

**Luzerner Beiträge zur
Rechtswissenschaft**

Herausgegeben von Jörg Schmid

Jörg Schmid (Hrsg.)

Hommage für Peter Gauch

Band 100

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 100

Jörg Schmid (Hrsg.)

Hommage für Peter Gauch

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7340-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
<i>Paul Richli</i>	
Grusswort.....	1
<i>Jürg-Beat Ackermann</i>	
Lex certa et lex stricta – vom schlechten Gewissen, begrenzenden Prinzipien und der unbändigen Freude am Gesetz.....	5
<i>Felix Bommer</i>	
Lauter Anfang – leises Ende Zum revidierten Sanktionenrecht.....	27
<i>Paul Eitel</i>	
Obligationenrecht und Erbrecht.....	57
<i>Walter Fellmann / Josianne Magnin</i>	
Wenn das Gesetz an Grenzen stösst Aufklärung des Arztes über den Stand seiner Ausbildung – Bemerkungen zu BGer 4A_453/2014.....	81
<i>Andreas Furrer / Alexandra Körner</i>	
Die Obhutshaftung des Frachtführers im internationalen Gütertransport.....	107
<i>Stephan Hartmann</i>	
Grundlage und Konkretisierung der Ungewöhnlichkeitsregel.....	133
<i>Karin Müller</i>	
Das Risiko der Solidarhaftung unter Bauunternehmern Bemerkungen zu BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014.....	157

Jörg Schmid

Was ist bewährte Lehre?

Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB.....191

Jörg Schwarz

Einige Gedanken zur Juristenausbildung209

Autorenverzeichnis225

Das Risiko der Solidarhaftung unter Bauunternehmern

Bemerkungen zu BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung.....	158
II. Die Haftung bei der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe.....	159
III. Das Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014	162
1. Sachverhalt und Erwägungen	162
2. Kernfrage des Urteils und Begründung des Bundesgerichts.....	164
3. Bedeutung des Urteils für Bauunternehmer	165
IV. Die Problematik der Solidarhaftung	166
1. Vorbemerkungen	166
2. Das Handeln für die ARGE und die Haftung.....	167
A. Erscheinungsformen der ARGE	167
B. Abgrenzung der direkten von der indirekten Vertretung der ARGE	167
C. Handeln im Namen der ARGE	168
a. Direkte Stellvertretung und Haftung der Bauunternehmer.....	168
b. Auslagensatzanspruch und Regress	169
c. Situation für Bauunternehmer	170
D. Handeln in eigenem Namen, aber für Rechnung der ARGE	171
a. Indirekte Stellvertretung und Haftung der Bauunternehmer	171
b. Befreiung von Verbindlichkeiten	173
c. Situation für Bauunternehmer	174
E. Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung	174
a. So genannte <i>stille</i> ARGE	174
b. Die Unterbeteiligung.....	175
V. Mögliche Lösungen zur Entschärfung der Problematik der Solidarhaftung und deren Folgen	176
1. Vorbemerkungen	176
2. Vereinbarungen der Unternehmer mit dem Besteller.....	177

* Ich danke Herrn Simon Leu, MLaw, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Mithilfe bei der Kontrolle der Zitate und des Literaturverzeichnisses.

A. Allgemeines.....	177
B. Anteilsmässige Haftung.....	177
C. (Teilweise) Entlassung einzelner Unternehmer aus der Haftung.....	178
D. Fazit.....	180
3. Vereinbarungen der Unternehmer untereinander.....	180
A. Allgemeines.....	180
B. Ausgestaltung der ARGE als stille Gesellschaft und die Vereinbarung einer indirekten Stellvertretung.....	181
C. Unmittelbare Inanspruchnahme der anderen Unternehmer.....	183
D. Änderung des Umfangs des Regressrechts.....	184
E. Vorschuss bzw. Deckung aus dem Vermögen der ARGE.....	184
F. Zuweisung von Schulden im Rahmen der Liquidation der ARGE.....	185
VI. Schlussfolgerungen.....	188
Literaturverzeichnis.....	189

I. Einleitung

Schliessen sich mehrere Bauunternehmer zusammen, um bestimmte – meist grössere – Bauvorhaben gemeinsam auszuführen, bilden sie als Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe (sog. ARGE) eine einfache Gesellschaft.¹ Die Zusammenarbeit regeln die Bauunternehmer in einem Arbeitsgemeinschafts- oder Konsortialvertrag, der die gegenseitigen Rechte und Pflichten statuiert und in aller Regel auch Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis der einzelnen Unternehmer gegenüber dem Bauherrn und Dritten (sog. *Federführung*) sowie über die technische und kaufmännische Leitung des Bauvorhabens enthält.²

¹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 242 ff. m.w.H.; GAUCH, Werkvertrag, N 243 f.; KRAUSKOPF, 59; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 530 N 106 ff.; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 28 Abs. 2. Verschiedentlich wird auch von einem (Bau- oder Unternehmer-)Konsortium gesprochen (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 243).

² Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 244; MÜLLER, ARGE, 2 und 17 ff.; SPIESS/HUSER, SHK-SIA 118, Art. 28 N 43.

Bei der typischen ARGE³ schliessen die Bauunternehmer mit dem Bauherrn bzw. Besteller⁴ einen gemeinsamen Vertrag, einen Bauwerkvertrag,⁵ ab.⁶ Führt die Bauausführung zu einem Schaden des Bauherrn oder Bestellers, stellt sich die Frage nach der Gewährleistung und Haftung der beteiligten Bauunternehmer.

Der Jubilar, Prof. em. Dr. Dr. h.c. *Peter Gauch*, hat sich Zeit seines Lebens mit Baurecht und Werkvertragsrecht beschäftigt.⁷ Der vorliegende Beitrag ist dem Jubilar gewidmet und setzt sich mit dem in der Praxis teilweise unterschätzten Risiko der Solidarhaftung unter Bauunternehmern auseinander.

II. Die Haftung bei der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe

Wie ausgeführt, qualifiziert sich der Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft rechtlich als einfache Gesellschaft.⁸ Die Unternehmer sind sich bisweilen indessen nicht bewusst, dass sie eine einfache Gesellschaft bilden. Zwar ist es bei partiellen Kooperationen zwischen

³ Man spricht dabei auch von einer *echten* oder *offenen* ARGE im Gegensatz zur atypischen bzw. *unechten* ARGE (vgl. eingehend dazu MÜLLER, ARGE, 2 ff.), wobei in Bezug auf die atypischen Formen der ARGE die Terminologie nicht einheitlich ist (vgl. auch MÜLLER, ARGE, 5; ferner GAUCH, Werkvertrag, N 256, der darauf hinweist, dass bei der *Losgemeinschaft* [vgl. dazu N 255] bisweilen missverständlich von einem *unechten* Konsortium gesprochen werde; gl.M. SCHERRER, 93 Fn. 19).

⁴ Der Bauherr oder Besteller ist der auftraggebende Vertragspartner der ARGE. MÜLLER, ARGE, 2 Fn. 1, weist darauf hin, dass die Bezeichnung *Besteller* vor allem dann genauer sei, wenn es sich beim Vertragspartner der ARGE um einen General- oder Totalunternehmer handle, der seinerseits mit der eigentlichen Bauherrschaft in einem Vertragsverhältnis stehe (vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N 208). Im vorliegenden Beitrag wird daher grundsätzlich von Besteller gesprochen (vgl. auch OR 363, wonach Vertragsparteien des Werkvertrags der Unternehmer und der Besteller sind).

⁵ Zum Begriff *Bauwerkvertrag* vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 205 ff., insbes. N 209 f.

⁶ Dabei handelt es sich um einen reinen Werkvertrag entweder in Form eines General- oder Totalunternehmervertrags (vgl. dazu etwa GAUCH, Werkvertrag, N 222 ff., insbes. N 230 und N 233 ff., insbes. N 235). Vor dem Abschluss des gemeinsamen Vertrags bildet das Konsortium in der Regel eine – ebenfalls als einfache Gesellschaft zu qualifizierende – «Bietergemeinschaft», deren Zweck die Einreichung einer gemeinsamen Offerte für die Übernahme der in Aussicht stehenden Bauarbeiten ist (vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 245; GAUCH, Werkvertrag, N 246).

⁷ Vgl. nur PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, der 2011 bereits in der 5. Auflage erschienen ist.

⁸ Vgl. Fn. 1 vorne.

Unternehmern denkbar, dass sie keinen gemeinsamen Zweck im Sinne von OR 530 I verfolgen und es damit am *animus societatis* als Voraussetzung einer Gesellschaft fehlt.⁹ Auch die Tatsache allein, dass verschiedene Baubeteiligte aufgrund von (mehreren) Verträgen für das gleiche Bauwerk Leistungen erbringen, führt nicht dazu, dass sie untereinander vertraglich verbunden sind.¹⁰ Eine einfache Gesellschaft entsteht erst dann, wenn die Beteiligten vereinbaren, einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln zu verfolgen.¹¹

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann allerdings «auch stillschweigend erfolgen und sich aus dem Verhalten der Partner ergeben, wobei diesen nicht bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht».¹² Eine ARGE kann daher auch konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Unternehmer ergeben, ohne dass ihnen diese Rechtsfolge bewusst ist.¹³

Sind die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, haften sie ihm nach OR 544 III solidarisch, unter Vorbehalt anderer Vereinbarung. Für im Rahmen eines Werkvertrags eingegangene Verbindlichkeiten haften die in einer ARGE verbundenen Unternehmer daher dem Besteller gegenüber grundsätzlich solidarisch.¹⁴ Dies gilt nicht nur in Bezug auf die vertraglichen Mängelrechte wie Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsansprüche, die dem Besteller gegenüber jedem Unternehmer zustehen, sondern auch für die Forderung des Bestellers auf Ersatz des Mangelfolgeschaf-

⁹ Das kann etwa bei einem sog. *Koordinationsvertrag*, den verschiedene (Neben-) Unternehmer und andere Baubeteiligte mit dem Besteller abschliessen, der Fall sein. Eine solche Abrede qualifiziert sich als Innominatkontrakt mit gesellschaftsrechtlichen Komponenten (vgl. GAUCH, ZBJV 1982, 71 f.; SCHERRER, 97).

¹⁰ SCHERRER, 97. Verteilt der Besteller die auszuführenden Bauarbeiten auf verschiedene Unternehmer und schliesst er mit jedem Unternehmer einen separaten Werkvertrag über einen Teil der Arbeiten ab, spricht man von *Nebenunternehmern* (SIA-Norm 118, Art. 30 Abs. 1; GAUCH, ZBJV 1982, 67).

¹¹ OR 530 I.

¹² BGE 116 II 707, E. 2.a).

