

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	66 (1947)
Artikel:	Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft nach der schweizerischen Doktrin und Praxis
Autor:	Thoma, Max
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896467

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft nach der schweizerischen Doktrin und Praxis.

Von Dr. Max Thoma, Advokat in Basel.

	Inhaltsübersicht.	Seite
Einleitung		291
I. Abgrenzung der Aufgabe		291
II. Die schweizerische Doktrin und Praxis		292
III. Praktische Bedeutung und Anwendungsbereich des Art. 542 OR.		292
1. Kapitel:		
Die Unterbeteiligung bei der einfachen Gesellschaft.		
§ 1. Begriff, Arten und Zulässigkeit der Unterbeteiligung		293
I. Der Begriff der Unterbeteiligung		293
II. Die Arten der eigentlichen Unterbeteiligung		296
III. Die Zulässigkeit der Unterbeteiligung		296
§ 2. Die rechtliche Natur der Unterbeteiligung		297
I. Die Untergesellschaft, eine einfache Gesellschaft		297
II. Die Untergesellschaft, eine Innengesellschaft		299
III. Die Untergesellschaft, eine stille Gesellschaft		300
IV. Abgrenzung der Untergesellschaft vom partiarischen Darlehen		303
§ 3. Die Begründung der Untergesellschaft		304
I. Die Vertragssubjekte		304
II. Die Form des Unterbeteiligungsvertrages		305
§ 4. Die internen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien der Untergesellschaft		306
I. Die rechtliche Stellung des Oberbeteiligten in der Untergesellschaft		306
II. Rechte und Pflichten des Unterbeteiligten		308
§ 5. Die externen Rechtsbeziehungen des Unter- und des Oberbeteiligten zur Untergesellschaft		309
I. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Oberbeteiligten und seinen Mitgesellschaftern in der Untergesellschaft		309
II. Das rechtliche Verhältnis des Unterbeteiligten zur Untergesellschaft		309

	Seite
§ 6. Die Beendigung der Untergesellschaft	310
I. Die Auflösungsgründe	310
II. Die Liquidation der Untergesellschaft	311
§ 7. Unterkonsortien beim Emissionsgeschäft als praktisches Beispiel einer Unterbeteiligung	313

2. Kapitel:

Die Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft.

1. Abschnitt: Die Abtretung gesellschaftlicher Rechte ohne Zustimmung der Mitgesellschafter	314
§ 8. Das Problem der einseitigen Abtretung gesellschaftlicher Rechte im allgemeinen	314
I. Der Gegensatz zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften	314
II. Die Arten der gesellschaftlichen Rechte bei der einfachen Gesellschaft	315
§ 9. Nicht abtretbare und abtretbare gesellschaftliche Rechte im einzelnen	316
I. Die nicht abtretbaren gesellschaftlichen Rechte . .	316
II. Die abtretbaren gesellschaftlichen Rechte	318
§ 10. Anwendbarkeit des Zessionsrechtes und Wirkungen der Zession	319
I. Die Anwendbarkeit des Zessionsrechtes	319
II. Auswirkungen der Zession gesellschaftlicher Rechte	319
§ 11. Insbesondere die Abtretung dinglicher Rechte am Gesellschaftsvermögen	321
I. Bei der Gesamthandsgesellschaft	321
II. Bei der Miteigentumsgesellschaft	322
2. Abschnitt: Die Abtretung der Mitgliedschaft mit Zustimmung der Mitgesellschafter	324
§ 12. Die einseitige Abtretung der Mitgliedschaft	324
I. Im allgemeinen	324
II. Rechtliche Vorgänge bei der Abtretung der Mitgliedschaft	325
III. Voraussetzungen und Wirkungen der Abtretung der Mitgliedschaft	327
§ 13. Die einseitige Abtretung der Mitgliedschaft bei Kartellen als Beispiel	328

Literaturverzeichnis.

- Attenhofer: Der Gegenstand der Zession nach schweiz. OR in ZSR n. F. Bd. 4, S. 185 ff.
- Becker, H.: Kommentar zum Obligationenrecht (Verlag Stämpfli), Bern 1934.
- Burckhardt, W.: Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweiz. OR, Diss. Bern 1896.
- Flachsmann, W.: Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung, Diss. Zürich 1928.
- Flechtheim, J.: Bd. II, 2. Hälfte, des Kommentars zum HGB vom Düringer-Hachenburg, Berlin 1932.
- Fromer, L.: Die Abtretung zukünftiger Forderungen, in ZSR N. F. Bd. 57, S. 271 ff.
- Guhl, Th.: Das schweizerische Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1944 (zit. Guhl).
- Guhl, Th.: Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, Vortrag (2. Teil), in ZBJV Bd. 53, S. 49 ff.
- Haab, R.: Kommentar zum Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930.
- Hafner, H.: Das schweiz. OR mit Anmerkungen und Sachregister, 2. Auflage, Zürich 1905.
- Härtsch, W.: Die Rechte der Gläubiger an einer Gemeinschaft, in der ihr Schuldner steht, nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1915.
- Iklé, M.: Die Geschäftsführungsbefugnis des einfachen Gesellschafters, Diss. Zürich 1926.
- Jenny, M.: Der Eigentumsübergang bei den Handelsgesellschaften des schweiz. Rechts, Diss. Bern 1924.
- Naegeli: Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweiz. Recht, Diss. Zürich 1935.
- Rossel et Menthé: Manuel du droit civil suisse, tome troisième, Code des obligations, par Rossel, Lausanne.
- Schatz, M.: Die Emissionskonsortien oder Syndikate nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1921.
- Schuler, A.: Die Gelegenheitsgesellschaft, Diss. Bern 1923.
- Siegwart, A.: Kommentar zum Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Verlag Schultheß), Zürich 1938.
- Staub: Kommentar zum HGB, 9. Auflage, 1. Bd., Berlin 1912.
- Syдов: Über Konsortien oder sog. Syndikate zur Aktienbegebung in ZGH Bd. 19, S. 427 ff.

- Tuhr, v.: Allgemeiner Teil des schweiz. OR, 2. Auflage, herausgegeben von Siegwart, Zürich 1944.
- Vogelsang, A.: Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse, Diss. Lausanne 1931.
- Wespi, C.: Die stille Gesellschaft im schweiz. Recht, Diss. Zürich 1930.
- Wieland, K.: Handelsrecht, 1. Bd.: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München-Leipzig 1931.
- Zeller, H.: Das Recht der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (in Kommentar Bachmann, Goetzinger, Siegmund und Zeller zum OR), 1. Auflage, Zürich 1915.
- Zoelly: Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, Aarau 1917.

Zeitschriften

- Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV).
- Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (BlZüR).
- Schweizerische Juristenzeitung (SJZ).
- Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR).
- Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR).
- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt (ZGH).

Entscheidungssammlungen.

- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (BGE).
- Entscheidungen des Appellationsgerichtes und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt (AG).
- Journal des Tribunaux (J. trib.).
- La Semaine judiciaire (sem. jud.).
- Revue der Gerichtspraxis im Gebiet des Bundeszivilrechtes (Revue).
- Reichsgerichtliche Entscheide in Zivilsachen (R GE).

Gesetzesmaterialien.

- Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR, Vorlage an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1919 (Entw. 1919).
- Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR, Vorlage an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1923 (Entw. 1923).
-

Einleitung.

I. Abgrenzung der Aufgabe.

Das schweizerische Obligationenrecht stellt in Art. 542 die Norm auf, daß bei der einfachen Gesellschaft kein Gesellschafter befugt ist, ohne die Einwilligung der Mitgesellschafter einen neuen Gesellschafter aufzunehmen, daß zwar eine einseitige Unterbeteiligung oder Abtretung des Anteils eines Gesellschafters möglich ist, der Beteiligte aber nicht zum Gesellschafter der übrigen wird. Dieser Regelung kommt lediglich dispositiver Charakter zu¹⁾. Die Gesellschafter können demnach durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag oder Beschuß einen Gesellschafter ermächtigen, von sich aus seine Mitgliedschaft zu übertragen. Für die Unterbeteiligung und die Abtretung gesellschaftlicher Rechte im engeren Sinn ist jedoch begriffswesentlich, daß der Dritte die Gesellschafterstellung nicht erreicht.

In dieser Arbeit werden vor allem die einseitige Unterbeteiligung und die Abtretung gesellschaftlicher Rechte im engeren Sinn Behandlung finden. — Zweifelhaft erscheint es, ob eine Abtretung gesellschaftlicher Rechte im weiteren Sinn anzunehmen ist, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und seine Mitgliedschaft mit Zustimmung der Mitgesellschafter an einen Dritten überträgt. Obwohl sich erweisen wird, daß u. E. von einer Abtretung der Mitgliedschaft vom austretenden an den eintretenden Gesellschafter juristisch nicht die Rede sein kann, liegt dieser Entscheid doch nicht ohne weiteres auf der Hand; er setzt eine nähere Untersuchung des Problems voraus. Der Vorgang sieht äußerlich einer Abtretung sehr ähnlich, was denn auch einzelne Autoren veranlaßt, eine Abtretung der Mitgliedschaft im juristischen Sinn anzunehmen. Wir werden deshalb auf diese Fälle zum Schluß der Arbeit ebenfalls kurz eingehen²⁾. Nicht zum Thema gehören je-

¹⁾ Vgl. Becker, N. 1 zu Art. 542 OR.

²⁾ Vgl. § 12 der Arbeit.

doch die Fälle, in denen durch gesellschaftliche Abrede die Möglichkeit der einseitigen Aufnahme eines Dritten in die Gesellschaft geschaffen wird, wobei der aufnehmende Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt.

II. Die schweizerische Doktrin und Praxis.

In der schweizerischen Doktrin haben die mit der Unterbeteiligung und der Abtretung gesellschaftlicher Rechte zusammenhängenden Fragen bis heute u. W. noch keine zusammenhängende Darstellung gefunden, obwohl deren Beantwortung theoretisch interessant und praktisch bedeutsam ist. Die einschlägigen Lehrbücher, Kommentare und Einzeldarstellungen fassen sich durchwegs sehr kurz. Zudem sind die meisten Werke, die sich mit der einfachen Gesellschaft beschäftigen, schon älteren Datums. Es ist deshalb nicht erstaunlich, daß viele der in dieser Arbeit zu behandelnden Fragen umstritten sind. Diese Tatsache ist aber nicht zuletzt auch die Folge des sehr kurzen und unjuristisch gefaßten Wortlautes von Art. 542 OR³⁾. Mit der notwendigen Vorsicht soll auch die ausländische Doktrin in geringem Umfange beigezogen werden, wo es zur Ergänzung der schweizerischen Lehre als notwendig erscheint.

Die Praxis bietet wertvolle Anhaltspunkte; immerhin ist zu berücksichtigen, daß in neuerer Zeit keine einschlägigen Entscheide mehr ergangen sind.

III. Praktische Bedeutung und Anwendungsbereich des Art. 542 OR.

Sowohl der Unterbeteiligung wie der Abtretung gesellschaftlicher Rechte kommt praktische Bedeutung zu. Die Unterbeteiligung spielt beispielsweise bei Konsortien in der Form von Unterkonsortien eine wichtige Rolle. Die

³⁾ Die Entw. von 1919 (Art. 635) und 1923 (Art. 561) sehen eine nähere Regelung der Unterbeteiligung bei der Gelegenheitsgesellschaft vor. Diese Bestimmungen sind aber nicht zum Gesetz geworden.

einseitige Übertragung der Mitgliedschaft ist vor allem bei Kartellen, die als einfache Gesellschaften konstituiert sind, bedeutsam.

