

Verrechnungsprobleme beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten aus mehreren Arbeitsgemeinschaften

Zur Verrechenbarkeit von Gesamthand- und Solidarforderung



Dr. iur. STEPHAN HERREN,
Rechtsanwalt, LL.M., Bern

Inhaltsübersicht:

- I. Ausgangslage
- II. Rechtsgrundlagen
 1. Die Arbeitsgemeinschaft als einfache Gesellschaft
 2. Die Arbeitsgemeinschaft als Gesamthandgemeinschaft
 - 2.1. Die Gesamthandgemeinschaft
 - 2.2. Durchbrechung des Gesamthandprinzips bei der einfachen Gesellschaft
 3. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Arbeitsgemeinschaft
 - 3.1. Das Ausscheiden eines Gesellschafters als Auflösungsgrund
 - 3.2. Der Abfindungsanspruch und die Ausgleichspflicht
 - 3.2.1. Gewinn- und Verlustbeteiligung
 - 3.2.2. Zeitpunkt der Berechnung
- III. Verrechnungsprobleme beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften
 1. Kriterium der Gegenseitigkeit
 2. Besondere Problematik bei Personengesellschaften
 3. Verrechnung beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften mit identischen Konsortianten
 - 3.1. Problematik von Gesamthand- und Solidarforderung
 - 3.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
 - 3.3. Einschränkende Interpretation von Art. 573 OR
 - 3.4. Prozessual orientierte Argumentation
 - 3.5. Ergebnis
 4. Verrechnung beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften mit nicht identischen Konsortianten
- IV. Der Einfluss des Zwangsvollstreckungsverfahrens
 1. Forderungsabtretung vor Eröffnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens
 2. Verrechnungsverbot nach SchKG
 3. Geltendmachung des Verrechnungsanspruchs im Konkurs eines Gesellschafters
- V. Schlussbetrachtung

I. Ausgangslage

Grössere Bauprojekte werden in aller Regel von mehreren zusammengeschlossenen Unternehmen erstellt. Der Zusammenschluss – beispielsweise für den Bau einer Brücke im Nationalstrassenbau¹ – erfolgt in sog. Arbeitsgemeinschaften, kurz "ARGE" genannt.² Vielfach sind die Bauunternehmen gleichzeitig in mehreren Gemeinschaftsprojekten

tätig und damit in verschiedenen Arbeitsgemeinschaften engagiert.³

Die rezessive Wirtschaftslage im Baugewerbe hat dazu geführt, dass verschiedentlich Konsortialpartner infolge Konkurses oder eines Nachlassverfahrens aus solchen Arbeitsgemeinschaften ausscheiden.⁴ In aller Regel sind die verbleibenden Gesellschafter geneigt, die Abfindungsforderung des ausscheidenden Konsortianten aus der einen Arbeitsgemeinschaft mit entstandenen Verlusten aus einer anderen Arbeitsgemeinschaft zu verrechnen. Wie zu zeigen sein wird, ist die Verrechnung insbesondere deshalb problematisch, weil sich eine Gesamthand- und Solidarforderung zur Verrechnung gegenüberstehen.

Falls keine Verrechnungsmöglichkeit besteht, hat dies für die fortführenden Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaften einschneidende Konsequenzen. Die fortführenden Gesellschafter müssen die Gewinnbeteiligung des ausscheidenden Gemeinschuldners aus der einen Arbeitsgemeinschaft in voller Höhe dem Massevermögen ausliefern. Die Gegenforderung der fortführenden Gesellschafter auf anteilige Ausgleichung eines entstandenen Verlustes aus einer anderen Arbeitsgemeinschaft wird jedoch bloss mit der Konkurs- oder Nachlassdividende abgefunden.

Im folgenden wird die Verrechnungsmöglichkeit beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten aus mehreren Arbeitsgemeinschaften für zwei Fallkonstellationen untersucht: die Verrechnungsmöglichkeit beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften mit identischen Konsortialpartnern (Ziff. III.3.) und die Verrechnungsmöglichkeit aus Arbeitsgemeinschaften mit nicht identischen Konsortialpartnern (Ziffer III.4.). Die Auswirkungen der Eröffnung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens über einen Konsortialpartner auf die Möglichkeit der Verrechnung werden unter Ziffer IV. näher beleuchtet.

Nachstehend wird zunächst auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen der Arbeitsgemeinschaften im schweizerischen Recht eingegangen (Ziffer II).

II. Rechtsgrundlagen

1. Die Arbeitsgemeinschaft als einfache Gesellschaft

Eine Arbeitsgemeinschaft liegt immer dann vor, wenn zwei oder mehrere Bauunternehmer sich durch den Abschluss

1 Pra 76 (1987) 175 ff.

2 HANNES MÜLLER, Die Arbeitsgemeinschaft – Rechtliche Struktur der ARGE des Baugewerbes, Diss. Bern 1981, 1; ANTON EGLI, Probleme von und mit Baukonsortien, in: Tagungsunterlagen zur Baurechtstagung 1989 der Universität Freiburg, 30.

3 EGLI (FN 2), 31.

4 Vgl. z.B. verschiedene Gesellschaften der Ambrosetti-Gruppe in Genf, SHAB Nr. 60 vom 27.3.1998, 2142 und Bauunter-

eines Gesellschaftsvertrages zur Verwirklichung eines gemeinschaftlichen Bauprojektes zusammenschliessen.⁵

Die Zusammenschlüsse einzelner Konsortianten zu Arbeitsgemeinschaften können mannigfaltig begründet sein: Einzelne ARGE-Zusammenschlüsse erfolgen, weil das zu realisierende Bauprojekt die Kapazität einer einzelnen Bauunternehmung übersteigt⁶ oder aber spezifisches Know-how (Erfordernis von Spezialarbeiten) verlangt, über welches der einzelne Konsortiant nicht verfügt.⁷ Ferner kann die Hoffnung auf Verbesserung der Submissionenchancen einzelne Bauunternehmer dazu bewegen, sich mit anderen – insbesondere mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten – Unternehmern zusammenzuschliessen.⁸

Der Zusammenschluss zur Arbeitsgemeinschaft erfolgt nicht dauerhaft; die Dauer richtet sich nach der Bauzeit des gemeinsamen Bauprojektes.⁹ Es ist allgemein anerkannt, dass diese Arbeitsgemeinschaften einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 ff. OR sind.¹⁰