¹³ Vgl. BGE 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3.d; FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 438 m.w.H.; KRAUSKOPF, 59. «Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist jedoch generell, dass sich mindestens eine Vertragspartei rechtlich binden wollte; einen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht [...]. Steht fest, dass sich die Beteiligten nicht vertraglich verbinden wollten, haben sie sich nicht geeinigt, womit ein Dissens vorliegt» (BGE 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3.d).

¹⁴ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 247; MÜLLER, ARGE, 157 ff. Dabei handelt es sich um eine echte Solidarität im Sinne von OR 143 ff. (KRAUSKOPF, 60).

dens.¹⁵ Dabei spielt es keine Rolle, wie die Aufgaben im Arbeitsgemeinschaftsvertrag intern unter den einzelnen Bauunternehmern verteilt sind. Es haften demnach auch diejenigen Unternehmer solidarisch, die nach dem Konsortialvertrag lediglich die Buchhaltung führen oder ihren Beitrag in Form der Zurverfügungstellung von Baumaschinen erbringen.¹⁶ Keine solidarische Haftung besteht demgegenüber für unerlaubte Handlungen eines anderen Bauunternehmers.¹⁷

Die Solidarhaftung stärkt die Stellung des Bestellers im Zusammenhang mit der Gewährleistung und Haftung der beteiligten Unternehmer. Für die Unternehmer führt die Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE zu einer Verteilung der technischen und wirtschaftlichen Risiken auf mehrere Beteiligte, allerdings nur dann, wenn die Partner solvent sind.¹⁸ Dass die Solidarhaftung der einzelnen Unternehmer bei Insolvenz eines oder mehrerer Partner die anderen ebenfalls in den Ruin treiben kann, hat die Krise der Bauwirtschaft in den 90er-Jahren gezeigt.¹⁹ Aber auch unabhängig davon, ob die Mitgesellschafter insolvent sind, birgt die solidarische Haftung Risiken für die Baubeteiligten. Der Gläubiger kann sich nämlich an den zahlungskräftigsten Unternehmer halten und es ihm überlassen, wie er intern wieder zu seinem Geld kommt.²⁰ Dies musste auch ein Subunternehmer, über dessen Haftung bzw. Regressrecht das Bundesgericht in einem neueren Urteil²¹ zu entscheiden hatte, bitter erfahren. Der Unternehmer konnte die Forderung des Gläubigers (im Aussenverhältnis) nicht vollständig begleichen und wollte daher vor der Bezahlung von seinem Mitgesellschafter (im Innenverhältnis) den hälftigen Anteil der Forderung einziehen. Das verwehrte ihm

¹⁵ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 1494 und N 1893; KRAUSKOPF, 60; SCHERRER, 103 f.

¹⁶ GAUCH, Werkvertrag, N 247.

¹⁷ Vgl. BGE 84 II 381, E. a); FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 114 und N 130 ff.; GAUCH, Werkvertrag, N 248; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 544 N 97 (einschränkend allerdings N 101 f.); SCHERRER, 103; a.M. MÜLLER, ARGE, 155 f. Eine Ausnahme besteht, wenn eine gemeinsame Hilfsperson im Sinne von OR 55 den Schaden verursacht hat oder wenn zwei oder mehrere Unternehmer den Schaden gemeinsam im Sinne von OR 50 I verschuldet haben (vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 103, N 110, N 114, N 133 und N 137; GAUCH, Werkvertrag, N 248; vgl. auch MÜLLER, ARGE, 151 ff.).

¹⁸ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 243. Zu den (weiteren) Gründen eines Zusammenschlusses zu einer ARGE vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 251; DERS., ZBJV 1982, 89; MÜLLER, ARGE, 10 f.

¹⁹ MÜLLER, BR 2004, 4.

²⁰ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 39.

²¹ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014 (auszugsweise publiziert in BGE 140 III 312 ff., allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen).

das Bundesgericht mit gravierenden Folgen. Dem Vernehmen nach brachte ihn dies an den Rand des Ruins.

Im Folgenden wird als Ausgangslage dieses Urteil des Bundesgerichts erläutert. Dabei zeigt sich, dass die Solidarhaftung der einfachen Gesellschafter und damit das Risiko, vom Gläubiger für den vollen (Schadens-)Betrag in Anspruch genommen zu werden, vielfach unterschätzt werden. Anschliessend an die Besprechung des Urteils wird anhand verschiedener Konstellationen die Problematik der solidarischen Haftung der Baubeteiligten aufgezeigt und es werden mögliche Lösungen zur Entschärfung des Problems diskutiert. Weil Arbeitsgemeinschaften auf dem Bau eine grosse wirtschaftliche Bedeutung zukommt,²² stellen sich in der Praxis Haftungsfragen in unterschiedlicher Art und Weise.

III. Das Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014²³

1. Sachverhalt und Erwägungen

Laut Sachverhalt betrieben A. und B. als Bodenleger je selbständig ein Einzelunternehmen. Gemeinsam führten sie zahlreiche Aufträge aus. Während nach aussen jeweils nur ein Bodenleger auftrat und mit dem Vertragspartner abrechnete, wurde intern nach Abschluss der Arbeiten bei jedem Projekt einzeln abgerechnet. Im Auftrag der D. AG (Unternehmerin) führten A. und B. gemeinsam als Subunternehmer auch das Projekt C, eine Parkettverlegung, aus. Die Bodenbelagsarbeiten wurden seitens der Bauherrin C GmbH bemängelt. Daraufhin schlossen die D. AG und A. eine Sanierungsvereinbarung ab. Darin wurde festgehalten, dass A. von den Sanierungskosten $\frac{2}{3}$ und die D. AG $\frac{1}{3}$ trage. Nachdem die Sanierungsarbeiten durchgeführt waren, stellte die D. AG dem A. die von ihr bevorschussten Kosten in Rechnung. A. verlangte alsdann von B. die hälftige Bezahlung dieser Sanierungskosten. B. leistete in der Folge Abschlagszahlungen, stellte diese dann aber ein und bestritt seine Zahlungspflicht. A. klagte daraufhin gegen B. auf Bezahlung der hälftigen Sanierungskosten, unter Abzug der bereits geleisteten Ab-

²² Vgl. etwa FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 246 m.w.H.

²³ Zum Sachverhalt und Entscheid vgl. auch die Kurzbesprechung MÜLLER/GIESBRECHT, BR 2015, 157 f.

schlagszahlungen. Das Bezirksgericht Arlesheim hiess die Klage des A. gegen B. gut. Auf Berufung des B. hin hob das Kantonsgericht Basel-Landschaft den Entscheid auf. Das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde des A. ab.

Das Bundesgericht ging davon aus, dass A. und B. für die gemeinsam ausgeführten Arbeiten jeweils projektbezogene einfache Gesellschaften bildeten,²⁴ so auch beim Projekt C, der Parkettverlegung. Gegenüber der Auftraggeberin D. AG hafteten A. und B. daher nach OR 544 III grundsätzlich solidarisch, wobei sich die solidarische Haftung im vorliegenden Fall aus der Tatsache des gesellschaftlichen Betriebes ergab.²⁵

Da A. die von der D. AG eingeforderten Sanierungskosten nicht (vollständig) bezahlen konnte, wollte er vor der Begleichung der Schuld von B. dessen (gesamten) hälftigen Anteil verlangen. Er stützte sich dabei auf OR 533 I und machte geltend, er habe im Rahmen der Sanierungsvereinbarung die Schuld im Aussenverhältnis gegenüber der D. AG als Alleinschuldner übernommen und könne daher bereits vor Bezahlung der ganzen Schadenssumme auf B. Rückgriff nehmen.²⁶

Das Bundesgericht prüfte in der Folge, ob in der Sanierungsvereinbarung, die A. mit der D. AG abgeschlossen hatte, eine Haftungsbeschränkung auf A. lag.²⁷ Dabei kam es zum Ergebnis, dass keine haftungsbeschränkende Vereinbarung vorlag. A. und B. hafteten somit solidarisch gegenüber der D. AG aus der Sanierungsvereinbarung.²⁸

A. und B. hatten kein Gesellschaftsvermögen gebildet, aus dem die Schuld hätte bezahlt werden können. Auf die Frage, ob A. von B. die hälftige Bezahlung der Sanierungskosten verlangen konnte, brachte das Bundesgericht daher die Regressbestimmung von OR 148 II zur Anwendung. Danach kann ein Gesellschafter in dem Umfang, in dem er im Aussenverhältnis mehr geleistet hat, als er im Innenverhältnis zu leisten hätte, auf seine Mitschuldner Rückgriff nehmen. Die Regressforderung wird mit der Zahlung an den Gläubiger fällig.²⁹

Weil von den insgesamt an die D. AG bereits erfolgten Zahlungen nach Abzug der von B. an A. geleisteten Abschlagszahlungen für A. der von ihm erbrachte Teil unter der Hälfte der Sanierungsschuld blieb und er nicht be-

²⁴ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 3.

²⁵ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.1.

²⁶ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.

²⁷ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.3.2.

²⁸ Zur Begründung des Bundesgerichts vgl. III.2. hinten.

²⁹ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 6.1.

weisen konnte, dass er mehr als seinen internen Anteil geleistet hatte, stand ihm nach Ansicht des Bundesgerichts kein Regressanspruch gegen B. zu.³⁰

2. Kernfrage des Urteils und Begründung des Bundesgerichts

Die zentrale Frage, die sich im vorliegenden Fall gestellt hatte, war, ob in einer Vereinbarung eines Solidarschuldners mit dem Gläubiger, mithin in der Sanierungsvereinbarung des A. mit der D. AG, eine Befreiung des anderen Solidarschuldners, des B., von der Haftung lag, wie A. vor Bundesgericht geltend gemacht hatte, in der Hoffnung, dass ihm diese Argumentation den Weg zur Inanspruchnahme des B. vor der Bezahlung der Schuld an die D. AG ebnet würde.³¹

Das Bundesgericht hat diese Frage nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht verneint und ging davon aus, die Entlassung eines einfachen Gesellschafters aus der Solidarhaftung nach OR 544 III setze das Einverständnis des Gläubigers voraus, wobei dieses nicht leichthin anzunehmen sei. Seinen Entscheid begründete es wie folgt:³² Eine Haftungsbeschränkung auf einen der beiden Schuldner, d.h. eine Übernahme der Schuld als Alleinhaftender im Aussenverhältnis, bedürfe einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Gläubiger.³³ Zweck der Sanierungsvereinbarung sei die quantitative Regelung der Haftungssumme gewesen, namentlich die Aufteilung der Kosten zwischen der Unternehmerin D. AG und den Subunternehmern A. und B., sowie das praktische Vorgehen bei der Sanierung. Nachdem die ursprüngliche Auftragsvergabe durch Vertrag zwischen der D. AG und A. erfolgte, war es nach Ansicht des Bundesgerichts aus Sicht der D. AG. folgerichtig, die Sanierungsvereinbarung ebenfalls mit A. abzuschliessen. Die D. AG hätte sich keine Gedanken zur rechtlichen Qualifikation des Verhältnisses zwischen A. und B. machen müssen. Sie hätte die Parteien als Team wahrgenommen, was indessen nicht bedeute, dass ihr in diesem Zeitpunkt bewusst war, dass das Team in rechtlicher Hinsicht als einfache Gesellschaft

³⁰ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 6.1.