Die Regeln über die Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte sind außerdem nicht nur auf die einfache Gesellschaft, sondern auch auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften anwendbar⁴⁾. Beide können als handelsrechtliche Ausgestaltungen der einfachen Gesellschaft angesprochen werden. Die Regeln der einfachen Gesellschaft gelten als subsidiäres Recht, wenn — wie im vorliegenden Fall — keine abweichenden Spezialvorschriften existieren (Art. 557₂ und 598₂ OR). — Der Anwendungsbereich von Art. 542 erstreckt sich jedoch nicht auf die übrigen Handelsgesellschaften des OR, insbesondere nicht auf die Aktiengesellschaft. Da die persönlichen Qualitäten des Aktionärs keine Bedeutung für die Gesellschaft haben, ist die Mitgliedschaft grundsätzlich frei übertragbar. Es besteht deshalb kein Bedürfnis für eine Unterbeteiligung oder Abtretung gesellschaftlicher Rechte.

1. Kapitel:

Die Unterbeteiligung bei der einfachen Gesellschaft.

§ 1. Begriff, Arten und Zulässigkeit der Unterbeteiligung.

I. Der Begriff der Unterbeteiligung.

Da das Gesetz sich über Wesen und Begriff der Unterbeteiligung ausschweigt, müssen Praxis und Doktrin zu Hilfe genommen werden. U. E. berücksichtigt die Doktrin im allgemeinen zu wenig, daß zwischen Unterbeteiligung im weiteren und engeren Sinn zu unterscheiden ist.

Eine Unterbeteiligung im engeren und eigentlichen Sinn liegt vor, wenn ein Gesellschafter einer einfachen Ge-

⁴⁾ Rossel et Mentha, S. 589.

sellschaft (Oberbeteiligter) mit einem außenstehenden Dritten (Unterbeteiligten) eine zweite Gesellschaft (Untergesellschaft) eingeht, welche die gemeinschaftliche Ausnützung der Mitgliedschaft des Oberbeteiligten bei der ersten Gesellschaft (Obergesellschaft) zum Zwecke hat⁵⁾. Die Untergesellschaft ist mit der Obergesellschaft in eigenartiger Weise verbunden und in verschiedener Beziehung von ihr abhängig. Die Trennung der beiden Gesellschaften muß aber konsequent durchgeführt werden. Der Unterbeteiligte ist nur Gesellschafter der Untergesellschaft, er wird nicht zum Mitglied der Obergesellschaft. Alle seine Rechte und Pflichten leiten sich ausschließlich aus dem Unterbeteiligungsvertrag her, der ihn mit dem Oberbeteiligten allein verbindet. Der Oberbeteiligte anderseits ist als Bindeglied zwischen den Gesellschaften Mitglied in der Ober- und Untergesellschaft. Die Unterbeteiligung übt keinen Einfluß auf seine Mitgliedschaft bei der Obergesellschaft aus. Er tritt seine Rechte gegen seine Mitgesellschafter nicht an den Unterbeteiligten ab⁶⁾. Um eine Unterbeteiligung im engeren Sinn annehmen zu können, ist es unerlässlich, daß der Unterbeteiligungsvertrag die wesentlichen Merkmale der Gesellschaft, wie sie Art. 530₁ OR statuiert, erfüllt.

In der Praxis werden aber auch Vertragsverhältnisse als Unterbeteiligungen bezeichnet, die keine Gesellschaftsverträge sind. Wieland⁷⁾ weist auf diese Unterbeteiligung im weiteren Sinn mit aller Klarheit hin. Oft besteht zwischen dem Dritten und dem Gesellschafter nur ein synallagmatischer Vertrag. Die Unterbeteiligung kann sich vor allem als Darlehen oder partiarisches Darlehen erweisen. Im ersten Fall stellt der Dritte dem Gesellschafter die finanziellen Mittel zur Beteiligung an einer einfachen Ge-

⁵⁾ Vgl. Becker, N. 8 zu Art. 542 OR; Schuler, S. 71; Schatz, S. 57; Zeller, Anm. 5 zu Art. 542 OR, BGE 19, 277.

⁶⁾ Wieland, S. 662, N. 15.

⁷⁾ Wieland, S. 662, N. 15.

sellschaft meist gegen Zins zur Verfügung, im zweiten Fall gegen Zins und Gewinnbeteiligung, eventuell auch nur gegen Gewinnbeteiligung. In diesem weiteren Sinn scheint das Gesetz auch die Abtretung gesellschaftlicher Rechte als Unterbeteiligung aufzufassen, regelt es doch die Unterbeteiligung im engeren Sinn zusammen mit der Abtretung gesellschaftlicher Rechte unter dem gemeinsamen Marginale «Unterbeteiligung». Der entscheidende Unterschied zwischen diesen Arten der Unterbeteiligung, die wir auch als uneigentliche Unterbeteiligung bezeichnen können, und der Unterbeteiligung im engeren Sinn liegt in der Verschiedenheit der synallagmatischen Verträge und der Gesellschaftsverträge überhaupt. Für die synallagmatischen Verträge ist der Interessengegensatz der Parteien und der gegenseitige Austausch der Leistungen charakteristisch, für die Gesellschaftsverträge hingegen die Interessengemeinschaft und die Zusammenfassung der Einzelleistungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes.

Ob die Unterbeteiligung als Gesellschaft oder synallagmatischer Vertrag zu qualifizieren ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Oft wird diese Entscheidung nicht leicht fallen, insbesondere wenn es gilt, Gesellschaftsvertrag und partiarisches Darlehen auseinander zu halten. Dieser Unterscheidung kommt aber große Bedeutung zu. Der Gesellschafter hat eine anders geartete Stellung gegenüber dem Mitgesellschafter als der Darlehensgläubiger gegenüber dem Schuldner.

Die eigentliche Unterbeteiligung in Gesellschaftsform ist vorherrschend. Das geht schon aus der Tatsache hervor, daß einzelne Autoren sie als einzige Form der Unterbeteiligung betrachten⁸⁾. Wir werden uns vor allem mit der Unterbeteiligung im engeren Sinn befassen; daneben ist kurz auf die Abgrenzung der Untergesellschaft vom partiarischen Darlehen einzugehen. Die Abtretung gesellschaftlicher Rechte wird gesondert behandelt werden.

⁸⁾ Vgl. Siegwart, N. 2 zu 542 OR; Guhl, S. 385.

II. Die Arten der eigentlichen Unterbeteiligung.

Wir haben bis jetzt stets vorausgesetzt, daß nur ein Gesellschafter einen Unterbeteiligten herbeizieht. Es steht aber jedem Gesellschafter frei, eine Untergesellschaft zu begründen. Ein Gesellschafter muß sich ferner nicht damit begnügen, nur einen Unterbeteiligungsvertrag abzuschließen. Er kann beliebig viele Unterbeteiligungen vereinbaren. Der Oberbeteiligte ist mit jedem Unterbeteiligten in einem selbständigen Vertrag verbunden.

Im weitern können auch alle Gesellschafter zusammen einem oder mehreren Dritten eine Unterbeteiligung einräumen⁹⁾. Sie werden diese Möglichkeit wählen, wenn aus irgendwelchen Gründen die Aufnahme als Gesellschafter nicht in Frage kommt.

Es mag noch erwähnt werden, daß auch eine Unterbeteiligung an einer Unterbeteiligung möglich ist¹⁰⁾. Dem Unterbeteiligten zweiten Ranges kommt gegenüber dem Unterbeteiligten ersten Ranges die gleiche Stellung zu wie diesem gegenüber dem Oberbeteiligten.

Im folgenden halten wir uns an den Normalfall des Unterbeteiligungsvertrages zwischen einem Gesellschafter und einem Unterbeteiligten, um nicht die Ausführungen unnötig zu komplizieren.

III. Die Zulässigkeit der Unterbeteiligung.

Der Abschluß von Unterbeteiligungsverträgen steht nach Gesetz jedem Gesellschafter frei. Die Gesellschafter können jedoch die Unzulässigkeit der Unterbeteiligung vereinbaren. Sie wird zwar dadurch nicht verunmöglicht, ihre Eingehung bedeutet jedoch eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages. Ergibt sich aus der Natur eines Gesellschaftsverhältnisses, daß die Gesellschafter zur Geheim-

⁹⁾ Vgl. Entwurf 1919 (Art. 635) und 1923 (Art. 561), in denen diese Möglichkeit bei der Gelegenheitsgesellschaft vorgesehen war; betr. Einzelheiten, Schuler, S. 73.

¹⁰⁾ Vgl. Becker, N. 9 zu Art. 542 OR.

haltung verpflichtet sind, so kommt eine einseitig gewährte Unterbeteiligung einem Verstoß gegen die Geheimhaltungs- und Treuepflicht gleich und stellt eventuell einen wichtigen Grund dar, der zur richterlichen Auflösung der Gesellschaft führt. Siegwart¹¹⁾ hält eine Unterbeteiligung in diesen Fällen für unmöglich.

§ 2. Die rechtliche Natur der Unterbeteiligung.

I. Die Untergesellschaft eine einfache Gesellschaft.

Wir haben bereits festgestellt, daß Unterbeteiligung im engeren Sinn gleichbedeutend mit Unterbeteiligung in Gesellschaftsform ist. Es bleibt noch abzuklären, welche Gesellschaftsart des Obligationenrechtes vorliegt.

Die Gesellschaft wird in Art. 530 OR umschrieben als die vertragsgemäße Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln; sie ist eine einfache, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsart verwirklicht sind. Die einfache Gesellschaft hat keine juristische Persönlichkeit, sie kann kein Handelsgewerbe betreiben und keine Firma führen, kann sich nicht ins Handelsregister eintragen lassen und entbehrt der aktiven und passiven Partei-, Prozeß- und Betriebungsfähigkeit¹²⁾. Die Untergesellschaft erfüllt diese positiven und negativen Voraussetzungen. Ober- und Unterbeteiligter sind vertraglich verbunden zum Zwecke der gemeinsamen Ausnutzung der Mitgliedschaft des Oberbeteiligten bei der einfachen Gesellschaft. Juristische Persönlichkeit kommt der Untergesellschaft nicht zu, ebensowenig Partei-, Prozeß- oder Betriebungsfähigkeit. — Die Frage, ob die Beitragspflicht (Art. 531 OR) bei der einfachen Gesellschaft

¹¹⁾ Siegwart, N. 2 zu Art. 542 OR.

¹²⁾ Siegwart, N. 119 bis 122 zu Art. 530/51 OR; Becker, N. 3 zu Art. 543 OR.

Wesensmerkmal sei, wird von der Doktrin verschieden beantwortet. Becker¹³⁾ und Siegwart¹⁴⁾ messen Art. 531 OR lediglich dispositiven Charakter zu; Wespi¹⁵⁾ und Zoelly¹⁶⁾ hingegen erheben die Beitragspflicht zur Voraussetzung der einfachen Gesellschaft. Wir möchten uns der Auffassung der beiden Kommentatoren anschließen. Den Gesellschaftern steht grundsätzlich die Regelung ihrer internen Verhältnisse frei. Die zur Erreichung des Gesellschaftszweckes eingesetzten gemeinsamen Kräfte oder Mittel können irgendwelcher Art sein und müssen nicht in einem Beitrag bestehen. Normalerweise wird im Unterbeteiligungsvertrag eine Beitragspflicht beider Kontrahenten statuiert, doch kann sie auch fehlen. Uneinigkeit herrscht ferner hinsichtlich der Bedeutung der Gewinn- und Verlustbeteiligung. Wir möchten uns auch hier der Auffassung Siegwarts¹⁷⁾ anschließen, der beides als typisch, jedoch nicht als wesentlich für die einfache Gesellschaft bezeichnet. Die gegenteilige Ansicht Wespis¹⁸⁾ halten wir nicht für zutreffend. Art. 533 OR schreibt nicht eine Gewinnausschüttung vor, sondern regelt nur das Verhältnis von Gewinn- und Verlustbeteiligung. Die Verlustbeteiligung kann schon deshalb nicht Voraussetzung der Gesellschaft sein, weil das Gesetz selbst die Möglichkeit ihres Ausschlusses für den Gesellschafter vorsieht, der zum gemeinsamen Zweck nur Arbeit beiträgt (Art. 533₃ OR). Im Unterbeteiligungsvertrag sind in der Regel Gewinn- und Verlustbeteiligung beider Gesellschafter vorgesehen¹⁹⁾, immerhin ist eine entgegengesetzte Vereinbarung unter Beachtung von Art. 533 OR zulässig. Daß ein Gesellschaftsvermögen nicht zu den Wesensmerkmalen zu zählen ist, wird in der Doktrin allgemein aner-

¹³⁾ Becker, N. 1 zu Art. 531 OR.

