auf ihn wiederum auch dann vertrauen dürfen, wenn die Stellung als Kommanditär im Handelsregister eingetragen wurde und durch die Bekanntmachung im SHAB nach Art. 932 Abs. 2 OR Dritten gegenüber wirksam geworden ist (vgl. Art. 933 Abs. 1 OR)<sup>100</sup>. Immerhin bildet die Gutgläubigkeit des Dritten i.S.v. Art. 3 ZGB nach herrschender Ansicht auch ohne gesonderte Nennung in Art. 607 OR (vgl. demgegenüber Art. 605 OR) eine Haftungsvoraussetzung<sup>101</sup>, weil sie sich zwingend aus der Natur der Haftung als Rechtsscheinhaftung ergibt. Aus den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung ergibt sich auch, dass die Haftung nur entsteht, wenn der Kommanditär an der Aufnahme seines Namens in die Firma mitgewirkt bzw. dieser zugestimmt hat oder wenn er gegen die Verwendung seines Namens schuldhaft (z.B. aus fahrlässiger Unkenntnis) nicht eingeschritten ist, obwohl er dies hätte tun können<sup>102</sup>. Rechtspolitisch kann man die etwa auch dem geltenden italienischen<sup>103</sup> und dem

---

<sup>99</sup> Dazu generell BGE 106 II 346, 351 m.w.N. und BGE 123 III 220, 223.

<sup>100</sup> CHK-COMBŒUF, N 4 zu Art. 607 OR; a.A. und für einen Vorrang von Art. 933 Abs. 1 OR plädierend ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 21 zu Art. 605–607 OR.

<sup>101</sup> VON STEIGER, S. 641; ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 21 zu Art. 605–607 OR; BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 4 zu Art. 607 OR; a.A. zumindest bei klarer Individualisierung des Kommanditisten in der Firma ZK-SIEGWART, N 6 zu Art. 607 OR.

<sup>102</sup> Unter Umständen weitergehend ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 24 zu Art. 605–607 OR, und BasK-PESTALOZZI/HETTICH, N 5 zu Art. 607 OR (Haftung auch bei Unkenntnis und ausdrücklicher Verwahrung gegen die Verwendung); strenger und eine Verwendung des Namens in der Firma mit Zustimmung oder Duldung des Kommanditärs verlangend etwa VON STEIGER, S. 641, und BUXBAUM CARONI, S. 358.

<sup>103</sup> Art. 2314 Abs. 2 i.V.m. Art. 2292 Abs. 1 itCC.

früheren französischen<sup>104</sup> Recht bekannte unbeschränkte Rechtsscheinhaf-  
tung insbesondere dann in Frage stellen, wenn die Stellung als Komman-  
ditär im Handelsregister eingetragen ist und damit nach allgemeinen  
Grundsätzen eigentlich die Kenntnis des Dritten zu fingieren wäre (vgl.  
Art. 933 Abs. 1 OR). Auf der anderen Seite dürfte die unbeschränkte Haf-  
tung im Hinblick auf den (allerdings umstrittenen) öffentlichen Glauben  
des Handelsregisters<sup>105</sup> besonders dann gerechtfertigt sein, wenn die irre-  
führende Firma mit dem Namen des Kommanditärs aufgrund eines Feh-  
lers des Handelsregisterführers ausnahmsweise einmal im Handelsregister  
eingetragen sein sollte.

Die beiden gesetzlich geregelten Sonderfälle können unabhängig von  
der generellen Anerkennung des Instituts der Vertrauenshaftung auf ver-  
gleichbare Sachverhalte erstreckt werden. Erweckt der Kommanditär da-  
her auch auf andere Weise entweder selbst zurechenbar<sup>106</sup> oder erwecken  
Dritte, deren Verhalten der Kommanditär hätte kennen und unterbinden  
können, den Anschein einer Stellung als unbeschränkt haftender Gesell-  
schafter, so haftet der Kommanditär als Scheinkomplementär bzw.  
Scheinkollektivgesellschafter gegenüber Personen, die von der Haftungs-  
beschränkung auf die Kommanditsumme keine Kenntnis hatten und auf  
die unbeschränkte Haftung des Gesellschafters in schutzwürdiger Weise  
vertraut haben, unbeschränkt. In diesen nicht von Art. 605 und 607 OR er-  
fassten Fällen ist aber besonders zu beachten, dass die Handelsregis-  
tereintragung der Stellung als Kommanditär die Bösgläubigkeit des Drit-  
ten begründet und die Berufung des Kommanditärs auf Art. 933 Abs. 1  
OR nur dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn ein besonders starker Rechts-  
schein geschaffen wurde<sup>107</sup>.

