Qualifikation einer Gesellschaft als stille Gesellschaft

Bundesgerichtsurteil 4A_342/2023 vom 5. Juni 2024

Mit Bemerkungen von Markus Vischer und Dario Galli*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
1. Involvierte Personen
2. Bauphase
3. Prozessgeschichte
II. Erwägungen des Bundesgerichts
1. Streitfrage
2. Grundsätze der Vertragsauslegung
3. Begriff der einfachen Gesellschaft
4. Begriff der stillen Gesellschaft
5. Qualifikation der Gesellschaft im vorliegenden Fall
III. Bemerkungen
1. Tatbestandselemente der stillen Gesellschaft
2. Fazit des Bundesgerichts: stille Gesellschaft zwischen C. und B. im vorliegenden Fall
3. Bedeutung des Fazits des Bundesgerichts für die Frage der Haftung von B. gegenüber der A.SA
4. Schlussbemerkung

I. Sachverhalt

1 Involvierte Personen

In der Gemeinde U. sollten im Rahmen eines Immobilienprojekts auf zwei Grundstücken ein Chalet und ein Wellnesscenter gebaut werden. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der A.SA war C. Eigentümer der beiden Grundstücke. Er war auch Inhaber des Projektkontos, über das die involvierten Unternehmen bezahlt wurden. C. war zudem Alleinaktionär, einziges Verwaltungsratsmitglied und einziger Arbeitnehmer der D.SA. B. wurde später Eigentümer der beiden Grundstücke. Die A.SA führte im Chalet und Wellnesscenter Elektroinstallationen aus.[1]

C., B. und die A.SA waren sich uneinig darüber, wer mit der A.SA den Vertrag über die Elektroinstallationen geschlossen hatte und wer demzufolge Schuldner des unbezahlten, der A.SA zustehenden Restbetrags war.[2]

Es ist erstellt, dass B. den Geschäftsführer der A.SA kannte, weil diese auch anderweitig für ihn tätig war. Es ist weiter erstellt, dass C. die A.SA auswählte, wobei C. und B. anlässlich verschiedener Essen Gespräche mit der A.SA über die durchzuführenden Arbeiten führten und B. diesbezügliche Wünsche äusserte.[3]

2. Bauphase

Die Arbeiten wurden Ende Juni 2011 aufgenommen. Es ist erstellt, dass B. während der Bauarbeiten der A.SA zahlreiche Weisungen zur Ausführung der Arbeiten erteilte, welche die A.SA berücksichtigte. Ebenso ist erstellt, dass B. die Behebung von Mängeln verlangte und dass die A.SA dieser Aufforderung nachkam. B. insistierte zudem auf Anpassungen bestehender Installationen. Auch wählte B. allein die Leuchten für das Chalet aus, während er die Leuchten für das Wellnesscenter zusammen mit C. auswählte.[4]

Der Name von B. erschien auf keinem Dokument im Zusammenhang mit dem Immobilienprojekt. C. und B. äusserten sich nie gegenüber Dritten, dass es irgendeine Verbindung zwischen ihnen gebe. Die Baustellenprotokolle erwähnten lediglich C. und die D.SA. Was die verspäteten Werkpreiszahlungen anging, war es C., der um zusätzliche Zahlungsfristen bat. Nicht erstellt ist, dass C. von B. eine Vollmacht erhielt, um in dessen Namen zu handeln.[5]

Die beiden Schlussrechnungen vom 30.11.2013 der A.SA, die von einem Experten als korrekt beurteilt wurden, wurden weder an C. noch B. adressiert. C. anerkannte, dass der geschuldete Restbetrag CHF 199 000 betrug. Er präzisierte jedoch, dass die anderen von der A.SA für B. ausgeführten Arbeiten diesem separat fakturiert werden müssen. B. bezahlte sie denn auch direkt. Aufgrund der von der A.SA geleisteten Akontozahlungen belief sich der der A.SA geschuldete Restbetrag schliesslich auf CHF 219 218.[6]

Der Geschäftsführer der A.SA wurde über die Involvierung der D.SA beim Vertragsabschluss nicht informiert. Er wusste auch nicht, wer Inhaber des Projektkontos war, über das die A.SA Akontozahlungen erhielt. Die A.SA wurde auch nicht über den Abschluss der Verträge zwischen C. und B. informiert. Mit diesen Verträgen kaufte B. am 22.6.2012 das Grundstück mit dem Chalet zum Preis von CHF 1 820 000 und die Hälfte des Grundstücks mit dem Wellnesscenter zum Preis von CHF 870 000 und am 24.6.2014, lange nach Ab-

* Dr. iur. *Markus Vischer*, LL.M., und Dr. iur. *Dario Galli*, LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

1 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.a.
2 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.
3 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.a.
4 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.b.
5 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.c.
6 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.d.

schluss der Arbeiten der A.SA, die andere Hälfte des Grundstücks mit dem Wellnesscenter.[7]

Der Geschäftsführer der A.SA erklärte, er habe erst nach einer Sitzung im Februar 2014 erfahren, dass es Probleme mit der Zahlung des Restbetrags gebe. Laut dem Geschäftsführer hatte C. ihm mehrfach erklärt, dass B. zuerst ihn und er dann die A.SA bezahlen werde.[8]

3. Prozessgeschichte

Im Laufe des Verfahrens wurde der Sachverhalt ergänzt. Die erstinstanzliche Richterin und die Vorinstanz gingen von folgenden Tatsachen aus:[9]

- Die beiden Grundstücke in der Gemeinde U. wurden von C. und B. gekauft.
- Gemäss Vereinbarung zwischen C. und B. waren C. und die H.Sàrl die Partner des Immobilienprojekts im Umfang von je 50%. B. war Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der H.Sàrl.[10]
- Das Projektkonto wurde von C. eröffnet. Sämtliche Zahlungen von B. und der H.Sàrl wurden auf dieses Konto geleistet, nämlich seitens B. vom 12.11.2010 bis zum 7.1.2015 der Gesamtbetrag von CHF 3 617 585 und seitens der H.Sàrl vom 24.10.2011 bis zum 9.4.2013 der Gesamtbetrag von CHF 4 600 000. Sämtliche Unternehmer, also auch die A.SA, wurden über dieses Konto bezahlt.[11]

Die erstinstanzliche Richterin und die Vorinstanz führten weiter aus, es sei unbestritten, dass die Arbeiten der A.SA nicht Gegenstand eines schriftlichen Vertrags gewesen seien, der Vertrag mit der A.SA also mündlich geschlossen worden sei. Ebenso sei unbestritten, dass sich der der A.SA geschuldete unbezahlte Restbetrag auf CHF 219 218 zuzüglich Zinsen belaufe. Dagegen sei bestritten, wer mit der A.SA den Vertrag abgeschlossen habe. Der Geschäftsführer der A.SA habe behauptet, C. und B. hätten als einfache Gesellschaft gehandelt. C. habe behauptet, dass nicht er, sondern B. die Vertragspartei gewesen sei, während B. behauptet habe, dass die D.SA oder C. die Vertragspartei der A.SA gewesen sei.[12]

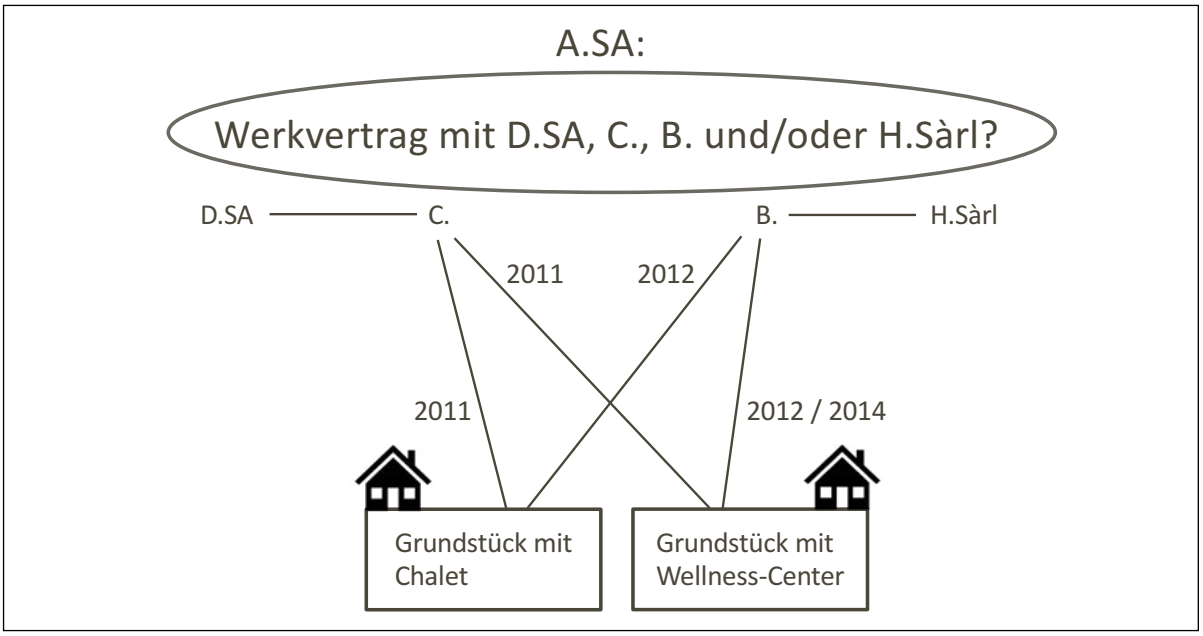
Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren reichte die A.SA am 2.3.2016 Klage gegen C., die D.SA und B. auf Zahlung des unbezahlten Restbetrags ein. Nach dem Konkurs der D.SA am 23.1.2017 verurteilte die Richterin der Bezirke Martigny und St-Maurice mit Urteil vom 21.4.2020 C. und B., der A.SA unter solidarischer Haftung den Betrag von CHF 219 218 zuzüglich Zinsen zu zahlen.[13]

Mit Urteil vom 24.5.2023 hiess das Kantonsgericht Wallis die Berufung von B. gut und wies die Anschlussberufung von C. ab, mit der Folge, dass C. allein verurteilt blieb, der A.SA den Betrag von CHF 219 218 zuzüglich Zinsen zu zahlen.[14]

Dagegen erhob die A.SA Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie stellte den Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei derart anzupassen, dass B. und C. unter solidarischer Haftung zu verpflichten seien, ihr den Betrag von CHF 219 218 zuzüglich Zinsen zu zahlen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.[15]

Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

7 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.e.
8 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.b.f.
9 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.c Ingress.
10 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.c.a.
11 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.c.b.
12 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil A.d.
13 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil B.a.
14 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil B.b.
15 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 Sachverhalt Teil C und E. 6.