¹⁴⁾ Siegwart, N. 78, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

¹⁵⁾ Wespi, S. 26.

¹⁶⁾ Zoelly, S. 68.

¹⁷⁾ Siegwart, N. 5, 7, 8 zu Art. 533 OR; N. 66, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

¹⁸⁾ Wespi, S. 59, 66.

¹⁹⁾ Becker, Anm. 8 zu Art. 542 OR.

kannt²⁰⁾). Dieser Feststellung kommt große Bedeutung zu, da ein Gesellschaftsvermögen bei der Untergesellschaft ausgeschlossen ist²¹⁾.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Unterbeteiligung in Gesellschaftsform als einfache Gesellschaft anzusehen ist; ihre wesentlichen Voraussetzungen sind erfüllt. Andere Gesellschaftstypen kommen nicht in Frage, da sie alle die juristische Persönlichkeit oder zum mindesten die Fähigkeit zur Annahme einer Firma und zur Eintragung ins Handelsregister voraussetzen. Doktrin und Praxis bezeichnen die Untergesellschaft durchwegs als einfache Gesellschaft²²⁾.

II. Die Untergesellschaft eine Innengesellschaft.

Die einfache Gesellschaft kann als Außen- oder Innengesellschaft organisiert sein. Das Gesetz trifft zwar eine solche Unterscheidung nicht; die beiden Begriffe haben jedoch in der Doktrin eine feststehende Bedeutung²³⁾. Die Außengesellschaft tritt extern im Rechtsverkehr als Gesellschaft auf, während die Innengesellschaft sich in den internen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern erschöpft und für Dritte nicht erkennbar ist. Ob einem Außenstehenden das Gesellschaftsverhältnis tatsächlich bekannt wird, ist für den rechtlichen Charakter der Innengesellschaft ohne Bedeutung²⁴⁾.

Die Doktrin²⁵⁾ bezeichnet die Untergesellschaft mit Recht als reine Innengesellschaft. Der Zweck der Untergesellschaft umfaßt lediglich die Ausnutzung der Mitglied-

²⁰⁾ Siegwart, N. 1 zu Art. 544, N. 5 zu Art. 531 OR; Zoelly S. 69.

²¹⁾ Vgl. § 2 III der Arbeit.

²²⁾ Siegwart, N. 2 zu Art. 542 OR; Guhl, S. 385; BGE 19, 277; 49 II 491; BlZüR 10, 59; 24, 377; Revue 29, 85.

²³⁾ Becker, N. 17 ff. zu Art. 530 OR; Siegwart, N. 82 ff. Vorb. zu Art. 530/51 OR; Wespi, S. 21.

²⁴⁾ Becker, N. 20 zu Art. 530 OR.

²⁵⁾ Guhl, S. 385; Becker, N. 8 zu Art. 542 OR.

schaft des Oberbeteiligten an der Obergesellschaft. Gegenüber ihr tritt nur der Oberbeteiligte auf, und zwar in eigenem Namen, nicht als Vertreter des Unterbeteiligten. Der Oberbeteiligte handelt gegen außen wie wenn eine Untergesellschaft überhaupt nicht bestände; er wird denn auch extern allein berechtigt und verpflichtet. Die Existenz der Untergesellschaft braucht den Mitgeschaftern des Oberbeteiligten nicht bekannt zu sein. Der Unterbeteiligungervertrag beschränkt sich auf die Normierung der internen Rechtsbeziehungen.

III. Die Untergesellschaft einer stille Gesellschaft.

Die stille Gesellschaft, die vom Gesetz ebenfalls nicht geregelt wird, ist als eine besondere Ausgestaltung der Innengesellschaft zu qualifizieren und unterliegt wie diese prinzipiell den Regeln über die einfache Gesellschaft²⁶⁾. Die Doktrin anerkennt den Gesellschaftscharakter der stillen Gesellschaft²⁷⁾. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Innengesellschaft im wesentlichen hinsichtlich der Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. Während bei der gewöhnlichen Innengesellschaft das Gesellschaftsvermögen²⁸⁾ im Gesamteigentum der Gesellschafter steht, wenn nicht Miteigentum vereinbart ist²⁹⁾,

²⁶⁾ Becker, N. 22 zu Art. 530 OR; Siegwart, N. 8, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

²⁷⁾ Vgl. Wieland und Oser in Prot. der Exp.Kom. für die Revision des 3. Teils des OR, S. 146, 148; Wespi, S. 26 ff.

²⁸⁾ Gesamteigentum kann nur an Sachen bestehen. Zum Gesellschaftsvermögen gehören aber außerdem beschränkte dingliche Rechte, Immateriagüterrechte, Forderungen usw. Wir behandeln im folgenden das Gesellschaftsvermögen, wie wenn es nur aus Sachen zusammengesetzt wäre; wir glauben uns dazu berechtigt, da die Gesellschafter auch an allen anderen Rechten gesamthänderisch berechtigt sind und somit weitgehend gleiche Regeln gelten (vgl. Siegwart, N. 9 zu Art. 544 OR; Becker, N. 1 zu Art. 544 OR; Flachsmann, S. 9; BGE 52 II 199; ZBJV 50, 545). Überdies bilden Sachen meist die wichtigsten Teile des Gesellschaftsvermögens.

²⁹⁾ Siegwart, Anm. 8 zu Art. 544 OR.

entbehrt die stille Gesellschaft eines Vermögens. Leistet der Stille eine Einlage, so geht diese ins Alleineigentum des geschäftsführenden Gesellschafters über, wobei allerdings nur fiduziarisches Eigentum entsteht, da die Einlage zur Erreichung des Gesellschaftszweckes verwendet werden muß³⁰⁾. Möglich ist eine Einbringung quoad sortem, so daß der Stille vorläufig Eigentümer der Einlage bleibt, der Geschäftsführer aber jederzeit von sich aus über sie verfügen kann. In keinem Fall kommt es zur Bildung eines Gesellschaftsvermögens. Man kann deshalb die stille Gesellschaft auch als Beteiligung an einem fremden Geschäft bezeichnen³¹⁾.

Die eben skizzierten Verhältnisse treffen wir auch in der Untergesellschaft an. Auszugehen ist vom Gesellschaftsvermögen der Obergesellschaft, das in gesamthänderischer Berechtigung der einzelnen Gesellschafter steht. An diesem Gesellschaftsvermögen ist nur der Oberbeteiligte dinglich berechtigt, nicht aber der mit ihm verbundene Unterbeteiligte. Ein vom Unterbeteiligten an den Oberbeteiligten geleisteter Beitrag geht ins Gesamteigentum der Obergesellschaft über. Für ein separates Vermögen der Untergesellschaft bleibt kein Raum, da sich ihr Zweck in der Ausnutzung der Mitgliedschaft des Oberbeteiligten an der Obergesellschaft erschöpft³²⁾. Eine dingliche Berechtigung des Unterbeteiligten am Vermögen der Obergesellschaft anzunehmen, verbietet sich aus folgender sachenrechtlicher Erwägung. Der Oberbeteiligte als Gesamthänder kann einseitig einen Dritten am Gesamteigentum nicht berechtigen. Ein solches Vorgehen käme einer Verfügung gleich, die begrifflich ausgeschlossen ist, da keine materiellen oder ideellen Quoten existieren. — Wenn sowohl

³⁰⁾ So Wespi, S. 21, 28, 41, 57, 66; Haab, N. 8 zu Art. 652/4 ZGB; Vogelsang, S. 35; Becker, N. 22 zu Art. 530 OR; ZBGR 10, 96; contra BGE 48 I 410.

³¹⁾ Becker, Anm. 2 zu Art. 542 OR; Wespi, S. 21.

³²⁾ Vgl. Schatz, S. 57.

Becker³³⁾ wie Guhl³⁴⁾ ausführen, die Beziehungen zwischen den Parteien in der Untergesellschaft seien rein obligatorischer Natur, so soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß keine Gesamthand möglich ist. Noch weiter geht Siegwart³⁵⁾, der in der Untergesellschaft eine «gewisse Ähnlichkeit zur stillen Gesellschaft» sieht. Zutreffend erscheint uns die Ansicht von Vogelsang³⁶⁾: «Lorsqu'un associé intéresse un tiers à sa part dans la société, ainsi que l'article 542 C. O. l'y autorise, il se crée entre lui et ce tiers une société tacite.»

Diese Lösung ist theoretisch richtig und den praktischen Bedürfnissen angepaßt. Jede Konstruktion einer dinglichen Berechtigung des Unterbeteiligten an einem Gesellschaftsvermögen der Untergesellschaft, das ja nur aus dem gesamthänderischen «Anteil» des Oberbeteiligten am Vermögen der Obergesellschaft bestehen könnte, stößt auf unüberbrückbare juristische Schwierigkeiten und muß die sachenrechtlichen Grundprinzipien des Gesamteigentums verletzen.

Zu einem andern Schluß kommen wir jedoch hinsichtlich einer einfachen Gesellschaft mit Miteigentumsberechtigung der Gesellschafter an den einzelnen Sachen des Gesellschaftsvermögens. Der Oberbeteiligte ist an jeder einzelnen Sache mit einer ideellen Quote beteiligt, über die er von sich aus verfügen kann. Miteigentumsquoten sind auch des Gesamteigentums fähig. Wir halten es deshalb für möglich, daß diese Quoten das Gesellschaftsvermögen der Untergesellschaft bilden, an dem Ober- und Unterbeteiligter gesamthänderisch berechtigt sind³⁷⁾. Diese Lösung hat allerdings zur Folge, daß die Gesellschafter der Obergesell-

³³⁾ Becker, N. 8 zu Art. 542 OR.

³⁴⁾ Guhl, S. 385; im gleichen Sinn auch Schatz, S. 57.

³⁵⁾ Siegwart, N. 3 zu Art. 542 OR.

³⁶⁾ Vogelsang, S. 125; vgl. auch Wespi, S. 93, 105 und BGE 4, 646.

³⁷⁾ Die Mitglieder der Untergesellschaft können auch Miteigentum an den Quoten des Oberbeteiligten verabreden.

schaft nicht mehr allein über Miteigentumssachen verfügen können, da auch der Unterbeteiligte zustimmen muß³⁸⁾. Den Ausgang aus diesem Dilemma weist das Gesellschaftsrecht, nicht das Sachenrecht, wie in anderem Zusammenhang zu erläutern sein wird³⁹⁾. In diesen seltenen Fällen erscheint die Unterbeteiligung gemäß unseren früheren Ausführungen als Innengesellschaft, nicht aber als stille Gesellschaft.

IV. Abgrenzung der Untergesellschaft vom partiarischen Darlehen⁴⁰⁾.

Das partiarische Darlehen unterscheidet sich vom gewöhnlichen Darlehen durch die Art der Vergütung, die der Geldgeber zu fordern berechtigt ist. Der Darleher hat beim partiarischen Darlehen nicht nur Anspruch auf Zins, sondern auf Zins und Gewinn, eventuell auch nur auf Gewinn allein.

