

Florent Thouvenin

Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Der Kooperationsvertrag

**Kooperationen im Grenzbereich von
Vertrags- und Gesellschaftsrecht**

Stämpfli Verlag

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
<u>Inhaltsverzeichnis</u>	XI
Abkürzungen	XXIII
Literatur	XXXI
Materialien	LXXIX
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen	7
A. Kooperation	7
I. Tatsächliches Phänomen	7
II. Ökonomische Perspektive	9
III. Rechtliche Perspektive	13
B. Ökonomische Grundlagen	15
I. Verträge	15
II. Unternehmen	29
III. Erkenntnisse	43
C. Rechtliche Grundlagen	45
I. Verträge	45
II. Gesellschaften	57
III. Erkenntnisse	82
Teil 2: Heutige Regelung von Kooperationen	87
A. Entwicklung	87
I. Römisches Recht	87
II. Recht im Mittelalter	98
III. Recht in der Neuzeit	108
B. Regelungstypen	146
I. Vorbemerkungen	146
II. BGB-Gesellschaft und societe en participation	147
III. General Partnership	206
C. Einfache Gesellschaft	244
I. Begriff	244
II. Rechtsnatur	266
III. Grundzüge der Regelung	272
D. Erscheinungsformen	384

Inhaltsübersicht

I.	Vorbemerkungen	384
II.	Überblick	385
III.	Ausgewählte Erscheinungsformen	388
E.	Erkenntnisse	412
I.	Historische Entwicklung	412
II.	Rechtsvergleichende Betrachtung	416
III.	Schweizerisches Recht	423
Teil 3:	Differenzierte Regelung von Kooperationen	431
A.	Grundlegung	431
I.	Kontinuum	431
II.	Kooperationen auf dem Kontinuum	433
III.	Regelung von Kooperationen als Kontinuum	434
B.	Kooperationsvertrag	440
I.	Grundlagen	440
II.	Erscheinungsformen	462
III.	Grundzüge der Regelung	485
C.	Einfache Gesellschaft	534
I.	Begriff	534
II.	Rechtsnatur	558
III.	Grundzüge der Regelung	576
Erkenntnisse		605
Stichwortverzeichnis		613

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungen	XXIII
Literatur	XXXI
Materialien	LXXIX
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen	7
A. Kooperation	7
I. Tatsächliches Phänomen	7
II. Ökonomische Perspektive	9
III. Rechtliche Perspektive	13
B. Ökonomische Grundlagen	15
I. Verträge	15
1. Vorbemerkungen	15
2. Grundlagen	15
a) Vertragsfreiheit	15
b) Bedeutung des Vertrags	16
c) Vollständiger Vertrag	18
3. Funktion	19
a) Vorbemerkungen	19
b) Vor Abschluss des Vertrags	20
c) Nach Abschluss des Vertrags	21
4. Kategorien	22
a) Klassische Verträge	22
b) Relationale Verträge	23
c) Hybride Formen	26
(1) Vorbemerkungen	26
(2) Symbiotische Verträge	26
(3) Netzwerke	27
II. Unternehmen	29
1. Vorbemerkungen	29
2. Transaktionskostenansatz	32
a) Grundlagen	32
b) Produktion im Team	33
c) Spezifische Investitionen	34
d) Reduktion von Messungskosten	37
3. Unternehmen als Netzwerk von Verträgen (Nexus of Contracts)	37
4. Neuer Eigentumsrechtsansatz (Property Rights Theory)	39
5. Behavioral Theory of the Firm	41
III. Erkenntnisse	43

C. Rechtliche Grundlagen	45
I. Verträge	45
1. Privatautonomie	45
a) Vertragsfreiheit	45
b) Typenfreiheit	47
2. Wesensmerkmale	49
a) Entstehung	49
b) Wirkung	51
c) Beendigung	52
3. Arten	55
II. Gesellschaften	57
1. Privatautonomie	57
a) Assoziationsfreiheit	57
b) Formenzwang und Formenfixierung	57
2. Wesensmerkmale	59
a) Vorbemerkungen	59
b) Entstehung	60
c) Wirkung	63
(1) Innenverhältnis	63
(i) Personenverbindung	63
(ii) Organisation	65
(iii) Gesellschaftsvermögen	67
(iv) Gemeinsames Tragen von Gewinn und Verlust	68
(2) Aussenverhältnis	71
d) Beendigung	73
3. Arten	75
a) Vorbemerkungen	75
b) Personen- und Kapitalgesellschaften	76
c) Rechtsgemeinschaften und Körperschaften	80
III. Erkenntnisse	82
Teil 2: Heutige Regelung von Kooperationen	87
A. Entwicklung	87
I. Römisches Recht	87
1. Vorbemerkungen	87
2. Altrömische Wurzeln der societas	87
3. Societas des klassischen Rechts	89
4. Societas in nachklassischer Zeit und im Corpus iuris civilis	97
II. Recht im Mittelalter	98
1. Die Rezeption des römischen Rechts	98
2. Die Entwicklung der Handelsgesellschaften	100
a) Allgemeines	100
b) Commenda	102
c) Compania	106
III. Recht in der Neuzeit	108