II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Streitfrage

Das Bundesgericht hielt fest, es sei nur noch strittig, ob B. ebenfalls Schuldner der A.SA im Umfang des Saldos der Rechnungen im Betrag von CHF 219 218 zuzüglich Zinsen sei, mithin also, ob B. zusammen mit C. der A.SA gegenüber solidarisch aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR haften würde.[16]

2. Grundsätze der Vertragsauslegung

Ob ein Vertrag geschlossen worden sei, wer die Vertragsparteien seien und was Inhalt des Vertrags sei, richte sich nach dem Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR und Art. 19 Abs. 1 OR). Gemäss den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sei die Auslegung der Willensäusserungen der Parteien in zwei Schritten vorzunehmen.[17]

Zunächst müsse der Richter den übereinstimmenden wirklichen (subjektiven) Willen der Parteien gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ermitteln. Diese (sogenannte subjektive) Auslegung sei eine Tatfrage. Um sie vornehmen zu können, dürften und müssten alle die dem Vertragsabschluss vorangehenden, ihn begleitenden und ihm nachfolgenden Umstände berücksichtigt werden, wobei zu diesen Umständen auch das Parteiverhalten zähle.[18]

Wenn der Richter den überstimmenden wirklichen Willen der Parteien nicht feststellen könne oder wenn er feststelle, dass eine Partei die Willensäusserung der anderen Partei nicht richtig verstanden habe – was sich nicht schon aus einer Parteibehauptung, sondern aus der Beweiswürdigung ergebe –, müsse er den objektiven Willen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ermitteln. Diese (sogenannte objektive) Auslegung sei eine Rechtsfrage. Dabei dürften nur Umstände vor und während des Vertragsabschlusses, nicht aber spätere Umstände berücksichtigt werden, wobei zu diesen Umständen auch das Parteiverhalten zähle.[19]

Wenn der Richter also Umstände berücksichtige, die sich nach dem Vertragsabschluss ereigneten, handle es sich entsprechend um die Feststellung des gemeinsamen wirklichen Willens.[20]

3. Begriff der einfachen Gesellschaft

Eine einfache Gesellschaft sei ein Vertrag, durch den zwei oder mehrere Personen vereinbaren, ihre Kräfte

16 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5 Ingress.
17 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.
18 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.1.
19 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.2.
20 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.3.

und Mittel zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu vereinen (Art. 530 Abs. 1 OR). Der Abschluss des einfachen Gesellschaftsvertrags unterliege den allgemeinen Regeln über den Abschluss von Verträgen. Zwei Elemente würden ihn charakterisieren, nämlich einerseits der Beitrag, den jeder Gesellschafter zu leisten habe (Art. 531 Abs. 1 OR), und andererseits der gemeinsame Zweck *(animus societatis).* Die rechtliche Qualifikation als einfache Gesellschaft hänge nicht von der Bezeichnung ab, welche die Parteien der Vereinbarung gegeben hätten. Der einfache Gesellschaftsvertrag existiere auch dann, wenn die Parteien die korrekte Qualifikation ihrer Rechtsbeziehung nicht kennen würden. Er unterliege keiner Form und könne daher auch mittels konkludenter Handlungen geschlossen werden.[21]

Im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern, schütze Art. 543 Abs. 3 OR den geschäftsführenden Gesellschafter im Vertrauen, das ihm seine Mitgesellschafter entgegenbringen, indem sie ihn mit der Geschäftsführung beauftragen. Das Vertrauensverhältnis, das die Vermutung rechtfertige, beruhe in den – ausdrücklichen oder stillschweigenden – internen Abmachungen zwischen den Gesellschaftern über die Geschäftsführung (siehe Art. 535 OR).[22]

Im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber Dritten, mache Art. 544 Abs. 3 OR die Gesellschafter vorbehältlich anderer Abmachungen solidarisch für Verpflichtungen haftbar, die sie gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung eingegangen sind. Die in Art. 544 Abs. 3 OR vorgesehene solidarische Haftung bestehe offensichtlich dann, wenn eine einfache Gesellschaft tatsächlich nachgewiesen werde. Allerdings stelle auch der Anschein einer einfachen Gesellschaft einen Umstand dar, der es einem Drittem erlaube, aufgrund des Vertrauensprinzips eine solidarische Haftung seiner Vertragspartner anzunehmen. Denn das Vertrauensprinzip, insbesondere der von den Beteiligten erzeugte Rechtsschein, gelte auch im Bereich des Gesellschaftsrechts. Entsprechend schütze Art. 543 Abs. 3 OR das Vertrauen Dritter in die Tatsache, dass der geschäftsführende Gesellschafter auch die Befugnis habe, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu vertreten. Da nach Art. 535 Abs. 1 OR alle Gesellschafter vorbehältlich anderer Abrede zur Geschäftsführung befugt seien, reiche es aus, wenn nur einer der Gesellschafter zu erkennen gebe, dass er im Namen der Gesellschaft handle, sodass der Dritte nach Treu und Glauben daraus ableiten könne, dass dieser Gesellschafter das Recht zur Geschäftsführung und somit auch die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft habe.[23]

4. Begriff der stillen Gesellschaft

Die stille Gesellschaft sei eine besondere Form der (einfachen) Gesellschaft. Der Vertrag über die stille Gesellschaft zeichne sich dadurch aus, dass sich eine oder mehrere Personen (stille Gesellschafter) an der wirtschaftlichen und rechtlichen Aktivität einer anderen Person (des Hauptgesellschafters)[24] beteilige(n), jedoch ohne gegenüber Dritten in Erscheinung zu treten. Das Gemeinschaftselement sei im Innenverhältnis vorhanden, werde im Aussenverhältnis aber bewusst ausgeschlossen.[25]

Im Innenverhältnis hätten der stille Gesellschafter und der Hauptgesellschafter sehr wohl den *animus societatis,* also den Willen, ihre Kräfte und Mittel zu verbinden, um einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Die Rechtsbeziehung zwischen den Gesellschaftern hänge hauptsächlich vom Inhalt der zwischen ihnen geschlossenen Vereinbarung ab.[26]

Im Aussenverhältnis trete die stille Gesellschaft dagegen nicht in Erscheinung. Der Hauptgesellschafter sei alleiniger Inhaber der dinglichen Rechte

21 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.1.

22 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.1.1.

23 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.1.2.

24 Das Bundesgericht verwendet den Begriff «l'associé apparent». Dieser Begriff kann am ehesten mit der Wendung «der [nach aussen] aufscheinende Gesellschafter» übersetzt werden. Trotzdem wird für den «l'associé apparent» nachfolgend nicht der Begriff «aufscheinender Gesellschafter», sondern der übliche Begriff «Hauptgesellschafter» verwendet (siehe z.B. *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser,* Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 15 Rz. 8; *Walter Fellmann/Karin Müller,* Berner Kommentar, Bern 2006, Art. 530 OR N 326; siehe auch *Hans Joachim Habermas,* Die stille Gesellschaft im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1961, Heidelberg 1961, S. 73 f. mit dem Begriff des Komplementärs; *Conrad Wespi,* Die stille Gesellschaft im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929, Zurzach 1930, S. 22, mit dem Begriff des Inhabers), obwohl auch dieser Begriff nicht wirklich befriedigt, ist doch der Hauptgesellschafter dem stillen Gesellschafter in keiner Art und Weise übergeordnet (so z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* [Fn. 24], § 15 Rz. 32 ff.).

25 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.