Nicht so einfach gestaltet sich die Abgrenzung von der stillen Gesellschaft. In beiden Fällen handelt es sich um eine Beteiligung an einem fremden Unternehmen. Die Ähnlichkeit beider Institute kann sehr weitgehend sein, denn die Doktrin anerkennt sogar die Möglichkeit der Verlustbeteiligung des partiarischen Darleihers, ohne daß das Rechtsverhältnis durch diese Abrede notwendigerweise zum Gesellschaftsvertrag wird⁴¹⁾. Immerhin spricht gleiche Beteiligung beider Parteien an Gewinn und Verlust im Zweifel für Gesellschaft⁴²⁾. Es ist die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung genau darauf hin zu unter-

³⁸⁾ Es zeigt sich hier, wie schlecht das Miteigentum zu einem Gesellschaftsverhältnis paßt. Der Gesetzgeber ist anlässlich der Anpassung des OR an das ZGB mit gutem Grund vom Miteigentum als einziger Art dinglicher Berechtigung bei der einfachen Gesellschaft abgekommen.

³⁹⁾ Vgl. § 8 III dieser Arbeit.

⁴⁰⁾ Vgl. Becker, N. 9 zu Art. 530 OR; Siegwart, N. 64—68, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

⁴¹⁾ So Guhl, S. 405.

⁴²⁾ Becker, N. 9 zu Art. 530 OR; SJZ 2, 30 Nr. 164.

suchen, ob sie dem Geldgeber eigentliche Gesellschaftsrechte, wie Kontroll-, Mitsprache-, Rechenschaftsrechte usw., verleiht, ob engere persönliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, oder ob sie ihm ausschließlich finanzielle Ansprüche zubilligt. Im ersten Fall liegt Gesellschaft, im zweiten Darlehen vor. Enthält der Vertrag ausführliche Bestimmungen über den Verwendungszweck des Geldes, Geschäftsführung, Bilanz und Gewinn, so ist Gesellschaft zu vermuten⁴³⁾. Auch dem am Gewinn beteiligten Darleher kann jedoch ein begrenztes Recht auf Rechnungslegung nicht versagt werden⁴⁴⁾. Der Darleher hat allerdings nur Anspruch auf Gewinn, wenn ein solcher erzielt wird; dem Unterbeteiligten bei der Gesellschaft steht jedoch ein Recht auf sorgfältiges Verhalten des Obergesellschafters zu, damit ein Gewinn erzielt wird⁴⁵⁾.

Wichtig wird die Unterscheidung vor allem bei Auflösung des Vertragsverhältnisses. Das partiarische Darlehen unterliegt den gewöhnlichen Regeln über die Beendigung gegenseitiger Verträge, die stille Gesellschaft dagegen den speziellen Auflösungsgründen der einfachen Gesellschaft. Auch die Folgen der Nichterfüllung sind grundsätzlich verschieden.

§ 3. Die Begründung der Untergesellschaft.

I. Die Vertragssubjekte⁴⁶⁾.

Auf der einen Seite des Vertragsverhältnisses stehen ein oder mehrere Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft, der oder die Unterbeteiligten.

Mehr interessiert, wer fähig ist, Unterbeteiligter zu sein. Aus dem Recht der einfachen Gesellschaft ergibt sich, daß sowohl natürliche und juristische Personen wie auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften als Unterbeteiligte

⁴³⁾ Siegwart, N. 66, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

⁴⁴⁾ ZBJV 60, 611.

⁴⁵⁾ Wieland, S. 468—470; Wespi, S. 27, 76.

⁴⁶⁾ Vgl. für Einzelheiten Wespi, S. 35 ff.

in eine Untergesellschaft eintreten können. Die bei der Kollektivgesellschaft geltende Einschränkung, wonach nur natürliche Personen als Gesellschafter zugelassen werden, gilt für die einfache Gesellschaft und somit für die Untergesellschaft nicht. Bestritten ist, ob bei einer Handelsgesellschaft die Vertreter von sich aus, ohne Beschluß der Generalversammlung, berechtigt sind, Unterbeteiligungsverträge einzugehen. Diese Frage muß bejaht werden⁴⁷⁾. — Eine Unterbeteiligung ist auch zwischen Ehegatten in der Weise möglich, daß der Ehemann Frauengut in eine Gesellschaft einbringt, an der nur er allein als Gesellschafter beteiligt wird. Die Frau kann gegenüber den Mitgesell-schaftern ihres Ehemannes keinerlei gesellschaftliche Rechte, insbesondere nicht das Kontrollrecht, geltend machen⁴⁸⁾.

In Abweichung von der Regelung bei der einfachen Gesellschaft kann die Untergesellschaft als stille Gesellschaft nur zwei Personen umfassen⁴⁹⁾. Sie ist notwendigerweise ein zweiseitiger Vertrag, ohne deswegen zum synallagmatischen Kontrakt zu werden. Treten mehrere Unterbeteiligte dem gleichen Gesellschafter gegenüber, so bestehen so viele Untergesellschaften, wie Unterbeteiligte vorhanden sind. Die einzelnen Unterbeteiligten stehen untereinander nicht in einem gesellschaftlichen Verhältnis.

II. Die Form des Unterbeteiligungsvertrages.

Zur Eingehung einer Untergesellschaft bedarf es nach den für die einfache Gesellschaft geltenden Regeln keiner Form. Auch stillschweigende Begründung durch konkludente Handlung ist möglich⁵⁰⁾. Bringt der Unterbeteiligte

⁴⁷⁾ Wieland, S. 277, N. 9; Wespi, S. 36.

⁴⁸⁾ SJZ 4, S. 84 Nr. 260.

⁴⁹⁾ Vgl. die Entwürfe von 1919 (Art. 635) und von 1919 (Art. 561), in denen ausdrückliche Vorschriften in diesem Sinn enthalten sind. Schuler, S. 72; Wespi, S. 17, 35; Becker, N. 22 zu Art. 530 OR; BGE 20 II 240ff.; contra: Siegwart, N. 9, Vorb. zu Art. 530/51 OR.

⁵⁰⁾ Becker, N. 12 zu Art. 530 OR.

jedoch Grundstücke ein, so ist öffentliche Beurkundung des Illationsvertrages unerlässlich, da das Grundstück ins Gesamteigentum der Mitglieder der Obergesellschaft übergeht und somit eine Handänderung vorliegt⁵¹⁾. Bei Einbringung von Forderungen durch den Unterbeteiligten sind die Formvorschriften der Zession zu beachten. Werden diese Formvorschriften nicht berücksichtigt, ist Nichtigkeit des ganzen Vertrages die Folge, sofern dem formbedürftigen Teil für die Parteien solche Bedeutung zukommt, daß der Gesellschaftsvertrag ohne diesen nicht abgeschlossen worden wäre (Art. 20₂ OR).

In der Regel werden Unterbeteiligungsverträge aus Beweisgründen schriftlich abgeschlossen. Geht aus den Umständen hervor, daß die Parteien sich die Schriftform vorbehalten haben, dann gilt die Vermutung, daß sie erst mit Erfüllung der Form gebunden sein wollen (Art. 16 OR).

§ 4. Die internen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien der Untergesellschaft⁵²⁾.

I. Die rechtliche Stellung des Oberbeteiligten in der Untergesellschaft.

Der Oberbeteiligte spielt in der Untergesellschaft eine dominierende Rolle. Er ist in Abweichung von Art. 535 OR allein zur Geschäftsführung berufen, auch wenn der Gesellschaftsvertrag ihm diese Befugnis nicht ausdrücklich verleiht⁵³⁾. Es ist dies eine Folge der Verkoppelung von Ober- und Untergesellschaft. Die Untergesellschaft bezieht einzig die gemeinsame Ausnützung der Mitgliedschaft des Oberbeteiligten bei der Obergesellschaft. Die Geschäftsführung hängt somit notwendigerweise mit der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten in der Obergesellschaft zusammen. Der Unterbeteiligte als Nichtmitglied der

⁵¹⁾ Haab, N. 32 zu Art. 652/4 ZGB; vgl. auch BGE 60 II 99.

⁵²⁾ Vgl. Wespi, S. 73 ff.

⁵³⁾ Vgl. Wespi, S. 73; Siegwart, N. 3 zu Art. 542 OR; Becker, N. 9 zu Art. 542 OR.

Obergesellschaft könnte die Geschäfte gar nicht führen. Zur Vornahme gewöhnlicher Rechtshandlungen, die der Zweck der Untergesellschaft normalerweise mit sich bringt, ist der Oberbeteiligte allein zuständig. Dem Unterbeteiligten steht ein gewisses Mitspracherecht zu, das vertraglich mehr oder weniger weitgehend ausgestaltet sein kann. Handelt es sich jedoch um ungewöhnliche Rechtshandlungen, so hat der Oberbeteiligte die Zustimmung des Unterbeteiligten einzuholen. Kommt der Oberbeteiligte dieser Pflicht nicht nach, macht er sich einer Verletzung des Unterbeteiligungsvertrages schuldig. Die Gültigkeit seiner Handlungen als Geschäftsführer wird jedoch nicht beeinträchtigt, da er extern nicht als Vertreter des Unterbeteiligten, sondern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auftritt. — Dem Unterbeteiligten muß entgegen Art. 539 OR auch das Recht zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigen Gründen verweigert werden, denn er wäre nach einem Entzug in Ermangelung der Mitgliedschaft bei der Obergesellschaft nicht fähig, die Geschäftsführung selbst zu übernehmen⁵⁴⁾. Der Unterbeteiligte hat nur die Möglichkeit, die richterliche Auflösung der Untergesellschaft aus wichtigen Gründen zu verlangen, wenn der Oberbeteiligte seine Geschäftsführungsbefugnis mißbraucht.

Anderseits ist der Oberbeteiligte dem Unterbeteiligten gegenüber zur bestimmungsgemäßen Verwendung der von ihm geleisteten Beiträge verantwortlich. Diese Pflicht ist bei der Untergesellschaft von besonderer Bedeutung, da dem Unterbeteiligten zufolge der mangelnden dinglichen Berechtigung an seinem Einbringen und der fehlenden Geschäftsführungsbefugnis kein direkter Einfluß auf dessen Verwendung möglich ist. — Der Oberbeteiligte ist im übrigen ganz allgemein verpflichtet, in seiner Stellung als Mitglied der Obergesellschaft die Interessen des Unterbeteiligten zu wahren⁵⁵⁾.

⁵⁴⁾ Wespi, S. 77, 78.

⁵⁵⁾ Vgl. Siegwart, N. 3 zu Art. 542 OR.

Im weiteren gelten hinsichtlich der internen Rechtsstellung des Oberbeteiligten keine Besonderheiten. Seine Rechte und Pflichten bestimmen sich nach dem Unterbeteiligungsvertrag und nach dem Gesetz.

II. Rechte und Pflichten des Unterbeteiligten.

Abgesehen von den angeführten Einschränkungen entspricht die interne Stellung des Unterbeteiligten der eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters bei der einfachen Gesellschaft.

Wichtige Befugnisse des Unterbeteiligten sind vor allem das Kontrollrecht, ein weitgehendes Recht auf Einsicht in die geschäftlichen Angelegenheiten sowie auf Berichterstattung und Abrechnung⁵⁶⁾. Diese Rechte können ihm durch vertragliche Abrede nicht gänzlich entzogen werden. Für den Unterbeteiligten von größter Bedeutung ist in der Regel sein Recht auf einen Anteil des auf den Oberbeteiligten entfallenden Gewinnes. Die Aussicht auf Gewinn wird meist für den Unterbeteiligten der Beweggrund zum Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrages sein. Möglich ist aber auch, daß die Gewinnbeteiligung fehlt⁵⁷⁾ oder durch ein festes Honorar ersetzt wird. Der Unterbeteiligte ist ferner berechtigt, vom Oberbeteiligten die Wahrung des Gesellschaftszweckes, insbesondere die Beibehaltung der Mitgliedschaft bei der Obergesellschaft, zu verlangen.

