

Hans-Ueli Vogt\*

# Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft

Besprechung von BGE 134 III 643

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
  1. Vorinstanzen
  2. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
    - 2.1 Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft
    - 2.2 Geltendmachung der Haftung der Kollektivgesellschaft durch die Konkursmasse der Gesellschaft?
- III. Bemerkungen
  1. «Subsidiäre» Haftung der Kollektivgesellschaftler
  2. Keine Geltendmachung der Haftung der Kollektivgesellschaftler durch die Konkursmasse der Gesellschaft

## Kernsätze

1. In der Kollektivgesellschaft haftet primär die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Subsidiär haften die Gesellschaftler mit ihrem Vermögen, und zwar unbeschränkt und solidarisch.
2. Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den persönlich haftenden Kollektivgesellschaftlern stehen nicht der Gesellschaft und in deren Konkurs folglich auch nicht der Konkursmasse der Gesellschaft zu, sondern nur den einzelnen Gläubigern.
3. Gegenüber einer Masseforderung eines Kollektivgesellschaftlers kann die Konkursmasse der Gesellschaft darum nicht Ansprüche aufgrund der persönlichen Haftung des betreffenden Kollektivgesellschaftlers zur Verrechnung bringen.

## I. Sachverhalt

A. und C. schlossen am 6. April 1999 einen Vertrag zur Begründung der Kollektivgesellschaft X. & Cie ab. Am 14. Dezember 2004 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Die betreffende Verfügung erwuchs am 7. April 2005 in Rechtskraft. Die Genfer Kantonalbank (Banque Cantonale de Genève, «BCGe») gab im

Konkurs eine Forderung von Fr. 156 072.70 ein; diesen Betrag war ihr die X. & Cie aufgrund eines Kontokorrents schuldig geblieben. Als Sicherung ihrer Kontokorrentforderung gegenüber der X & Cie. diente der BCGe eine Lebensversicherungspolice bei der «Vaudoise Assurances», die A. der Bank verpfändet hatte. Am 25. Oktober 2005 bezahlte die «Vaudoise Assurances» der BCGe den Rückkaufswert der Lebensversicherungspolice von A. aus, nämlich den Betrag von Fr. 239 189.60. Daraufhin zog die BCGe die Eingabe ihrer Forderung im Konkurs der X. & Cie zurück und überwies der Konkursmasse den Betrag von Fr. 140 977.25 (der Betrag, um den der Wert der Police den Kontoausstand [vermeintlich] überstieg). A. verlangte sodann am 18. August 2006 vom Konkursamt, dass ihm als dem Begünstigten aus der Lebensversicherungspolice dieser Differenzbetrag zurückerstattet werde. Diesen Standpunkt bestätigte das Konkursamt gegenüber A. zunächst, es kam aber am 23. Oktober 2006 darauf zurück: Zwar stehe der Differenzbetrag A. zu, doch hafte dieser als Gesellschaftler persönlich für die Schulden der X. & Cie. Die Konkursmasse sei zwar Schuldnerin gegenüber A. hinsichtlich des Differenzbetrages, A. sei aber seinerseits Schuldner der Konkursmasse mit Bezug auf den Gesamtbetrag der nicht gedeckten Forderungen. Das Konkursamt erklärte darum namens der Konkursmasse die Verrechnung gegenüber der von A. geltend gemachten Forderung. Am 12. April 2007 erhob A. Klage gegen die Konkursmasse der X. & Cie, mit der er die Bezahlung von Fr. 140 977.25 nebst Zins verlangte.<sup>1</sup>

## II. Erwägungen und Entscheid

### 1. Vorinstanzen

Das *Tribunal de première instance de Genève* wies die Klage vollumfänglich ab, liess die Verrechnung durch die Konkursmasse mithin zu.<sup>2</sup> Anders entschied die

\* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. Meinem Assistenten Herrn lic. iur. Stefan Eichenberger danke ich für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Siehe zum (hier etwas vereinfachten) Sachverhalt und zur Prozessgeschichte im Einzelnen BGE 134 III 643, A. und B.

<sup>2</sup> BGE 134 III 643, B.