26 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.1.

am Gesellschaftsvermögen, einschliesslich des Eigentums an der Einlage des stillen Gesellschafters. Gegenüber Dritten handle er in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Der stille Gesellschafter vertrete die Gesellschaft nicht, da er nicht verpflichtet werden wolle. Art. 543 Abs. 2 und 3 OR seien nicht anwendbar. Der stille Gesellschafter hafte nicht für die Schulden der Gesellschaft gegenüber Dritten, weshalb auch Art. 544 Abs. 3 OR nicht anwendbar sei.[27]

5. Qualifikation der Gesellschaft im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall müsse geprüft werden, ob aufgrund der festgestellten Tatsachen anzunehmen sei, dass die Parteien eine einfache Gesellschaft oder eine stille Gesellschaft eingegangen seien.[28]

Der A.SA sei zuzugestehen, dass sich C. und B. intern sehr wohl durch einen einfachen Gesellschaftsvertrag zur Förderung des Immobilienprojekts verbunden hätten. Das gehe aus den Tatsachen hervor, die im Sachverhaltsteil A.c. wiedergegeben seien.[29]

Die Tatsache, dass eine einfache Gesellschaft existiere, bedeute aber nicht, dass sie auch extern, gegenüber der A.SA, bestehe. Aus den von den Vorinstanzen festgestellten Tatsachen gehe vielmehr hervor, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des mündlichen Vertrags mit der A.SA C. der Alleineigentümer der beiden Grundstücke zugleich der alleinige Inhaber des Projektkontos war. Zudem werde in keinem Dokument im Zusammenhang mit dem Immobilienprojekt jemals der Name des B. erwähnt. Die Baustellenprotokolle würden lediglich den Namen des C. oder seiner Gesellschaft, der D.SA, nicht aber den Namen des B. enthalten. Es sei C. gewesen, der um Zahlungsaufschub in Bezug auf den offenen Restbetrag bat. Es sei auch C. gewesen, der dem Geschäftsführer der A.SA mehrmals sagte, er werde ihn bezahlen, wenn er selbst durch B. bezahlt worden sei. C. und B. hätten niemals gegenüber Dritten eine Verbindung zwischen ihnen erwähnt. In Anbetracht all dieser Tatsachen müsse man annehmen, dass C. und B. gegenüber der A.SA nicht zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie ihr gegenüber eine einfache Gesellschaft bilden würden. Sie hätten vielmehr eine stille Gesellschaft gebildet, wobei B. als stiller Gesellschafter und C. als Hauptgesellschafter aufgetreten seien. Die alleinige Tatsache, dass B. im Jahr 2011 an Essen teilnahm und den Geschäftsführer der A.SA kannte, reiche nicht aus, um anzunehmen, dass B. den Willen gezeigt hätte, sich gegenüber Dritten, insbesondere der A.SA, zu verpflichten. Schliesslich sei anzumerken, dass die A.SA in ihrer ursprünglichen Klage nie erwähnt habe, dass C. und B. eine einfache Gesellschaft bildeten. Folglich sei Art. 544 Abs. 3 OR nicht anwendbar und die Klage abzuweisen.[30]

III. Bemerkungen

1. Tatbestandselemente der stillen Gesellschaft

1.1 Überblick

§ 230 des deutschen Handelsgesetzbuches (HGB) lautet wie folgt: «(1) Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, hat die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht. (2) Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.» Damit enthält § 230 HGB keine Definition der stillen Gesellschaft,[31] sondern lediglich einige vom deutschen Gesetzgeber als besonders bedeutsam erachtete Merkmale der stillen Gesellschaft, aus denen deren Tatbestandselemente mittelbar erschlossen werden können.[32]

In der Schweiz fehlt eine gesetzliche Regelung der stillen Gesellschaft.[33] Deshalb ist auf deren Definition in Rechtsprechung und Lehre zurückzugreifen, wobei diese aber keineswegs einheitlich ist.[34]

27 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2.
28 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.3.
29 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.3.1.
30 BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.3.2 und 6.
31 Z.B. *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 2. Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, 2. Abschnitt, Kommanditgesellschaft, 3. Abschnitt, Stille Gesellschaft, §§ 161–237, Konzernrecht der Personengesellschaft, 4. Aufl., München 2019, § 230 HGB N 1.
32 Z.B. MünchKomm-*Schmidt* (Fn. 31), § 230 HGB N 1.
33 Z.B. *Habermas* (Fn. 24), S. 60, auch zu gesetzlichen Regelungsversuchen.
34 Schon OG ZH vom 15.4.1942, in: ZR 1946, S. 64 ff., S. 65: «Gerade bei der in Frage stehenden Rechtsform der stillen Gesellschaft, die in unserem Recht überhaupt nicht ausdrücklich geregelt ist, […] besteht eine weitgehende Unklarheit und Unsicherheit der Begriffe.»; *Wespi* (Fn. 24), S. 10.

Das Bundesgericht umschreibt im hier besprochenen Urteil die stille Gesellschaft als besondere Form einer (einfachen) Gesellschaft.[35] Der Vertrag über die stille Gesellschaft charakterisiere sich dadurch, dass sich eine oder mehrere Personen (stiller bzw. stille Gesellschafter) an der wirtschaftlichen oder rechtlichen Aktivität einer anderen Person (Hauptgesellschafter) beteiligten, jedoch ohne gegenüber Dritten in Erscheinung zu treten.[36]

1.2 Im Einzelnen: Gesellschaftsvertrag

Die stille Gesellschaft beruht gemäss der genannten bundesgerichtlichen Umschreibung[37] auf einem Vertrag, nämlich dem stillen Gesellschaftsvertrag. Ob ein stiller Gesellschaftsvertrag vorliegt, welche Personen ihn abgeschlossen haben und welchen Inhalt er aufweist, ist eine Frage der Auslegung.[38]

Das Bundesgericht legt Verträge und damit auch stille Gesellschaftsverträge in konstanter Rechtsprechung subjektiv-objektiv[39] und demnach wie folgt aus: «En premier lieu, le juge doit rechercher la réelle et commune intention des parties conformément à l'art. 18 al. 1 CO, c'est-à-dire leur volonté subjective, le cas échéant, empiriquement sur la base d'indices. […]. En second lieu, subsidiairement, si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves –, il doit rechercher leur volonté objective, selon le principe de la confiance […]. Il doit déterminer le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (art. 1 al. 1 CO en relation avec l'art. 2 al. 1 CC).»[40]

Das Bundesgericht betont jeweils, dass im Rahmen der subjektiven Auslegung nachträgliche Tatsachen, also Tatsachen, die sich nach dem Vertragsabschluss ereignet haben, berücksichtigt werden können, während dies bei der objektiven Auslegung ausgeschlossen sei.[41]

Dieser bundesgerichtlichen Auffassung zur Vertragsauslegung als subjektiv-objektive Auslegung und zur Nichtberücksichtigung von nachträglichen Tatsachen bei der (objektiven) Auslegung ist u.E. nicht zu folgen. Es geht bei Verträgen um (übereinstimmende gegenseitige) Willens*erklärungen* bzw. Willens*äusserungen* der Vertragsparteien (Art. 1 Abs. 1 OR) und damit nicht um den inneren Willen der Vertragsparteien als physiologische oder psychologische Tatsache. Relevant ist vielmehr die äussere Erscheinung des Willens, weshalb bei der Auslegung auch nur auf diese äussere Erscheinung abzustellen ist. Verträge sind demzufolge nur objektiv auszulegen.[42]

35 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2, auch 5.2.2.1.

36 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.

37 Siehe Kapitel II.4.

38 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1 Ingress; so schon z.B. BGer 4A_383/2007 vom 19.12.2007 E. 3.1.

39 Zum Begriff z.B. *Markus Vischer/Dario Galli,* Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, SZW 2024, S. 754 ff., S. 761; *Dario Galli/Markus Vischer,* In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 2024, S. 229 ff., S. 236; *Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer,* Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19, Basel 2020, § 1 Rz. 29.

40 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.1 und 5.1.2; siehe auch E. 5.1 Ingress; bestätigt z.B. durch BGer 4A_420/2024 vom 11.2.2025 E. 5.3.1; 4A_138/2024 vom 31.1.2025 E. 3.1.1; 4A_244/2024 vom 21.1.2025 E. 3.3 Ingress, 3.3.1 und 3.3.2; 4A_227/2023 vom 20.1.2025 E. 4.2.1; 4A_33/2024 vom 16.1.2025 E. 5.1.2; 4A_457/2023 vom 17.12.2024 E. 5.1; 4A_614/2023 vom 3.12.2024 E. 4.2.1.1 und 4.2.1.2; 4A_555/2023 vom 29.11.2024 E. 3.3.1 und 3.3.3.3; 4A_447/2023 vom 22.10.2024 E. 3.1; siehe bereits BGE 150 II 83 E. 7.2; 144 III 93 E. 5.2.

41 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.1, 5.1.2 und 5.1.3; bestätigt z.B. durch BGer 4A_420/2024 vom 11.2.2025 E. 5.3.1; 4A_138/2024 vom 31.1.2025 E. 3.1.1; 4A_244/2024 vom 21.1.2025 E. 3.3.1, 3.3.2 und 3.3.3; 4A_457/2023 vom 17.12.2024 E. 5.1; 4A_614/2023 vom 3.12.2024 E. 4.2.1.1 und 4.2.1.2; 4A_447/2023 vom 22.10.2024 E. 3.1.2 und 3.1.3; siehe bereits BGE 150 II 83 E. 7.2; 144 III 93 E. 5.2.2 und 5.2.3; a.M. BGE 96 II 325 E. 6d: «Ist ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht feststellbar, so ist massgebend, wie die Beteiligten die Vereinbarung im erwähnten Zeitpunkt angesichts der ihnen bekannten oder für sie erkennbaren Umstände im Lichte der Lebenserfahrung nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten *und wie gegebenenfalls ihr späteres Verhalten nach Treu und Glauben aufzufassen war.*» [Hervorhebung durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung].