In der Praxis verwenden diese Arbeitsgemeinschaften in aller Regel die von ihren Fachverbänden herausgegebenen vorformulierten Vertragsbedingungen. In der Schweiz handelt es sich um den "Arbeitsgemeinschaftsvertrag für Bauunternehmungen"¹¹, erarbeitet vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) in Zusammenarbeit mit der Gruppe der Schweizerischen Bauindustrie (SBI).¹²

Zur Frage der Verrechnung finden sich im SBV-Formularvertrag keine Hinweise. Die vorstehend skizzierten Fallkonstellationen der Verrechnung beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Gesellschafters aus einer Arbeitsgemeinschaft mit Verlust und einer Arbeitsgemeinschaft mit Gewinn sind deshalb nach den allgemeinen Verrechnungsregeln des Obligationenrechts zu untersuchen. Zum besseren Verständnis der Verrechnungsfrage werden vorgängig die massgebenden Prinzipien der Gesamthandgemeinschaft und die Regelung des Ausscheidens bei der einfachen Gesellschaft erläutert.

2. Die Arbeitsgemeinschaft als Gesamthandgemeinschaft

2.1. Die Gesamthandgemeinschaft

Die Arbeitsgemeinschaft bildet als einfache Gesellschaft eine Gesamthandgemeinschaft.¹³ Die Gesamthandgemeinschaft hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit nicht selber Trägerin von Rechten und Pflichten. Eine Gesamthandgemeinschaft zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere natürliche oder juristische Personen Träger ein und desselben Rechts sind (Berechtigung als Gemeinschaft zur gesamten Hand).¹⁴

Im Gesetz äussert sich der Gesamthandcharakter der einfachen Gesellschaft insbesondere darin, dass Gesellschaftsbeschlüsse nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden können (Art. 534 OR).¹⁵ Ferner hält das Gesetz ausdrücklich die gesamthänderische Berechtigung der Beteiligten an Rechten und Forderungen fest (Art. 544 Abs. 1 OR).¹⁶

"Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages."

Den einzelnen Beteiligten der einfachen Gesellschaft stehen somit hinsichtlich den *Aktiven* der Gemeinschaft keine individuellen, sondern nur gesamthandschaftliche Rechtsansprüche zu.

Verfahrensrechtlich betreffen Prozess- und Betreibungs-handlungen stets die einzelnen Mitglieder und nicht die Gemeinschaft.¹⁷ Die fehlende Rechtspersönlichkeit der einfachen Gesellschaft hat zur Folge, dass sie nicht partei- und betreibungsfähig ist.¹⁸ Die einfachen Gesellschafter

nehmung Y AG in BGE 123 III 176 ff. (allerdings betreffend die Frage der Verletzung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bei Massenentlassung).

5 MÜLLER (FN 2), 31; EGLI (FN 2), 30.

6 HERMANN SCHULIN, Das Baukonsortium, in: Das private Baurecht der Schweiz – Beiträge für die Praxis, Zürich 1994, 176.

7 MÜLLER (FN 2), 10.

8 SCHULIN (FN 6), 175; MÜLLER (FN 2), 10 f.

9 SCHULIN (FN 6), 175; OR-HANDSCHIN, Art. 530 N 14, Basel 1994.

10 So auch Art. 28 Abs. 2 SIA-Norm 118: "Die Arbeitsgemeinschaft ist eine einfache Gesellschaft im Sinne der Art. 530 ff. OR". Die Arbeitsgemeinschaften bilden *eine* Erscheinungsform möglicher Baukonsortien. In der Literatur weiter unterschieden werden Planerkonsortien (mehrere Planer projektieren gemeinsam ein Bauprojekt und/oder leiten dessen Ausführung) und Bauherrenkonsortien (mehrere Bauherren planen gemeinsam die Überbauung eines Grundstücks und erstellen die Bauten), vgl. EGLI (FN 2), 30.

11 Nachstehend "SBV-Formularvertrag".

12 Die neueste 5. Auflage des Formularvertrages datiert aus dem Jahre 1996, wobei die Handhabung durch den "Behelf zum Arbeitsgemeinschaftsvertrag für Bauunternehmungen" (nachstehend "SBV-Behelf") aus dem Jahr 1993 erleichtert wird. Vgl. ferner: EGLI (FN 2), 35.

13 WALTER FELLMANN, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, in: ZBJV 133 (1997) 287 f.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 8. A., Bern 1998, § 2 N 67; H. BECKER, in: Berner Kommentar zu Art. 530 OR, Bern 1934, N 17 ff.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 502.

14 RAYMOND L. BISANG, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1978, 1, 45; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 13), § 2 N 63; BGE 119 Ia 345.

15 BISANG (FN 14), 16.

16 FELLMANN (13), 287. Die Vorschrift von Art. 544 Abs. 1 OR ist allerdings dispositiver Natur: An Stelle der Verfügungsberechtigung zur gesamten Hand können die Gesellschafter auch die Bruchteilsgemeinschaft (Miteigentum) vereinbaren, vgl. THEO GUHL/HANS MERZ/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 589.

17 BISANG (FN 14), 45.

18 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 13), § 2 N 59; FELLMANN (13), 288. OTTO V. GIERKE geht jedoch davon aus, dass die verbundene Personengemeinschaft kraft der gesamten Hand

müssen ihre Rechte als notwendige Streitgenossenschaft gemeinsam einklagen, da sie nur gemeinsam über die Aktiven der Gemeinschaft verfügen können.¹⁹

2.2. Durchbrechung des Gesamthandprinzips bei der einfachen Gesellschaft

Beim Gesamthandprinzip handelt es sich um ein "überaus dehnbare Rechtsprinzip", welches je nach dem Willen der verbundenen Gesamthänder starrer oder lockerer ausgestaltet werden kann.²⁰ Bereits der Gesetzgeber hat das Gesamthandprinzip bei der einfachen Gesellschaft in verschiedener Weise durchbrochen und die Gesellschaftsordnung weitgehend dispositiv ausgestaltet.²¹ Die Gesellschafter können die gesamthandtschaftliche Ordnung durch vertragliche Änderungen praktisch ausschliessen, indem beispielsweise das Prinzip des Mehrheitsbeschlusses eingeführt oder Miteigentum²² und damit die Bruchteilsgemeinschaft²³ vereinbart wird.