*Cour de justice du canton de Genève*,<sup>3</sup> und gleich wie sie das Bundesgericht.<sup>4</sup>

## 2. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

### 2.1 Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft

Das Bundesgericht hielt zunächst einige *Charakteristika der Kollektivgesellschaft* fest. Die Kollektivgesellschaft besitzt keine Rechtspersönlichkeit. Sie ist im Innenverhältnis eine Gesamthandgemeinschaft. Die Kollektivgesellschaft ist folglich nicht Eigentümerin ihrer Güter, sondern diese stehen im Gesamteigentum der Gesellschafter. Auch Forderungen und andere Rechte stehen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Im Aussenverhältnis wird die Kollektivgesellschaft indessen in gewisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt; so kann sie Rechte erwerben und sich aufgrund von Rechtsgeschäften verpflichten, die ein Gesellschafter in ihrem Namen abschliesst.<sup>5</sup>

Anschliessend legte das Bundesgericht die *Haftungsverhältnisse* bei der Kollektivgesellschaft dar. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten betreffen – gleich wie die Güter, Forderungen und Rechte – ebenfalls die Gemeinschaft der Gesellschafter. Sie werden jedoch in erster Linie durch das *Gesellschaftsvermögen* gedeckt, d.h. die *Gesellschaft* haftet für ihre Verbindlichkeiten *primär* mit den von den Gesellschaftern eingebrachten Vermögenswerten, zuzüglich Gewinnen, Zinsen und nicht bezogener Honorare. Dieses Vermögen ist in erster Linie für die Bezahlung der Gesellschaftsschulden reserviert, daher haben die Gesellschaftsgläubiger darauf einen gegenüber den Privatgläubigern einzelner Gesellschafter privilegierten Zugriff.<sup>6</sup>

Subsidiär dient das *Vermögen der Gesellschafter* im Rahmen ihrer unbeschränkten und solidarischen Haftung der Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft. *Unbeschränkt* ist die Haftung insofern, als die Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen haften, aber auch darum, weil die Haftung weder mit Rücksicht auf den Entstehungsgrund eines Anspruchs noch mit Bezug auf den Gläubiger oder das Datum des Eintritts des Ge-

sellschafter in die Gesellschaft<sup>7</sup> einer Einschränkung unterliegt. *Solidarität* besteht in zweierlei Hinsicht: einerseits zwischen den Gesellschaftern, andererseits zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft. Die Haftung der Gesellschafter ist jedoch nur eine *subsidiäre*: In erster Linie haftet die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Subsidiarität geht jedoch nicht so weit, dass die Gläubiger bis zum Abschluss des Konkurses der Gesellschaft warten müssten, damit sie die Gesellschafter belangen können; in den in Art. 568 Abs. 3 OR genannten Fällen sind die Gesellschafter belangbar, insbesondere bereits mit der Eröffnung des Konkurses, womit die Gesellschaft aufgelöst wird.<sup>8</sup>

### 2.2 Geltendmachung der Haftung der Kollektivgesellschaft durch die Konkursmasse der Gesellschaft?

Zwischen den Parteien und für das Bundesgericht stand fest, dass die Konkursmasse der X. & Cie eine Schuld im Umfang von Fr. 140 977.25 gegenüber A. anerkannt hatte.<sup>9</sup> Dabei war die – zu hohe – Zahlung der BCGe an die Konkursmasse *nach* der Eröffnung des Konkurses erfolgt. Die von der Konkursmasse anerkannte Schuld war somit eine *Masseschuld*. Für Masseschulden haftet die Konkursmasse und nicht der Schuldner.<sup>10</sup>

Die Konkursmasse widersetzte sich der Erfüllung der Masseverbindlichkeit und machte geltend, sie sei berechtigt, im Namen der Gesellschaftsgläubiger dem Anspruch des A. dessen subsidiäre Haftung für die Schulden der X. & Cie verrechnungsweise entgegenzuhalten. Dafür, ob sie dies konnte, war zu entscheiden, ob die nach allgemeinem Verrechnungsrecht (Art. 120 Abs. 1 OR) erforderliche und in Art. 573 OR konkretisierte Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen gegeben war bzw. ob die wechselseitig geltend gemachten Forderungen der jeweiligen Partei tatsächlich zustanden. Nachdem feststand, dass A. eine Forderung gegenüber der Konkursmasse besass, war folglich zu prüfen, ob die *Konkursmasse* ihrerseits über eine *Forderung gegen A.* verfügte (und zwar über eine Masseforderung, denn eine Masseschuld kann nur mit einer Masseforderung verrechnet werden).<sup>11</sup>

Zur Konkursmasse gehört nach Art. 197 SchKG sämtliches pfändbare Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört oder das ihm vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt. Zur Aktivmasse gehören auch diejenigen Rechte, die der Gläubigersamtheit zustehen oder nur von ihr geltend gemacht werden kön-

<sup>3</sup> Siehe zur Begründung der kantonalen Oberinstanz das Urteil 4A\_264/2008 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 134 III 643), E. 1.