42 Z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 39), S. 761; *Christoph Müller,* Vertragsauslegung und Künstliche Intelligenz, AJP 2024, S. 1306 ff.; *Galli/Vischer* (Fn. 39), S. 236; *Melinda F. Lohmann,* Wissen, Wille und Erklärungen von Maschinen, Zürich/St. Gallen 2024, Rz. 496; *Haefeli/Galli/Vischer* (Fn. 39), § 1 Rz. 29; *Corinne Zellweger-Gutknecht,* in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationen-

Bei der objektiven Auslegung der Willenserklärungen geht es grundsätzlich um eine Rechtsfrage.[43] Da (entgegen dem Bundesgericht) immer nur objektiv auszulegen ist, ist die Auslegung grundsätzlich stets eine Rechtsfrage. Wie jede Rechtsfrage ist aber auch diese Rechtsfrage aufgrund der (bewiesenen) Tatsachen im konkreten Fall zu beantworten. Die (objektive) Auslegung beinhaltet damit immer auch die Beantwortung von Tat-(und Beweis-)fragen und ist damit keine reine Rechtsfrage.[44]

Es ist nicht einzusehen, warum bei dem für die (objektive) Auslegung relevanten Tatsachenfundament nur Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, die sich bis zum Vertragsabschluss und nicht auch danach zugetragen haben. Es ist zwar richtig, dass es um eine Auslegung der Willenserklärungen primär aus der Sicht des jeweiligen Empfängers im konkreten Fall und nicht eines abstrakten Empfängers geht.[45] Ebenso ist richtig, dass die Auslegung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzunehmen ist.[46] Doch ist es durchaus möglich, dass nachträgliche Tatsachen und insbesondere nachträgliches Verhalten der Parteien ein anderes Licht auf gewisse vor dem Vertragsabschluss eingetretene Tatsachen und insbesondere das Verhalten der Parteien vor dem Vertragsabschluss werfen, was der Richter bei der Würdigung aller beim Vertragsabschluss vorliegenden Umstände im Licht des Vertrauensprinzips durchaus berücksichtigen darf, ja muss.[47] Entsprechend ist die bundesgerichtliche Aussage, wonach die Würdigung von nachträglichen Tatsachen automatisch die Vornahme einer subjektiven Auslegung darstellt,[48] nicht korrekt und ohnehin eine reine *petitio principii*.[49]

recht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 1 N 4 ff., mit Verweisung auf Einl. vor Art. 1 ff. OR N 73 und insbesondere N 78 ff. und 10; *Christoph Müller*, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 46 ff., siehe aber, dazu im Widerspruch, N 116 ff.; *Markus Vischer*, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, S. 765 ff., S. 766 f.; *Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, Jusletter vom 24.9.2018, Rz. 20; *Bruno Schmidlin*, Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis, ZSR 2015 I, S. 107 ff., S. 110 ff.; *Bernhard Stehle*, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff.; *Heinrich Honsell*, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, S. 335 ff.; siehe auch *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 158; «Die im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht ist vom Gesetz nicht dem inneren Willen des Menschen beigelegt, sondern der Äusserung des Willens, weil der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist, sondern nur aus dem äusseren Verhalten des Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit erschlossen werden kann.»; a.M. z.B. *Stephan Hartmann*, Prozessuale Aspekte der Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Vertragsauslegung, in: Bettina Hürlimann-Kaup/Alexandra Jungo/Hubert Stöckli/Susan Emmenegger/Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Recht suchen. Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, S. 129 ff.; *Ernst Kramer*, Willenstheorie versus Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation, ZSR 2022 I, S. 393 ff.

43 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.1 und E. 5.1.2; bestätigt z.B. durch BGer 4A_420/2024 vom 11.2.2025 E. 5.3.1; 4A_138/2024 vom 31.1.2025 E. 3.1.1; 4A_33/2024 vom 16.1.2025 E. 5.1.3; 4A_614/2023 vom 3.12.2024 E. 4.2.1.2; 4A_447/2023 vom 22.10.2024 E. 3.1.3; 4A_203/2024 vom 8.10.2024 E. 3.2.1; siehe bereits BGE 144 III 93 E. 5.2.3.

44 BK-*Müller* (Fn. 42), Art. 18 OR N 110 ff.; siehe auch BGE 144 III 93 E. 5.2.3: «[…] pour la [gemeint: la volonté objective] trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait.»; bestätigt z.B. durch BGer 4A_227/2023 vom 20.1.2025 E. 4.2.1; 4A_33/2024 vom 16.1.2025 E. 5.1.3; 4A_457/2023 vom 17.12.2023 E. 5.1; 4A_614/2023 vom 3.12.2024 E. 4.2.1.2; 4A_447/2023 vom 22.10.2024 E. 3.1.3.

45 Z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 216.

46 So hier besprochenes Urteil BGer 4A_342/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1 Ingress.

47 Gl.M. BGE 96 II 325 E. 6d (zitiert in Fn. 41); z.B. BK-*Müller* (Fn. 42), Art. 18 OR N 163 ff.; *Stehle* (Fn. 42), S. 260; *Nataša Hadžimanović*, Auslegung und Ergänzung von Verträgen, Diss. Zürich 2004 = ZStP Band 190, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 85; *Peter Gauch*, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 209 ff., S. 212 f.

48 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1.3; bestätigt z.B. durch BGer 4A_244/2024 vom 21.1.2025 E. 3.3.3.

49 Zu diesem Begriff, der eine Argumentation bezeichnet, bei der das Ergebnis der Argumentation auch der Ausgangspunkt der Argumentation ist, z.B. BGE 143 IV 361 E. 4.9; siehe auch BGE 150 II 83 E. 7.3 ff., wo das Bundesgericht die von der Vorinstanz vor allem unter Zuhilfenahme nachträglicher Tatsachen vorgenommene objektive Auslegung unter Würdigung dieser nachträglichen Tatsachen in Vornahme einer angeblich subjektiven, in Tat und Wahrheit

Wichtig zu betonen ist, dass die Auslegung eines Vertrags wie der Vertrag selbst nur die betroffenen Parteien und nicht Dritte, für die der Vertrag eine *res inter alios acta* ist,[50] betrifft. Es geht, wie bereits gesagt, um die Auslegung von Willenserklärungen jeweils aus der Sicht des Empfängers,[51] nicht aus der Sicht eines abstrakten oder gar konkreten Dritten.[52] Das Verhalten der betroffenen Parteien gegenüber Dritten oder sogar das Verhalten dieser Dritten selbst ist nur insoweit relevant, als es Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien erlaubt. Entsprechend geht es bei der (objektiven) Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht um Vertrauensschutz eines Dritten, sondern um den Vertrauensschutz der Vertragsparteien,[53] selbst wenn es damit letztlich *auch* um den Schutz der Verkehrssicherheit im Allgemeinen geht.[54]

Das gilt insbesondere auch in Bezug auf den stillen Gesellschaftsvertrag bzw. dessen Abgrenzung vom «normalen» (bzw. offenen) einfachen Gesellschaftsvertrag.[55] Ob also ein Dritter z.B. aufgrund eines bestimmten Auftritts der Gesellschafter ihm gegenüber der Meinung ist oder der Meinung sein darf, es liege nicht ein stiller, sondern ein «normaler» einfacher Gesellschaftsvertrag vor, ist irrelevant. Entsprechend entsteht eine «normale» einfache Gesellschaft nicht infolge des guten Glaubens eines Dritten bzw. eines Rechtsscheins gegen aussen, sondern u.E. allein aufgrund von nach dem Vertrauensprinzip ausgelegten Willenserklärungen der Vertragsparteien.[56]

Daran ändert nichts, dass die Vertragsparteien die rechtliche Qualifikation ihres Vertrags, also im vorliegenden Kontext die Qualifikation ihres Vertrags als stillen Gesellschaftsvertrag, nicht kennen müssen.[57] Sie müssen aber die konstitutiven Elemente ihrer Vertragsbeziehung kennen und wollen, also beim Eingehen eines stillen Gesellschaftsvertrags den die stille Gesellschaft prägenden Aussen(-nicht-)auftritt der stillen Gesellschaft gegenüber Dritten.[58]

Daran ändert auch nichts, dass unter Umständen über die Rechtsfigur der «externen Vollmacht» das Vertrauen eines Dritten geschützt wird und er im Ergebnis infolge Annahme der Vertretungswirkung trotz fehlender (interner) Vollmacht so gestellt wird, wie wenn nicht ein stiller, sondern ein «normaler» einfacher Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden wäre. Dies macht aber den zwischen den Parteien effektiv abgeschlossenen stillen Gesellschaftsvertrag nicht zu einem «normalen» einfachen Gesellschaftsvertrag.[59]

1.3 Im Einzelnen: Zwei unterschiedliche Gesellschaftertypen mit keinem gemeinsamen Aussenauftritt

Gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Umschreibung[60] sieht der stille Gesellschaftsvertrag zwei unterschiedliche Gesellschaftertypen[61] vor, nämlich den Hauptgesellschafter und den stillen Gesellschafter,[62] wobei sie gemäss stillem Gesellschaftsvertrag nicht gemeinsam extern auftreten, ja die stille Gesellschaft gegen aussen gemäss dem stillen Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht auftritt.[63] Man

aber in Vornahme einer ebenfalls objektiven Auslegung korrigierte.

50 Z.B. BGer 4A_488/2022 vom 12.5.2023 E. 4.2; 4A_513/2015 vom 13.4.2016 E. 3.1; beide Urteile betreffend einfache Gesellschaft.

51 Z.B. BGE 124 III 363 E. II.2a: «Gegenseite».

52 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 45), Rz. 216.

53 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 45), Rz. 216.

54 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.1 Ingress: «protection de la sécurité des transactions»; bestätigt z.B. durch BGer 4A_420/2024 vom 11.2.2025 E. 5.3.1 ; 4A_244/2024 vom 21.1.2025 E. 3.3 Ingress.

55 Zum Begriff der offenen einfachen Gesellschaft als Gegenstück zur stillen Gesellschaft z.B. *Mario M. Pedrazzini*, Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?, SJZ 1956, S. 369 ff.

56 Missverständlich deshalb z.B. BGE 124 III 363 E. II.2b *in fine*; missverständlich z.B. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 42, und *Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 325.

57 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.1; z.B. auch BGE 124 III 363 E. II.2a; 116 II 707 E. 2a.

58 Siehe Kapitel III.1.3.

59 Siehe auch *Arnold F. Rusch*, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010, S. 145, betreffend Kollektivgesellschaft: «Die Prüfung, ob tatsächlich eine Kollektivgesellschaft vorliegt, ist vom konkreten Rechtsscheintatbestand und dem Vertrauen des Vertragspartners in das Bestehen einer Kollektivgesellschaft zu trennen.»