Unter den Pflichten des Unterbeteiligten steht in der Regel diejenige zur Übernahme eines Teiles des den Oberbeteiligten treffenden Verlustes an erster Stelle. Daneben kann eine Beitragspflicht des Unterbeteiligten statuiert sein. Als Beitrag wird etwa auch die teilweise Übernahme des Verlustrisikos bezeichnet⁵⁸⁾. Die Sorgfaltspflicht trifft den Unterbeteiligten wie jedes Mitglied einer einfachen Gesellschaft.

⁵⁶⁾ Vgl. Becker, N. 9 zu Art. 542 OR.

⁵⁷⁾ Vgl. Staub, N. 21 zu § 109 HGB.

⁵⁸⁾ Vgl. Schatz, S. 37 und Anm. 57.

§ 5. Die externen Rechtsbeziehungen des Unter- und des Oberbeteiligten zur Obergesellschaft.

I. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Oberbeteiligten und seinen Mitgeschaftern in der Obergesellschaft.

In den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Oberbeteiligten und seinen Mitgeschaftern in der Obergesellschaft ändert sich durch die Eingehung der Unterbeteiligung nichts. Der Oberbeteiligte bleibt Geschafter und hat allen seinen Pflichten nachzukommen, wie wenn eine Unterbeteiligung nicht vorläge. Auch seine gesellschaftlichen Rechte bleiben dieselben. Aus dem Unterbeteiligungsvertrag ergibt sich nur, wie schlußendlich die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vor- und Nachteile intern zwischen Ober- und Unterbeteiligtem verteilt werden.

II. Das rechtliche Verhältnis des Unterbeteiligten zur Obergesellschaft.

Der Unterbeteiligte tritt in keinerlei unmittelbare Beziehungen zu den Mitgeschaftern des Oberbeteiligten, da ihm die Unterbeteiligung weder die Mitgliedschaft bei der Obergesellschaft noch dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen zu verschaffen vermag. Er hat deshalb keine Möglichkeit, irgendwelche Mitgliedschaftsrechte in der Obergesellschaft geltend zu machen; er kann vor allem seine ihm aus der Unterbeteiligung zustehenden Gewinnansprüche nicht gegen die Mitgeschafter des Oberbeteiligten durchsetzen oder von ihnen auch nur Auskunft über die Höhe des auf den Oberbeteiligten entfallenden Gewinnanteils verlangen⁵⁹⁾). Er muß sich in jeder Beziehung an den Oberbeteiligten halten.

Dieser externen Machtlosigkeit des Unterbeteiligten entspricht seine Befreiung von jeglicher Haftung gegenüber den Mitgeschaftern des Oberbeteiligten und den Gläubi-

⁵⁹⁾ Vgl. Becker, N. 10 zu Art. 542 OR; BGE 19, 277.

gern der Obergesellschaft⁶⁰⁾). Eine diesbezügliche Vereinbarung mit dem Oberbeteiligten, seinen Mitgesellschaftern und den Gläubigern ist nicht erforderlich, da der Oberbeteiligte extern in eigenem Namen und nicht in Vertretung des Unterbeteiligten oder der Untergesellschaft auftritt. Der Oberbeteiligte wird daher allein berechtigt und verpflichtet (Art. 543₁ OR). Da die externe Haftung des Unterbeteiligten fehlt, kann der Oberbeteiligte ihn auch von jeder Verlustübernahme befreien oder auf die Einbringung von zugesicherten Beiträgen nachträglich verzichten. Er verschlechtert damit nur seine eigene Rechtsstellung.

Die Mitgesellschafter des Oberbeteiligten müssen ihrerseits auf den Unterbeteiligten keine Rücksicht nehmen. Sie können die Auflösung der Obergesellschaft beschließen, ohne daß der Unterbeteiligte sich dagegen zur Wehr zu setzen vermöchte, obwohl damit auch die Untergesellschaft wegen Unmöglichwerdens des Zweckes dahinfällt. Jeder Beschuß steht ihnen frei, auch wenn er die Rechte des Unterbeteiligten gegenüber dem Oberbeteiligten noch so schwerwiegend beeinträchtigt.

§ 6. Die Beendigung der Untergesellschaft⁶¹⁾.

I. Die Auflösungsgründe.

Die Beendigungsgründe sind die der einfachen Gesellschaft, wie sie in Art. 545/6 OR aufgezählt werden. Hier sind nur diejenigen Besonderheiten zu behandeln, die mit der Natur der Untergesellschaft als stille Gesellschaft zusammenhängen.

Bei den ex lege wirkenden Auflösungstatbeständen ist zu beachten, daß Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes eintritt, wenn der Oberbeteiligte aus irgend einem Grunde der Mitgliedschaft bei der Obergesellschaft verlustig geht, da der einzige Zweck der Untergesellschaft in der Ausnutzung dieser Mitgliedschaft besteht. — Zweifel

⁶⁰⁾ Vgl. Wespi, S. 29, 84, 85; Siegwart, N. 3 zu Art. 542 OR; Becker, N. 7 zu Art. 544 OR.

⁶¹⁾ Vgl. Wespi, S. 86.

sind berechtigt, ob die Zwangsverwertung des Liquidationsanteils des Unterbeteiligten als Beendigungsgrund zulassen ist, da von einem Liquidationsanteil im eigentlichen Sinn zufolge des Überganges aller Einlagen und Beiträge des Unterbeteiligten in das Gesellschaftsvermögen der Obergesellschaft nicht die Rede sein kann. Wir glauben jedoch mit Becker⁶²⁾ und Wespi⁶³⁾ annehmen zu dürfen, daß bei der stillen Gesellschaft die obligatorischen Ansprüche des Unterbeteiligten gegenüber dem Oberbeteiligten, die bei Auflösung der Gesellschaft geltend gemacht werden könnten, den Platz des Liquidationsanteils einnehmen. Die Untergesellschaft erlischt, sobald diese Ansprüche verwertet werden. — Fällt der Unterbeteiligte in Konkurs, so wird die Untergesellschaft aufgelöst; die Forderung auf das Liquidationsguthaben gehört zur Masse; ein Vindikationsanspruch hinsichtlich der Einlagen und Beiträge ist zu versagen, da kein Eigentum des Unterbeteiligten mehr besteht.

Mangelhafte Wahrung der Interessen des Unterbeteiligten gegenüber der Obergesellschaft durch den Oberbeteiligten oder sein dem Unterbeteiligungsvertrag widersprechendes Verhalten in der Obergesellschaft können wichtige Gründe darstellen, die dem Unterbeteiligten ermöglichen, die richterliche Auflösung der Untergesellschaft zu verlangen.

II. Die Liquidation der Untergesellschaft.

Mit dem Eintritt des gesetzlichen Auflösungstatbestandes oder dem richterlichen Urteil fallen die persönlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern ohne weiteres dahin⁶⁴⁾. Es verbleibt noch die Durchführung der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung. Das Obligationenrecht regelt in mehreren Bestimmungen die Liquidation der einfachen Gesellschaft (Art. 548—550). Eine nähere Be-

⁶²⁾ Becker, N. 12 zu Art. 545 OR.

⁶³⁾ Wespi, S. 90.

⁶⁴⁾ Becker, N. 1 zu Art. 548 OR; Wespi, S. 100.

trachtung dieser Vorschriften ergibt, daß sie auf die Gesellschaft mit gesamthänderischer Berechtigung der Gesellschafter zugeschnitten sind. Sie passen deshalb schlecht für die Verhältnisse bei der Untergesellschaft. Es ist nicht gut vorstellbar, wie ein Gesellschaftsverhältnis, das während der Zeit seines Bestehens keine dingliche Gesamtberechtigung der Gesellschafter zu erzeugen vermag, nach seiner Aufhebung dingliche Veränderungen erzeugen soll. Die angeführten Liquidationsbestimmungen sind allerdings nur dispositiv und können somit ausgeschlossen werden⁶⁵⁾. Es stellt sich jedoch die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die gesetzlichen Liquidationsbestimmungen nicht vertraglich wegbedungen werden.

Becker⁶⁶⁾ stellt sich auf den Standpunkt, nach der Übung sei im Zweifel der Ausschluß der Liquidation anzunehmen. Wir möchten der Ansicht Wespi⁶⁷⁾ folgen, der eine Liquidation als unmöglich erachtet und somit die Anwendbarkeit der Art. 548—550 OR überhaupt verneint. Sobald die persönlichen Beziehungen in der Untergesellschaft wegfallen, zeigt sich die übermächtige Stellung des Oberbeteiligten besonders deutlich. Er allein ist am Vermögen der Obergesellschaft dinglich berechtigt. Die Ansprüche des Unterbeteiligten sind nur obligatorischer Natur und richten sich ausschließlich gegen den Oberbeteiligten. Wespi stellt mit Recht fest, das Verhältnis der Gesellschafter sei lediglich eine «Erfolgs-, nicht auch eine Vermögensgemeinschaft». Es fehlt an einem Gesellschaftsvermögen als der ersten Voraussetzung einer Liquidation⁶⁸⁾. Die Auseinandersetzung beschränkt sich auf eine rein rechnerische Aufstellung der wechselseitigen Forderungen der Gesellschafter. Diese Abrechnung hat in sinngemäßer Anwendung von Art. 550₂ OR der Oberbeteiligte allein

⁶⁵⁾ Becker, N. 2 zu Art. 548 OR.

⁶⁶⁾ Becker, N. 3 zu Art. 548 OR.

⁶⁷⁾ Wespi, S. 42, 100.

⁶⁸⁾ Vgl. Flechtheim, N. 2 zu § 339 HGB.

vorzunehmen⁶⁹⁾. Sie unterliegt der Überprüfung und eventuellen gerichtlichen Anfechtung durch den Unterbeteiligten. Ergibt sich aus der Abrechnung ein Guthaben des Unterbeteiligten, so ist ihm dieses in Geld auszurichten. Ein Anspruch auf Rückgabe der eingebrachten Sachen steht ihm nicht zu (Art. 548 OR).

§ 7. Unterkonsortien beim Emissionsgeschäft als praktisches Beispiel einer Unterbeteiligung⁷⁰⁾.

Unternehmen, die Geld beim Publikum aufnehmen wollen, pflegen zur Placierung ihrer Aktien oder Obligationen die Hilfe einer Bank in Anspruch zu nehmen. Diese Bank übernimmt in der Regel sämtliche Titel von Emittenten, um sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an das Publikum abzugeben. Sie geht bei dem Geschäft das Risiko ein, im Falle eines Mißerfolges der Begebung große Teile ihres Betriebskapitals in den Titeln des Emittenten festgelegt zu haben. Sinken die Papiere im Kurs unter den Übernahmepreis, erleidet sie überdies einen finanziellen Verlust. Um diese Gefahren zu mindern, schreitet die Bank regelmäßig zur Bildung eines Emissionskonsortiums, das heißt, sie schließt sich mit einem oder mehreren anderen Bankinstituten zu einer einfachen Gesellschaft zusammen, die Übernahme und Absetzung der Titel zum Zweck hat. Emissionsgewinn und Risiko werden im Zweifel nach der Höhe der Kapitalbeteiligung der einzelnen Gesellschafter verteilt⁷¹⁾.

Jedes Mitglied des Konsortiums kann das übernommene Risiko noch weiter verkleinern, indem es meist mit Kleinbanken sogenannte Unterkonsortien eingeht. Solche Unterkonsortien sind praktisch wichtige Anwendungsfälle von Unterbeteiligungen. Der Unterkonsorte tritt in keine

⁶⁹⁾ Vgl. Wespi, S. 102.

⁷⁰⁾ Vgl. über das rechtssoziologische Problem der Konsortien Naegeli, S. 185 ff.; Sydow, ZGH 19, 462; Schatz, insbesondere S. 56 ff.; BGE 19, 277; 49 II 490; Revue 29, 85, Nr. 39.