<sup>4</sup> Auf zwei Aspekte des Bundesgerichtsurteils wird nachfolgend nicht eingegangen: auf die Frage des anwendbaren Rechts (die sich stellte, weil A. seinen Wohnsitz in Spanien hat; dazu das Urteil 4A\_264/2008, E. 3) sowie auf die Frage nach der Höhe des A. zustehenden Betrags (in der Tat beträgt die Differenz zwischen dem Rückkaufswert der Lebensversicherungspolice und dem Kontoausstand der X. & Cie bei der BCGe nicht Fr. 140 977.25, sondern Fr. 83 116.90; dazu das Urteil 4A\_264/2008, E. 4).

<sup>5</sup> BGE 134 III 643, E. 5.1.

<sup>6</sup> BGE 134 III 643, E. 5.1 und 5.2.

<sup>7</sup> Siehe zu Umfang und Grenzen der Haftung des einzelnen Gesellschafters in zeitlicher Hinsicht Art. 569 und 591 OR.

<sup>8</sup> BGE 134 III 643, E. 5.1 und 5.2.

<sup>9</sup> Siehe BGE 134 III 643, E. 5.3.

<sup>10</sup> BGE 134 III 643, E. 5.4.

<sup>11</sup> BGE 134 III 643, E. 5.5.1.

nen. Das trifft beispielsweise im Konkurs einer Aktiengesellschaft für Ansprüche der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu.<sup>12</sup> Unter Hinweis auf drei ältere Bundesgerichtsentscheide<sup>13</sup> sowie Stellungnahmen in der Literatur<sup>14</sup> kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die *Konkursmasse der Gesellschaft* über *keinen Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter aufgrund von dessen Haftung für Gesellschaftsschulden* verfügt. Es begründete dies vor allem mit dem rechtsgemeinschaftlichen Charakter der Kollektivgesellschaft: Aus den Beziehungen der Gesellschafter unter sich entstehen keine Rechte und Pflichten im Verhältnis zur Gesellschaft, sondern nur solche zwischen den Gesellschaftern. Darum gehören insbesondere Forderungen aufgrund der persönlichen Haftung der Kollektivgesellschaftler für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht zur Aktivmasse der Gesellschaft.<sup>15</sup> **Vielmehr** sind es «les créanciers pris individuellement qui sont titulaires directs et exclusifs des prétentions en responsabilité personnelle contre les associés de la société faillie, et aucunement la masse passive de celle-ci».<sup>16</sup> **Dies ergibt** sich nach Ansicht des Bundesgerichts daraus, dass die Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft subsidiär ist zur Haftung der Gesellschaft.<sup>17</sup>

Weil der Konkursmasse der X. & Cie die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen A. als persönlich haftenden Gesellschafter nicht zustanden, konnte sie der Forderung von A. dessen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht entgegenhalten und hatte mithin *keine Forderung*, die sie gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des A. zur *Verrechnung* bringen konnte. Die Klage von A. war darum gutzuheissen, die Beschwerde der Konkursmasse der X. & Cie abzuweisen.<sup>18</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. «Subsidiäre» Haftung der Kollektivgesellschaftler

Das Bundesgericht begründet seine Auffassung, die Konkursmasse der Gesellschaft könne die Ansprüche

der Gläubiger gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht geltend machen, im Wesentlichen mit der Subsidiarität der Gesellschafterhaftung gegenüber der Haftung der Gesellschaft, entsprechend Art. 568 Abs. 3 OR.<sup>19</sup> Doch was ist überhaupt mit dem subsidiären Charakter der Haftung der Kollektivgesellschaftler gemeint?<sup>20</sup>

Das Bundesgericht betont – gleich, wie das auch die Standardliteratur tut<sup>21</sup> –, dass die Gläubiger der Gesellschaft sich primär an die Gesellschaft halten und aus deren Vermögen Befriedigung suchen müssen (wobei sie immerhin nicht zuzuwarten brauchen, bis der allfällige Gesellschaftskonkurs abgeschlossen ist), bevor sie sich an die einzelnen Gesellschafter halten und auf deren Vermögen greifen können.<sup>22</sup> Diese Konzeption einer *ganz grundsätzlich* im Verhältnis zur Haftung der Gesellschaft *subsidiären Gesellschafterhaftung*, welche erst und nur dann zum Tragen kommt, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht ausreicht, ist dem Gesetz jedoch *nicht zu entnehmen*. Zum einen besagt die Norm, die am Anfang der Vorschriften über die «Stellung der Gesellschaftsgläubiger»<sup>23</sup> steht, etwas anderes: «Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.»<sup>24</sup> Nach dieser Bestimmung steht die Haftung der Gesellschafter nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt eines zur Deckung der Schulden ungenügenden Gesellschaftsvermögens. Zum andern – und vor allem – macht Art. 568 Abs. 3 OR<sup>25</sup> deutlich, dass das Gesellschaftsvermögen nicht unbedingt «aufgebraucht», «verzehrt» sein muss (oder sich im Rahmen des Gesellschaftskonkurses als ungenügend erweisen muss), damit die einzelnen Gesellschafter belangt werden können; eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter durch die Gesellschaftsgläubiger gibt es auch in Konstellationen, in denen das Gesellschaftsvermögen alle Forderungen gegen die Gesellschaft deckt. So wird – entsprechend der ersten Belangbarkeitsvoraussetzung von Art. 568 Abs. 3 OR – der *Gesellschafter, der selbst in Konkurs geraten* ist, belangbar mit Bezug auf die Verpflichtungen der