Bezüglich den eingegangenen Verpflichtungen – den *Passiven* – gilt bei allen Gesamthandverhältnissen und damit auch bei der einfachen Gesellschaft das Prinzip der *Solidarität*.²⁴ Entsprechend sieht Art. 544 Abs. 3 OR für Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor, dass jeder Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger für die volle Schuld haftet:

"Haben die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so haften sie ihm solidarisch unter Vorbehalt anderer Vereinbarung."

Damit wird das für die Aktiven gültige Gesamthandprinzip bei den Passiven der Gesellschaft zu Gunsten der solidarischen Belangbarkeit preisgegeben.²⁵ *Prozessual* können aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Solidarhaft obligatorische Forderungen gegen jeden einzelnen Gesamthänder in voller Höhe eingeklagt werden. Bei Passivprozessen besteht daher nicht eine notwendige Streitgenossenschaft.²⁶

3. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Arbeitsgemeinschaft

3.1. Das Ausscheiden eines Gesellschafters als Auflösungsgrund

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der einfachen Gesellschaft bildet einen gesetzlichen Auflösungsgrund und führt zur Liquidation (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Aufgelöst wird die Gesellschaft auch durch Konkurs oder durch einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung eines Gesellschafters.²⁷

Vertraglich können die Gesellschafter allerdings vorsehen, dass die Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Beteiligten fortgeführt wird (Fortsetzungsklausel)²⁸; diesfalls tritt die Gesellschaft nicht in das Liquidationsstadium. Diese Regelung findet sich ausdrücklich in Ziff. 30.1 SBV-Formularvertrag. Der SBV-Formularvertrag geht von der Fortführung der Arbeitsgemeinschaft durch die übrigen Gesellschafter aus und führt verschiedene Gründe für das

Ausscheiden eines Gesellschafters auf. So scheidet ein Gesellschafter beispielsweise aus, wenn er ein Nachlassstundungsgesuch einreicht, der Konkurs über ihn eröffnet oder Vermögen von ihm gepfändet wird.²⁹ Die Weiterführung der Arbeitsgemeinschaft ist diesfalls nur möglich, wenn der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters mit den Zwangsvollstreckungsorganen einvernehmlich festgelegt und ausbezahlt werden kann.³⁰

3.2. Der Abfindungsanspruch und die Ausgleichspflicht

3.2.1. Gewinn- und Verlustbeteiligung

Der ausscheidende Gesellschafter hat gegenüber den fortsetzenden Gesellschaftern einer gewinnbringenden Arbeitsgemeinschaft einen obligatorischen Abfindungsanspruch.³¹

als solche rechtsfähig ist, vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Band I, München und Leipzig 1936, 682. Vgl. auch BUCHER (FN 13), 501 N 80, der die Gesamthand als Vorstufe der juristischen Person bezeichnet.

- 19 Anders die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nach Art. 562 und Art. 602 OR, welche in eigenem Namen Prozesse führen und eingeklagt werden können.
- 20 GIERKE (18), 669; PIO CARONI, Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung im schweizerischen Recht, in: ZBJV 103 (1967) 313.
- 21 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 13), § 12 N 109. Nicht abänderbar ist allerdings die Tatsache, dass die einfache Gesellschaft selber nicht rechtsfähig ist.
- 22 FELLMANN (FN 13), 290.
- 23 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 13), § 12 N 17.
- 24 BGE 116 III 708 f. Für die Erbengemeinschaft vgl. Art. 602 ZGB.
- 25 PETER FORSTMOSER/DIANE FREYMOND, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, in: SJZ 93 (1997), 439. Zu den Belangbarkeitsvoraussetzungen bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft vgl. Art. 568 OR und Art. 604 OR.
- 26 Soweit obligatorische Forderungen und nicht dingliche Rechte Streitgegenstand bilden, vgl. OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1995, 139 N 52.
- 27 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR; BGE 107 III 27 f.
- 28 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 13), § 12 N 87. Die Fortsetzungsklausel setzt dabei keine besondere Form voraus, sondern kann auch konkludent vereinbart werden vgl. BGE 116 II 53.
- 29 Art. 30.1.2 SBV-Formularvertrag.
- 30 EGLI (FN 2), 54 mit Verweis auf BGE 78 III 170. Im Konkurs sind Einigungsverhandlungen fakultativ, vgl. Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr. 17 vom 1. Februar 1926 (gemeinschaftliches Eigentum im Konkurs), in: HANS ULRICH WALDER, SchKG Textausgabe, 14. A. Zürich 1997, 481.
- 31 FORSTMOSER/FREYMOND (FN 25), 439. HANS BOLLMANN, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich, 85; WERNER VON STEIGER, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/1, Besonderer Teil, Die Personengesellschaften, Basel und Stuttgart 1976, 419 f. Die Festlegung der Abfindungsschuld gilt als aussergesellschaftlicher Vorgang, so jedenfalls das Obergericht Luzern, zit. in: PIERRE TERCIER/WALTER A. STOFFEL, Zusammenfassung der Rechtsprechung, SZW 69 (1997) 246.

Der Anspruch richtet sich (solidarisch) gegen jeden einzelnen Gesellschafter.³²

Arbeitsgemeinschaften schliessen jedoch nicht zwingend mit Gewinn ab. Erleidet das Konsortium in einem Bauprojekt einen Verlust, partizipiert der ausscheidende Gesellschafter entsprechend seiner Verlustbeteiligungsquote gemäss Gesellschaftsvertrag.³³ Der SBV-Formularvertrag trägt diesem Umstand Rechnung und regelt in Ziffer 30.5 sowohl den Abfindungsanspruch (Gewinnbeteiligung) wie auch die allfällige Ausgleichspflicht (Verlusttragung) des ausscheidenden Gesellschafters.