³¹ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5. Selbst wenn das Bundesgericht der Argumentation des A. gefolgt wäre und die Entlassung des B. aus der Solidarhaftung bejaht hätte, hätte A. von B. nicht vor der Bezahlung der Schuld im Aussenverhältnis dessen hälftigen Anteil verlangen können (vgl. dazu V.2.C. hinten).

³² Vgl. auch MÜLLER/GIESBRECHT, BR 2015, 157.

³³ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.1.

zu qualifizieren sei. Fehle es aber an einem solchen Bewusstsein, könne bereits deshalb nicht angenommen werden, dass die Vereinbarung eine Entlassung des B. aus der Solidarhaftung beinhalte. Die Vereinbarung enthalte denn auch keinen irgendwie gearteten Anhaltspunkt hierfür.³⁴ Zudem sei von einem Forderungsverzicht eines Gläubigers gegenüber einem Dritten im Rahmen eines Vergleichs mit einem Solidarschuldner nur mit Zurückhaltung auszugehen. Es sei nicht einzusehen, weshalb die D. AG als Gläubigerin auf den Vorteil einer zusätzlichen Sicherheit, nämlich des B. als Mitschuldner, hätte verzichten sollen.³⁵

Die Schlussfolgerungen, die das Bundesgericht aus seinen Überlegungen zog, waren ebenfalls korrekt.³⁶ Zu Recht hatte es OR 148 II zur Anwendung gebracht und A. die Inanspruchnahme des B. verweigert, weil er nicht bewiesen hatte, dass er im Aussenverhältnis mehr als seinen (internen) (An-)Teil geleistet hatte.³⁷

3. Bedeutung des Urteils für Bauunternehmer

Für Bauunternehmer bedeutet das Urteil des Bundesgerichts Folgendes: Soll die solidarische Haftung der Unternehmer nach OR 544 III beschränkt oder aufgehoben und die Verpflichtung im Aussenverhältnis durch einen Gesellschafter allein übernommen werden, bedarf es einer Vereinbarung mit dem Gläubiger.³⁸ Die Vereinbarung muss unmissverständlich sein, damit im Rahmen einer ARGE eine Beschränkung der Haftung auf einzelne Gesellschafter erfolgen kann. Das Einverständnis des Gläubigers ist nicht leichthin anzunehmen.³⁹ Die Beweislast für das Bestehen einer die gesetzliche Solidarhaftung abändernden Vereinbarung sowie für deren Inhalt und Tragweite obliegt dem Gesellschafter, der sich darauf beruft.⁴⁰

³⁴ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.3.2.

³⁵ BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.3.2.

³⁶ Vgl. dazu auch die Anmerkung bei MÜLLER/GIESBRECHT, BR 2015, 158.

³⁷ Vgl. dazu III.1. vorne.

³⁸ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 187; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 544 N 85.

³⁹ Vgl. BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 5.3.2; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 189.

⁴⁰ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 189.

IV. Die Problematik der Solidarhaftung

1. Vorbemerkungen

Der dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde liegende Fall zeigt, dass die Solidarhaftung der Bauunternehmer aus Gesellschaftsvertrag vielfach unterschätzt wird und bisweilen auch gravierende Folgen haben kann. Ist die gesetzliche Solidarhaftung nach OR 544 III nicht durch unmissverständliche Vereinbarung mit dem Gläubiger beschränkt oder aufgehoben worden, kann dieser nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern.⁴¹ Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist.⁴² Hat der Gläubiger einen Solidarschuldner für den gesamten Betrag in Anspruch genommen, ist es diesem überlassen, wie er intern wieder zu seinem Geld kommt. Das Urteil wirft daher auch die Frage auf, ob und gegebenenfalls wie die Problematik der Solidarhaftung entschärft werden kann. Wie vorne ausgeführt, hat die Tatsache, dass A. offenbar nicht in der Lage war, den Betrag, den die D. AG von ihm gefordert hatte, zu bezahlen und er auf B. vor der Bezahlung nicht Rückgriff nehmen konnte, um sich die notwendigen Mittel zu beschaffen, ihn dem Vernehmen nach an den Rand des Ruins gebracht. Seine Hoffnung, sich vor der Bezahlung an die D. AG gestützt auf die Gewinn- und Verlustteilungsregelung des OR 533 I an B. halten zu können, hat ihm das Bundesgericht – dogmatisch korrekt begründet⁴³ – genommen.

Im Folgenden werden die unterschiedlichen Haftungssituationen, die sich beim Handeln für die ARGE ergeben können, analysiert. Anschliessend ist über Möglichkeiten zur Entschärfung der Problematik der Solidarhaftung bzw. deren Folgen nachzudenken.

⁴¹ OR 144 I.

⁴² OR 144 II.

⁴³ Vgl. dazu die Ausführungen in Fn. 31 vorne und V.2.C. hinten.

2. Das Handeln für die ARGE und die Haftung

A. Erscheinungsformen der ARGE

In der Praxis gibt es verschiedene Erscheinungsformen der ARGE. Die typische ARGE im Baugewerbe ist ein echtes und offenes Konsortium, bei dem mehrere selbständige Bauunternehmer gemeinsam die Ausführung eines konkreten Bauprojektes übernehmen und mit dem Besteller einen einzigen Bauwerkvertrag abschliessen.⁴⁴ Daneben gibt es verschiedene atypische Formen der ARGE.⁴⁵ Bei den atypischen Konstellationen interessieren im vorliegenden Zusammenhang die sog. stille ARGE sowie die Unterbeteiligung. Je nach Ausgestaltung des Verhältnisses unter den Unternehmern sind die Haftungsfolgen unterschiedlich.

B. Abgrenzung der direkten von der indirekten Vertretung der ARGE

Bei der typischen und echten ARGE handeln die Unternehmer dem Besteller gegenüber gemeinsam oder durch Stellvertretung. In der Regel wird ein Unternehmer als sog. federführender Gesellschafter bestimmt.⁴⁶ Tritt der Unternehmer im Namen der ARGE oder sämtlicher Unternehmer auf, so handelt er – eine Ermächtigung vorausgesetzt – als direkter Stellvertreter. Nimmt er das Geschäft demgegenüber in eigenem Namen (aber auf Rechnung der ARGE) vor, wird er als indirekter Stellvertreter tätig.

Ob eine direkte oder eine indirekte Stellvertretung vorliegt, bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung.⁴⁷ Die Abgrenzung kann dann schwierig sein, wenn der Vertreter dem Vertragspartner offenbart hat, dass er nicht auf eigene Rechnung handelt. Dabei ist die Formulierung «für Rechnung eines Dritten» nicht notwendigerweise klar, sondern muss nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden.⁴⁸ Selbst wenn dem Vertrags-

⁴⁴ MÜLLER, ARGE, 2; vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N 243 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu MÜLLER, ARGE, 5 ff.; vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N 251 ff.; SCHERRER, 93 ff.

⁴⁶ Vgl. SIA-Norm 118, Art. 28 Abs. 3.

⁴⁷ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 17.

⁴⁸ BGE 126 III 59 ff., E. 1.b) (= Pra. 89 [2000] Nr. 117); vgl. auch BGE 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2.

partner bekannt war, dass der Vertreter *auf Rechnung des anderen* handelt, darf er daraus nicht zwingend schliessen, dass dieser auch *im Namen des anderen* handelt,⁴⁹ und damit eine direkte Stellvertretung vorliegt. Die Anwendung des Vertrauensprinzips kann indessen dazu führen, dass die Vertragswirkungen beim Vertretenen eintreten, auch wenn der Vertreter keinen Vertretungswillen hatte, der Vertragspartner aber aufgrund dessen Verhalten nach Treu und Glauben auf einen solchen Willen schliessen durfte.⁵⁰

C. Handeln im Namen der ARGE

a. Direkte Stellvertretung und Haftung der Bauunternehmer

Schliesst ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter mit einem Dritten Geschäfte ab, so werden die übrigen Gesellschafter dem Dritten gegenüber nach OR 543 II nur insoweit berechtigt und verpflichtet, als es die Bestimmungen über die Stellvertretung mit sich bringen. Voraussetzung des Eintritts der Vertretungswirkungen ist neben dem Handeln in fremdem Namen (mithin in demjenigen der Gesellschaft bzw. sämtlicher Gesellschafter) das Vorliegen einer Vertretungsmacht.⁵¹ Eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter zu vertreten, wird vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist.⁵² Soweit durch Vertrag oder Beschluss nichts anderes geregelt ist, steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu.⁵³ Vermutungsweise sind damit auch alle Gesellschafter vertretungsbefugt. Sind die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch (direkte) Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, haften sie ihm nach OR 544 III grundsätzlich solidarisch. Eine solidarische Haftung der Bauunternehmer entsteht daher einerseits dadurch, dass sie gemeinsam mit

⁴⁹ BGE 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.3.

⁵⁰ BGE 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2.

⁵¹ Vgl. OR 32 I; zu den Voraussetzungen der Vertretungswirkung vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 56 ff. Das Recht der bürgerlichen Stellvertretung ist lediglich analog anwendbar (FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 50 ff.).

⁵² OR 543 III; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 28 Abs. 3, wonach der federführende Gesellschafter die Arbeitsgemeinschaft rechtsverbindlich gegenüber dem Bauherrn vertritt. Zur (umstrittenen) Tragweite der Vermutung von OR 543 III vgl. BGE 124 III 355 ff.; FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 160 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 543 N 39 ff.