<sup>12</sup> Siehe zum Gesagten BGE 134 III 643, E. 5.5.2.

<sup>13</sup> BGE 106 Ib 357, E. 3b; BGE 24 II 731, E. 3; BGE 70 III 86, 90.

<sup>14</sup> ALFRED SIEGWART, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938, Vorbemerkungen zu Art. 530–551, N. 97 (wohl allerdings nicht einschlägig); PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 570 OR N 4 (ebenso PESTALOZZI/HETTICH in der 3. Aufl. des Kommentars, a.a.O.); PIERRE-ALAIN RECORDON, in: Tercier/Amstutz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, Basel 2008, Art. 570 OR N 12.

<sup>15</sup> Siehe zum Ganzen BGE 134 III 643, E. 5.5.3.

<sup>16</sup> BGE 134 III 643, E. 5.5.3.

<sup>17</sup> BGE 134 III 643, E. 5.5.3.

<sup>18</sup> BGE 134 III 643, E. 5.2.2 und E. 6.

<sup>19</sup> Siehe BGE 134 III 643, E. 5.5.3.

<sup>20</sup> Zur Frage, ob sich die vom Bundesgericht vertretene Rechtsauffassung tatsächlich aus der (wie auch immer im Einzelnen verstandenen) Subsidiarität der Gesellschafterhaftung ergibt, siehe hinten III.2.

<sup>21</sup> Siehe THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. (bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER und JEAN NICOLAS DRUEY), Zürich 2000, § 63 N 18 und 35; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 13 N 34 f.

<sup>22</sup> So die Ausführungen in E. 5.1 und 5.2.1 von BGE 134 III 643.

<sup>23</sup> Marginalie zu Art. 568–571 OR.

<sup>24</sup> Art. 568 Abs. 1 OR.

<sup>25</sup> «Der einzelne Gesellschafter kann jedoch, auch nach seinem Ausscheiden, für Gesellschaftsschulden erst dann persönlich belangt werden, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist.» (Satz 1).

Gesellschaft. Weil in dieser Situation sein Vermögen verwertet wird,<sup>26</sup> müssen auch die Gesellschaftsgläubiger auf dieses Haftungssubstrat greifen und sich die Erfüllung ihres Anspruchs so sichern können.<sup>27</sup> Zudem hat die Schutzschild-Wirkung, welche sich aus Art. 568 Abs. 3 OR für die Gesellschafter bzw. ihr nicht in der Gesellschaft gebundenes Vermögen ergibt,<sup>28</sup> ihre Berechtigung verloren, wenn der betreffende Gesellschafter ohnehin mit seinem ganzen Vermögen dem Zugriff aller seiner Gläubiger ausgesetzt ist. Entscheidend ist im Zusammenhang mit dieser Belangbarkeitsvoraussetzung indes vor allem die Feststellung, dass die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen ohne weiteres im Konkurs des Gesellschafters eingeben können,<sup>29</sup> auch wenn nicht dargetan ist, dass sie nicht auch aus dem Gesellschaftsvermögen bezahlt werden könnten.<sup>30</sup> Auch die zweite Belangbarkeitsvoraussetzung – die *Auflösung der Gesellschaft* – kann erfüllt sein, ohne dass das Vermögen der Gesellschaft «aufgebraucht» ist. Im praktisch wohl bedeutsamsten Fall der Auflösung, nämlich derjenigen durch Konkurs,<sup>31</sup> legt freilich die Aussicht der Gläubiger darauf, nicht vollständig befriedigt zu werden, ein Vorgehen gegen einen oder mehrere Gesellschafter nahe. Erfolgt aber die Auflösung aus einem anderen Grund – etwa (gemäss der dispositiven gesetzlichen Ordnung) durch Tod eines Gesellschafters, durch Übereinkunft, Zeitablauf oder Kündigung –,<sup>32</sup> dann ist zwar eine Belangbarkeitsvoraussetzung gegeben und die Haftung der Gesellschafter aktualisiert, doch braucht deswegen das Vermögen der Gesellschaft zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht ungenügend zu sein.<sup>33</sup>