60 Siehe Kapitel II.4.

61 *Peter Jung*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530–771 OR, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 530 OR N 34.

62 Manchmal auch «*Innengesellschafter*» genannt: z.B. KG VS vom 5.2.1986 E. 3b, in: ZWR 1986, S. 234 ff., S. 238.

63 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2 und 5.2.2.2; so schon BGer 4A_371/2023 vom 27.2.2024 E. 6.3.3; 2C_325/2015 vom 3.11.2015 E. 2.2; 4A_383/2007 vom

spricht deshalb auch von der stillen Gesellschaft als (reiner) Innengesellschaft.[64] Dieser (Nicht-)Auftritt des stillen Gesellschafters schliesst nicht aus, dass der stille Gesellschafter intern Geschäftsführungsbefugnisse hat.[65] Ebenso bedeutet dieser (Nicht-)Auftritt des stillen Gesellschafters nicht, dass die stille Gesellschaft notwendigerweise eine «Geheimgesellschaft» und Dritten unbekannt ist.[66]

Entgegen einer älteren Lehrmeinung in der Schweiz und in Deutschland gilt, wie das Bundesgericht in der erwähnten Umschreibung der stillen Gesellschaft festhält,[67] dass eine stille Gesellschaft nicht nur einen, sondern mehrere stille Gesellschafter haben kann.[68] Sie kann auch mehrere Hauptgesellschafter haben.[69] Der stille Gesellschaftsvertrag ist damit nicht notwendigerweise ein Zweiparteienvertrag.[70]

Beide Gesellschaftertypen sind gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Umschreibung[71] Personen. Es kann sich dabei um natürliche oder juristische Personen und auch sonst um alle Gebilde handeln, die einfache Gesellschafter sein können.[72]

1.4 Im Einzelnen: Beteiligung des stillen Gesellschafters an der Aktivität des Hauptgesellschafters

Anders als in Deutschland[73] kann sich gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Umschreibung[74] ein stiller Gesellschafter mittels des stillen Gesellschaftsvertrags nicht nur an einer wirtschaftlichen, sondern auch an einer nicht wirtschaftlichen Aktivität (vom Bundesgericht rechtliche Aktivität genannt)[75] einer anderen Person beteiligen.[76] Diese Aktivität kann dauernd oder nur vorübergehend sein, wobei im zweiten Fall von einer stillen Gelegenheitsgesellschaft gesprochen wird.[77]

Gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Umschreibung[78] wird entgegen § 230 Abs. 1 HGB[79] für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft nicht verlangt, dass der stille Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass der stille Gesellschafter eine Einlage leistet.[80] Unter einer Einlage (im Sinne der Marginalie von Art. 548 OR) ist ein Beitrag im Sinne von Art. 531 Abs. 1 OR zu verstehen, der bei der stillen Gesellschaft als Zuschuss in die Aktiven und in das Eigenkapital eingebucht werden kann,[81] was *per se* nicht mit der Art der Einbringung[82] zu tun hat.[83] Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Beitrag i.e.S.[84] Das Abweichen der erwähnten bundesgerichtlichen Umschreibung[85] von § 230 Abs. 1 HGB ist richtig, ist eine Einlage (bzw. ein Beitrag i.e.S.) doch auch bei der «normalen» einfachen Gesellschaft nicht begriffsnotwendig. Vielmehr können die (begriffsnotwendigen) Beiträge des stillen Gesellschafters i.w.S. wie bei der «normalen» einfachen Gesellschaft Leistungen aller Art und damit nicht nur Einlagen im definierten Sinn sein.[86] Das ergibt sich aus Art. 531 Abs. 1 OR, der von einem weiten Beitragsbegriff aus-

19.12.2007 E. 3.1; 2A.269/2005 vom 24.6.2007 E. 4.2; 2A.369/2005 vom 24.8.2007 E. 4.2.

64 Z.B *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 17 ff.

65 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 32 ff.

66 Z.B. KG VS vom 5.2.1986 (Fn. 62), S. 238; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 42.

67 Siehe Kapitel II.4.

68 Gl.M. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 327 ff., auch betreffend deutsches Recht; MünchKomm-*Schmidt* (Fn. 31), § 230 HGB N 84, betreffend deutsches Recht.

69 Z.B. *Habermas* (Fn. 24), S. 66.

70 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 327 ff.

71 Siehe Kapitel II.4.

72 Dazu z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 18 f. und 371 ff.

73 Siehe § 230 Abs. 1 HGB: «an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt»; dazu MünchKomm-*Schmidt* (Fn. 31), § 230 HGB N 3 und 19 ff.

74 Siehe Kapitel II.4.

75 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.

76 Gl.M. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 324: «Der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens durch den Hauptgesellschafter ist für die stille Gesellschaft allerdings nicht begriffswesentlich.»; *Habermas* (Fn. 24), S. 68 ff.; *Kurt Naef*, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft, ZBJV 1960, S. 257 ff., S. 305 ff. und 286 f.

77 Z.B. BGer 4A_383/2007 vom 19.12.2007 E. 3.2; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 25.

78 Siehe Kapitel II.4.

79 «[…] mit einer Vermögenseinlage beteiligt […]»; dazu z.B. MünchKomm-*Schmidt* (Fn. 31), § 230 HGB N 3 und 37.

80 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.

81 Z.B. *Lukas Handschin/Reto Vonzun*, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 531 OR N 18; BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 531 OR N 13; *Ueli Sommer*, Die stille Gesellschaft, Diss. Zürich 2000 = SSHW Band 193, Zürich 2000, S. 107 f.

82 Zu den verschiedenen Einbringungsarten, also insbesondere *quoad domimium*, *quoad sortem* und *quoad usum*, z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 12 Rz. 48.

83 ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 81), Art. 531 OR N 12.

84 Z.B. ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 81), Art. 531 OR N 11 und 18.

85 Siehe Kapitel II.4.

86 *Sommer* (Fn. 81), S. 107 f.; *Wespi* (Fn. 24), S. 47; siehe auch KG VS vom 23.3./9.4.1984, in: ZWR 1984, S. 264 ff., S. 271: «Der Beitrag des Stillen kann indessen durchaus auch in Arbeit bestehen.»

geht.[87] Im französischen Gesetzestext wird sowohl für die Beiträge i.w.S. als auch für die Beiträge i.e.S. der Begriff *«apport»* verwendet.[88]

Das Bundesgericht erwähnt die Einlage des stillen Gesellschafters im vorliegend besprochenen Urteil nur im Zusammenhang mit der Rechtszuständigkeit am Gesellschaftsvermögen,[89] wenn es ausführt, eine Einlage gehe in das Eigentum des Hauptgesellschafters über.[90]

Damit vertritt das Bundesgericht die Meinung, dass der Hauptgesellschafter der alleinige Inhaber der dinglichen Rechte am Gesellschaftsvermögen ist.[91] Hierbei ist vorab zu bemerken, dass das Gesellschaftsvermögen entgegen der verkürzten Formulierung des Bundesgerichts nicht nur aus dinglichen Rechten bestehen kann, sondern gemäss Art. 544 Abs. 1 OR auch aus anderen Rechten und Werten.[92] Das Bundesgericht scheint diese Rechtslage im Innenverhältnis der stillen Gesellschaft aus dem Aussen(-nicht-)auftritt der stillen Gesellschaft abzuleiten, was die Einbettung des Themas der alleinigen Inhaberschaft des Hauptgesellschafters an den dinglichen Rechten in die bundesgerichtlichen Ausführungen zum Aussen(-nicht-)auftritt der stillen Gesellschaft zeigt.[93]

Diese bundesgerichtliche Auffassung ist allerdings nicht korrekt. Denn der Aussen(-nicht-)auftritt der stillen Gesellschaft präjudiziert entgegen dem Bundesgericht die im stillen Gesellschaftsvertrag zu regelnde Rechtszuständigkeit am Gesellschaftsvermögen nicht. Das gilt bei der «normalen» einfachen Gesellschaft, wo der Gesellschaftsvertrag eine Gesamthandgemeinschaft,[94] eine Miteigentums- bzw. Bruchteilsgemeinschaft[95] oder eine Alleinzuständigkeit eines Gesellschafters z.B. bei einer Einbringung *quoad sortem,* vorsehen kann. Das gilt aber auch bei der stillen Gesellschaft, wo aus dem Aussen(-nicht-)auftritt der stillen Gesellschaft und damit aus einem Schein kein bestimmtes Sein im Innenverhältnis der stillen Gesellschaft, also insbesondere keine alleinige Rechtszuständigkeit des Hauptgesellschafters am Gesellschaftsvermögen, abgeleitet werden kann.[96]

Entsprechend ist entgegen dem Bundesgericht[97] und der herrschenden Lehre, die dem Bundesgericht folgt,[98] im internen Verhältnis je nach Regelung im stillen Gesellschaftsvertrag nicht nur Alleineigentum des Hauptgesellschafters, sondern auch Miteigentum und Gesamteigentum der Gesellschafter denkbar.[99] Damit kann im stillen Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass der stille Gesellschafter eine Einlage nicht nur *quoad usum* und *quoad sortem,*[100] sondern auch *quod dominium*[101] derart leistet, dass sie nicht ins Alleineigentum des Hauptgesellschafters übergeht.

1.5 Unterschied zwischen der stillen und der «normalen» einfachen Gesellschaft

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass sich die stille Gesellschaft von der «normalen»

87 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 12 Rz. 45.

88 Siehe die französischen Versionen von Art. 531 Abs. 1 OR und Art. 548 OR.

89 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «Bien sociaux».

90 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2; so schon BGer 6B_459/2007 vom 18.1.2008 E. 8.6.2; 4A_383/2007 vom 19.12.2007 E. 3.1.

91 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «seul titulaire des droit réels».