⁷¹⁾ Vgl. Becker, N. 5 zu Art. 533 OR.

direkten Beziehungen zum Konsortium, er wird nicht zu dessen Mitglied. Der Unterkonsortialvertrag verbindet den Unterkonsorten nur mit dem Mitglied des Konsortiums, das ihm die Unterbeteiligung eingeräumt hat. Die Unterbeteiligung braucht den übrigen Konsorten nicht bekannt zu sein, weshalb Unterkonsortien auch als Innenkonsortien bezeichnet werden. Ein Gesellschaftsvermögen besteht im Unterkonsortium nicht, weil der Zweck der Gesellschaft, der ausschließlich in der Übernahme und Begebung der Titel besteht, ein solches als unnötig erscheinen lässt. Die Beziehungen zwischen Konsorte und Unterkonsorte sind nicht als dingliche ausgestaltet, sondern als rein obligatorische. Wir kommen, entsprechend unseren theoretischen Ausführungen, zum Begriff des stillen Konsortiums⁷²⁾.

2. Kapitel:

Die Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft.

1. Abschnitt:

Die Abtretung gesellschaftlicher Rechte ohne Zustimmung der Mitgesellschafter.

§ 8. Das Problem der einseitigen Abtretung gesellschaftlicher Rechte im allgemeinen.

I. Der Gegensatz zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften.

Die Vorschrift des Art. 542 OR, nach der kein Gesellschafter von sich aus einen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen oder ihm durch Unterbeteiligung die Mitgliedschaft verleihen kann, hätte eigentlich der Aufnahme ins Gesetz nicht bedurft, da sie eine Selbstverständlichkeit ausspricht.
Mit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zählt die

⁷²⁾ Vgl. Schatz, S. 57.

einfache Gesellschaft zu den Personalgesellschaften⁷³⁾. Sie beruht auf einem engen Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern; es kommt auf die persönlichen Qualitäten des einzelnen Mitglieds an. Da alle Gesellschafter unbeschränkt persönlich und solidarisch haften, ist jeder an der Solvenz des andern interessiert. Anderseits müssen auch die Gläubiger davor geschützt werden, daß ihnen an Stelle eines zahlungsfähigen Gesellschafters ein zahlungsunfähiger zugeschoben wird. Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist deshalb ohne Einfluß auf seine Haftung. Aus dem Wesen der einfachen Gesellschaft müßte sich das Verbot der eigenmächtigen Übertragung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter auch ohne gesetzliche Norm ergeben⁷⁴⁾.

Einen schroffen Gegensatz zu den Personalgesellschaften bilden die Kapitalgesellschaften, insbesondere die Aktiengesellschaft. Hier ist die Person des Gesellschafters gleichgültig, seine Solvenz nach Volliberierung der Aktie bedeutungslos, da keine persönliche Haftung besteht. Die Mitgliedschaft kann deshalb prinzipiell einseitig durch jeden Gesellschafter rechtsgültig übertragen werden. Die Regeln hinsichtlich der Abtretung der Mitgliedschaft sind zufolge des gänzlich anders gearteten Charakters der Kapitalgesellschaft auf die Personalgesellschaften nicht anwendbar.

II. Die Arten der gesellschaftlichen Rechte bei der einfachen Gesellschaft⁷⁵⁾.

Wir haben festgestellt, daß die Mitgliedschaft als solche grundsätzlich nicht einseitig abtretbar ist. Es stellt sich die Frage, was für gesellschaftliche Rechte denn einseitig übertragbar seien.

Bei näherer Betrachtung des rechtlichen Gehalts der Mitgliedschaft erweist sich, daß zwei Gruppen gesellschaft-

⁷³⁾ Vgl. Siegwart, N. 5, Vorb. zu Art. 530/51 OR; Wieland, S. 474.

⁷⁴⁾ Vgl. Becker, N. 2 zu Art. 542 OR; von Tuhr, S. 790; ZBJV 51, S. 516, Nr. 79.

⁷⁵⁾ Vgl. Siegwart, N. 4 zu Art. 542 OR; Becker, N. 2 zu Art. 542 OR.

licher Rechte unterschieden werden müssen. Auf der einen Seite stehen Rechte mit persönlichem Charakter, die eng mit der Mitgliedschaft und der Person des Gesellschafters verbunden sind. Es handelt sich durchwegs um für die einfache Gesellschaft typische Rechte nicht vermögensrechtlicher Art. Alle diese Rechte können nicht abgetreten werden⁷⁶⁾). Anderseits erzeugt die Mitgliedschaft auch Rechte, die keine persönlichen Züge tragen, so vor allem die verschiedenen obligatorischen Forderungsrechte des Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter. Für die Gesellschafter ist es zum Beispiel ohne Bedeutung, ob sie den auf einen Gesellschafter entfallenden Gewinnanteil an diesen oder einen Dritten ausschütten⁷⁷⁾). Wieland bezeichnet diese Ansprüche anschaulich als Rechte, die der Abspaltung von der Mitgliedschaft fähig sind⁷⁸⁾). Diese Rechte unterliegen als Individualansprüche der Abtretung.

Neben den genannten zwei Gruppen besteht noch eine dritte Gruppe von Rechten, die gleichzeitig persönlichen und vermögensrechtlichen Charakter haben. Es sind dies die dinglichen Rechte des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Die besonderen Schwierigkeiten, die bezüglich der Abtretbarkeit dieser Rechte aus dem Zusammentreffen gesellschafts- und sachenrechtlicher Vorschriften resultieren, erheischen eine eingehendere Behandlung des Problems.

§ 9. Nicht abtretbare und abtretbare gesellschaftliche Rechte im einzelnen.

I. Die nicht abtretbaren gesellschaftlichen Rechte⁷⁹⁾.

Wir haben den Grundsatz der Nichtabtretbarkeit der gesellschaftlichen Rechte persönlicher Natur statuiert. An-

⁷⁶⁾ Vgl. SJZ 12, S. 248, Nr. 212.

⁷⁷⁾ Vgl. Becker, N. 6 zu Art. 542 OR.

⁷⁸⁾ Vgl. Wieland, S. 613.

⁷⁹⁾ Vgl. Becker, N. 4, 5 zu Art. 542 OR; Siegwart, N. 5 zu Art. 542 OR; Schatz, S. 55.

hand von Doktrin und Praxis bleibt noch abzuklären, welche Rechte im einzelnen zu den persönlichen zu rechnen sind.

In erster Linie gehören die sogenannten Mitverwaltungsrechte hieher. Kein geschäftsführender Gesellschafter kann die Geschäftsführungsbefugnis einseitig an einen außenstehenden Dritten übertragen⁸⁰⁾. Nicht abtretbar ist das Einspruchsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters (Art. 541 OR) und das Recht, bei der Fassung von Gesellschaftsbeschlüssen (Art. 534 OR) oder der Liquidation der Gesellschaft (Art. 550 OR) mitzuwirken. Ebenso bleibt die Befugnis jedes Gesellschafters zum Entzug der Geschäftsführung aus wichtigen Gründen untrennbar mit seiner Person verbunden (Art. 539). — Die Praxis hat wiederholt Gelegenheit erhalten, die vom Gesetz ausdrücklich erwähnte Unmöglichkeit der Abtretung des Kontrollrechtes zu unterstreichen (Art. 541 OR). Ebensowenig kann der persönliche Charakter des Rechtes auf Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft im Zweifel stehen⁸¹⁾.

Becker⁸²⁾ hebt mit Recht hervor, daß auch vermögensrechtliche Ansprüche der Gesamtheit der Gesellschafter gegen einen Gesellschafter, wie der Anspruch auf Einbringung eines Beitrages⁸³⁾ oder von vereinbarten Nachschüssen, nicht abtretbar sind. Der Grund, der zum Ausschluß der Abtretbarkeit dieser Forderungen führt, ist jedoch nicht der gleiche wie in den früher genannten Fällen. Hier handelt es sich um Forderungen, die allen Gesellschaftern gesamthänderisch zustehen und zum Gesellschaftsvermögen gehören, über die daher ein Gesellschafter allein nicht verfügen kann⁸⁴⁾.

⁸⁰⁾ Vgl. insbesondere Iklé, S. 69 ff.

⁸¹⁾ Vgl. für die verschiedenen angeführten Fälle: BGE 18, 511; AG 1, 180; ZBJV 51, 517, Nr. 79; SJZ 12, 248, Nr. 212; BlZüR 4, Nr. 192; ferner RGE 52, 35; 90, 20; 95, 231.

⁸²⁾ Vgl. Becker, N. 5 zu Art. 542 OR.

⁸³⁾ Vgl. RGE 76, 276.

⁸⁴⁾ Vgl. Siegwart, Anm. 9 zu Art. 544 OR.

II. Die abtretbaren gesellschaftlichen Rechte⁸⁵⁾.

Abtretbar sind alle obligatorischen Ansprüche eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter, soweit es sich um Individualansprüche handelt. Zu diesen Rechten zählen das Recht auf Gewinn (Art. 533 OR), eventuell vereinbarten Zins für die Überlassung von Einlagen und allfällige Honoraransprüche. Der Abtretung unterliegen ferner alle Arten von Ersatzforderungen, so solche für die im Interesse der Gesellschaft eingegangene Verbindlichkeiten, für Auslagen und durch die Geschäftsführung erlittene Verluste, ebenso Schadenersatzansprüche⁸⁶⁾. Die praktisch wichtigsten Forderungen, die der Abtretung unterliegen, sind diejenigen auf Gewinn und auf das Liquidationsergebnis.

Abtretbar sind gegenwärtige und zukünftige, bedingte und unbedingte Forderungen. Der Anspruch auf das Liquidationsguthaben zum Beispiel stellt eine betagte und bedingte Forderung dar; sie kommt erst bei Auflösung der Gesellschaft oder beim Ausscheiden des Gesellschafters zur Entstehung und nur unter der Voraussetzung der Existenz eines aktiven Vermögensüberschusses in diesem Zeitpunkt. Auch zukünftige Gewinn- und Honoraransprüche werden oft zediert. Praxis und Doktrin anerkennen die Zulässigkeit der Abtretung zukünftiger und bedingter Forderungen⁸⁷⁾. Voraussetzung in allen Fällen ist allerdings, daß der Zedent im Moment des Entstehens der Forderung noch Gesellschafter ist.

Tritt ein Gesellschafter in rechtsgültiger Form seinen ganzen Anteil an einer einfachen Gesellschaft ab, so gilt diese Vereinbarung als Zession sämtlicher gegenwärtiger

⁸⁵⁾ Vgl. Becker, N. 6 zu Art. 542 OR; Siegwart, N. 4 zu Art. 542; Schatz, S. 54.

⁸⁶⁾ Vgl. Iklé, S. 122.

⁸⁷⁾ Vgl. BGE 25 II 322; 41 II 132; 57 II 538; ZBJV 51, 516;

Attenhofer in ZSR 4, 223 ff.; Haab, N. 21 zu Art. 652/4 ZGB; Wieland, S. 557, 613, 662; Vogelsang, S. 124; Fromer in ZSR 57, S. 273 ff.; Guhl, S. 179.

und zukünftiger Forderungen, die der Abtretung unterliegen⁸⁸⁾.

§ 10. Anwendbarkeit des Zessionsrechtes und Wirkungen der Zession.

I. Die Anwendbarkeit des Zessionsrechtes.

Für die Abtretung gesellschaftlicher Rechte gelten die gewöhnlichen Regeln über die Zession⁸⁹⁾. Im Gegensatz zur Unterbeteiligung in Gesellschaftsform ist somit die Schriftform unentbehrlich.