Wenn für Verbindlichkeiten einer Kollektivgesellschaft «primär» die Gesellschaft haftet, so bedeutet dies zu-

nächst einmal nur, dass der Zugriff der Gläubiger auf das *gesamte* Vermögen der haftbaren Gesellschafter – ihr privates wie auch das in der Gesellschaft gebundene Vermögen – in bestimmten Situationen ausgeschlossen ist. Der Gesellschafter kann, wenn nicht die Liquidation des Gesellschaftsvermögens oder diejenige seines eigenen Vermögens ansteht (oder die Gesellschaft erfolglos betrieben worden ist)<sup>34</sup>, vom Gläubiger, der ihn belangt, verlangen, dass dieser *zuerst* das *für den Betrieb der Gesellschaft bereitgestellte und reservierte Vermögen in Anspruch nimmt*. Diese Ordnung schützt den Gesellschafter vor einem unvermittelten Zugriff der Gläubiger auf sein Privatvermögen, und sie erlaubt ihm auch, eine «Sozialisierung» der Haftung zu erzwingen, indem vorweg das Gemeinschaftsvermögen beansprucht und nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Einzelner belangt wird.

Ist hingegen die *persönliche Haftung der Gesellschafter* aktualisiert, weil eine Belangbarkeitsvoraussetzung erfüllt ist, dann hat der Gläubiger das Recht, sich aus der Summe des Gesellschaftsvermögens und der Privatvermögen aller Gesellschafter bezahlt zu machen. Es haften ihm dann nicht nur alle Gesellschafter untereinander, sondern auch die Gesellschafter und die Gesellschaft *solidarisch*. Es trifft in diesen Situationen nicht zu, dass «primär» die Gesellschaft mit ihrem Vermögen hafte und nur «subsidiär», wenn das Vermögen nicht ausreicht, die Gesellschafter, sondern es sind die Gesellschafter mit ihren Privatvermögen den Gesellschaftsgläubigern primär, unmittelbar und vollumfänglich ausgesetzt.<sup>35</sup> Es gilt mit ganzer Kraft eine der beiden Grundregeln der Haftung in der Kollektivgesellschaft, nämlich Art. 568 Abs. 1 OR.

Die andere Grundregel ist die *Haftung der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen*. Sie ergibt sich am deutlichsten aus Art. 562 OR, der festhält, dass die Kollektivgesellschaft «Verbindlichkeiten eingehen» kann, und aus Art. 567 Abs. 1 OR, wonach die Gesellschaft durch die von ihren Vertretern abgeschlossenen Geschäfte «berechtigt und verpflichtet» wird. Indirekt ergibt sich die Haftung der Gesellschaft sodann daraus, dass Art. 570 Abs. 1 OR für den Fall des Konkurses der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen für die Gesellschaftsgläubiger reserviert. Ein ganz allgemeiner «Primat» der Haftung der Gesellschaft gegenüber der Haftung der Gesellschafter lässt sich daraus aber nicht ableiten; das Verhältnis von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung ist nicht der Regelungsgegenstand von

<sup>26</sup> Siehe in diesem Zusammenhang Art. 208 Abs. 1 SchKG betreffend die Fälligkeit der Verpflichtungen des Schuldners aufgrund der Konkurseröffnung.

<sup>27</sup> Siehe STEFAN PLATTNER, Die Haftung des Kollektivgesellschafters, Diss. Basel 2002 (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 66, Basel 2003), 122 f.; NICOLAS VAUTIER, La faillite de la société en nom collectif et de la société en commandite, Diss. Lausanne 2008, 204; RETO VONZUN, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss. Basel 2000 (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 53, Basel 2000), N 660.

<sup>28</sup> Vgl. WERNER VON STEIGER, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1: Handelsrecht, Basel 1976, 539.

<sup>29</sup> Siehe Art. 218 Abs. 2 SchKG.

<sup>30</sup> Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 42 N. 51; PESTALOZZI/HETTICH (FN 14), Art. 568 OR N 27; PLATTNER (FN 27), 124. Anders verhält es sich einzig dann, wenn gleichzeitig auch die Gesellschaft im Konkurs ist; dann können die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 218 Abs. 1 SchKG im Konkurs des Gesellschafters nur den im Gesellschaftskonkurs unbezahlt gebliebenen Teil ihrer Forderung eingeben.