3.2.2. Zeitpunkt der Berechnung

Der Eintritt des Ausscheidungsgrundes bewirkt nach wohl herrschender Lehre und Praxis das sofortige Erlöschen der Mitgliedschaft des ausscheidenden Gesellschafters.³⁴ Die Forderung des ausscheidenden Gesellschafters auf Abfindung wird fällig auf den Zeitpunkt seines Ausscheidens, d.h. auf den Zeitpunkt, zu welchem sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den fortsetzenden Gesellschaftern anwächst.³⁵ Die gleichen Überlegungen gelten auch für den Fall, dass die Gesellschaft mit Verlust abschliesst und den ausscheidenden Gesellschafter eine Ausgleichspflicht trifft.

Der SBV-Formularvertrag knüpft die Fälligkeit von Gewinn- und Verlustanteil an dessen Festsetzung³⁶. Als Stichtag für die Berechnung des Abfindungsanspruchs ist "das nächste Monatsende nach Eintritt des Ausscheidungsgrundes".³⁷

III. Verrechnungsprobleme beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften

1. Kriterium der Gegenseitigkeit

Dank Verrechnung gelingt es dem verrechnenden Schuldner, eine fremde Forderung mit einer eigenen Forderung zu tilgen.³⁸ Unter anderem setzt die Möglichkeit der Verrechnung nach Art. 120 OR voraus, dass zwei Forderungen unter denselben Parteien bestehen, wobei jede Partei Gläubiger und Schuldner der anderen sein muss (Erfordernis der Gegenseitigkeit).³⁹

2. Besondere Problematik bei Personengesellschaften

Das Kriterium der Gegenseitigkeit stellt das charakteristische und namentlich bei Personengesellschaften zugleich das am meisten problembehaftete Kriterium dar.⁴⁰ Der Gesetzgeber hat bei der Kollektivgesellschaft spezielle Verrechnungsregeln aufgestellt, die auch bei anderen Gesamthandverhältnissen, namentlich bei der einfachen Gesellschaft, analog Geltung haben können:⁴¹

– der Gesellschafter kann eine Forderung, die ihm gegen einen anderen Gesellschafter zusteht, nicht mit einer Schuld gegenüber der Gesellschaft (Gesamthandforderung) verrechnen;

– ein Gesellschafter kann umgekehrt auch nicht eine persönliche Schuld gegenüber seinem Gläubiger mit einer gesamthänderischen Forderung der Gesellschaft kompensieren.

Ein Gesellschafter, welcher der Gesamthandschaft etwas schuldet, kann somit diese Schuld nicht mit einer eigenen Forderung gegen einen einzelnen Gesellschafter verrechnen. Dem einzelnen Gesellschafter fehlt die Verfügungsbefugnis über die Gesamthandforderung.⁴²

Die Frage der Verfügungsbefugnis über die Gesamthandforderung stellt sich auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters, wenn er einen Abfindungsanspruch und eine Ausgleichspflicht aus zwei (oder mehreren) Arbeitsgemeinschaften verrechnen will. Im folgenden wird die Verrechnungsbefugnis für die beiden Fallkategorien "Arbeitsgemeinschaften mit identischen Konsortianten" und "Arbeitsgemeinschaften mit nichtidentischen Konsortianten" geprüft.

32 VON STEIGER (FN 31), 419; BOLLMANN (FN 31), 86. Die Abfindung erscheint nach dem Ausscheiden als gemeinschaftliche Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten; entsprechend gilt die Solidarität nach Art. 544 Abs. 3 OR (anders BGE 103 II 137 für den Fall der internen Haftung der Gesellschafter bei Befriedigung eines Dritten).

33 Art. 533 OR.

34 VON STEIGER (FN 31), 417. Obergericht Luzern, zit. In: TERCIER/STOFFEL (FN 31), 246.

35 BOLLMANN (FN 31), 85.

36 Zur Gewinnberechnung, vgl. BGE 105 II 204 ff.

37 SBV-Formularvertrag Ziff. 30.5. Der ausscheidende Gesellschafter bleibt dabei an sog. "schwebenden Geschäften", d.h. Geschäften, die im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits abgeschlossen, aber noch nicht vollzogen sind, beteiligt (vgl. VON STEIGER [FN 31], 419); dies entsprechend der Regelung von § 740 BGB, welche allerdings durch den in der Bauwirtschaft üblichen ARGE-Mustervertrag erheblich abgewandelt wird, vgl. PALANDT, BGB Kommentar, Band 7, München 1996, § 705 N 45 ff. und § 740.

38 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 6. A., Zürich 1995, N 3325.

39 THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 275.

40 VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1991, zu Art. 120 N 23; GAUCH/SCHLUEP (FN 38), N 3334. Als weitere Voraussetzungen der Verrechnung gelten: Gleichartigkeit, Fälligkeit, Klagbarkeit, kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag oder Gesetz.

41 Art. 573 OR. WILHELM HARTMANN, in: Berner Kommentar zu Art. 573, Bern 1943, N 1; BGE 82 II 55. Eine "schematische" analoge Anwendung von Art. 573 OR ist allerdings abzulehnen, da bei der einfachen Gesellschaft nicht zwischen Privat- und Gesellschaftsvermögen unterschieden wird und Unterschiede bei der Vermögensträgerschaft bestehen, vgl. zutreffend OR-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 23, Basel 1994. Nicht analog auf die einfache Gesellschaft anwendbar sein dürfte Art. 573 Abs. 3 OR, da die spezifischen Belangbarkeitsvoraussetzungen der Kollektivgesellschaft Gegenstand der Bestimmung bilden.

42 OR-PETER, 2. A., Art. 120 N 5, Basel 1996.

3. Verrechnung beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften mit identischen Konsortianten

Ausgangslage:

Arbeitsgemeinschaft ARGE 1 und Arbeitsgemeinschaft ARGE 2 bestehen aus den identischen Konsortianten A, B, C und X. ARGE 1 schliesst mit Gewinn ab, ARGE 2 erzielt einen Verlust. X scheidet wegen Zahlungsunfähigkeit aus ARGE 1 und ARGE 2 aus.

ARGE 1

(Abschluss mit Gewinn):

Konsortianten A, B, C, X

X scheidet aus

(Abfindungsanspruch)

Kann der ausscheidende Gesellschafter X seinen Abfindungsanspruch (ARGE 1) mit dem Verlust (Ausgleichspflicht aus ARGE 2) verrechnen?