Siegwart⁹⁰⁾ vertritt die Ansicht, daß prinzipiell die Zessionsregeln Anwendung finden, Gesellschaftsrecht aber insofern analog gelte, als der Gesellschafter verpflichtet sei, die ihm verbleibenden Rechte so auszuüben, daß die dem Dritten abgetretenen Ansprüche noch unbestimmten Inhalts nicht verkürzt werden. U. E. besteht kein Bedürfnis, Gesellschaftsrecht analog anzuwenden. Die Zession ist ein Vertrag, auf den die allgemeinen Regeln des OR zur Anwendung kommen, soweit das Zessionsrecht keine Spezialregeln normiert. Wir glauben deshalb, daß in dem von Siegwart angeführten Fall die Art. 97 ff. OR herbeizuziehen sind. Verkürzt der Gesellschafter in Ausübung der ihm verbliebenen Rechte die Ansprüche des Zessionars, so kommt sein Verhalten einer Schlecht- oder Nichterfüllung des Zessionsvertrages gleich und begründet seine Schadenersatzpflicht.

II. Auswirkungen der Zession gesellschaftlicher Rechte.

Die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen des Zedenten zu seinen Mitgesellschaftern werden durch die Zession nicht beeinträchtigt, wenn man vom Verlust der abgetretenen

⁸⁸⁾ Vgl. BGE 18, 511; 25 II 322; Jenny, S. 28; Härtsch, S. 76.

⁸⁹⁾ Vgl. Siegwart, N. 4 zu Art. 542 OR; Schatz, S. 55; Zeller, N. 2 zu Art. 542 OR; J. trib. 51, 464.

⁹⁰⁾ Vgl. Siegwart, N. 5 zu Art. 542 OR.

Forderungsrechte absieht. Insbesondere wird er von seinen gesellschaftlichen Pflichten nicht befreit, auch wenn seine Interessen an der Gesellschaft sich zufolge Abtretung aller finanziellen Ansprüche erheblich vermindern⁹¹⁾.

Die rechtliche Stellung des Zessionars beurteilt sich ausschließlich nach Zessionsrecht. Er wird nicht zum Gesellschafter, und es gehen keinerlei Gesellschaftsrechte persönlicher Art auf ihn über⁹²⁾. Da ihm somit Mitverwaltungs- und Kontrollrechte fehlen, kann er sich für Auskünfte nur an den Zedenten wenden, nicht an dessen Mitgesellschafter⁹³⁾. In Abweichung von der Regelung bei der Unterbeteiligung in Gesellschaftsform steht dem Zessionar im Umfang der auf ihn übergegangenen Rechte ein direkter obligatorischer Anspruch gegen die Mitgesellschafter des Zedenten zu. Diese Forderung beruht jedoch auf der Zession, nicht auf Gesellschaftsrecht.

Für die Mitgesellschafter des Zedenten bewirkt die Zession einzig, daß an Stelle ihres Gesellschafters der Zessionar zum Gläubiger wird. Sobald ihnen die Zession angezeigt ist, können sie nicht mehr mit befreiender Wirkung an ihren Gesellschafter leisten. Eine Erschwerung ihrer Schuldnerstellung tritt aber nicht ein, insbesondere ihre Haftung bleibt unverändert. So haften die Mitgesellschafter einem Gesellschafter für Auslagen und Verbindlichkeiten, die dieser in Angelegenheiten der Gesellschaft macht, sowie für Verluste, die er durch die Geschäftsführung erleidet, zunächst nur mit dem Gesellschaftsvermögen. Soweit dieses nicht ausreicht, ist der Ersatz erst bei der Auseinandersetzung zu entrichten, und zwar haften die Gesellschafter im Gegensatz zu Art. 544₃ OR intern nur anteilmäßig, nicht solidarisch⁹⁴⁾. Tritt ein Gesellschafter eine derartige Forderung ab, so haften die Mitgesellschafter

⁹¹⁾ Vogelsang, S. 124/5.

⁹²⁾ Vgl. Zeller, N. 2 zu Art. 542 OR.

⁹³⁾ Vgl. ZBJV 51, S. 516, Nr. 79.

⁹⁴⁾ Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Iklé, S. 122 ff.; Becker, N. 2 und 3 zu Art. 537 OR.

dem Zessionar ebenfalls nur mit den Beschränkungen, die auch dem Gesellschafter gegenüber eintreten würden. Diese Regel gilt hinsichtlich aller abtretbaren Rechte. — Die Mitgesellschafter können gegenüber dem Zessionar alle Einreden geltend machen, die ihnen aus dem Gesellschaftsvertrag gegenüber dem abtretenden Gesellschafter zu stehen. — Schließlich werden die Gesellschafter durch die Zession nicht gehindert, Änderungen des Gesellschaftsvertrages vorzunehmen oder Beschlüsse zu fassen, die den Interessen des Zessionars zuwiderlaufen⁹⁵⁾). Der Zessionar kann sich nur an den Zedenten halten, der eventuell schadenersatzpflichtig wird.

§ 11. Insbesondere die Abtretung dinglicher Rechte am Gesellschaftsvermögen.

I. Bei der Gesamthandsgesellschaft.

Die Gesellschafter sind, wenn sie nicht ausdrücklich Miteigentum an den einzelnen Gegenständen vereinbaren, am Gesellschaftsvermögen als Gesamteigentümer berechtigt⁹⁶⁾). Es ist nun zu untersuchen, ob der einzelne Gesellschafter in der Lage ist, einseitig seine dingliche Rechtsstellung zu übertragen.

Es besteht zwischen den Bestimmungen des ZGB über das Gesamteigentum und Art. 542₂ OR äußerlich betrachtet ein gewisser Gegensatz. Art. 653 ZGB verbietet jede Verfügung über einen Bruchteil der Sache, solange die das Gesamteigentum tragende Gemeinschaft existiert. In Art. 542₂ OR ist hingegen von der Abtretung eines Anteils die Rede. Um diese Bestimmung richtig zu verstehen, müssen wir vom Wesen des Gesamteigentums ausgehen und uns insbesondere über den Begriff des Anteils Klarheit verschaffen. Das Eigentum des Gesamthändlers geht nach Art. 652 ZGB auf die ganze Sache, wobei der einzelne

⁹⁵⁾ Vgl. Zeller, N. 7 zu Art. 542 OR.

⁹⁶⁾ Vgl. Becker, N. 1 zu Art. 544 OR; Siegwart, N. 8 zu Art. 544 OR; Haab, N. 6 zu Art. 652/4 ZGB.

Eigentümer durch das Eigentumsrecht jedes anderen Gesamthänders beschränkt ist. Verfügungen über Sachen im Gesamteigentum können deshalb nur alle Gesamthänder gemeinsam vornehmen. Selbständige Sachanteile des einzelnen Gesellschafters, die einer Verfügung oder Verwertung fähig wären, bestehen nicht⁹⁷⁾. Nach Haab⁹⁸⁾ ist aber ein Anteil in einem anderen, doppelten Sinn denkbar. Einmal kann unter Anteil verstanden werden der Inbegriff der auf dem Gemeinschaftsverhältnis beruhenden Rechte und Pflichten des Gesamthändlers, die sich bei der einfachen Gesellschaft in der Mitgliedschaft verkörpern. Über den Anteil in diesem Sinn kann der Gesellschafter einseitig nicht verfügen. Der Begriff Anteil wird aber auch zur Bezeichnung der vermögensrechtlichen Beteiligung des Gesamthändlers am Gemeinschaftsvermögen, der aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Ansprüche obligatorischer Natur verwendet. In diesem Sinn ist der Begriff «Anteil» des Art. 542₂ OR aufzufassen.—Wir kommen somit zum Schluß, daß ein Anteil dinglicher Art am Gemeinschaftsvermögen, welcher der Verfügung fähig wäre, nicht existiert⁹⁹⁾. Nur die aus dem Gesamteigentum resultierenden obligatorischen Ansprüche, wie beispielsweise derjenige auf das Liquidationsergebnis¹⁰⁰⁾, sind abtretbar.

II. Bei der Miteigentumsgesellschaft.

Schließlich ist noch abzuklären, was bei der Miteigentumsgesellschaft unter der Abtretung eines Anteils durch einen Gesellschafter zu verstehen ist. Im Gegensatz zum Gesamteigentum bestehen beim Miteigentum an den einzelnen Sachen des Gesellschaftsvermögens ideelle Quoten des Gesellschafters, die der Verfügung zugänglich sind¹⁰¹⁾. Das OR knüpft an eine Verfügung nur den Vorbehalt, daß

⁹⁷⁾ Vgl. BGE 40 III 216; ZBJV 59, 138; ZBGR 11, 140.

⁹⁸⁾ Vgl. Haab, N. 21 zu Art. 652/4 ZGB.

⁹⁹⁾ Vgl. Guhl in ZBJV 53, S. 51.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Jenny, S. 28; Härtsch, S. 76 f.

¹⁰¹⁾ Vgl. Haab, N. 10 zu Art. 646 ZGB.

der Erwerber nicht zum Gesellschafter werde. Die Veräußerung von Eigentumsquoten durch einen Gesellschafter ist für die Mitgesellschafter nicht unbedenklich. Zur Verfügung über die ganze Sache bedarf es in der Regel der Zustimmung aller Miteigentümer (Art. 648₂ ZGB), also auch der des außerhalb der Gesellschaft stehenden Erwerbers der Quote. Außerdem muß nach Art. 534₁ OR auch der Gesellschafter zustimmen, der die Quote veräußert und damit als Eigentümer ausgeschieden ist. Jeder Gesellschafter hat es somit in der Hand, durch einseitige Verfügung über seine Quoten oder Teile davon die Stellung der Mitgesellschafter zu erschweren. Den Mitgesellschaftern muß die Möglichkeit eröffnet werden, sich gegen eigenmächtige Verfügungen eines Gesellschafters zur Wehr zu setzen. Die Lösung ist einfach, wenn es sich um ein im Miteigentum der Gesellschafter stehendes Grundstück handelt. Die Mitgesellschafter können durch Geltendmachung ihres gesetzlichen Vorkaufsrechtes den Eigentumserwerb des Dritten verhindern¹⁰²⁾ (Art. 682 ZGB). Bei Mobilien versagt dieses Schutzmittel, doch steht den Gesellschaftern die Befugnis zu, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen. Siegwart¹⁰³⁾ weist uns noch einen anderen Weg, indem er bemerkt, «individuelle Verfügungen seien zwar sachenrechtlich erlaubt, gesellschaftsrechtlich aber verboten». Verfügt ein Gesellschafter über eine oder alle seine Quoten an Sachen des Gesellschaftsvermögen, so wird unter Umständen die Erreichung des Gesellschaftszweckes verunmöglicht, was zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft führt¹⁰⁴⁾. Zum mindesten kann in der Verfügung ein wichtiger Grund liegen, der jeden Mitgesellschafter ermächtigt, die richterliche Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Die Gesellschafter sind eventuell auf das gleiche Vorgehen angewiesen, wenn einer von ihnen seine Quoten verpfändet. Die Benachteiligung der Mitgesellschafter liegt darin, daß die betreffenden

¹⁰²⁾ Vgl. Guhl in ZBJV 53, 51.

¹⁰³⁾ Vgl. Siegwart, N. 7 zu Art. 531 OR.

¹⁰⁴⁾ So ausdrücklich: Hafner, N. 3 zu Art. 545 a. OR.

Sachen als Ganzes nicht mehr verpfändet werden können¹⁰⁵⁾. Der Schutz der Mitgesellschafter bleibt ein unvollkommener, da eine Auflösung der Gesellschaft oft nicht in ihrem Interesse liegt. Es wäre wohl besser gewesen, der Gesetzgeber hätte den Gesellschaftern die Möglichkeit der Vereinbarung von Miteigentum genommen, da diese Form des gemeinschaftlichen Eigentums nicht zu einer engen Personengemeinschaft paßt.

2. Abschnitt:

Die Abtretung der Mitgliedschaft mit Zustimmung der Mitgesellschafter.

§ 12. Die einseitige Abtretung der Mitgliedschaft.