92 Korrekt BGer 6B_459/2007 vom 18.1.2008 E. 8.6.2, wo nicht von dinglichen Rechten, sondern von «Werte[n] der Gesellschaft» die Rede ist.

93 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «Dans les rapports externes, la société tacite n'apparaît pas. L'associé apparent est seul titulaire des droits réels sur les biens sociaux, y compris la propriété des apports de l'associé occulte. A l'égard des tiers, il agit en son nom et pour son propre compte; l'associé occulte ne la représente pas, puisqu'il ne veut pas être engagé; […]».

94 Siehe auch Art. 544 Abs. 1 OR mit der entsprechenden Vermutung.

95 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 12 Rz. 22.

96 Gl.M. *Sommer* (Fn. 81), S. 51; a.M. z.B. *Arthur Meier-Hayoz,* Berner Kommentar, 5. Aufl., Bern 1981, Art. 652 ZGB N 33: «[…] beurteilen sich auch hier die dinglichen Rechtsverhältnisse nach dem, was nach aussen hin in Erscheinung tritt, nicht nach den internen, für die Allgemeinheit unerkennbaren Rechtsbeziehungen».

97 Anders noch BGE 48 I 402 E. 2 (S. 410); siehe auch entsprechendes *obiter dictum* in BGE 99 II 303 E. 4b.

98 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 17 und 21 f.; BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 530 OR N 291 und Art. 544 OR N 223; *Sommer* (Fn. 81), S. 52 f. und 110; BK-*Meier-Hayoz* (Fn. 96), Art. 652 ZGB N 33 f.; *Naef* (Fn. 76), S. 284 ff.

99 Gl.M. CHK-*Jung* (Fn. 61), Art. 530 OR N 31: «Innenges[ellschaften] haben regelmässig kein Gesellschaftsvermögen, können aber durchaus auch Bruchteils- oder Gesamthandvermögen bilden (str.; […])» und 34; ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 81), Art. 530 OR N 24 und 100; auch *Sommer* (Fn. 81), S. 110, und *Habermas* (Fn. 24), S. 68, betreffend Miteigentum.

100 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 21.

101 Zu dieser Einbringungsart bei der «normalen» einfachen Gesellschaft z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 12 Rz. 48.

einfachen Gesellschaft lediglich darin unterscheidet, dass der stille Gesellschaftsvertrag zwei unterschiedliche Gesellschaftertypen vorsieht, nämlich den Hauptgesellschafter und den stillen Gesellschafter, wobei deren externer Auftritt gemäss stillem Gesellschaftsvertrag kein gemeinsamer ist, ja die stille Gesellschaft gegen aussen überhaupt nicht auftritt.[102] Weitere Unterschiede bestehen zwischen der stillen und der «normalen» einfachen Gesellschaft nicht. Insbesondere bestehen keine Unterschiede in Bezug auf die Rechtszuständigkeit am Gesellschaftsvermögen.[103]

Angefügt sei, dass der Meinungsstreit, ob eine stille Gesellschaft auch vorliegt, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht im Eigentum des Hauptgesellschafters steht, letztlich ein Streit um Begrifflichkeiten ist. Denn aus reinen Begriffen – und damit auch dem Begriff der stillen Gesellschaft – lassen sich keine Rechtsfolgen ableiten, ansonsten man in die Begriffsjurisprudenz zurückfällt.[104] In diesem Sinne mag man wie das Bundesgericht den Begriff der stillen Gesellschaft für solche (stillen) Gesellschaften reservieren, bei denen das Gesellschaftsvermögen im Alleineigentum des Hauptgesellschafters steht. Oder man fasst den Begriff der stillen Gesellschaft wie hier vertreten weiter.

2. Fazit des Bundesgerichts: Stille Gesellschaft zwischen C. und B. im vorliegenden Fall

Im vorliegend besprochenen Fall befand das Bundesgericht, dass der von C. und B. geschlossene Vertrag als stiller Gesellschaftervertrag zu qualifizieren ist, der zu einer stillen Gesellschaft zwischen C. und B. mit C. als Hauptgesellschafter und B. als stillem Gesellschafter führte.[105]

3. Bedeutung des Fazits des Bundesgerichts für die Frage der Haftung von B. gegenüber der A.SA

3.1 Implizite Verneinung einer von B. an C. erteilten (internen) Vollmacht zum Vertragsabschluss mit der A.SA auch im Namen von B.

Art. 543 Abs. 2 OR verweist betreffend Vertretung der «normalen» einfachen Gesellschaft auf die Bestimmungen über die Stellvertretung und damit auf Art. 32 ff. OR.

Die Vollmacht gemäss Art. 32 ff. OR ist die dem Vertreter (Bevollmächtigten) vom Vertretenen (Vollmachtgeber) erteilte Vertretungsmacht.[106] Sie ist das Resultat der Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber.[107] Die Bevollmächtigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[108] Entsprechend besteht sie in einer Willenserklärung, worin der Vertretene dem Vertreter erklärt, dieser sei als Bevollmächtigter befugt, ihn gegenüber Dritten zu vertreten.[109]

Ob eine Vollmacht erteilt wurde und was ihr Inhalt ist, ist eine Auslegungsfrage,[110] die sich nach denselben Regeln wie die Vertragsauslegung[111] richtet und demzufolge entgegen dem Bundesgericht nicht subjektiv-objektiv,[112] sondern allein objektiv nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen ist.

Auch bei der Auslegung von Vollmachten geht es nur um die Auslegung der Willensäusserung des *Vollmachtgebers* gegenüber dem Vertreter. Äusserungen des Vollmachtgebers gegenüber einer anderen Person oder Äusserungen einer anderen Person, insbesondere auch des Vertreters, sind in Bezug auf die Vollmacht in aller Regel ohne Bedeutung.[113] Grundsätzlich ebenfalls nicht relevant ist, ob der Vertreter oder eine

102 Siehe Kapitel III.1.3.
103 Siehe Kapitel III.1.4.
104 Z.B. *Dario Galli/Markus Vischer*, Schadensberechnung beim Unternehmenskauf, SZW 2023, S. 256 ff., S. 261.
105 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.3.
106 Z.B. *Roger Zäch/Adrian Künzler*, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 33 OR N 28.
107 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 28.
108 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 28.
109 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 45), Rz. 1343.
110 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 45), Rz. 1355.
111 Siehe dazu Kapitel III.1.2.
112 Z.B. BGer 4A_207/2023 vom 25.7.2024 E. 4.2.1; 4C.191/2003 vom 15.6.2004 E. 1.2.
113 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 31; siehe schon Kapitel III.1.2, betreffend Vertragsauslegung; siehe auch Kapitel III.3.2, betreffend «externe Vollmacht».

andere Person eine Bevollmächtigung annahm oder annehmen durfte.[114]

Um die Vollmacht gemäss Art. 32 ff. OR von der sogenannten «externen Vollmacht»[115] abzugrenzen, wird sie oft auch «interne Vollmacht» genannt.[116] Da die «externe Vollmacht» aber keine Vollmacht ist,[117] ist der Begriff der «internen Vollmacht» an sich entbehrlich.[118]

Zu diesen (internen) Vollmachten gehören auch die sogenannten internen Anscheins- und Duldungsvollmachten.[119] Bei diesen beiden Vollmachtstypen soll es sich um dem Vollmachtgeber nach dem Vertrauensprinzip normativ zuzuordnende Vollmachten handeln, bei denen ein Bevollmächtigungswille des Vollmachtgebers fehle.[120] Da aber Vollmachten (nach der hier vertretenen Ansicht) wie ausgeführt nur objektiv auszulegen sind, ist entweder der nach dem Vertrauensprinzip zu ermittelnde Bevollmächtigungswille gegeben oder nicht gegeben. Folglich sind die Begriffe der internen Anscheins- und Duldungsvollmacht entbehrlich.

Die stille Gesellschaft soll gemäss Gesellschaftsvertrag keinen Aussenauftritt, also einen Aussennichtauftritt haben.[121] Weder der Hauptgesellschafter noch der stille Gesellschafter sollen folglich gegenüber dem Dritten im Sinne von Art. 543 Abs. 2 OR «im Namen der Gesellschaft» und damit als direkter Vertreter der stillen Gesellschaft (bzw. deren Gesellschafter) im Sinne von Art. 32 ff. OR handeln. Vielmehr soll gemäss dem stillen Gesellschaftsvertrag allein der Hauptgesellschafter gegenüber dem Dritten handeln.[122] Er soll dies im Sinne von Art. 543 Abs. 1 OR als indirekter Stellvertreter des stillen Gesellschafters[123] «in eigenem Namen», aber «für Rechnung der [stillen] Gesellschaft» und damit *auch* für Rechnung des stillen Gesellschafters tun. Dies verkennt das Bundesgericht, wenn es ausführt, der Hauptgesellschafter handle bei der stillen Gesellschaft auf eigene Rechnung.[124]

Weil die stille Gesellschaft gemäss stillem Gesellschaftsvertrag keinen Aussenauftritt haben soll, finden bei ihr Art. 543 Abs. 2 OR und Art. 543 Abs. 3 OR – eine Bestimmung, die bei der «normalen» einfachen Gesellschaft eine Vermutung in Bezug auf das Vorliegen einer Vollmacht im Sinne von Art. 543 Abs. 2 OR enthält – keine Anwendung, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu Recht festhält.[125]

Das schliesst nicht aus, dass der Hauptgesellschafter dem stillen Gesellschafter abweichend vom stillen Gesellschaftsvertrag im Einzelfall eine (interne) Vollmacht im Sinne von Art. 32 ff. OR erteilt.

Indem das Bundesgericht befand, es liege eine stille Gesellschaft vor,[126] verneinte es implizit das Vorliegen einer (internen) Vollmacht von B. an C. zum Vertragsabschluss mit der A.SA auch im Namen von B.