<sup>31</sup> Siehe Art. 574 Abs. 1 Satz 1 OR.

<sup>32</sup> Siehe Art. 574 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 4, 5 und 6 OR.

<sup>33</sup> Siehe als Beispiel für einen Fall der Auflösung durch Tod eines Gesellschafters BGE 100 II 376, E. 2b; siehe auch VONZUN (FN 27), N 655 und 663.

<sup>34</sup> Siehe Art. 568 Abs. 3 OR und zur hier angesprochenen Belangbarkeitsvoraussetzung PESTALOZZI/HETTICH (FN 14), Art. 568 OR N 28.

<sup>35</sup> Vgl. zum Ganzen PESTALOZZI/HETTICH (FN 14), Art. 568 OR N 12 f., 20 und 29; VONZUN (FN 27), N 655 und 663; BGE 134 III 643, E. 5.2.1; BGE 100 II 376, E. 2b; anderer Meinung von STEIGER (FN 28), 542.

Art. 570 OR. Gerade im Konkurs der Gesellschaft ist die Haftung der Gesellschafter besonders wichtig und aufgrund von Art. 568 Abs. 3 OR auch tatsächlich aktualisiert. Hier stehen die beiden Haftungssubjekte mit ihren jeweiligen Vermögen dem Gläubiger nebeneinander zur Verfügung; die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung ist aufgehoben.

Erst am Schluss, bei der Verteilung der Last auf die Gesellschaft und alle Gesellschafter, kommt der Gedanke, der hinter der Vorstellung einer primären Haftung der Gesellschaft und einer subsidiären der Gesellschafter steht, zum Tragen: Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb sollen, soweit möglich, aus dem Betriebsvermögen gedeckt werden. Darum können die Gesellschafter, welche die Gläubiger befriedigt haben, gegen die Gesellschaft *Regress* nehmen.<sup>36</sup>

## 2. Keine Geltendmachung der Haftung der Kollektivgesellschafter durch die Konkursmasse der Gesellschaft

Sind die Gesellschafter belangbar, insbesondere, weil die Gesellschaft durch Konkurs aufgelöst worden ist, stehen einem Gläubiger zwei Kategorien von Schuldner – die Gesellschaft und die Gesellschafter – mit ihren jeweiligen Vermögen gegenüber. Er besitzt eine Forderung gegen jeden dieser Schuldner.<sup>37</sup> Die Gesellschaft haftet selbstverständlich nur für die Erfüllung derjenigen Forderung, deren Schuldnerin sie ist, und im Konkurs der Gesellschaft «verwaltet» die Konkursverwaltung diese Schuld als Teil der Passivmasse. Die anderen Forderungen des Gläubigers richten sich gegen die einzelnen Gesellschafter. Sie sind nicht Forderungen der Gesellschaft, sondern der Gesellschaftsgläubiger; über sie verfügt die Gesellschaft und folglich auch ihre Konkursmasse nicht. Die Gesellschaft ist an dieser Obligation weder als Berechtigte noch als Verpflichtete beteiligt.<sup>38</sup> Aus diesem einfachen Grund kann die *Konkursmasse der Gesellschaft die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden nicht geltend machen*. Diese Rechtslage – die Kernaussage des vorliegend besprochenen Urteils – ist nicht eine Folge der

Subsidiarität der Haftung der Gesellschafter; im hier interessierenden Zeitpunkt ist die Subsidiarität ohnehin aufgehoben, und es besteht Solidarität zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern. Die Rechtslage ergibt sich vielmehr ohne weiteres aus der mangelnden Rechtszuständigkeit der Gesellschaft und im Besonderen daraus, dass ein Solidarschuldner – hier die Gesellschaft – nicht seine Position, wenn er belangt wird, dadurch verbessern kann, dass er sich die Haftung eines anderen Solidarschuldners zunutze macht, indem er den gegen diesen gerichteten Anspruch zu seinem Vermögen «zieht» – hier, indem die Konkursmasse der Gesellschaft die Ansprüche der Gläubiger gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geltend macht.<sup>39</sup>