ARGE 2

(Abschluss mit Verlust):

Konsortianten A, B, C, X

X scheidet aus

(Ausgleichspflicht)

3.1. Problematik von Gesamthand- und Solidarforderung

Angesichts der bestehenden Identität von ARGE 1 und ARGE 2 ist man geneigt, die Frage der Verrechenbarkeit der Abfindungsforderung des ausscheidenden Konsortianten gegenüber ARGE 1 mit der Ausgleichspflicht gegenüber ARGE 2 zu bejahen.

Ein Verrechnungsproblem ergibt sich insofern, als im einen Fall eine *Solidarforderung*⁴³ des Ausscheidenden (ARGE 1: Anspruch auf Herausgabe des Abfindungsanspruchs) und im andern Fall eine *Gesamthandforderung*⁴⁴ (ARGE 2: Anspruch der verbleibenden Gesellschafter auf Verlustbeteiligung; Ausgleichspflicht) zur Diskussion steht.

Der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters aus ARGE 1 stellt eine Solidarforderung dar, welche der ausscheidende Konsortiant resp. das Zwangsvollstreckungsorgan⁴⁵ gegen jeden der verbleibenden Gesellschafter in vollem Umfange geltend machen kann. Umgekehrt entspricht die Verlustforderung der verbleibenden Gesellschafter aus ARGE 2 gegen den ausscheidenden Gesellschafter einer Gesamthandforderung.

Streng formell betrachtet kann der verbleibende Konsortiant, welcher vom ausgeschiedenen Gesellschafter solidarisch auf Herausgabe des Gewinnanteils aus ARGE 1 eingeklagt wird, angesichts des Gesamthandcharakters der Verrechnungsforderung aus ARGE 2 die Verrechnungserklärung nicht erheben: Der eingeklagte Konsortiant ist nicht befugt, über die Verlustforderung ohne Mitwirkung der übrigen, gesamthänderisch verpflichteten Gesellschafter zu verfügen. Damit fehlt es am Verrechnungserfordernis der Gegenseitigkeit.

Der Ausschluss der Verrechenbarkeit stünde auch im Einklang mit Art. 573 OR, welcher dem Gesellschafter die eigenmächtige Verrechnung mit gesamthänderischen Gesellschaftsforderungen unterbindet.⁴⁶ Das Ergebnis würde allerdings klar der Interessenlage der fortführenden Gesellschafter widersprechen. Kann die Einrede vom belangten Konsortianten nicht erhoben werden, müssen die fortführenden Gesellschafter aufgrund der Solidarhaftung voll für den geltend gemachten Gewinnanteil des Gemeinschuldners aus ARGE 1 aufkommen. Für ihre Gegenforderung

aus ARGE 2 werden die fortführenden Gesellschafter in aller Regel lediglich mit einer stark reduzierten Konkurs- oder Nachlassdividende abgefunden werden. Die von den fortführenden Gesellschaftern erlittenen finanziellen Nachteile sind deshalb störend, weil der ausscheidende Gesellschafter aus zwei identischen Arbeitsgemeinschaften ausscheidet und die Verrechnung im Interesse von allen fortführenden Gesellschaftern liegt.

3.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die Problematik der Verrechenbarkeit zwischen Gesamthand- und Solidarforderung hat das Bundesgericht soweit ersichtlich bislang im gesellschaftsrechtlichen Kontext noch nicht zu entscheiden gehabt. Das Bundesgericht hat jedoch in einem erbrechtlichen Fall mit analoger Interessenkonstellation ergebnisorientiert auf eine allzu formalistische Trennung zwischen Solidar- und Gesamthandforderung verzichtet.

Konkret konnte ein Erbe, der für eine (solidarische) Erbschaftsschuld persönlich belangt wurde, mit einer (gesamthänderischen) Erbschaftsforderung verrechnen.⁴⁷ Das Bundesgericht hat die Verrechnung zugelassen unter Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 OR, welcher wie folgt lautet:

"Jeder Solidarschuldner wird den andern gegenüber verantwortlich, wenn er diejenigen Einreden nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen."

Zur Frage, ob ein Solidarschuldner seine Schuld mit einer Forderung zur gesamten Hand verrechnen darf, äusserte sich das Bundesgericht wie folgt:

"Certes, le droit de disposer de cette créance n'appartient en principe qu'aux héritiers conjointement. Mais l'art. 145 CO fait exception à cette règle; et cette exception est justifiée par le fait même que l'art. 603, dérogeant au principe de la dette en main commune, a institué chaque héritier débiteur solidaire de toutes les dettes du défunt. A cette dérogation, du coté passif de la succession, devait correspondre une dérogation du coté actif; autrement les héritiers recherchés isolément par le créancier se trouveraient privés d'un de leurs meilleurs moyens de défense."

Die bundesgerichtliche Argumentation ist zutreffend. Es wäre in der Tat stossend, wenn der an der Erbgemeinschaft beteiligte Erbe solidarisch für eine Erbschaftsverpflichtung einstehen müsste, jedoch dem beanspruchenden

43 Vgl. FN 32.

44 Art. 544 Abs. 1 OR. Vgl. ferner: VON STEIGER (FN 31), 419; ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1938, zu Art. 533 N 27 und Art. 580 N 31.

45 D.h. in aller Regel die Konkursverwaltung oder die Liquidatorin (beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

46 So ausdrücklich HARTMANN (FN 41), zu Art. 573 N 2: "Wenn der wegen einer Gesellschaftsschuld belangte Gesellschafter verrechnen will, so muss er dazu befugt sein, da die Verrechnung auch für die übrigen Gesellschafter erfolgt."

47 BGE 60 II 172 ff. = Pra 23 (1934) N 111, 294 ff.; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 192 FN 18a.

Gläubiger nicht eine gesamthänderische Erbschaftsforderung entgegenhalten könnte. Das Bundesgericht lässt deshalb die Verrechnungseinrede als Einrede zu, die entsprechend Art. 145 Abs. 2 OR "allen gemeinsam zusteht". Die dadurch ermöglichte Verrechnung von Gesamthandforderung und Solidarforderung ist in der Literatur zustimmend aufgenommen worden;⁴⁸ angesichts der vergleichbaren Interessenlage der Beteiligten dürften die bundesgerichtlichen Überlegungen losgelöst vom beurteilten erbrechtlichen Anwendungsfall auch im vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Kontext Gültigkeit haben.