⁵³ OR 535 I.

dem Besteller einen Bauwerkvertrag abschliessen. Andererseits kann sich die solidarische Haftung gegenüber dem Besteller daraus ergeben, dass ein Bauunternehmer dem Besteller gegenüber im Namen des Baukonsortiums bzw. im Namen sämtlicher beteiligten Bauunternehmer auftritt. Vermutungsweise verpflichtet er durch sein Handeln auch die übrigen Unternehmer.⁵⁴ Der Besteller kann alsdann gegen jeden Bauunternehmer vorgehen. Diese Haftungssituation ist typisch für die *echte* ARGE.

b. Auslagenersatzanspruch und Regress

Bezahlt ein Gesellschafter aufgrund seiner solidarischen Haftung eine Gesellschaftsschuld, entsteht ihm eine Auslage. Für Auslagen, die er in den Angelegenheiten der Gesellschaft macht, sind ihm die übrigen Gesellschafter nach OR 537 I haftbar. Die Verpflichtung zum Auslagenersatz ist eine Sozialverbindlichkeit der Gesellschaft und damit eine Gesellschaftsschuld. Die Forderung des anspruchsberechtigten Gesellschafters richtet sich daher gegen die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter.⁵⁵ Der Ersatzanspruch entsteht im Zeitpunkt der Aufwendung und kann grundsätzlich bereits während der Dauer der Gesellschaft jederzeit geltend gemacht werden,⁵⁶ wobei der Gesellschafter lediglich aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung erlangen, aber nicht – eine abweichende Vereinbarung vorbehalten⁵⁷ – seine Mitgesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen kann. Damit besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der Fälligkeit der Forderung und deren Vollstreckbarkeit, das letztlich Konsequenz davon ist, dass es sich beim Auslagenersatzanspruch um eine Sozialverbindlichkeit handelt.⁵⁸

Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht aus, um die Auslagenersatzforderung des Gesellschafters zu tilgen, hat er das Liquidationsverfahren nach Auflösung der Gesellschaft abzuwarten. Die Ersatzforderung ist alsdann im Liquidationsverfahren nach Massgabe der für die Verlustbeteiligung geltenden gesetzlichen oder vertraglichen Regeln zu begleichen. Damit kann der Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern nur den Betrag fordern, der seine interne Verlustbeteiligung übersteigt.⁵⁹

⁵⁴ Vgl. etwa SCHERRER, 102.

⁵⁵ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 43.

⁵⁶ Für Einzelheiten vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 45 ff. m.w.H.

⁵⁷ Vgl. dazu V.3.C. hinten.

⁵⁸ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 50 ff. m.w.H.

⁵⁹ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 55.

Bei der Erfüllung einer Gesellschaftsschuld steht dem Gesellschafter neben seinem Auslagenersatzanspruch subsidiär auch ein Regressrecht gegenüber seinen Mitgesellschaftern nach OR 148 II zu.⁶⁰ Die Ausübung des Regressrechts setzt voraus, dass der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen voraussichtlich keine Befriedigung erlangen kann, so etwa, wenn kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.⁶¹ Stützt der Gesellschafter seinen Anspruch auf OR 148 II, kann er nur den Betrag, der seinen internen Verlustanteil übersteigt, von seinen Mitgesellschaftern fordern. Die Mitgesellschafter haften ihm dabei bloss anteilmässig und nicht solidarisch.⁶² Sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben, hat jeder von ihnen einen gleichen Teil zu übernehmen.⁶³ Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen nach OR 148 III gleichmässig zu tragen. Die Regressforderung gegenüber den Mitschuldnern wird mit der Leistung an den Gläubiger fällig.⁶⁴ Das bedeutet, dass der Gesellschafter zuerst an den Gläubiger leisten muss, bevor er sich an seine Mitgesellschafter halten kann.

c. Situation für Bauunternehmer

Werden Bauunternehmer aufgrund gemeinsamen Handelns oder einer direkten Stellvertretung gegenüber dem Besteller verpflichtet, haften sie ihm für Verbindlichkeiten, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben, solidarisch. Der Besteller kann sich an jeden Unternehmer halten und von ihm nur einen Teil oder das Ganze fordern. Der Unternehmer, der vom Besteller in Anspruch genommen wird, kann Befriedigung aus einem allfälligen Gesellschaftsvermögen erst dann verlangen, wenn er die Forderung des Bestellers beglichen hat. Ist kein Gesellschaftsvermögen vorhanden, kann er sich aufgrund seines Regressrechts zwar direkt an die anderen Baubeteiligten hal-

⁶⁰ Eingehend dazu FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 57 ff.; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 537 N 72. Die Rechtsprechung zu dieser Problematik ist indessen uneinheitlich, vgl. BGE 103 II 137 ff., E. 4., 116 II 316 ff., E. 2., 125 III 257 ff., E. 2.b); vgl. auch BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014, E. 6.1. sowie dazu FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 59 ff.

⁶¹ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 63 m.w.H.

⁶² Vgl. BGE 103 II 137, E. 4. d) (= Pra. 66 [1977] Nr. 159); FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 66; a.M. WERRO/PERRITAZ, in: FS Stoffel, 47 und 48.

⁶³ OR 148 I i.V.m. OR 533 I.

⁶⁴ HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 537 N 73 m.w.H. War die erfüllte Hauptforderung noch nicht fällig, tritt die Fälligkeit der Regressforderung erst in dem Zeitpunkt ein, in dem auch die Hauptforderung fällig geworden wäre (HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 537 N 73).

ten, aber nur dann, wenn er im Aussenverhältnis mehr als seinen Anteil geleistet hat.

Diese Situation ist A. im vorne erörterten Entscheid des Bundesgerichts zum Verhängnis geworden. Die Forderung der D. AG konnte er – wie vorne ausgeführt – aus eigenen Mitteln nicht begleichen und das Bundesgericht verwehrte ihm einen Rückgriff auf B., weil er nicht beweisen konnte, dass er im Aussenverhältnis mehr als seinen (internen) Anteil geleistet hatte. Dies brachte ihn letztlich an den Rand des Ruins.⁶⁵

D. Handeln in eigenem Namen, aber für Rechnung der ARGE

a. Indirekte Stellvertretung und Haftung der Bauunternehmer

Wenn ein Gesellschafter zwar für Rechnung der Gesellschaft, aber in eigenem Namen mit einem Dritten Geschäfte abschliesst, so wird er nach OR 543 I allein dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Schliesst ein Unternehmer mit dem Besteller somit in eigenem Namen, aber auf Rechnung der ARGE einen Vertrag, handelt er als indirekter Stellvertreter und verpflichtet nur sich selbst, nicht aber unmittelbar seine Mitgesellschafter. Gegenüber dem Besteller scheint er ein Eigengeschäft abzuschliessen.⁶⁶ Unter den Baubeteiligten besteht zwar eine einfache Gesellschaft, auf deren Rechnung gehandelt wird, nach aussen tritt der handelnde Gesellschafter aber in eigenem Namen auf. Die einfache Gesellschaft ist in diesem Fall eine Innengesellschaft und bildet das Grundverhältnis dafür, dass der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts allen Unternehmern zugutekommt und der handelnde Unternehmer von seinen Partnern Auslagen- und Verwendungsersatz sowie Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen kann.⁶⁷

Handelt ein Unternehmer als indirekter Stellvertreter, besteht gegenüber dem Besteller keine Solidarhaftung der anderen Bauunternehmer nach OR 544 III. Der Besteller kann sich nur an denjenigen Unternehmer halten,

⁶⁵ Eine Forderung aus Subrogation nach OR 149 I, die mit dem Regressanspruch nach OR 148 II konkurriert (FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 186 m.w.H.), kam nicht in Betracht, weil die Rechte des Gläubigers auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner nur in dem Masse übergehen, als er diesen befriedigt hat. Zum Verhältnis von Regressanspruch und Subrogationsforderung vgl. KRATZ, BK OR 149 N 34 ff.; WEISS, 310 ff.

⁶⁶ Vgl. WATTER, BSK OR 32 N 29.

⁶⁷ Vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 22.

mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat, nicht aber an die übrigen Unternehmer, weil diese durch den Abschluss des Vertrags nicht unmittelbar verpflichtet wurden. Zwischen dem Besteller und der ARGE entfaltet das Handeln des Unternehmers demnach keinerlei rechtliche Beziehungen. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Besteller wusste oder hätte wissen müssen, dass der Unternehmer auf Rechnung der ARGE handelt.⁶⁸ Grundsätzlich gilt nämlich eine Vermutung für Eigengeschäfte.⁶⁹ Für den Übergang der Wirkungen aus dem Geschäft auf die Gesamtheit der Unternehmer bedarf es nach OR 32 III einer Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme nach den dafür geltenden Grundsätzen.⁷⁰

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Frage, ob ein Handeln in eigenem Namen – und damit eine indirekte Stellvertretung – vorliegt, sich mangels eines tatsächlichen Konsenses aufgrund des Verhaltens des Vertreters, das nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist, beurteilt.⁷¹ In diesem Sinne ging das Bundesgericht im vorne erwähnten Entscheid davon aus, dass A. durch den Abschluss der Sanierungsvereinbarung mit der D. AG den B. mitverpflichtet hatte. A. war geschäftsführungs- und damit vermuthungsweise auch vertretungsbefugt (OR 535 i.V.m. OR 543 III). Für Verpflichtungen, die ein Gesellschafter in direkter Stellvertretung einem Dritten gegenüber eingeht, besteht nach OR 544 III eine solidarische Haftung. Weil im Recht der einfachen Gesellschaft die Bestimmungen der bürgerlichen Stellvertretung analog anwendbar sind,⁷² und der Vertretene – auch wenn der Vertreter beim Vertragsabschluss sich nicht als solcher zu erkennen gegeben hat – nach OR 32 II dennoch verpflichtet wird, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesst, wurde B. aus der Sanierungsvereinbarung mitverpflichtet. Dass der Dritte beim Handeln eines Gesellschafters für die Gesellschaft nur selten aus den Umständen auf eine direkte Stellvertretung schliessen muss, weil das Gesellschaftsverhältnis nach aussen oft nicht erkennbar ist,⁷³ änderte nichts an der Einschätzung des Bundesgerichts. Weil die Vertretungswirkungen auch dann beim Vertretenen eintreten, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, ob er den Vertrag mit dem Vertreter oder dem Vertretenen abschliesst, spielte es

⁶⁸ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 33 und N 38; vgl. auch WATTER, BSK OR 32 N 30.

⁶⁹ WATTER, BSK OR 32 N 30.

⁷⁰ Für Einzelheiten vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 24 ff.

⁷¹ WATTER, BSK OR 32 N 30.

⁷² FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 50 ff.

⁷³ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 79.

keine Rolle, dass A. die Sanierungsvereinbarung mit der D. AG nicht (ausdrücklich) im Namen der Gesellschaft abgeschlossen hatte. «Gleichgültigkeit» liegt vor, wenn der Dritte bereit wäre, den Vertrag mit allen Gesellschaftern abzuschliessen. Dass er den Vertrag mit jedem beliebigen Dritten schliessen würde, ist nicht erforderlich.⁷⁴ In einem solchen Fall muss der Vertreter aber den wirklichen Willen haben, im Namen des Vertretenen zu handeln,⁷⁵ wobei sich dieser Wille auch aus dem Verhalten des Vertreters ergeben kann, das nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist.⁷⁶ In diesem Sinn ging das Bundesgericht – auch wenn die Erwägungen letztlich nicht vollständig stringent sind – davon aus, dass die Bestellerin D. AG aus dem Verhalten des Subunternehmers A. und den Umständen auf ein (direktes) Stellvertretungsverhältnis schliessen durfte, sodass A. nicht nur sich selbst, sondern auch B. mitverpflichtet hatte.

b. Befreiung von Verbindlichkeiten

Für Verbindlichkeiten, die ein Gesellschafter in den Angelegenheiten der Gesellschaft eingeht, sind ihm die übrigen Gesellschafter nach OR 537 I haftbar. Die Befreiung von Verbindlichkeiten kommt nur in Frage, wenn der Gesellschafter als indirekter Stellvertreter gehandelt hat.⁷⁷ Ist er als direkter Stellvertreter tätig geworden, steht ihm lediglich ein Auslagenersatzanspruch zu.⁷⁸

Soweit ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und ausreicht, kann der Gesellschafter aufgrund seines Befreiungsanspruchs verlangen, dass entweder der Gläubiger direkt befriedigt oder ihm Deckung geleistet wird.⁷⁹ Reicht das Gesellschaftsvermögen demgegenüber nicht aus, um den Gesellschafter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien, muss er die Verpflichtung aus eigenen Mitteln erfüllen. Während der Dauer der Gesellschaft kann er seine Mitgesellschafter nicht unmittelbar in Anspruch neh-

⁷⁴ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 81; WATTER, BSK OR 32 N 20.