Dies ist die rechtsdogmatische, konstruktivistische Sicht auf das Problem. Aus einer *interessen- und wertungsorientierten Optik* sind andere Überlegungen entscheidend (wobei natürlich idealerweise in den Dogmen und Konstruktionen die massgeblichen Interessen und Wertungen geronnen sind). Zunächst einmal ist zu sagen, dass der Schutzzweck von Art. 568 Abs. 3 OR es an sich nicht ausschliessen würde, dass die Konkursmasse der Gesellschaft die Ansprüche der Gläubiger gegen die belangbaren Gesellschafter geltend macht (wenn auch nicht als eigene Rechte erwirbt). Denn mit Eintritt einer Belangbarkeitsvoraussetzung ist der Schutzzweck bedeutungslos geworden, die Gesellschafter können von den Gläubigern nun in Anspruch genommen werden. Warum soll nicht die Konkursverwaltung der Gesellschaft dies übernehmen? Warum soll sie nicht *alle* Ansprüche, die den Gläubigern aus einem bestimmten Rechtsgrund sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Gesellschaftern zustehen, erfassen (als Verbindlichkeiten bzw. Forderungen) und dann verwerten? Dies schiene mit Blick auf die Kosten von Rechtsverfahren effizient, wenn man bedenkt, dass andernfalls die Gläubiger sowohl gegen die Gesellschaft als auch – möglicherweise je einzeln – gegen die Gesellschafter vorgehen bzw., wenn sie aus dem Konkurs der Gesellschaft einen Verlustschein erlangen, hernach selbständig gegen die Gesellschafter vorgehen müssen (und können). Dennoch ist eine Rechtszuständigkeit der Konkursmasse bezüglich der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Gesellschaftern *abzulehnen*, weil sie den Interessenausgleich, den das Gesetz im komplexen Viereck von Gesellschaftsgläubigern, Gesellschaft, Gesellschaftern sowie von deren Privatgläubigern vorgenommen hat, stören würde:

<sup>36</sup> Siehe PESTALOZZI/HETTICH (FN 14), Art. 568 OR N 14; SIEGWART (FN 14), Art. 568/569 OR N. 38 f.; VONZUN (FN 27), N 663; sodann auch AMONN/WALTHER (FN 30), § 42 N. 51.

<sup>37</sup> Siehe allgemein ANTON K. SCHNYDER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 143 OR N 1.

<sup>38</sup> Ob «die Gesellschaft» hierbei als juristische Person oder als Rechtsgemeinschaft verstanden wird, tut nichts zur Sache: Als juristische Person ist sie nicht das aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter verpflichtete Rechtssubjekt, sie ist aber auch als gesamthandschaftlich strukturierte Gemeinschaft der Gesellschafter durch die persönliche Gesellschafterhaftung nicht verpflichtet, weil diese Haftung den einzelnen Gesellschafter mit seinem eigenen, ganzen Vermögen trifft, nicht die Gemeinschaft der Gesellschafter, deren Rechtszuständigkeit nur das Gesellschaftsvermögen beschlägt.

<sup>39</sup> Die Situation ist eine andere als in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, wo die Konkursverwaltung bzw. ein Abtretungsgläubiger Ansprüche geltend macht, die – wenn die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind – der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse aufgrund von Art. 754 Abs. 1 OR gegenüber den verantwortlichen Personen tatsächlich zustehen (siehe Art. 757 OR und Art. 260 Abs. 1 SchKG).

- Der Gläubiger einer Kollektivgesellschaft ist, wenn die Gesellschafter belangbar sind, gegenüber Gläubigern von einzelnen natürlichen Personen oder von juristischen Personen *privilegiert* dadurch, dass ihm solidarisch sowohl die Gesellschaft als auch alle Gesellschafter haften.<sup>40</sup> Dabei ist er in der Regel der Kollektivgesellschaft als einem kaufmännischen Unternehmen begegnet und hat eine vertragliche Forderung gegen dieses Unternehmen im Rahmen eines Kontakts mit – erkennbar<sup>41</sup> – einem Vertreter des Unternehmens erworben; er hatte also grundsätzlich keinen Anlass anzunehmen, es haften ihm unter Umständen auch die Vermögen der einzelnen Gesellschafter. Dass sie es gleichwohl tun, bedeutet eine Privilegierung der Rechtsposition des Gläubigers, zumal im Konkurs der Gesellschaft. Diese *Position* würde unter Umständen noch zusätzlich *gestärkt*, wenn der Gesellschaft bzw. ihrer Konkursverwaltung ermöglicht und aufgetragen wäre, die *Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter «an sich zu ziehen»* und sie der Zwangsverwertung zu unterwerfen, sodass der Gläubiger sich nicht eigens um die Geltendmachung dieser Ansprüche zu kümmern bräuchte.
- Für den Gläubiger würde eine solche «Attraktion» der Ansprüche gegen die Gesellschafter hin zur Gesellschaft möglicherweise aber auch *Nachteile* bringen. Er wäre *gezwungen*, die *kollektive Geltendmachung und Verwertung seines Anspruchs* durch die Konkursverwaltung hinzunehmen.<sup>42</sup> Der Gläubiger wird mit der subsidiären, persönlichen Solidarhaftung der Gesellschafter aber gerade auch dadurch privilegiert, dass ihm zusätzlich ein Anspruch eingeräumt wird, der im Fall des Konkurses der Gesellschaft nicht notwendigerweise mit den Ansprüchen aller anderen Gesellschaftsgläubiger zusammentrifft. Selbstverständlich werden sich gerade im Konkurs der Gesellschaft die Haftungsansprüche bei den solventesten Gesellschaftern konzentrieren; doch werden nicht alle, die im Konkurs der Gesellschaft ohne grossen Aufwand eine Forderung eingeben können, den allein zu beschreitenden Weg eines Vorgehens gegen einen Gesellschafter auf sich nehmen – was die Erfolgsaussichten für den, der es tut, verbessert.<sup>43</sup> Diese Privilegierung würde ab-