3.3. Einschränkung der Interpretation von Art. 573 OR

In den Bereichen, in denen Art. 573 OR überhaupt analog auf die einfache Gesellschaft angewendet werden kann⁴⁹, ist die Bestimmung einschränkend zu interpretieren. Nach Art. 573 OR besteht ein Verrechnungsausschluss nur dann, wenn eine private Forderung oder private Schuld (d.h. nicht eine aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührende) mit einer gesamthänderischen Forderung oder Schuld zur Verrechnung gebracht werden soll. So bekommt auch das Possessivpronomen "seinem" (Gläubiger) in Abs. 2 eine eigenständige Bedeutung, indem ausschliesslich der Privatgläubiger gemeint sein kann.

Handelt es sich umgekehrt um einen Gläubiger, der einen Gesellschafter nicht privat, sondern wegen Gesellschaftsschulden solidarisch belangt, so kann ihm der belangte Gesellschafter im Einklang mit dem zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 60 II 172 ff. durchaus gestützt auf Art. 145 Abs. 2 OR eine gesamthänderische Gesellschaftsforderung einredeweise entgegenhalten.⁵⁰ Würde vorliegend die Durchbrechung vom Gesamthandprinzip bei den Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht auch für deren Forderungen zuerkannt, sähen sich die für Gesellschaftsschulden isoliert eingeklagten Gesellschafter im Sinne des bundesgerichtlichen Verdikts eines wichtigen Verteidigungsmittels beraubt.⁵¹ Der belangte Gesellschafter ist nach Art. 145 Abs. 2 OR nicht nur befugt, sondern verpflichtet, die Einrede der Verrechnung zu erheben, will er gegenüber den andern Solidarschuldnern nicht verantwortlich werden.

3.4. Prozessual orientierte Argumentation

Die skizzierte Lösung ist auch deshalb befriedigend, weil ansonsten der ausscheidende Gemeinschuldner lediglich durch Auswahl der Prozessbeteiligten steuern könnte, ob die Verrechnungseinrede gelingt oder nicht: Bei stark formalistischer Betrachtungsweise wäre die Verrechnung ausgeschlossen, wenn ein Gesellschafter allein auf Herausgabe des Abfindungsanspruchs eingeklagt würde. Falls der Gemeinschuldner hingegen gleichzeitig gegen sämtliche Gesellschafter vorgehe, wären diese ohne weiteres befugt, gemeinsam die Verrechnungseinrede zu erheben.⁵²

3.5. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich auf das vorliegende Beispiel des aus ARGE 1 und ARGE 2 ausscheiden-

den Gesellschafters übertragen. Forderung (Abfindungsanspruch) und Gegenforderung (Ausgleichspflicht) erklären sich aus den betreffenden Arbeitsgemeinschaften und sind nicht "privater" Natur. Der Verrechnungsausschluss kommt nicht zum Tragen. Vielmehr ist der solidarisch auf Herausgabe des Abfindungsanspruchs aus ARGE 1 belangte Konsortiant befugt und verpflichtet, gestützt auf Art. 145 Abs. 2 OR dem Gemeinschuldner die gesamthänderische Forderung – nämlich die interne Verlustbeteiligungsquote aus ARGE 2 – entgegenzuhalten.

4. Verrechnung beim Ausscheiden aus Arbeitsgemeinschaften mit nicht identischen Konsortianten

Die Verrechnung ist nicht möglich bei fehlender Identität der Konsortianten. Die Verrechnung scheidet diesfalls am Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen.

Ausgangslage:

Arbeitsgemeinschaft ARGE 1 und Arbeitsgemeinschaft ARGE 2 bestehen aus nicht identischen Konsortianten, nämlich ARGE 1 (A, B, C, X) und ARGE 2 (A, B, D, X). ARGE 1 erzielt einen Gewinn, während ARGE 2 mit Verlust abschliesst. X scheidet wegen Zahlungsunfähigkeit aus ARGE 1 und ARGE 2 aus.

ARGE 1 (Abschluss mit Gewinn):	ARGE 2 (Abschluss mit Verlust):
Konsortianten A, B, C, X	Konsortianten A, B, D, X
X scheidet aus	X scheidet aus
(Abfindungsanspruch)	(Ausgleichspflicht)

48 Vgl. VON TUHR/ESCHER (FN 46), 192 FN 18a und AEPLI (FN 40), zu Art. 120 N 35 mit weiteren Hinweisen.

49 Vgl. zum Vorbehalt einer analogen Anwendbarkeit vorstehend FN 41.

50 Mit gleichem Ergebnis, aber anderer Begründung vgl. die deutsche Rechtsprechung zit. in: ROLF STÜRNER, Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von OTHMAR JAUERNIG, München 1994, Anmerkungen zu §§ 718–720 N 3: Der einzelne belangte Gesellschafter kann die Erfüllung einer (aufgrund solidarischer Haftbarkeit einverlangten) Gesamtschuld aller Gesellschafter verweigern, wenn ihr eine "aufrechenbare Forderung der Gesamthand" gegenübersteht; dem belangten Gesellschafter wird ein gesetzlich abgestütztes Leistungsverweigerungsrecht, nicht jedoch ein Verrechnungsrecht zugestanden. Vgl. auch Kommentar R. SCHEYHING zu einem Urteil des BGH betreffend die Erbengemeinschaft, in: JZ 1963, 475 ff.: "Der Miterbe ist Glied der Gesamthand und als solcher Mitberechtigter an der zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung. Diese Mitberechtigung kann zwar nicht zur Alleinberechtigung anwachsen, aber sie kann auch nicht schlechthin negiert werden, wenn der Miterbe zu Zwecken der Haftung kraft der Gesamtschuldklage aus der Gesamthand herausgenommen wird. Damit ist das Leistungsverweigerungsrecht innerlich gerechtfertigt ...".

51 Vgl. Argumentation in BGE 60 II 177. Die Einredemöglichkeit für die Kollektivgesellschaft bejahend: HARTMANN (FN 45), zu Art. 573 N 7.

52 Zum Problem bei der Kollektivgesellschaft (Kompensation von Forderungen eines Gesellschafters und Forderungen gegen die Gesellschaft): SIEGWART (FN 43), zu Art. 573 OR N 3. Vgl. auch JZ 1963, 475.