3.2 Implizite Verneinung eines Gutglaubensschutzes der A.SA aufgrund einer von B. zu verantwortenden sogenannten «externen Vollmacht» an C. zum Vertragsabschluss mit der A.SA auch im Namen von B.

Die sogenannte «externe Vollmacht»[127] ist keine (interne) Vollmacht des Vollmachtgebers an den Vertreter.[128] Vielmehr werden mit diesem Begriff Fälle des Gutglaubensschutzes (Vertrauensschutz) des Dritten erfasst. Der Grundtatbestand dieses Gutglaubensschutzes ist in Art. 33 Abs. 3 OR geregelt:[129] Teilt der Vollmachtgeber einem Dritten eine Vollmacht mit, so beurteilt sich ihr Umfang dem Dritten gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung. Diese Kundgebung ist eine rechtsgeschäft*ähnliche* Handlung,

114 Siehe schon Kapitel III.1.2 betreffend Vertragsauslegung; siehe auch Kapitel III.3.2, betreffend «externe Vollmacht».
115 Siehe Kapitel III.3.2.
116 Z.B. BGer 4A_207/2023 vom 25.7.2023 E. 4.1; 4A_341/2021 vom 15.12.2021 E. 4.1; 4C.131/2006 vom 4.6.2006 E. 2.2; BGE 146 III 37 E. 7.1; 77 II 138 E. 2 und 3; 66 III 33.
117 Siehe Kapitel III.3.2.
118 Gl.M. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 129.
119 Dazu z.B. BGer 4A_207/2023 vom 25.7.2024 E. 4.2.1; BGE 146 III 37 E. 7.1.1; 141 III 289 E. 4.1; BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 43 und 46 ff.
120 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 39 ff. und 46 ff.
121 Siehe Kapitel III.1.3 und III.1.5.
122 Siehe Kapitel III.1.3.
123 Z.B. ZK-*Handschin/Vonzun* (Fn. 81), Art. 543 OR N 18.
124 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «[…] pour son propre compte»; nicht korrekt z.B. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 24), § 15 Rz. 17, und *Sommer* (Fn. 81), S. 52, siehe aber auch S. 199 zur Anwendbarkeit von Art. 543 Abs. 1 OR auf den Hauptgesellschafter; korrekt hingegen BGer 2C_325/2015 vom 3.11.2015 E. 2.2; *Naef* (Fn. 76), S. 279.
125 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «l'art. 543 al. 2-3 CO ne s'applique pas.»; gl.M. *Sommer* (Fn. 81), S. 201; a.M. BGer 2C_325/2015 vom 3.11.2015 E. 2.2; KG VS vom 22.4.1994 E. 1, in: SZW 1995, S. 310 (r132).
126 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2 und 5.3.
127 Z.B. BGer 4A_239/2007 vom 9.10.2007 E. 3; BGE 107 II 105 E. 6; 77 II 138 E. 2; 69 III 33.
128 Siehe dazu Kapitel III.3.1.
129 Siehe auch Art. 34 Abs. 3 OR und Art. 37 OR.

weshalb die Regeln über die Auslegung von Willensäusserungen *analog* anwendbar sind.[130]

Die Kundgabe (gegenüber dem Dritten) muss vom Vertretenen ausgehen.[131] Eine Kundgebung, die vom Vertreter oder einer anderen Person ausgeht, ist grundsätzlich keine Kundgebung im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR.[132] Es verhält sich damit bei der «externen Vollmacht» nicht anders als bei der internen (eigentlichen) Vollmacht. Auch diese ist eine Willensäusserung nur des Vollmachtgebers und als solche grundsätzlich allein relevant.[133]

Die Kundgabe (gegenüber dem Dritten) führt bei gegebenen Voraussetzungen, wozu namentlich die berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten im Sinne von Art. 3 ZGB gehört,[134] zu einem Gutglaubensschutz des Dritten. Dieser Gutglaubensschutz besteht darin, dass die Vertretungswirkung trotz Fehlen einer (internen) Vollmacht eintritt.[135] Daraus erhellt, dass die «externe Vollmacht» wie bereits gesagt keine eigentliche (interne) Vollmacht ist.[136] Der Begriff der «externen Vollmacht» ist deshalb missverständlich.[137] Die «externe Vollmacht» wird oft auch externe Anscheinsvollmacht genannt, was infolge der Verwendung des Worts *Anschein* besser ausdrückt, dass die «externe Vollmacht» keine (interne) und damit keine eigentliche Vollmacht ist. Oft fällt in diesem Zusammenhang auch der Begriff der externen Duldungsvollmacht.[138] Die externe Duldungsvollmacht[139] ist aber höchstens ein Unterfall der externen Anscheinsvollmacht.[140]

Im vorliegenden Fall führt das Bundesgericht in Rekapitulation seiner ständigen Rechtsprechung[141] aus, dass die Vermutung in Art. 543 Abs. 3 OR, wonach die Geschäftsführung die entsprechende Vertretungsmacht impliziere, nicht nur im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern, sondern auch im Aussenverhältnis gegenüber (gutgläubigen) Dritten anwendbar und unwiderlegbar ist.[142]

Diese Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, ist doch Art. 543 Abs. 3 OR nach dem Bundesgericht bei der stillen Gesellschaft nicht anwendbar.[143] Sie ist zudem bezüglich «normaler» einfacher Gesellschaft u.E. auch nicht zutreffend. Sie steht im Widerspruch zu Art. 543 Abs. 2 OR, wonach bei der «normalen» einfachen Gesellschaft im Aussenverhältnis die Regeln über die Stellvertretung, d.h. Art. 32 ff. OR, (direkt, nicht bloss analog)[144] gelten.[145] Damit kennt das Recht der «normalen» einfachen Gesellschaft keine gesetzlich normierte Vertretungsmacht wie z.B. das Recht der Kollektivgesellschaft (Art. 563 OR) oder das Recht der Aktiengesellschaft (Art. 718 f. OR).[146] Massgebend ist vielmehr wie im allgemeinen Stellvertretungsrecht[147] allein der ermächtigende Wille der Mitgesellschafter.[148] Entsprechend enthält Art. 543 Abs. 3 OR bei der «normalen» einfachen Gesellschaft entgegen dem Bundesgericht keine Vermutung der Vertretungsmacht im Aussenverhältnis,[149] sondern lediglich eine Vermutung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis, die zudem widerlegbar ist.[150] Das schliesst nicht aus, dass

130 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 126.

131 Z.B. BGE 120 II 197 E. 2b: «Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss […] vom Vertretenen ausgehen»; 99 II 39 E. 1.

132 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 131; *Reto Vonzun*, Rechtsnatur und Haftung von Personengesellschaften, Diss. Basel 2000 = BSzR Reihe A Band 53, Basel/Genf/München 2000, Rz. 725.

133 Siehe Kapitel III.3.1.

134 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 155 f.

135 Z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 157.

136 Z.B. BGer 4A_137/2022 vom 30.8.2022 E. 4.3.

137 Zum Ganzen z.B. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Art. 33 OR N 46 und 123 ff.; BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 189.

138 Z.B. BGer 4A_207/2023 vom 25.7.2024 E. 4.1; 4A_137/2022 vom 30.8.2022 E. 4.3.1; BGE 146 III 37 E. 7.1 und 7.1.2.1.

139 Z.B. BGer 4A_207/2023 vom 25.7.2024 E. 4.1; BGE 146 III 37 E. 7.1 und 7.1.2.1.

140 Siehe zu weiteren Bezeichnungen der «externen Vollmacht» BGE 120 II 197 E. 2a: «Rechtsscheinvollmacht», «Quasivollmacht» etc.

141 Z.B. BGer 4A_513/2015 vom 13.4.2016 E. 3.1; 4C.217/2006 vom 15.8.2007 E. 5.1; 4C.339/2004 vom 12.1.2005 E. 3.2 und 3.3; BGE 124 III 355 E. 4; 116 II 707 E. 1b.

142 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.1.1 und 5.2.1.2.

143 Siehe Kapitel II.4.

144 Z.B. *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 710; a.M. BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Vorbem. zu Art. 32–40 OR N 30.

145 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 50 ff.; differenzierend *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 729 ff.

146 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 168 ff.

147 Siehe Kapitel III.3.1, betreffend (interne) Vollmacht.

148 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 168 ff.

149 Und schon gar keine unwiderlegbare Vermutung, so z.B. *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 722; differenzierend CHK-*Jung* (Fn. 61), Art. 543 OR N 13.