geschwächt, wenn die Konkursverwaltung die Ansprüche der Gläubiger gegenüber den Gesellschaftern geltend machen könnte.<sup>44</sup>

Fazit: Wenn man die Interessen untersucht, die im Zusammenhang mit der Haftung in der Kollektivgesellschaft eine Rolle spielen – was hier natürlich nur in groben Zügen geschehen ist –, und den im Gesetz getroffenen Ausgleich zwischen diesen Interessen berücksichtigt, dann erscheint es richtig, dass die *Gesellschaft (und im Konkurs ihre Konkursmasse) die Ansprüche ihrer Gläubiger gegen die Gesellschafter nicht geltend machen* kann bzw. dass ihr diese *Ansprüche nicht zustehen*. Das zuvor mit Argumenten abgestützte Ergebnis, die etwas an die Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz erinnern – sei es die Natur der Rechtsgemeinschaft im Gegensatz zur juristischen Person, sei es das Wesen der Solidarität –<sup>45</sup>, wird durch eine interessen- und wertungsorientierte Sicht bestätigt.

<sup>40</sup> Vgl. VONZUN (FN 27), N 663.

<sup>41</sup> Siehe Art. 555 und Art. 556 Abs. 2 OR.

<sup>42</sup> Jedenfalls dann, wenn die «Attraktion» von Gesetzes wegen eintreten würde und nicht bloss als eine Befugnis der Gläubiger zu verstehen wäre, die Konkursverwaltung mit der Geltendmachung und Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber den Gesellschaftern zu betrauen.

<sup>43</sup> Es verhält sich anders als in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, wo die Rechtsprechung darum bemüht ist, einen «Wettlauf» zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Aktionären und Gläubigern zu verhindern, und darum die individuelle Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen einschränkt (siehe BGE 131 III 306, E. 3.1.2). Machen die einzel-

nen Gläubiger die Haftung der Kollektivgesellschaft geltend, so wird die Konkursverwaltung in ihrer Zielsetzung, die Gläubiger durch Verwertung der Konkursmasse möglichst weitgehend zu befriedigen, nicht unmittelbar beeinträchtigt. Das hat damit zu tun, dass den Gläubigern zwei Schuldner – die Gesellschaft und die Gesellschafter – gegenüberstehen, wobei die Konkursverwaltung nur für die Gesellschaft zuständig ist. Mittelbar, wenn das Gesellschaftsvermögen, wie es die Regel ist, zur Deckung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht ausreicht, kommt es freilich auch hier, wie im Text angesprochen, zu einer Konzentration und damit einem Wettlauf bei einzelnen Gesellschaftern, doch wird dieser gegebenenfalls mit der Eröffnung des Konkurses über die betreffenden Gesellschafter (siehe Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) in geordnete Bahnen gelenkt und dem konkursrechtlichen Gleichbehandlungsregime unterstellt.

<sup>44</sup> Sind auch die belangten Gesellschafter im Konkurs oder führen gerade die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger dazu (siehe Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), so sieht sich der einzelne Gesellschaftsgläubiger freilich auch im Konkurs der betreffenden Gesellschafter mit den Ansprüchen aller anderen Gesellschaftsgläubiger konfrontiert.

<sup>45</sup> Aus Sicht des Bundesgerichts ergibt sich die «construction», dass die Gläubiger individuell und ausschliesslich Inhaber der Ansprüche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter sind, aus dem subsidiären Charakter der Gesellschafterhaftung (siehe BGE 134 III 643, E. 5.5.3). Im vorliegenden Beitrag wird dieser Zusammenhang indessen selbst auf der Ebene der Konstruktionen in Frage gestellt (siehe III.2.).