#### 4.3.1.2.2 Unbeschränkte Haftung kraft negativer Handelsregisterpublizität

Die Gründung einer Kommanditgesellschaft und die Stellung als Kom-  
manditär einer Kommanditgesellschaft mit einer auf die Kommandit-  
summe beschränkten Haftung sind nach Art. 596 Abs. 1 OR und Art. 41

---

<sup>104</sup> Art. 25 Abs. 2 L.1966 (Fassung bis zur Reform durch das Gesetz no 89-1008 du  
31 décembre 1989).

<sup>105</sup> Siehe dazu oben bei Fn. 42 und 43.

<sup>106</sup> Die Zurechenbarkeit setzt bei einem selbst gesetzten Rechtsschein kein Verschulden,  
sondern lediglich die Handlungsfähigkeit des Kommanditärs voraus.

<sup>107</sup> Dazu bereits oben bei Fn. 48.

Abs. 2 lit. g HRegV eintragungspflichtige Tatsachen. Damit ergibt sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen, dass diese Tatsachen im Falle ihrer Nichteintragung nach Art. 933 Abs. 2 OR einem Dritten nur dann entgegengehalten werden können, wenn sie der Dritte kannte. Diese Regel wird durch Art. 606 OR noch einmal ausdrücklich bestätigt, wonach der Kommanditär im Falle der Nichteintragung einer im Rechtsverkehr bereits aufgetretenen Gesellschaft bzw. ihrer Unwirksamkeit (vgl. Art. 932 Abs. 2 OR) gegenüber einem unwissenden Dritten wie ein Komplementär bzw. Kollektivgesellschafter haftet.

#### 4.3.1.2.3 Unbeschränkte Haftung kraft faktischer Beherrschung?

Die beschränkte Haftung des Kommanditärs rechtfertigt sich durch den nach dem gesetzlichen Leitbild gegebenen Ausschluss des Kommanditärs von der Geschäftsführung. Insofern gilt der Grundsatz der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung zu seinen Gunsten. Damit stellt sich zugleich die Frage, ob dieser Grundsatz ausnahmsweise auch zu seinen Lasten zum Tragen kommen kann, wenn der Kommanditär abweichend vom dispositiven Gesetzesrecht (vgl. Art. 599 OR) ausnahmsweise über umfangreiche Geschäftsführungsbefugnisse und etwa auch eine Prokura (Art. 458 ff. OR) zur weitreichenden Vertretung der Gesellschaft verfügt. Vorstellbar sind sogar Fälle, in denen der Kommanditär einen vermögenslosen Komplementär lediglich vorschiebt und die Gesellschaft faktisch beherrscht<sup>108</sup>. Wie bereits ein Blick in das Kapitalgesellschaftsrecht und auf die Zulässigkeit von Einpersonengesellschaften mit Haftungsbeschränkung verdeutlicht, gibt es im Schweizer Recht jedoch keinen allgemein geltenden Grundsatz der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung<sup>109</sup>. Damit genügt auch die Beherrschung einer Kommanditgesellschaft bzw. die atypische Ausgestaltung ihrer Geschäftsführung nicht, um eine unbeschränkte Haftung des im Handelsregister wirksam mit einer Kommanditsumme eingetragenen Kommanditärs nach Art der Durchgriffshaftung zu begründen<sup>110</sup>. Vorbehalten bleiben lediglich besondere Haftungstat-

---

<sup>108</sup> So im deutschen Fall BGHZ 45, S. 204 ff.

<sup>109</sup> A.A. bei vergleichbaren Rahmenbedingungen in Deutschland jedoch etwa MÜLLER-ERZBACH, S. 705, 709 (unbeschränkte Haftung des vertretungsberechtigten Kommanditisten) und generell für eine Korrespondenz von Herrschaft und Haftung EUCKEN, S. 279 ff.

<sup>110</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 23; in casu für das deutsche Recht ebenfalls verneinend BGHZ 45, S. 204 ff.; a.A. eine Mindermeinung im deutschen Recht: PAULICK, S. 38 f.; MÜLLER-ERZBACH, S. 705, 709.

bestände, die der Kommanditär etwa durch eigenes deliktisches Verhalten (z.B. eine sittenwidrige Gläubigerschädigung)<sup>111</sup> oder im Rahmen der Vertrauenshaftung verwirklichen kann<sup>112</sup>.