150 Z.B. *Hans-Ueli Vogt*, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024, Art. 543 N 48 ff., insbesondere auch N 52: «Dass das Bundesgericht bei seiner Auslegung von [Art. 543] Abs 3 [OR] den Vertrauensschutz des allgemeinen Stellvertretungsrechts, der aufgrund von [Art. 543] Abs. 2 [OR] massgebend ist, zu übersehen scheint […],

Dritte sich bei der «normalen» einfachen Gesellschaft auf diese (widerlegbare) Vermutung im Innenverhältnis berufen, wenn sie Rechte aus einer (internen) Vollmacht an einen Gesellschafter ableiten möchten.[151]

Immerhin weist Art. 543 Abs. 3 OR bei der «normalen» einfachen Gesellschaft darauf hin, dass mit der (internen) Überlassung der Geschäftsführung, nicht jedoch mit der (intern unbefugten) Anmassung der Geschäftsführung,[152] üblicherweise eine entsprechende Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten verbunden ist. Deshalb kann die Überlassung der Geschäftsführung bei fehlender (interner) Vollmacht unter Umständen als «externe Vollmacht» gedeutet werden.[153] Damit erinnert Art. 543 Abs. 3 OR daran, dass das gemäss Art. 543 Abs. 2 OR bei der «normalen» einfachen Gesellschaft anwendbare Stellvertretungsrecht Fälle des Gutglaubensschutzes des Dritten kennt, die mit dem Begriff der «externen Vollmacht» erfasst werden. Eine darüber hinausgehende Bedeutung hat Art. 543 Abs. 3 OR nicht. Insbesondere ist dieser Bestimmung keine allgemeine Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter der «normalen» einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten zu entnehmen, die nach dem *Motto «le tiers est toujours protégé»*[154] zu einem allgemeinen Gutglaubensschutz des Dritten führt, wenn die Vollmacht (und Geschäftsführungsbefugnis) eines Gesellschafters in Bestand und Umfang nicht existiert, insbesondere auch dann, wenn es um eine fehlerhafte Gesellschaft oder sogar um eine Scheingesellschaft[155] geht.[156]

Auch wenn bei der stillen Gesellschaft eine «externe Vollmacht» des stillen Gesellschafters an den Hauptgesellschafter gemäss stillem Gesellschaftsvertrag nicht gewollt ist, ist eine solche doch im Einzelfall denkbar. Darauf weist das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Urteil hin, allerdings ohne jede rechtliche Verortung.[157] Einen über die Fälle einer «externen Vollmacht» hinausgehenden Schutz Dritter im Sinne einer allgemeinen Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter gibt es aber auch bei der stillen Gesellschaft nicht.[158]

Indem das Bundesgericht befand, es liege eine stille Gesellschaft mit einem damit konformen Aussen(-nicht-)auftritt von B. vor,[159] verneinte es implizit auch das Vorliegen einer von B. zu verantwortenden «externen Vollmacht» an C. zum Vertragsabschluss mit der A.SA auch im Namen von B.

3.3 Implizite Verneinung einer Mitverpflichtung von B. unter dem von C. mit der A.SA geschlossenen Vertrag

Wie ausgeführt vereinbaren die Gesellschafter bei einer stillen Gesellschaft, dass weder der Hauptgesellschafter noch der stille Gesellschafter gegenüber dem Dritten im Namen der stillen Gesellschaft auftreten.[160] Handelt ein Gesellschafter entgegen dem stillen Gesellschaftsvertrag gegenüber dem Dritten dennoch im Namen der Gesellschaft, so handelt er in Bezug auf den anderen Gesellschafter vollmachtlos. Das führt nur dann zu einer Verpflichtung des anderen Gesellschafters gegenüber dem Dritten, wenn der andere Gesellschafter das vollmachtlose Handeln im Sinne von Art. 38 OR nachträglich genehmigt[161] oder ein Fall einer «externen Vollmacht» vorliegt.

dürfte ein wesentlicher Grund für seine Auslegung von [Art. 543] Abs. 3 [OR] sein.»; BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 168 ff.; *Christine Chappuis*, Le représentant de la société simple: une hydre à deux têtes?, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme. Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 587 ff.; *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 715, 720 und 734; a.M. z.B. *François Chaix*, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Damiano Canapa (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 3. Aufl., Basel 2024, Art. 543 N 14 ff.

151 *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 729.

152 *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 732 ff.

153 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 194 f.

154 CR CO II-*Chaix* (Fn. 150), Art. 543 N 19.

155 Dazu z.B. CHK-*Jung* (Fn. 61), Art. 530 OR N 43 f.

156 Im Ergebnis a.M. die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 543 Abs. 3 OR und auch BGer 4A_488/2022 vom 12.5.2023 E. 4.2; 4A_253/2017 vom 18.6.2018 E. 4.1; 4C.24/2000 vom 28.3.2000 E. 4a; BGE 124 III 363 E. II.2b *in fine*; 81 II 520 E. 2; siehe auch *Rusch* (Fn. 59), S. 143, mit folgender Schlussfolgerung aus BGE 124 III 355: «Der direkten Anwendung von Art. 544 Abs. 3 OR steht somit auch bei tatsächlich nicht bestehender einfacher Gesellschaft nichts mehr im Wege.»; siehe auch CHK-*Jung* (Fn. 61), Art. 543 OR N 11 mit Hinweis auf BGE 116 II 707 E. 1b: «OR 543 III findet schliesslich auch auf die fehlerhafte Ges[ellschaft] […] Anwendung.» und CHK-*Jung* (Fn. 61), Art. 530 OR N 44.

157 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2: «[…] si l'associé occulte intervient ouvertement auprès du tiers en qualité d'associé, le tiers doit être protégé dans la confiance de l'apparence ainsi créée et l'associé occulte doit alors répondre solidairement d'une dette de la société […]».

158 *Naef* (Fn. 76), S. 319 f.

159 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2 und 5.3.

160 Siehe Kapitel III.1.3 und III.1.5.

161 Z.B. BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 207.

Das Handeln des vollmachtlosen Gesellschafters (im Namen der Gesellschaft) ist aber nicht nur ein (vollmachtloses) Handeln im Namen des anderen Gesellschafters, sondern auch ein Handeln in eigenem Namen, also nicht etwa ein Handeln auch in «Vertretung von sich selbst».[162] Dieses Handeln in eigenem Namen verpflichtet den Handelnden selbst.[163]

Tritt eine solchermassen vom stillen Gesellschafter eingegangene Verpflichtung neben eine vom Hauptgesellschafter bereits eingegangene gleiche Verpflichtung, so wirkt diese wie ein Schuldbeitritt.[164] Es verhält sich im Ergebnis nicht anders als bei der Kommanditgesellschaft gemäss Art. 605 OR, wenn der Kommanditär für die Gesellschaft Geschäfte abschliesst, ohne auf eine abgeleitete Ermächtigung hinzuweisen. Es handelt sich alsdann *nicht* um einen Fall einer allgemeinen Rechtsscheinhaftung des stillen Gesellschafters gegenüber dem Dritten und auch *nicht* um einen Gutglaubensschutz des Dritten aufgrund einer «externen Vollmacht» des stillen Gesellschafters.

Indem das Bundesgericht befand, es liege eine stille Gesellschaft mit einem damit konformen Aussen(-nicht-)auftritt von B. vor,[165] verneinte es implizit auch eine vertragliche Mitverpflichtung von B. unter dem von C. mit der A.SA geschlossenen Vertrag.

4. Schlussbemerkung

Das vorliegend besprochene Urteil ist im Ergebnis richtig. Die Begründung hätte aber klarer ausfallen können. Denn eigentlich ging es um die Frage, ob (1) C. eine (interne) Vollmacht von B. zum Vertragsabschluss mit der A.SA auch im Namen von B. hatte, ob (2) B. mit seinem Auftritt gegenüber der A.SA die Voraussetzungen für einen Gutglaubensschutz der A.SA aufgrund einer von ihm zu verantwortenden «externen Vollmacht» von C. zum Vertragsabschluss auch im Namen von B. schuf und ob (3) B. mit seinem Auftritt gegenüber der A.SA eine Mitverpflichtung von B. unter dem von C. mit der A.SA geschlossenen Vertrag einging. Das Bundesgericht verneinte diese Fragen implizit mit der Bejahung einer stillen Gesellschaft zwischen C. und B. Dadurch wurden die Fragen des Vorliegens einer stillen Gesellschaft und des schützenswerten Vertrauens des Dritten vermischt.[166] Dass das Bundesgericht dabei vor allem mit Ausführungen zu Art. 543 Abs. 3 OR «operiert» – eine Bestimmung, die nach seiner Auffassung bei der stillen Gesellschaft nicht anwendbar ist – erweist sich nicht als hilfreich.

Im Umkehrschluss bedeutet das, dass keine stille Gesellschaft vorliegt, wenn der «Hauptgesellschafter» über eine interne Vollmacht oder eine «externe Vollmacht» des «stillen» Gesellschafters zur Vertretung der «stillen» Gesellschaft und damit auch des «stillen» Gesellschafters gegenüber Dritten verfügt oder der «stille» Gesellschafter selbst mit interner Vollmacht oder «externer Vollmacht» des «Hauptgesellschafters» im Namen der «stillen» Gesellschaft gegenüber Dritten auftritt.

Das vorliegend besprochene Urteil ähnelt in mancherlei Hinsicht einem vor ein paar Monaten ergangenen Urteil des Bundesgerichts. Darin hielt das Bundesgericht fest, dass es nicht so sehr darauf ankommt, ob zwischen Herr D. und Frau C. ein einfacher Gesellschaftsvertrag bestand, sondern ob die beklagte Frau C. sich selbst verpflichtet hatte oder ob sie durch Herrn D. mit von ihr erteilter Vollmacht im Sinne von Art. 543 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 32 ff. OR gegenüber den klagenden Dritten A. und B. verpflichtet wurde.[167]

162 Z.B. *Vonzun* (Fn. 132), Rz. 710 f.

163 Z.B. BGE 95 II 59; KG VS (Fn. 62), S. 238; BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 106), Vorbem. zu Art. 33–40 OR N 30; BK-*Fellmann/Müller* (Fn. 24), Art. 543 OR N 207; *Sommer* (Fn. 81), S. 192; *Naef* (Fn. 76), S. 315, in (berechtigter) Kritik an BGE 81 II 520: «Wenn ich als Stiller die Verträge mitunterschreibe […] habe ich mich eben selber mitverpflichtet, und meine Berufung auf die fehlende Vertragsmacht des Komplementärs [des Hauptgesellschafters] ist gegenstandslos.»

164 S. dazu z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3640 ff.

165 BGer 4A_242/2023 vom 5.6.2024 E. 5.2.2.2 und 5.3.

166 Siehe *Rusch* (Fn. 59), S. 145.

167 BGer 4A_77/2024 vom 3.12.2024.