I. Im allgemeinen.

Das gesetzliche Verbot der einseitigen Abtretung der Mitgliedschaft ist nur dispositives Recht. Den Gesellschaftern bleibt es demnach unbenommen, die einseitige Abtretung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter vorbehaltlos oder nur unter bestimmten Voraussetzungen¹⁰⁶⁾ zuzulassen. Eine solche Vereinbarung kann im Gesellschaftsvertrag oder in einem späteren Beschuß enthalten sein. Eine vom Gesetz abweichende Regelung wird sich vor allem bei Gesellschaften finden, die nur eine sehr lose Bindung aufweisen und bei denen es nicht auf die persönlichen Qualitäten des einzelnen Gesellschafters ankommt. Im Unterschied zur Unterbeteiligung und zur Abtretung gesellschaftlicher Rechte ohne Zustimmung der Mitgesellschafter erfährt der Personalbestand der Gesellschaft in den hier zu erörternden Fällen eine Änderung, indem der eintretende Gesellschafter gegen den austretenden ausgewechselt wird.

¹⁰⁵⁾ Guhl, ZBJV 53, S. 52; Haab, N. 24 zu Art. 646 ZGB.

¹⁰⁶⁾ Vgl. BGE 23 I 660.

II. Rechtliche Vorgänge bei der Abtretung der Mitgliedschaft.

Tritt ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und ein Dritter an seiner Stelle ein, so beeinträchtigt dieser Vorgang nach heutiger Auffassung der Doktrin die Kontinuität der Gesellschaft nicht¹⁰⁷⁾. Damit ist nicht gesagt, es handle sich bei der Abtretung der Mitgliedschaft juristisch um einen einheitlichen Rechtsakt. Es wird sich im Gegenteil aus den nachfolgenden Ausführungen ergeben, daß zwei getrennte rechtliche Vorgänge anzunehmen sind. Nicht eine einheitliche Abtretung der Mitgliedschaft ist gegeben, sondern eine Kombination eines Austrittes mit einem Eintritt.

Eine direkte Übertragung der objektiven Seite der Mitgliedschaft, das heißt der gesamthänderischen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen, verbietet sich aus sachenrechtlichen Erwägungen, da keine der Verfügung zugänglichen Anteile des einzelnen Gesellschafters vorliegen. Der Austretende tauscht im Moment seines Ausscheidens seine dingliche Berechtigung gegen einen obligatorischen Anspruch auf Abfindung ein. Seine dinglichen Rechte wachsen den verbleibenden Gesellschaftern an. Mit dem Eintritt des Dritten wird er zum Gesamthänder, indem die beim Ausscheiden des alten Gesellschafters den Mitgesellschaftern angewachsene dingliche Berechtigung wieder abwächst und auf den Dritten übergeht¹⁰⁸⁾. Dem entspricht, daß im Grundbuch sowohl Aus- wie Eintritt zu je einer Berichtigung Anlaß geben. Der austretende Gesellschafter kann durch Zession nur über seinen obligatorischen Anspruch auf Abfindung zugunsten des eintretenden Dritten verfügen. Bringt der Zessionar diese Forderung als «Entgelt» für die dingliche Berechtigung wieder in das Gesellschaftsvermö-

¹⁰⁷⁾ Vgl. Haab, N. 19 zu Art. 652/4 ZGB; Guhl ZBJV 53, 59; für die ältere Ansicht, Burchkardt, S. 9 ff.

¹⁰⁸⁾ Vgl. über die Theorie der An- und Abwachung Haab, N. 40 zu Art. 652/4 ZGB; Guhl, ZBJV 53, S. 53, 59.

gen ein, so hat es äußerlich den Anschein, wie wenn der Austretende ihm seine dingliche Berechtigung übertragen hätte. Juristisch handelt es sich jedoch um dingliche An- und Abwachsung mit gleichzeitiger Zession des obligatorischen Abfindungsanspruches.

Nicht beantwortet wurde bisher die weitere Frage, ob die Mitgliedschaft im subjektiven Sinn, das heißt die Mitgliedschaft, soweit sie nicht in einer dinglichen Berechtigung besteht, durch den austretenden Gesellschafter an den eingetretenden Dritten übertragen werden kann. Wir möchten diese Frage verneinen. Eine Zession kommt nicht in Frage, da ihr nur Forderungsrechte, nicht aber aus Rechten und Pflichten bestehende Rechtsverhältnisse unterliegen¹⁰⁹⁾. Ein Vertrag zwischen dem ein- und austretenden Gesellschafter ist nicht möglich, obwohl man von Abtretung der Mitgliedschaft spricht. Wird im Gegensatz zu Art. 542₁ OR die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft statuiert, so besagt diese Abrede nur, daß ein Gesellschafter jederzeit zugunsten eines Dritten auf seine Mitgliedschaft verzichten kann und daß die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet sind, den vom ausscheidenden Gesellschafter bezeichneten Dritten in die Gesellschaft aufzunehmen¹¹⁰⁾.

Doktrin und Praxis vertreten im allgemeinen die von uns skizzierte Ansicht¹¹¹⁾. Eine abweichende Auffassung, die wir nicht teilen möchten, findet sich bei Siegwart¹¹²⁾. Er setzt sich für die Möglichkeit der einseitigen Abtretung der Mitgliedschaft mit Zustimmung der Mitgesellschafter nach Zessionsrecht ein und behandelt somit Ein- und Austritt als einheitlichen Rechtsakt. Eine nähere Begründung vermögen wir nicht zu finden. Wir möchten sogar in der Tatsache, daß Siegwart für die Abtretung der dinglichen

¹⁰⁹⁾ Vgl. v. Tuhr, S. 790; Becker, N. 2 zu Art. 542 OR.

¹¹⁰⁾ Vgl. die ähnliche Begründung bei Flachsmann, S. 61.

¹¹¹⁾ Vgl. Haab, N. 21 zu Art. 652/4 ZGB; Zoelly, S. 80; Flachsmann. S. 61; ZBGR 4, 221; 10, 95; BlZüR 24, 312.

¹¹²⁾ Vgl. Siegwart, N. 6—9 zu Art. 542 OR; vgl. ähnlich auch Wieland, S. 658.

Berechtigung an zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücken anläßlich des Gesellschafterwechsels in Abweichung von der Regel die Schriftform als genügend erklärt, ein Indiz für die Richtigkeit unserer Auffassung sehen. Tatsächlich findet eine Eigentumsübertragung im Sinne von Art. 657 ZGB gar nicht statt, es tritt lediglich An- und Abwachsung ein. Die Schriftform bezieht sich deshalb nicht auf einen Eigentumsübergang, sondern auf die Zession der obligatorischen Abfindungsansprüche, die beim Ausscheiden eines Gesellschafters entstehen. Eine Ausnahme von der Regel der öffentlichen Beurkundung des Eigentumsüberganges ist somit nicht gegeben¹¹³⁾. — Die Sachlage ist selbstverständlich eine gänzlich andere, wenn der neu eintretende Gesellschafter ein Grundstück einbringt, das bisher nicht zum Gesellschaftsvermögen zählte. In diesem Fall liegt eine Handänderung vor, so daß die öffentliche Beurkundung unerlässlich ist.

Handelt es sich um eine Miteigentumsgesellschaft, so gelten einzig hinsichtlich der Übertragung der dinglichen Berechtigung an den einzelnen Sachen des Gesellschaftsvermögens abweichende Regeln. Jeder Gesellschafter kann nach den sachenrechtlichen Normen über seine Quote frei verfügen. Bei Grundstücken ist die Form der öffentlichen Beurkundung innezuhalten.

III. Voraussetzungen und Wirkungen der Abtretung der Mitgliedschaft.

Die einseitige Übertragung der Mitgliedschaft ist nach Gesetz nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich¹¹⁴⁾. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch auch die Zustimmung einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit als genügend bezeichnen. Eine nachträgliche Genehmigung des Gesellschafterwechsels ist ausgeschlossen, da der Austausch der Gesellschafter erst mit der Zustimmung stattfindet. Die

¹¹³⁾ Vgl. Haab, N. 40 zu Art. 652/4 ZGB; Guhl ZBJV 53, 53.

¹¹⁴⁾ Vgl. Siegwart, N. 8 zu Art. 542 OR.

Gesellschafter können so weit gehen, in bestimmten Fällen die Pflicht des Gesellschafters zur Übertragung der Mitgliedschaft vorzuschreiben¹¹⁵⁾.

Der austretende Gesellschafter verliert mit dem Austritt alle seine Rechte gegenüber den Mitgesellschaftern und wird von allen internen gesellschaftlichen Pflichten entbunden. Die externe Haftung gemäß Art. 544₃ OR für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten wird hingegen durch seinen Austritt nicht berührt¹¹⁶⁾. Geht die Absicht des austretenden Gesellschafters dahin, auch von diesen Schulden befreit zu werden, so bleibt nur der Weg der Schuldübernahme nach den Vorschriften von Art. 175 ff. OR¹¹⁷⁾.

Die rechtliche Stellung des eintretenden Gesellschafters entspricht in der Regel der des ausgetretenen Mitglieds. Da jedoch juristisch keine Abtretung der Mitgliedschaft vorliegt, können die Mitgesellschafter dem Eintretenden auch eine veränderte Rechtsstellung verschaffen.

§ 13. Die einseitige Abtretung der Mitgliedschaft bei Kartellen als Beispiel¹¹⁸⁾.

Unter Kartell ist zu verstehen eine auf dem Weg freien Übereinkommens geschaffene Vereinigung von selbständigen Unternehmungen mit gleichen Interessen zum Zwecke gemeinsamer Regelung der Produktion und des Absatzes¹¹⁹⁾. Kartelle können in der Form einer einfachen Gesellschaft konstituiert werden. Aus der Zweckumschreibung geht hervor, daß die Mitgliedschaft beim Kartell nur sinnvoll ist, solange ein Gesellschafter sein Unternehmen innehat. Das

¹¹⁵⁾ Vgl. § 13 der Arbeit.

¹¹⁶⁾ Vgl. Siegwart, N. 1 zu Art. 551 OR.

¹¹⁷⁾ Vgl. Sem. jud. 23, 466; betr. die Anwendbarkeit von Art. 181 OR vgl. Siegwart, N. 9 zu Art. 542 OR; BGE 49 II 251.

¹¹⁸⁾ Vgl. Becker, N. 2 zu Art. 542 OR; Zoelly, S. 78 ff., 127 ff.; Siegwart, N. 17 zu Art. 530 OR; Naegeli, S. 45 ff.

¹¹⁹⁾ Vgl. Zoelly, S. 4.

Kartell ist am Unternehmen, nicht an der Person des Inhabers interessiert. Für die Mitgesellschafter ist daher der Übergang der Mitgliedschaft auf einen allfälligen außenstehenden Dritten, der das Unternehmen erwirbt, von großer Bedeutung. Eine dingliche Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Unternehmen — man könnte etwa an die Errichtung einer Grundlast auf den Fabrikgrundstücken denken — ist mit dem Wesen der einfachen Gesellschaft unvereinbar. In den Kartellverträgen wird deshalb stets die Bestimmung aufgenommen, daß jeder Gesellschafter berechtigt und verpflichtet ist, im Falle der Veräußerung oder Verpachtung des Betriebes dem neuen Inhaber die Mitgliedschaft zu übertragen. Die Kartellmitglieder anderseits verpflichten sich durch ihre im voraus gegebene Zustimmung, jeden Übernehmer als Gesellschafter anzuerkennen, sofern er sich den Kartellpflichten im gleichen Maß unterzieht wie sein Vorgänger. Veräußert ein Gesellschafter sein Unternehmen, ohne für die Übernahme der Mitgliedschaft durch den Erwerber besorgt zu sein, so macht er sich einer Verletzung des Kartellvertrages schuldig und hat in der Regel hohe Konventionalstrafen zu bezahlen.

Die Übertragung der Mitgliedschaft erfolgt nach den Regeln, wie wir sie theoretisch bereits dargestellt haben.