⁷⁵ BGE 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2.

⁷⁶ Vgl. WATTER, BSK OR 32 N 18 und N 20, der darauf hinweist, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage inkonsistent sei.

⁷⁷ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 96 und N 104.

⁷⁸ Vgl. dazu IV.2.C.b. vorne.

⁷⁹ Vgl. eingehend dazu FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 109, N 122 ff. und N 127 ff. Zur Problematik, wenn der Gesellschafter eine Verpflichtung eingegangen ist, die er persönlich zu erfüllen hat, vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 125.

men.⁸⁰ Erfüllt der Gesellschafter die Schuldpflicht, die er als indirekter Stellvertreter eingegangen ist, aus eigenen Mitteln, erlischt sein Befreiungsanspruch und verwandelt sich in einen Auslagenersatzanspruch.⁸¹

Der Befreiungsanspruch des Gesellschafters wird fällig, sobald er die Verbindlichkeit eingegangen ist. Nicht erforderlich ist die Fälligkeit der Forderung des Dritten gegenüber dem Gesellschafter. Vor Eintritt der Fälligkeit der Verbindlichkeit kann der anspruchsberechtigte Gesellschafter die Mitgesellschafter allerdings lediglich zur Leistung von Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen anhalten, von ihnen aber keine Deckung verlangen.⁸²

c. Situation für Bauunternehmer

Wird ein Unternehmer als indirekter Stellvertreter der ARGE tätig, kann der Besteller nur ihn in Anspruch nehmen, nicht aber die übrigen Unternehmer, weil diese durch den Abschluss des Vertrags nicht unmittelbar verpflichtet wurden. Der handelnde Unternehmer hat das Recht, nach den eben erörterten Grundsätzen von seinen Mitunternehmern Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu verlangen. Soweit indessen kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, aus dem der Unternehmer direkte Befriedigung des Bestellers oder eine Deckung verlangen kann, muss er die Verpflichtung aus eigenen Mitteln erfüllen. Mit der Erfüllung der Verbindlichkeit entsteht ein Auslagenersatzanspruch nach OR 537 I. Im Unterschied zur Situation, in der ein Unternehmer als direkter Stellvertreter tätig wird, hat er aber kein Regressrecht nach OR 148 II gegen seine Mitgesellschafter, weil keine Solidarschuldnerschaft vorliegt.

E. Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung

a. So genannte *stille* ARGE

Will oder kann ein einzelner Unternehmer die Bauarbeiten nicht allein ausführen, soll aber auch keine *echte* ARGE begründet werden, kommt eine

⁸⁰ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 110.

⁸¹ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 101 und N 110.

⁸² FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 119 und N 131 ff.

stille ARGE in Betracht.⁸³ Die stille ARGE tritt – wie der Begriff nahelegt – nach aussen nicht in Erscheinung. Sie ist eine reine Innengesellschaft. Gegenüber dem Besteller, mithin im Aussenverhältnis, tritt nur der Unternehmer-Hauptgesellschafter auf. Der Unternehmer-Hauptgesellschafter handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Er haftet allein gegenüber dem Besteller für die im Bauwerkvertrag eingegangenen Verbindlichkeiten. Es besteht keine solidarische Haftung der übrigen (stillen) Gesellschafter.⁸⁴ Der Besteller hat daher keinen Zugriff auf das Vermögen der stillen Gesellschafter. OR 543 und OR 544, die das Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten regeln, sind bei der stillen Gesellschaft nicht anwendbar.⁸⁵ Im stillen ARGE-Vertrag (Gesellschaftsvertrag) kann vereinbart werden, dass dem Besteller gegenüber zwar der Hauptgesellschafter allein haftet, im internen Verhältnis die stillen Gesellschafter aber anteilmässig für die Verpflichtungen einzustehen haben.⁸⁶ Ohne entsprechende Vereinbarung der Unternehmer bilden aber die Einlagen der stillen Gesellschafter auch die obere Grenze ihrer Verlustbeteiligung.⁸⁷

b. Die Unterbeteiligung

Bildet ein (ARGE-)Gesellschafter mit einem oder mehreren Dritten, den sog. Unterbeteiligten, eine Gesellschaft zum Zweck der gemeinschaftlichen Förderung und Ausnützung der Mitgliedschaft in der Obergesellschaft, liegt eine Unterbeteiligung vor.⁸⁸ Die Unterbeteiligung ist demnach eine «Beteiligung an der Beteiligung». Den Unterbeteiligten steht ein obligatorischer Anspruch gegen den Hauptbeteiligten auf gemeinsame Ausnützung des Gesellschaftsanteils des Oberbeteiligten zu. Gegenüber Dritten, etwa der ARGE, in welcher der Oberbeteiligte Gesellschafter ist, oder dem Besteller, treten die Unterbeteiligten nicht in Erscheinung. Zwischen ihnen und den Mitgesellschaftern des Oberbeteiligten bestehen keine direkten (vertragli-

⁸³ Vgl. dazu MÜLLER, ARGE, 7 f.; vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N 258.

⁸⁴ Zur stillen Gesellschaft im Allgemeinen vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 318 ff.

⁸⁵ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 337 m.w.H. und N 338.

⁸⁶ Vgl. MÜLLER, ARGE, 8.

⁸⁷ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 336 und OR 533 N 104.

⁸⁸ MÜLLER, ARGE, 9; zur Unterbeteiligung im Allgemeinen vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 195 ff.

chen) Beziehungen.⁸⁹ Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist eine reine In-
nengesellschaft.⁹⁰ Der Oberbeteiligte handelt in eigenem Namen und auf
eigene Rechnung.⁹¹ Da die Unterbeteiligten nicht für Verbindlichkeiten der
Hauptgesellschaft haften,⁹² besteht auch keine (solidarische) Haftung ge-
genüber dem Besteller. Sieht der Unterbeteiligungsvertrag vor, dass die
Unterbeteiligten Verluste mitzutragen haben, begründet dies bloss einen
obligatorischen Anspruch des Hauptbeteiligten gegen die Unterbeteiligten.⁹³

V. Mögliche Lösungen zur Entschärfung der Problematik der Solidarhaftung und deren Folgen

1. Vorbemerkungen

Nachdem die unterschiedlichen Haftungssituationen beim Handeln für die
ARGE aufgezeigt wurden, ist im Folgenden zu untersuchen, welche Mög-
lichkeiten Bauunternehmer haben, die Problematik der Solidarhaftung zu
entschärfen. Kann die Solidarhaftung als solche nicht beschränkt werden,
stellt sich die Frage, ob wenigstens deren Folgen für die Unternehmer ge-
mildert werden können. Im Sachverhalt, der dem vorne erörterten Bundes-
gerichtsurteil zugrunde lag, wäre dem Unternehmer A. bereits gedient ge-
wesen, wenn er von seinem Mitgesellschafter B. vor der Zahlung an die
Gläubigerin D. AG dessen hälftigen Anteil hätte erhältlich machen können.
Im Folgenden ist zwischen dem Verhältnis der Unternehmer zum Besteller
(Aussenverhältnis) und demjenigen der Bauunternehmer untereinander (In-
nenverhältnis) zu unterscheiden.

⁸⁹ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 195 ff. m.w.H. Dies gilt jedenfalls für die typische
Unterbeteiligung, vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 209 ff.

⁹⁰ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 200.

⁹¹ MÜLLER, ARGE, 9.

⁹² FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 242.

⁹³ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 542 N 242.

2. Vereinbarungen der Unternehmer mit dem Besteller

A. Allgemeines

Ist nichts anderes vereinbart, haften die in einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossenen Unternehmer nach OR 544 III für gemeinschaftlich oder durch (direkte) Stellvertretung dem Besteller gegenüber eingegangene Verpflichtungen solidarisch. Die solidarische Haftung kann durch Vereinbarung mit dem Besteller abgeändert oder ausgeschlossen werden. Diese Vereinbarung hat unmissverständlich zu erfolgen.⁹⁴

B. Anteilsmässige Haftung

Die Unternehmer können mit dem Besteller vereinbaren, dass im Aussenverhältnis jeder Unternehmer nur anteilmässig, d.h. für seinen Leistungsanteil, haftet.⁹⁵ Die Zulässigkeit einer solchen Abrede ergibt sich aus OR 144 I, wonach der Gläubiger von jedem Schuldner auch nur einen Teil («eine beliebige Quote»)⁹⁶ der Leistung fordern kann. In diesem Fall kann der Besteller die einzelnen Unternehmer nur für den Betrag in Anspruch nehmen, für den sie im Innenverhältnis einzustehen haben. Mit einer solchen Vereinbarung wäre A. im Fall, der dem Bundesgerichtsurteil zugrunde lag, gedient gewesen, weil die D. AG (im Aussenverhältnis) von ihm dann nicht den ganzen Betrag hätte fordern können. Allerdings sind solche Vereinbarungen in der Praxis selten anzutreffen, weil der Besteller in aller Regel keinen Anlass hat, auf die solidarische Haftung zu verzichten.⁹⁷

⁹⁴ Vgl. dazu III.2 und III.3. vorne.

⁹⁵ Vgl. SPIESS/HUSER, SHK-SIA 118, Art. 28 N 26 und N 34; vgl. auch JUNG, in: *Mélanges Tercier*, 299; KRAUSKOPF, 38 f.; VON TUHR/ESCHER, 313 Fn. 125; BGE 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (teilweise publiziert in BGE 133 III 116), E. 4.6.

⁹⁶ BECKER, BK OR 144 N 1.

⁹⁷ SPIESS/HUSER, SHK-SIA 118, Art. 28 N 26 und N 34.