### 4.3.2 Möglichkeit der Haftungsbefreiung

Der Kommanditär wird von der persönlichen Haftung befreit, wenn er eine seiner Kommanditsumme im Wert entsprechende Einlage leistet und diese weder direkt bzw. offen noch indirekt bzw. verdeckt zurückerhalten hat (Art. 608 Abs. 3, Art. 610 Abs. 2 und Art. 611 OR). Soweit er die Einlage noch nicht geleistet oder wieder zurückerhalten hat, haftet er dem Gläubiger zwar nicht direkt im Aussenverhältnis, er muss die entsprechende Differenz jedoch bei Auflösung der Kommanditgesellschaft an die Liquidations- oder Konkursmasse leisten (Art. 610 Abs. 2 OR). Es handelt sich mithin um eine auf den Zeitpunkt der Auflösung hinausgeschobene Differenzinnenhaftung, zu deren Geltendmachung die Gläubiger, Liquidatoren oder die Konkursverwaltung aktivlegitimiert sind. Während sich die Differenzhaftung im Konkurs aufgrund von Art. 211 Abs. 1 SchKG zwingend auf eine Geldleistung richtet, ist in den anderen Fällen der Auflösung umstritten, ob der Kommanditär bei Sach- und Dienstleistungen bzw. bei Unterlassungen grundsätzlich zur Realerfüllung verpflichtet ist (sog. Erfüllungstheorie)<sup>113</sup> oder nicht (sog. Haftungstheorie)<sup>114</sup>. Das gesetzliche Leitbild einer lediglich vermögensmässigen Beteiligung des Kommanditärs sowie die Modalitäten seiner erst im Stadium der auf vermögensmässige Verwertung gerichteten Liquidation greifenden Haftung nach Art. 610 Abs. 2 OR sprechen für eine blosser Geldleistungsverpflichtung des Kommanditärs. Insofern besteht ein Unterschied zur Haftung der Kollektivgesellschafter<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Vgl. zur rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der Haftungsbeschränkung im deutschen Recht eingehend BOERNER, S. 104 ff.; MOSSMANN, S. 86 ff.; BLAUROCK, S. 553, 569; WIEDEMANN, S. 1037, 1048 ff., und PAULICK, S. 38 f., 82 und 85 f.

<sup>112</sup> Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Haftung von unternehmerisch beteiligten Kommanditären im deutschen Recht JUNG, Unternehmergeellschafter, S. 361 ff.

<sup>113</sup> So etwa BK-HARTMANN, N 2 zu Art. 610 OR.

<sup>114</sup> So etwa BUXBAUM CARONI, S. 221 f. und 363.

<sup>115</sup> Dazu oben bei Fn. 82.

#### **4.4 Haftungsbeschränkung durch Umstrukturierung**

Da bei Umstrukturierungen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger verschiedene Sonderregelungen zum Erhalt der persönlichen Haftung von Personengesellschaftern eingreifen, ergeben sich nur geringfügige Haftungserleichterungen, die für sich genommen den Aufwand einer Umstrukturierung nicht rechtfertigen. So bildet bei der Einbringung des bisherigen Personengesellschaftsunternehmens in eine Aktiengesellschaft oder GmbH die auch bei längerfristig verjährenden Gläubigeransprüchen nach Art. 592 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 OR zugunsten der bisherigen Personengesellschafter maximal drei Jahre<sup>116</sup> betragende Verjährungsfrist einen gewissen Vorteil. Dieser Vorteil besteht nach Art. 592 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 OR auch bei einer Umwandlung der Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft oder GmbH durch Übernahme nach Art. 579 OR<sup>117</sup>. Entsprechendes gilt bei der Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft nach Art. 54 ff. FusG (Art. 54 Abs. 2 lit. a bzw. Abs. 3 lit. a FusG), da die vor der Umwandlung persönlich haftenden Gesellschafter hinsichtlich ihrer für die vor der Umwandlung begründeten Verbindlichkeiten fortbestehenden Haftung (Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 3 FusG) ebenfalls von einer maximal auf drei Jahre ab Rechtswirksamkeit der Umwandlung bzw. ab Fälligkeit begrenzten Verjährung profitieren (Art. 26 Abs. 2 FusG).