Kann der ausscheidende Gesellschafter X seinen Abfindungsanspruch (ARGE 1) mit dem Verlust (Ausgleichspflicht aus ARGE 2) verrechnen?

Dem Anspruch des ausscheidenden Gesellschafters auf Auszahlung seines Abfindungsanspruchs gegenüber ARGE 1 steht die gesamthänderische Forderung von ARGE 2 auf Verlustbeteiligung gegenüber X zu. Eine Verrechnung von Forderung und Gegenforderung wird aber von vornherein am Erfordernis der Gegenseitigkeit scheitern, da die beiden ARGE 1 und ARGE 2 nicht aus den gleichen Konsortialpartnern bestehen.⁵³ Im einen Fall richtet sich der Anspruch von X auf Auszahlung des Abfindungsanspruchs gegen Konsortium A, B und C (ARGE 1), während die Gesamthandforderung auf Verlustbeteiligung gegen X dem Konsortium A, B und D (ARGE 2) zusteht.

Hinzu kommt das vorstehend erörterte Problem, dass an sich die Verrechnung einer Solidarforderung mit einer Gesamthandforderung nur über den Umweg der Einreordnung von Art. 145 Abs. 2 OR möglich ist. Die Einreordnungs möglichkeit setzt aber voraus, dass die Arbeitsgemeinschaften ARGE 1 und ARGE 2 aus identischen Vertragspartnern bestehen.⁵⁴

IV. Der Einfluss des Zwangsvollstreckungsverfahrens

1. Forderungsabtretung vor Eröffnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens

Im vorstehenden Beispiel der beiden Arbeitsgemeinschaften mit nicht identischen Konsortianten ist die Verrechnung mangels Gegenseitigkeit nicht möglich.⁵⁵ Zur Herbeiführung der Gegenseitigkeit ist denkbar, dass ARGE 2 ihre gesamthänderische Forderung an den belangten Konsortianten abtritt. Als allein berechtigter Gläubiger kann der belangte Konsortiant alsdann die Verrechnung mit der eingeklagten Forderung auf Herausgabe des Abfindungsanspruches herbeiführen.

Die Herbeiführung der Verrechnung durch Abtretung der gesamthänderischen Forderung auf Verlustbeteiligung gegen den ausscheidenden Gesellschafter ist ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens durchaus zulässig.⁵⁶ Zu beachten ist, dass nur alle Gesellschafter gemeinsam abtreten können.⁵⁷ Praxisgemäss unbestritten ist auch die Abtretungsmöglichkeit der Abfindungsforderung des ausscheidenden Gesellschafters.⁵⁸

2. Verrechnungsverbot nach SchKG

Eine gesamthänderische Forderung kann auch nach Eröffnung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens gegen den Schuldner rechtsgültig abgetreten werden. Der Zessionar muss allerdings gewärtigen, dass die bezweckte Verrechnung am konkursrechtlichen Verrechnungsverbot von Art. 213 und 214 SchKG scheitert.⁵⁹ Demzufolge ist insbesondere die Verrechnung ausgeschlossen, wenn ein Schuldner des Konkursiten erst nach Konkurseröffnung Gläubiger

desselben wird. Das gleiche Verrechnungsverbot gilt auch für das Nachlassverfahren, wobei die Nachlassstundung an Stelle der in Art. 213 und 214 SchKG genannten Konkurseröffnung tritt.⁶⁰

Der auf Herausgabe des Abfindungsanspruches aus ARGE 1 solidarisch belangte Gesellschafter kann somit nicht aufgrund einer erst nach Konkurseröffnung erfolgten Abtretung der gesamthänderischen Ausgleichsforderung aus ARGE 2 die Verrechnung verlangen; der Gesellschafter ist nach Konkurseröffnung Gläubiger des Gemeinschuldners geworden, was nach Art. 213 SchKG die Verrechnung ausschliesst.

Für den Fall, dass dem fortführenden Konsortianten eine Forderung vor Konkurseröffnung bzw. vor Bewilligung der Nachlassstundung des ausscheidenden Gesellschafters abgetreten wurde, ist die Handlung lediglich anfechtbar und unterliegt nicht dem absoluten Verrechnungsverbot. Erforderlich ist allerdings Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des ausscheidenden Gesellschafters, nicht jedoch Täuschungsabsicht.⁶¹

Die erst bei Bekanntwerden der Zahlungsunfähigkeit von X erfolgende Forderungsabtretung erfüllt somit ihren beabsichtigten Zweck – nämlich die Herbeiführung der Verrechnungsmöglichkeit – nicht: Im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen X kann die erst nachträglich abgetretene gesamthänderische Forderung aus ARGE 2 (Verlusttragung) nicht mit der Abfindungsforderung des ausscheidenden Gesellschafters X aus ARGE 1 (mit nicht identischen Konsortialpartnern) verrechnet werden.

3. Geltendmachung des Verrechnungsanspruchs im Konkurs eines Gesellschafters

Im Konkurs eines Gesellschafters ist zu beachten, dass über die Frage der Berechtigung der Verrechnung nicht im

53 Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR muss zur Verrechenbarkeit von zwei Obligationen jeder der beiden Gläubiger gleichzeitig Schuldner des andern sein, vgl. AEPLI (FN 40), zu Art. 120 N 21. Dies setzt Identität der Konsortialpartner in ARGE 1 und ARGE 2 voraus.

54 Nur bei Identität der Konsortialpartner kann von der erforderlichen Verfügungsbefugnis über die Gesamthandforderung ausgegangen werden.

55 Art. 120 Abs. 1 OR.

56 INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 410 N 77.04, Bern 1998; SIEGWART (FN 51), zu Art. 573 OR N 2.

57 Erforderlich ist die Verfügungsmacht, vgl. EUGEN SPIRIG, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1993, zu Art. 164 N 64; OR-PETER, 2. A., Art. 120 N 5, Basel 1996.

58 VON STEIGER (FN 31), 419; BOLLMANN (FN 31), 86.

59 Vgl. ausführlich MARKUS WALTER STADLIN, Die Verrechnung im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1986, 110 ff. Art. 297 Abs. 4 i.V.m. Art. 213 und 214 SchKG; BGE 52 III 90; BGE 107 III 27.