C. (Teilweise) Entlassung einzelner Unternehmer aus der Haftung

Ist der Besteller demgegenüber (ausnahmsweise) bereit, einzelne Unternehmer (vollständig oder auch bloss teilweise) aus der Solidarhaftung zu entlassen, stellt sich die Frage, wie eine Vereinbarung, die zwischen dem Besteller als Gläubiger und einem oder mehreren, aber nicht allen Solidarschuldern abgeschlossen wird, und die den Bestand, Umfang oder die Modalitäten der Schuld zum Inhalt hat, sich auf die Schuldpflicht (im Aussenverhältnis) und auf die Regressmöglichkeiten (im Innenverhältnis) der anderen, an der Vereinbarung nicht beteiligten Solidarschuldner auswirkt.⁹⁸

Weil die Schuldpflicht für jeden Unternehmer als Solidarschuldner eine selbständige Leistungspflicht ist, kann jeder von ihnen wie ein Einzelschuldner über deren Schicksal verfügen. Dabei kann ein Solidarschuldner, soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen aber nicht erschweren.⁹⁹ Individuelle Vereinbarungen zwischen einem Unternehmer und dem Besteller, welche die Rechtsstellung des Solidarschuldners (potenziell) verschlechtern, z.B. eine Vereinbarung betreffend die Fälligkeit, wirken daher lediglich zu Lasten des betreffenden Unternehmers, unter Vorbehalt einer abweichenden Abrede mit allen Unternehmern.¹⁰⁰

Eine Vereinbarung zwischen einem solidarschuldnerischen Unternehmer und dem Besteller als Gläubiger, die den beteiligten Unternehmer begünstigt, weil sie beispielsweise einen (teilweisen oder vollständigen) Schuldentlass enthält, entfaltet grundsätzlich ebenfalls nur zwischen den beteiligten Vertragsparteien Wirkungen und nicht gegenüber den anderen Solidarschuldnern. Sie schränkt insbesondere die Regressmöglichkeiten der anderen Unternehmer im Innenverhältnis nicht ein.¹⁰¹ Ein Solidarschuldner kann nach OR 146 nämlich durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen nicht erschweren und demnach deren Regressansprüche gegen ihn auch

⁹⁸ KRAUSKOPF, 59.

⁹⁹ OR 146; vgl. KRAUSKOPF, 37. Die Freiheit der Solidarschuldner wird ferner durch OR 145 II beschränkt, wonach jeder Solidarschuldner den anderen gegenüber verantwortlich wird, wenn er diejenigen Einreden nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen.

¹⁰⁰ KRAUSKOPF, 38.

¹⁰¹ Vgl. KRAUSKOPF, 38 m.w.H.

nicht in einem Vertrag mit dem Gläubiger zu deren Lasten ausschliessen.¹⁰² Das Innenverhältnis bleibt von individuellen Vereinbarungen zwischen Solidarschuldner und Gläubiger unberührt.¹⁰³ Ausnahmsweise wirken solche Verträge aber auch zu Gunsten der anderen Solidarschuldner.¹⁰⁴

Im Fall, der dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde lag, war die Sachlage insofern eine besondere, als A. (in zweiter Instanz) vorbrachte, er habe die Schuld gegenüber der D. AG im Aussenverhältnis allein übernommen. Implizit machte er damit eine Befreiung des mitverpflichteten B. geltend und erhoffte sich dadurch, dass er vor der Bezahlung der Schuld an die D. AG (im Aussenverhältnis) von B. (im Innenverhältnis) dessen hälftigen Anteil fordern könnte. Wie ausgeführt,¹⁰⁵ verneinte das Bundesgericht eine Alleinübernahme der Schuld durch A. im Aussenverhältnis (weil das Einverständnis der D. AG fehlte) und verwehrte ihm in der Folge auch den Zugriff auf B. für dessen hälftigen internen Anteil, zumal A. nicht beweisen konnte, dass er im Aussenverhältnis mehr als seinen eigenen internen Anteil geleistet hatte. A. stützte sich für seine Argumentation offenbar auf das Urteil 4C.284/2004 vom 19. Juli 2005, in dem das Bundesgericht einem Solidarschuldner, der eine Forderung gegenüber dem Gläubiger im externen Verhältnis als Alleinschuldner übernommen hatte, zugestand, im Rahmen der Liquidation der einfachen Gesellschaft vom (ehemaligen) Mitschuldner Geldersatz zu verlangen, soweit die übernommene Schuld mehr als die Hälfte des Gesellschaftsverlustes betrug.¹⁰⁶

Dazu ist Folgendes festzuhalten: Die Möglichkeit einer vorzeitigen Inanspruchnahme der Mitgesellschafter bzw. einen vorzeitig einforderbaren Regressanspruch gestützt auf OR 148 II gibt es im schweizerischen Recht nicht.¹⁰⁷ Rechte und Pflichten aus dem Innenverhältnis entstehen damit erst im Zeitpunkt der Leistung an den Gläubiger. Der Regressanspruch des Unternehmers gegen die Mitverpflichteten entsteht mit der Leistung an den Besteller und nicht bereits mit der Inanspruchnahme durch diesen.¹⁰⁸ Die

¹⁰² BGE 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (teilweise publiziert in BGE 133 III 116), E. 4.6.

¹⁰³ Vgl. KRAUSKOPF, 38 m.w.H.; vgl. auch BGE 133 III 116, E. 4.2.

¹⁰⁴ Vgl. KRAUSKOPF, 38 und 39 ff. Zur Wirkung eines vom Gläubiger mit einem Solidarschuldner abgeschlossenen Vergleichs für die anderen Solidarschuldner vgl. BGE 133 III 116, E. 4.2 und 4.3.

¹⁰⁵ Vgl. dazu III.2. vorne.

¹⁰⁶ BGE 4C.284/2004 vom 19. Juli 2005, E. 2.

¹⁰⁷ KRATZ, BK OR 148 N 124.

¹⁰⁸ Vgl. KRATZ, BK OR 148 N 11 und N 56 f. m.w.H.

Solidarschuldner können aber (aufgrund der Vertragsfreiheit) untereinander im Innenverhältnis eine vorzeitige Inanspruchnahme vereinbaren.¹⁰⁹ Demgegenüber kann aus einer Vereinbarung eines Solidarschuldners mit dem Gläubiger, wonach der Solidarschuldner die Schuld (im Aussenverhältnis) allein übernimmt, nicht abgeleitet werden, dass der betreffende Solidarschuldner vorzeitig auf seine Mitschuldner greifen kann. Innen- und Aussenverhältnis sind klar auseinander zu halten. Insofern müsste im Fall, der dem Urteil 4C.284/2004 zugrunde lag, sich aus der Zuweisung der Schuld an den einen der beiden Gesellschafter im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft eine entsprechende interne Vereinbarung ergeben haben, was aus den Erwägungen des Bundesgerichts allein allerdings nicht ersichtlich ist.

D. Fazit

Wie diese Ausführungen zeigen, ist es möglich, mit dem Besteller eine Vereinbarung zu treffen, welche die solidarische Haftung der Unternehmer modifiziert oder ausschliesst. Bietet der Besteller dazu aber keine Hand, ist guter Rat teuer. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Rat erst im Moment, in dem sich die Haftung bereits realisiert hat, eingeholt wird. Wird der Haftungsfrage indessen bereits beim Eingehen der Arbeitsgemeinschaft Bedeutung beigemessen, lassen sich durch die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags die Haftungsfolgen modifizieren oder im Innenverhältnis entschärfen. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

3. Vereinbarungen der Unternehmer untereinander

A. Allgemeines

Arbeitsgemeinschaftsverträge sind oftmals nicht Gegenstand von längeren Vertragsverhandlungen zwischen den Unternehmern. Die Unternehmer machen sich vielfach auch keine Gedanken über die rechtliche Qualifikation der Zusammenarbeit. Das führt dazu, dass die Verträge häufig lückenhaft

¹⁰⁹ Vgl. dazu V.3.C. hinten.

sind und unter Umständen gar auf konkludentem Verhalten der Parteien beruhen.¹¹⁰

Die Haftungssituation ist – wie vorne aufgezeigt wurde – unterschiedlich, je nachdem wie das Verhältnis unter den Baubeteiligten ausgestaltet ist. Durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses kann daher auch die Haftungssituation beeinflusst werden. Soweit indessen die solidarische Haftung nach OR 544 III Anwendung findet, kann sie durch interne Absprachen unter den Unternehmern nicht abgeändert werden. Vereinbarungen der Unternehmer untereinander bezüglich der Abänderung oder Beschränkung der Solidarhaftung haben keine Wirkungen gegenüber dem Besteller.¹¹¹ Die Unternehmer können aber durch Vereinbarungen untereinander die Folgen der solidarischen Haftung mildern.

B. Ausgestaltung der ARGE als stille Gesellschaft und die Vereinbarung einer indirekten Stellvertretung

Weil die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft weitgehend dispositives Recht sind, können die Unternehmer die Aufgabenverteilung sowie die Organisation und Vertretung der Gesellschaft nach aussen – unter Vorbehalt der zwingenden Vorschriften – vertraglich regeln.¹¹² Bilden die Unternehmer eine stille Gesellschaft oder tritt nach aussen nur ein Unternehmer als indirekter Stellvertreter auf, werden die anderen in der ARGE gebundenen Unternehmer dem Besteller gegenüber nicht unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Im Aussenverhältnis ist nur derjenige Unternehmer haftbar, der als Hauptgesellschafter oder als indirekter Stellvertreter gehandelt hat.¹¹³ Ob und inwieweit der handelnde Gesellschafter im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zu den anderen Unternehmern, auf diese zurückgreifen kann, ergibt sich aus den internen Abmachungen der Unternehmer und den entsprechenden Gesetzesbestimmungen.¹¹⁴ Möglich ist es beispielsweise, den (dispositiven) Befreiungsanspruch, der dem in indirekter Stellvertretung

¹¹⁰ SCHERRER, 96. Zum konkludenten Entstehen einer ARGE vgl. II. vorne. Verschiedentlich werden indessen auch Musterverträge verwendet, die umfangreich sein können (vgl. auch REBER, 45).

¹¹¹ Vgl. dazu IV.1. vorne.

¹¹² KRAUSKOPF, 59 f.