#### **4.5 Haftungsbeschränkung durch Zwischenschaltung einer AG oder GmbH als Personengesellschafterin**

De lege lata besteht die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung durch die Zwischenschaltung einer Aktiengesellschaft oder GmbH als Personengesellschafterin nur bei der einfachen Gesellschaft (Art. 530 Abs. 1 OR), der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 98 Abs. 2 KAG)<sup>118</sup> und für Kommanditäre (Art. 594 Abs. 2 OR), da die persönlich

---

<sup>116</sup> Siehe dazu und zur Korrektur des Wortlauts von Art. 592 Abs. 2 S. 2 OR bereits oben vor und in Fn. 63.

<sup>117</sup> Zu einer Umwandlung durch Übernahme nach Art. 579 OR (vgl. auch Art. 55 Abs. 3 FusG) kommt es, wenn die verbleibende Gesellschafterin eine Aktiengesellschaft oder GmbH ist (dazu näher JUNG, Planwidrige Schutzlücken, S. 195 ff.).

<sup>118</sup> Nach Art. 98 Abs. 2 KAG kommen als Komplementärinnen einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen sogar ausschliesslich Aktiengesellschaften in Betracht.

und unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Kollektiv- oder (einfachen) Kommanditgesellschaft natürliche Personen sein müssen (Art. 552 Abs. 1, Art. 594 Abs. 2 OR). Beteiligt sich eine Kapitalgesellschaft an einer Kollektivgesellschaft oder als Komplementärin an einer (einfachen) Kommanditgesellschaft, wird die Personengesellschaft in der Praxis lediglich nach Art. 530 Abs. 2 OR als einfache Gesellschaft anerkannt bzw. geduldet, wobei die Gesellschaft dann mehr oder weniger<sup>119</sup> doch wieder den Sonderregelungen für Personenhandelsgesellschaften unterworfen wird<sup>120</sup>.

## 5. Schluss

Die persönliche Haftung der Personengesellschafter ist das Korrelat ihres regelmässig gegebenen persönlichen Einflusses auf die Gesellschaft. Sie verhilft der Gesellschaft zudem zur notwendigen Kreditwürdigkeit und ermöglicht den Verzicht auf andere Mechanismen des Gläubigerschutzes. Dem Ausschluss und der Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung sind daher enge Grenzen gesetzt. Es ist einem Personengesellschafter mithin in jedem Falle zu raten, die Mitgesellschafter sorgfältig auszuwählen und die Risiken der Gesellschaftstätigkeit möglichst zu begrenzen und gut zu überwachen.

---

<sup>119</sup> Sehr weitgehend, aber konsequent VONZUN, N 574 ff., und ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 86 ff. zu Art. 530 OR (analoge Anwendung des Innen- und Aussenrechts der Kollektivgesellschaft); zur Pflicht zur Handelsregistereintragung BGE 79 I 181; gegen die analoge Anwendung von Art. 567 Abs. 3 OR allerdings BGE 84 II 381, 383.

<sup>120</sup> Dazu eingehend und krit. JUNG, FS Ruedin, S. 3 ff.



## Literaturverzeichnis

- AEPLI, VIKTOR: Zur Haftung der Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, BR 1999, S. 42 ff.
- BÄR, ROLF: Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S. 131 ff.
- BECK, PETER: Die Haftung der Anwaltsgemeinschaft, Anwaltsrevue 5/1998, S. 11 ff.
- BLAUROCK, UWE: Einfluß im Unternehmen und die gesellschaftsrechtliche Haftungsstruktur, in: MARCUS LUTTER et al. (Hrsg.): Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin 1985, S. 553 ff.
- BOERNER, ANNETTE: Die Haftung des herrschenden Kommanditisten, Frankfurt/M. 1985.
- BREITENBACH, LUDWIG: Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft, Immensee 1944.
- BUXBAUM CARONI, MIRELLA: Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs, Zürich 1987.
- EUCKEN, WALTER: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990.
- FELLMANN, WALTER (Anwaltsrevue 11-12/2000): Haftung des Anwalts in der Anwaltsgemeinschaft, Anwaltsrevue 11-12/2000, S. 10 ff.
- FELLMANN, WALTER (Geschäftsführung): Geschäftsführung, Vertretung und Haftung bei den Personengesellschaften, in: Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, S. 113 ff.
- FELLMANN, WALTER/MÜLLER, KARIN (AJP 2000): Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355, AJP 2000, S. 637 ff.
- FELLMANN, WALTER/MÜLLER, KARIN (BK-FELLMANN/MÜLLER): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft – Art. 530–544 OR, Bern 2006.
- GILLIÉRON, PIERRE-ROBERT: Concordat, droits contre les coobligés, responsabilité personnelle, illimitée, solidaire et subsidiaire des associés dans une société de personnes dont le patrimoine répond en premier lieu des dettes sociales, SAG 57 (1985), S. 83 ff.
- GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/SCHNYDER, ANTON K./DRUEY, JEAN NICOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- HANDSCHIN, LUKAS/CHOU, HAN-LIN (ZK-HANDSCHIN/CHOU): Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/4b (Art. 552–619 OR), Zürich 2009.
- HANDSCHIN, LUKAS/VONZUN, RETO (ZK-HANDSCHIN/VONZUN): Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/4a (Art. 530–551 OR), Zürich 2009.
- HARTMANN, WILHELM (BK-HARTMANN): Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 552–619 OR, Bern 1943.
- HIRSCH, ALAIN: La société simple et les tiers, in: Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg/Ue 1977, S. 411 ff.
- HOFFMANN-NOWOTNY, URS/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2007, S. 261 ff.
- HONSELL, HEINRICH (Hrsg.) (KuKo-BEARBEITER): Kurzkommentar OR (Obligationenrecht, Art. 1–529), Basel 2008.

- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012.
- JUNG, PETER (Unternehmergesellschaft): Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002.
- JUNG, PETER (FS Ruedin): Die einfache Gesellschaft als Betreiberin eines kaufmännischen Gewerbes, in: WESSNER/BOHNET (Hrsg.): Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel 2006, S. 3 ff.
- JUNG, PETER (FS Tercier): Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners, in: GAUCH/WERRO/PICHONNAZ (Hrsg.): Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, S. 285 ff.
- JUNG, PETER (Planwidrige Schutzlücken): Planwidrige Schutzlücken im Schweizer Strukturänderungsrecht, in: KALSS/FLEISCHER/VOGT (Hrsg.): Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014, S. 179 ff.
- LEUENBERGER, CHRISTOPH: Solidarhaftung der Mitglieder einer Anwaltssozietät für das schadensstiftende Verhalten eines ihrer Mitglieder, ZBJV 1998, S. 581 ff.
- LOSER, PETER: Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006.
- MANGOLD, THEODOR: Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters, Zürich 1947.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012.
- MOSSMANN, AXEL: Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG, Heidelberg 1978.
- MÜLLER, ALFRED: Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft, Bern 1938.
- MÜLLER-ERZBACH, RUDOLF: Die Verbandsmacht – eine unbekannte Welt. Einblicke in die höchstrichterliche Einstellung zum Leben, JZ 1956, S. 705 ff.
- NEESE, MARTIN: Fehlerhafte Gesellschaften, Zürich 1991.
- PAULICK, HEINZ: Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954.
- PLATTNER, STEFAN: Die Haftung des Kollektivgesellschafters, Basel 2003.
- REICHMUTH PFAMMATTER, ALICE: Vertretung und Haftung in der einfachen Gesellschaft, St. Gallen 2002.
- ROBERTO, VITO/TRÜEB, HANS RUDOLF (Hrsg.) (CHK-BEARBEITER): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften (Art. 530–771 OR), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- RUSCH, ARNOLD F.: Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zürich 2010.
- SIEGWART, ALFRED (ZK-SIEGWART): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938.
- SPIRO, KARL: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. 1, Bern 1975.
- STAEHELIN, DANIEL: Sondervermögen und Haftung, in: SUTTER-SOMM/SCHNYDER (Hrsg.): Festgabe für Franz Hasenböhler, Zürich 2004, S. 87 ff.
- STAEHELIN, DANIEL: Art. 574–593 OR, in: HONSELL et al. (Hrsg.): Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012.

- STEINMANN, OTTO: Haftung der Kollektiv-Geschafter für Gesellschaftsschulden nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1901.
- THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.) (CR-BEARBEITER): Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012.
- VOGT, HANS-UELI (Der öffentliche Glaube): Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Zürich 2003.
- VOGT, HANS-UELI (GesKR 2009): Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft – Besprechung von BGE 134 III 643, GesKR 2009, S. 96 ff.
- VON STEIGER, WERNER: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1 (Handelsrecht – Grundlagen des Handelsrechts – Gesellschaftsrecht), Basel 1976.
- VON WYSS, DAVID: Die Haftung der Kollektivgeschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, Zürich 1953.
- VONZUN, RETO: Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Basel 2000.
- WIEDEMANN, HERBERT: Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in: MARCUS LUTTER et al. (Hrsg.): Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 1037 ff.