61 BGE 122 III 134 f.; DANIEL STAEHELIN, Die Anfechtungsklagen, in: BLSchKG 61 (1997) 87.

Kollokationsverfahren entschieden werden kann.⁶² Bestreitet die Konkursverwaltung mangels Gegenseitigkeit die von den fortführenden Gesellschaftern erhobene Verrechnungserklärung (Verlustanteil aus ARGE 2) gegenüber dem Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gemeinschuldners aus ARGE 1, so muss das Konkursamt Klage gegen einen oder mehrere der fortführenden Gesellschafter erheben.

Die Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG fällt deshalb ausser Betracht, weil sich die Frage der Verrechnung nicht auf Feststellung des Konkursobjektes (z.B. unrichtige rangmässige Erfassung des Gläubigers), sondern auf Feststellung des Konkurssubstrates bezieht.⁶³ Die Konkursverwaltung kann sich somit nicht im Kollokationsverfahren durch Zulassung der Forderung im ursprünglichen (d.h. nicht durch Verrechnung gekürzten) Betrag zur Wehr setzen, sondern muss Klage erheben. Eine entsprechende, nach Ansicht des Bundesgerichts zwar materiell nicht nachteilige, aber formell verfehlte Verfügung könnte mit Erfolg durch Beschwerde angefochten werden.⁶⁴

Diese Ausführungen zum Konkurs gelten analog ohne weiteres auch für den ebenfalls auf Generalexekution gerichteten Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.⁶⁵

Das Konkursamt oder die eingesetzten Liquidatoren sind deshalb gezwungen, den ordentlichen Zivilweg zu beschreiten: Das zuständige Zwangsliquidationsorgan kann prozessual die bestrittene Verrechnungserklärung von ARGE 1 nur durchsetzen, indem es ARGE 1 zivilrechtlich auf Herausgabe des X zustehenden Gewinnanteils verklagt. Das Kollokationsverfahren steht hierzu nicht zur Verfügung.

V. Schlussbetrachtung

Beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten aus mehreren Arbeitsgemeinschaften (ARGE) können sich in der Praxis Verrechnungsprobleme stellen. Die Verrechnungsprobleme aktualisieren sich, wenn die einen Arbeitsgemeinschaften mit Gewinn und die anderen mit Verlust abschliessen. Wird ein fortführender Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft aufgrund solidarischer Haftbarkeit auf Herausgabe des Abfindungsanspruches belangt, muss ihm gestützt auf Art. 145 Abs. 2 OR die Möglichkeit eingeräumt werden, individuell den gesamthänderischen Ausgleichsanspruch verrechnungsweise geltend zu machen, sofern und soweit Abfindungsanspruch und Ausgleichsanspruch aus identisch zusammengesetzten ARGE herrühren. Art. 145 Abs. 2 OR führt damit zu einer Durchbrechung des Gesamthandprinzips, indem dem belangten Gesellschafter das Recht eingeräumt wird, eigenmächtig und ohne Erfordernis der vorgängigen Abtretung die Verrechnungseinrede zu erheben.

Keine Verrechnungsmöglichkeit besteht von vornherein, wenn die Konsortialpartner in den verschiedenen Arbeitsgemeinschaften nicht identisch sind. Diesfalls kann mangels Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung nicht verrechnet werden. Die Verrechnung gegen die Abfindungsforderung ist möglich, wenn die gesamthänderische Ausgleichsforderung vorgängig abgetreten wurde. Beim

Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten wird die Abtretung jedoch in aller Regel an den Verrechnungsverboten nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht scheitern (Art. 213 und 214 SchKG).

Verfahrensrechtlich ist zu beachten, dass die zuständigen Liquidationsorgane die Verrechnung nicht im Rahmen des Kollokationsverfahrens bestreiten können; vielmehr sind sie gezwungen, den dem ausscheidenden Gemeinschuldner zustehenden Abfindungsanspruch zivilrechtlich bei einem oder mehreren der solidarisch haftenden, fortführenden Gesellschafter der ARGE einzuklagen.

62 BGE 56 III 238 ff.; KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 40 N 58. In vielen Fällen dürften die einzelnen Konsortianten einer Arbeitsgemeinschaft als im Handelsregister eingetragene Personen der Konkursbetreibung unterliegen (Art. 39 SchKG).

63 Zu dieser Unterscheidung vgl. ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 782 FN 34.

64 BGE 56 III 247 f.

65 Zur analogen Anwendbarkeit der Normen des Konkurses auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vgl. PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 5 und BGE 82 III 87.

Des problèmes de compensation peuvent surgir lors de la démission d'un membre de plusieurs consortiums. Ces problèmes de compensation peuvent être aigus lorsqu'un consortium clôture avec un bénéficiaire et l'autre avec une perte.

Lorsqu'un membre qui continue à faire partie d'un consortium est requis, sur la base de sa responsabilité solidaire, à indemniser le membre démissionnant, il a le droit, en vertu de l'art. 145 II CO, à invoquer à titre individuel la compensation de la créance compensatrice en main commune avec l'indemnité requise par le membre démissionnant. Ceci pour autant que l'indemnité pour le membre démissionnant et la créance compensatrice soient issues de consortiums à composition identique.

L'art. 145 II CO rompt donc avec le principe de la propriété commune, parce que cette disposition confère à un associé le droit individuel d'invoquer la compensation sans qu'il y ait eu cession préalable de la créance compensatrice en main commune.

A défaut de la réciprocité des créances, la compensation est exclue lorsque les associés de plusieurs consortiums ne sont pas identiques. Seulement en cas de cession préalable de la créance compensatrice en main commune, celle-ci peut être compensée avec l'indemnité de l'associé démissionnant. Or lors de la démission d'un associé en cessation de paiement, une telle cession se heurtera en règle générale aux interdictions de compensation des art. 213 et 214 LP.

Au niveau du droit de la procédure, les organes de liquidation ne peuvent pas contester la compensation dans le cadre de la procédure en collocation. Ils sont obligés à contester les déclarations de compensation dans un procès ordinaire contre tous les membres d'un consortium qui clôture avec un bénéficiaire, concluant au paiement de l'indemnité revenant au membre démissionnant en faillite.

(Flurin von Planta)