¹¹³ Vgl. dazu IV.2.E.a (stille Gesellschaft) und IV.2.D.a. (indirekte Stellvertretung) vorne.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch OR 32 III.

handelnden Gesellschafter zusteht,¹¹⁵ dahingehend abzuändern, dass der Gesellschafter befugt ist, auch bei fehlendem Gesellschaftsvermögen von den Mitgesellchaftern anteilmässig Deckung zu erhalten.¹¹⁶

In Bezug auf ein allfälliges Stellvertretungsverhältnis ist zu beachten, dass die Qualifikation als direkte bzw. indirekte Stellvertretung unter Umständen heikel und strittig sein kann.¹¹⁷ Umstritten ist in der Lehre ferner auch, wer sich in einem Streit zwischen dem Vertretenen, mithin den anderen Unternehmern, und dem Dritten, d.h. dem Besteller, auf den Nichteintritt der Vertretungswirkung – und damit auf die Alleinhaftung des handelnden Unternehmers – berufen kann. Zwar trägt der Besteller als Dritter im Falle einer Klage gegen die anderen Unternehmer, wenn diese eine Stellvertretung bestreiten, die Beweislast dafür, dass der handelnde Gesellschafter (als Vertreter) im Namen der ARGE und mit der Ermächtigung der übrigen Unternehmer gehandelt hat,¹¹⁸ weil eine allgemeine Vermutung besteht, dass jemand ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen abschliesst.¹¹⁹ Ob den Unternehmern aber der Einwand zusteht, der (zwar ermächtigte) Vertreter habe nicht in ihrem Namen gehandelt, sondern ein Eigengeschäft abgeschlossen, wird kontrovers beurteilt.¹²⁰ Aus diesem Grund kann die Vereinbarung einer indirekten Vertretung als Möglichkeit, die unmittelbare Inanspruchnahme der anderen Unternehmer auszuschliessen, heikel sein, auch wenn beim Handeln eines Gesellschafters für die Gesellschaft nur selten aufgrund der Umstände eine direkte Stellvertretung angenommen werden kann.¹²¹ Die Unternehmer haben demnach ein beträchtliches Risiko, ohne Wissen und Mitwirkung gegenüber dem Besteller verpflichtet zu werden.¹²²

Wird eine stille Gesellschaft vereinbart, ist darauf zu achten, dass die anderen Unternehmer nicht nach aussen auftreten, sondern sich tatsächlich «still» verhalten, weil ansonsten die Annahme einer offenen Gesellschaft mit den entsprechenden Haftungsfolgen naheliegt.

¹¹⁵ Vgl. dazu IV.2.D.b vorne.

¹¹⁶ Zur Rechtsnatur und der vertraglichen Modifikation des Befreiungsanspruchs vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 116 und N 137 f.

¹¹⁷ Vgl. dazu IV.2.B. vorne.

¹¹⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1338b; WATTER, BSK OR 32 N 35.

¹¹⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1338b.

¹²⁰ Nach GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1338, ist dem Vertretenen dieser Einwand abgeschnitten. WATTER, BSK OR 32 N 35, hingegen will dem Vertretenen diese Einredemöglichkeit zugestehen.

¹²¹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 543 N 79; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR 543 N 7.

¹²² Vgl. PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR 543 N 7.

Auch wenn – oder gerade weil – diese Unsicherheiten bestehen, tun die Unternehmer gut daran, sich bereits bei der Ausarbeitung der Verträge Gedanken zur Haftung zu machen.

C. Unmittelbare Inanspruchnahme der anderen Unternehmer

Der Auslagenersatzanspruch, der dem handelnden Gesellschafter zusteht,¹²³ ist dispositiver Natur. Die Gesellschafter können daher abweichende Abreden treffen und beispielsweise vereinbaren, dass der anspruchsberechtigte (als direkter Stellvertreter handelnde) Gesellschafter bereits während der Dauer der Gesellschaft unmittelbar gegen seine Mitgesellschafter vorgehen und von ihnen anteilmässigen Ersatz für seine Auslagen verlangen kann.¹²⁴ Soweit allerdings keine (zusätzlichen) Absprachen über die Fälligkeit bzw. den Zeitpunkt der Erfüllung des Ersatzanspruchs vorliegen,¹²⁵ ist der Gesellschafter nicht besser gestellt, als wenn er aufgrund seines Regressrechts gegen seine Mitgesellschafter vorgeht. Er kann in diesem Fall nämlich ebenfalls erst dann auf die Mitgesellschafter greifen, wenn er die Forderung gegenüber dem Gläubiger erfüllt hat.

Vereinbaren die Gesellschafter demgegenüber, dass derjenige Gesellschafter, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, vor der Bezahlung der Schuld von seinen Mitgesellschaftern ihren internen Anteil fordern kann, steht ihm ein Anspruch auf Deckung zu.¹²⁶ Mit einer solchen Abrede wäre A. im vorne erörterten Fall gedient gewesen, weil er dann von B. dessen hälftigen Anteil hätte verlangen können und nicht zuerst die (ganze) Forderung hätte begleichen müssen. Solche Abreden bergen indessen die Gefahr, dass ein Gesellschafter doppelt leisten muss. Die Leistung der Deckung im Innenverhältnis schützt ihn nämlich nicht davor, dass der Gläubiger ihn (im Aussenverhältnis) auch in Anspruch nimmt, weil beispielweise der deckungsberechtigte Gesellschafter noch nicht (vollständig) geleistet hat.

Indem die Unternehmer finanzielle Fragen wie etwa die Risikotragung im Innenverhältnis vertraglich regeln können,¹²⁷ ist es möglich, dass sie unter-

¹²³ Vgl. dazu IV.2.C.b. (direkte Stellvertretung) vorne.

¹²⁴ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 39, N 53 f. und N 73 ff.

¹²⁵ Zur Zulässigkeit solcher Absprachen vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 75 m.w.H.

¹²⁶ Ein Anspruch auf Deckung durch die anderen Gesellschafter kann auch für den als indirekter Stellvertreter handelnden Gesellschafter vereinbart werden (vgl. dazu V.3.B. vorne).

¹²⁷ KRAUSKOPF, 34.

einander vereinbaren, dass der vom Besteller in Anspruch genommene Unternehmer von den Mitunternehmern unmittelbar deren interne Anteile einfordern kann. Wie ausgeführt, bergen solche Abreden indessen das Risiko der Doppelzahlung.

D. Änderung des Umfangs des Regressrechts

Hat ein Unternehmer aufgrund der solidarischen Haftung eine Leistung an den Besteller erbracht, kann er nach OR 148 II für den Betrag, der seinen internen Verlustanteil übersteigt, auf seine Mitunternehmer Regress nehmen. Sofern sich aus dem Rechtsverhältnis unter den Unternehmern nichts anderes ergibt, hat von der an den Besteller geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen.¹²⁸ Die Unternehmer können diese Ausgleichsregelung abändern. Dies ist zu empfehlen, wenn die werkvertraglichen Leistungen der einzelnen Unternehmer betragsmässig voneinander abweichen.¹²⁹

Solche internen Vereinbarungen berühren indessen die Haftung gegenüber dem Besteller nicht, sodass dieser dennoch jeden Unternehmer nach seiner Wahl nur für einen Teil oder das Ganze in Anspruch nehmen kann.

E. Vorschuss bzw. Deckung aus dem Vermögen der ARGE

Die Gesellschafter haben grundsätzlich das Recht, von der Gesellschaft einen Vorschuss für anstehende Aufwendungen zu verlangen, weil sie nicht verpflichtet sind, über die geschuldeten Beiträge hinaus Leistungen zu erbringen.¹³⁰ Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Vorschussleistung nicht aus oder weigern sich die Mitgesellschafter, den Vorschuss aus dem Gesellschaftsvermögen zu zahlen, steht dem Gesellschafter aber kein klagbarer Anspruch auf Leistung eines Vorschusses zu.¹³¹

Eine Forderung eines Gläubigers stellt zwar keine anstehende Aufwendung in diesem Sinn dar, für deren Erfüllung ohne entsprechende Vereinbarung ein Vorschuss verlangt werden könnte. Denkbar ist aber, dass die Unternehmer vertraglich vereinbaren, dass der vom Besteller in Anspruch ge-

¹²⁸ OR 148 I.

¹²⁹ Vgl. REBER, 45.

¹³⁰ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 79.

¹³¹ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 537 N 81.

nommene Unternehmer eine Deckungssumme zur Bezahlung der Forderung verlangen kann, soweit das Gesellschaftsvermögen dazu ausreicht.¹³²

F. Zuweisung von Schulden im Rahmen der Liquidation der ARGE

Nach OR 551 wird an den Verbindlichkeiten gegenüber Dritten durch die Auflösung der Gesellschaft nichts geändert. Für Gesellschaftsschulden, die im Liquidationsverfahren nicht getilgt wurden, sind die Gesellschafter daher auch nach Auflösung der Gesellschaft bis zur Verjährung des Anspruchs solidarisch haftbar.¹³³

Die solidarische Haftung der Unternehmer endet demnach nicht mit der Auflösung der ARGE. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Unternehmer aus dem Konsortium ausscheidet. Gegenüber dem Besteller haften die Unternehmer für bestehende Verbindlichkeiten weiterhin solidarisch und unbeschränkt.¹³⁴ Sie können durch die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft bzw. das Ausscheiden aus der ARGE der Solidarhaftung demnach nicht entrinnen.

Im Rahmen der Liquidation sind allerdings in erster Linie die fälligen Schulden der Gesellschaft zu begleichen.¹³⁵ Die Gesellschafter haben Anspruch darauf, dass die Schulden vor der Verteilung des Gesellschaftsvermögens beglichen werden.¹³⁶ Fehlt es an einem (ausreichenden) Vermögen zur Tilgung der Schulden, sind allfällig noch nicht geleistete Beiträge einzuziehen. Können die Schulden damit noch nicht getilgt werden, haben die Gesellschafter grundsätzlich ihre Verlustanteile an die Liquidationsgesellschaft zu leisten, damit die Gläubiger befriedigt und die interne Auseinandersetzung, die aufgrund der (bisweilen unterschiedlichen) Verlustbeteiligungen erforderlich ist, durchgeführt werden können.¹³⁷ Zur vollständigen

¹³² Für eine (bloss) anteilmässige Deckung durch die anderen Gesellschafter bei fehlendem Gesellschaftsvermögen vgl. V.3.B. und V.3.C. vorne.

¹³³ FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 194. Wird die Forderung des Gläubigers erst nach Auflösung der Gesellschaft fällig, beginnt die Verjährung in diesem Zeitpunkt zu laufen (FELLMANN/MÜLLER, BK OR 544 N 194).

¹³⁴ KRAUSKOPF, 61; vgl. auch SCHERRER, 105.

¹³⁵ OR 549. Für nicht fällige oder umstrittene Verbindlichkeiten sind die erforderlichen Rückstellungen zu machen (VON STEIGER, SPR VIII/1, 465).

¹³⁶ VON STEIGER, SPR VIII/1, 465 Fn. 46.

¹³⁷ VON STEIGER, SPR VIII/1, 466 f.

Liquidation gehören damit auch die Feststellung der Verlustanteile der Gesellschafter und die Leistung an die Gesellschaft in Liquidation.¹³⁸

Können oder wollen die Gesellschafter ihre Verlustanteile nicht leisten, ist es Sache der einzelnen Gesellschafter (und nicht der Liquidatoren), gegen die säumigen Mitgesellschafter vorzugehen.¹³⁹

Die gesetzliche Liquidationsordnung ist dispositiver Natur und kann vertraglich abgeändert werden.¹⁴⁰ Die Gesellschafter können daher vereinbaren, dass ein einzelner von ihnen eine Gesellschaftsschuld übernimmt.¹⁴¹ Bei einer solchen Vereinbarung handelt es sich um eine interne Schuldübernahme,¹⁴² die an der solidarischen Haftung der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger nichts ändert. Soll die (schwebende) Verpflichtung auch im Aussenverhältnis übernommen werden mit der Wirkung, dass die anderen Gesellschafter von der Haftung befreit werden, ist eine Vereinbarung mit dem Gläubiger erforderlich.¹⁴³

Kann eine Forderung des Bestellers im Rahmen der Liquidation mangels (ausreichendem) Gesellschaftsvermögen nicht beglichen werden und wollen oder können die Unternehmer ihre Verlustanteile auch nicht in die Liquidationsgesellschaft einschiessen, können sie vereinbaren, dass einer von ihnen die Schuld (im Innenverhältnis) übernimmt. Die Aufteilung der Leistungspflicht unter den Unternehmern auf dem Weg einer einvernehmlichen Lösung hat nach den Vorschriften über die Verlustbeteiligung zu erfolgen.¹⁴⁴ Mit einer solchen Schuldübernahmevereinbarung ist daher vermutungsweise auch die Abrede verbunden, dass der schuldübernehmende Unternehmer von den anderen ihre internen Verlustanteile einfordern kann, soweit er die Schuld nicht auch im Innenverhältnis allein zu tragen hat. Die Einforderung der Verlustanteile erfolgt gemäss vertraglicher Vereinbarung und kann unabhängig davon sein, ob der schuldübernehmende Unternehmer (im Aussenverhältnis) den Gläubiger bereits befriedigt hat. An der Haftung im Aussenverhältnis (gegenüber dem Besteller) ändert sich durch eine solche Vereinbarung indessen nichts. Eine Befreiung auch gegenüber dem Besteller

¹³⁸ VON STEIGER, SPR VIII/1, 467 Fn. 53; vgl. auch SIEGWART, ZK OR 533 N 24.

¹³⁹ VON STEIGER, SPR VIII/1, 467.

¹⁴⁰ SIEGWART, ZK OR 548/549/550 N 20.

¹⁴¹ VON STEIGER, SPR VIII/1, 468.

¹⁴² Vgl. OR 175. Die Besonderheit an dieser Konstellation ist, dass der schuldübernehmende Gesellschafter aufgrund der solidarischen Haftung selbst Schuldner der betreffenden Verbindlichkeit ist.

¹⁴³ OR 176 I. Vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, 468.

¹⁴⁴ Vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 548-551 N 142.

setzt dessen Einverständnis voraus. Wie bei einer Vereinbarung über die unmittelbare Inanspruchnahme der Mitgesellschafter durch die Unternehmer¹⁴⁵ tragen in einem solchen Fall die im Innenverhältnis befreiten Unternehmer im Aussenverhältnis weiterhin das Risiko, vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden und damit doppelt zu bezahlen, soweit sie ihren Verlustanteil an den übernehmenden Schuldner bereits geleistet haben. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, die Einforderung der Verlustanteile der anderen Unternehmer erst in dem Moment zuzulassen, in dem der schuldübernehmende Gesellschafter an den Besteller leistet oder von ihm in Anspruch genommen wird.

Scheitert demgegenüber eine einvernehmliche Lösung unter den Unternehmern, entfällt auch die Möglichkeit, die Verlustanteile der anderen vorweg zu erheben.¹⁴⁶

Sofern erst nach dem (vermeintlichen) Abschluss der Liquidation eine Forderung des Bestellers gegen die Unternehmer bekannt wird,¹⁴⁷ haben die Unternehmer ebenfalls nach Massgabe ihrer Verlustbeteiligung für den Betrag aufzukommen. Wird ein Unternehmer aufgrund der solidarischen Haftung vom Besteller in Anspruch genommen und erfüllt er die Forderung, steht ihm ein Regressrecht gegen die anderen Unternehmer zu.¹⁴⁸

Im vorne besprochenen Fall hätte A. aufgrund des Abschlusses des Projekts C (Parkettverlegung) die Auflösung der (projektbezogenen) einfachen Gesellschaft zwischen ihm und B. geltend machen und von B. im Rahmen der Liquidation verlangen können, dass dieser seinen Verlustanteil an die Liquidationsgesellschaft leistet.¹⁴⁹ Die Leistung des Verlustanteils von B. an sich selbst konnte A. hingegen nicht fordern. Das verwehrte ihm das Bundesgericht denn auch zu Recht.

Gedient gewesen wäre A. auch, wenn er eine Vereinbarung mit B. hätte nachweisen können, wonach er im Innenverhältnis im Rahmen der Verlustaufteilung bei der Liquidation der Gesellschaft die Schuld gegenüber der D. AG allein übernommen habe und aufgrund der Schuldübernahme von B.

¹⁴⁵ Vgl. dazu V.3.C. vorne.

¹⁴⁶ HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR 548-551 N 142.

¹⁴⁷ Vgl. auch OR 371 (Verjährung der Ansprüche des Bestellers nach zwei bzw. fünf Jahren).

¹⁴⁸ VON STEIGER, SPR VIII/1, 469.

¹⁴⁹ Vgl. dazu auch die Entscheide der Vorinstanzen (Bezirksgericht Arlesheim [150 12 673 IV] vom 17. April 2013, E. 7. und 8. sowie Kantonsgericht Basel-Landschaft [400 13 180] vom 10. Dezember 2013, C. und D. [Sachverhalt], wobei das Kantonsgericht davon ausging, dass sich die Frage der Liquidation nicht stelle [E. 7.]).

vor der Leistung an die Gläubigerin dessen Verlustanteil hätte fordern können. Die Alleinübernahme im Aussenverhältnis hingegen berechtigte ihn nicht zu einer vorzeitigen Verlustanteilsforderung.¹⁵⁰

VI. Schlussfolgerungen

Der Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zu einer als einfache Gesellschaft ausgestalteten ARGE kann sich alles andere als einfach erweisen. Insbesondere die solidarische Haftung der Unternehmer gegenüber dem Besteller kann die einzelnen Unternehmer in Schwierigkeiten bringen.¹⁵¹ Dies gilt – wie der erörterte Entscheid des Bundesgerichts gezeigt hat – speziell auch für Einzelunternehmer, die mit ihrem gesamten (privaten und geschäftlichen) Vermögen für die Forderungen des Bestellers einzustehen haben. Für die Unternehmer besteht nur ein sehr geringer Spielraum, die Solidarhaftung zu beschränken bzw. deren Folgen zu mildern. Sofern der Besteller nicht zu einer Modifizierung der Solidarhaftung Hand bietet, ist die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsgemeinschaftsvertrags für die Folgen der Haftung von entscheidender Bedeutung. Eine sorgfältige Redaktion des Gesellschaftsvertrags trägt wesentlich dazu bei, dass die Unternehmer nicht unliebsame Überraschungen erleben. Ferner kann auch der Abschluss einer Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung für die ARGE ratsam sein.¹⁵²

¹⁵⁰ Vgl. dazu III. vorne.

¹⁵¹ Neben der solidarischen Haftbarkeit kann sich aus der Tatsache, dass die Unternehmer unter sich eine einfache Gesellschaft bilden, ein weiteres Problem ergeben. Will der Besteller die Werklohnforderung der Unternehmer nicht erfüllen, müssen alle Unternehmer gemeinsam klagen. Sie bilden dabei eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR 530 N 627 und N 661). Wenn ein Unternehmer nicht bereit ist, Klage zu erheben, können sich Schwierigkeiten ergeben (vgl. SPIESS/HUSER, SHK-SIA 118, Art. 28 N 27; vgl. auch OGer Uri, Entscheid vom 31. Januar 2005 [OG V 04 30], RB 2004/05, Nr. 45).

¹⁵² Zu beachten ist dabei, dass in den meisten Betriebshaftpflichtversicherungen die Tätigkeit der Unternehmer als Gesellschafter einer ARGE von der Deckung ausgenommen ist. Erforderlich ist in solchen Fällen der Abschluss einer speziellen, (bau-)objektbezogenen Haftpflichtversicherung durch die ARGE (SPIESS/HUSER, SHK-SIA 118, Art. 26 N 9; vgl. auch STÖCKLI, 16).

Literaturverzeichnis

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR)

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH), Hrsg.: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 4. A., Basel 2012 (zit. BSK OR)

BECKER HERMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, Abteilung 1: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Bern 1941 (zit. BK)

FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit. BK)

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. Werkvertrag)

DERS., Ein Bauwerk – Mehrere Unternehmer, ZBJV 1982, 65 ff. (zit. ZBJV 1982)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014

HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, Zürich 2009 (zit. ZK)

JUNG PETER, Regressprobleme bei der Privilegierung eines Solidarschuldners, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Hrsg.: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz, Genf/Zürich/Basel 2008, 285 ff. (zit. Mélanges Tercier)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Solidarhaftung und Rückgriff unter Baubeteiligten, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2008, 21 ff.

KRATZ BRIGITTA, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, Abteilung 1: Allgemeine Bestimmungen, Teilband 8: Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015 (zit. BK)

MÜLLER HANNES, Die Arbeitsgemeinschaft – Rechtliche Struktur der ARGE des Baugewerbes, Diss. Bern, Zürich 1981 (zit. ARGE)

MÜLLER KARIN, Das Recht der Arbeitsgemeinschaft im Wandel?, BR 2004, 4 ff. (zit. BR 2004)

MÜLLER KARIN/GIESBRECHT LENA, ARGE als einfache Gesellschaft, Beschränkung der Solidarhaftung, Rückgriff unter Baubeteiligten, BR 2015, 157 f.

REBER HANS J., Haftung mehrerer für Baumängel, BR 1981, 43 ff.

SCHERRER ERWIN, Freuden und Leiden von und mit Konsortien, in: Schweizerische Baurechtstagung 2007, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2007, 87 ff.

SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938 (zit. ZK)

SPIESS HANS RUDOLF/HUSER MARIE-THERES, Norm SIA 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, hrsg. durch den Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein, SHK, Bern 2014 (zit. SHK-SIA 118)

VON STEIGER WERNER, Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Besonderer Teil: Die Personengesellschaften, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Handelsrecht, hrsg. von Werner von Steiger, Basel und Stuttgart 1976 (zit. SPR VIII/1)

STÖCKLI HUBERT, Versicherungen beim Bauen – und was die ABV sagen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2010, 1 ff.

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. A., Zürich 1974

WEISS ANDREAS W., Solidarität nach Art. 143–149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2011

WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Le recours de l'associé dans la société simple, Quelques considérations critiques sur la solidarité parfaite et la subrogation à partir de l'ATF 103 II 137, in: Festschrift für Walter A. Stoffel, mit Betonung auf die einfache Gesellschaft, Hrsg.: Marc Amstutz/Isabelle Chabloz/Michel Heinzmann/Inge Hochreutener, Bern 2014, 35 ff. (zit. FS Stoffel)