1. Vorbemerkungen	108
2. Frankreich	109
a) Ordonnance de commerce	109
b) Code civil und Code de commerce	110
3. Deutschland	113
a) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB)	113
b) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und Handelsgesetzbuch (HGB)	116
4. Grossbritannien und USA	120
a) Entwicklung der Partnership	120
b) Partnership Act	121
c) Uniform Partnership Act	122
5. Schweiz	123
a) Vorbemerkungen	123
b) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich	124
(1) Entwicklung	124
(2) Gemeine Gesellschaft	125
c) Obligationenrecht	128
(1) Obligationenrecht von 1881	128
(i) Vorbemerkungen	128
(ii) Der Entwurf von 1871	130
(iii) Der Entwurf von 1875	132
(iv) Der Entwurf von 1877	134
(v) Der Entwurf von 1878	135
(vi) Der Entwurf von 1879	136
(vii) Beratung und Annahme	137
(2) Obligationenrecht von 1911	138
(i) Vorbemerkungen	138
(ii) Der Entwurf von 1905	139
(iii) Der Entwurf von 1909	142
(3) Erkenntnisse	144
B. Regelungstypen	146
I. Vorbemerkungen	146
II. BGB-Gesellschaft und societe en participation	147
1. Begriff	147
a) Grundsatz	147
b) Begriffsmerkmale	149
(1) Vorbemerkungen	149
(2) Gemeinsame Begriffsmerkmale	150
(i) Personenmehrheit	150
(ii) Vertrag	151
(iii) Gemeinsamer Zweck	151
(iv) Beitragspflicht	154
(3) Weitere Begriffsmerkmale der societe en participation	155
(i) Beteiligung am Ergebnis	155
(ii) Affectio societatis	156
c) Grundformen	157
(1) Gelegenheits- und Dauergesellschaften	157

(2) Innen- und Aussengesellschaften	158
(i) Grundsatz	158
(ii) Im französischen Recht	159
(iii) Im deutschen Recht	160
(3) Societe creee de fait	163
2. Rechtsnatur	164
3. Grundzüge der Regelung	167
a) Entstehung	167
b) Innenverhältnis	168
(1) Vorbemerkungen	168
(2) Rechte und Pflichten	169
(3) Beiträge	173
(4) Anteile an Gewinn und Verlust	175
(5) Organisation	177
(i) Gesellschaftsbeschlüsse	177
(ii) Geschäftsführung	179
(6) Gesellschaftsvermögen	183
(i) Im deutschen Recht	184
(ii) Im französischen Recht	186
c) Aussenverhältnis	188
(1) Vorbemerkungen	188
(2) Vertretung	189
(i) Im deutschen Recht	189
(ii) Im französischen Recht	191
(3) Haftung	193
(i) Im deutschen Recht	193
(ii) Im französischen Recht	195
d) Beendigung	196
(1) Ausscheiden eines Gesellschafters	196
(2) Auflösung	199
(3) Auseinandersetzung	203
III. General Partnership	206
1. Begriff	206
a) Grundsatz	206
b) Begriffsmerkmale	207
(1) Personenverbindung	207
(2) Gemeinsames Geschäft	208
(3) Gewinnorientierung	210
c) Sonderfall: joint venture	212
2. Rechtsnatur	213
3. Grundzüge der Regelung	215
a) Regelungsansatz	215
b) Entstehung	216
c) Firma	218
d) InnenVerhältnis	219
(1) Rechte und Pflichten	219
(2) Beiträge zum Kapital und Anteile an Gewinn und Verlust	223

(3) Organisation	227
(4) Rechtsinhaberschaft	228
(i) Im britischen Recht	228
(ii) Im US-amerikanischen Recht	230
e) Aussenverhältnis	232
(1) Vertretung	232
(2) Haftung	233
f) Beendigung	236
(1) Vorbemerkungen	236
(2) Ausscheiden eines Partners	237
(3) Auflösung und Liquidation	240
C. Einfache Gesellschaft	244
I. Begriff	244
1. Vorbemerkungen	244
2. Personenverbindung	245
3. Gemeinsamer Zweck	248
a) Bedeutung	248
b) Differenzierung: Endzweck und Zweck, Motiv und Interesse	249
c) Zweckspektrum	250
(1) Grundsatz	250
(2) Wirtschaftlicher oder ideeller Zweck	251
(3) Halten und Verwalten	253
d) Gemeinsamkeit des Zwecks	256
e) Animus societatis	257
4. Gemeinsame Kräfte oder Mittel	261
a) Grundsatz	261
b) Keine eigenständige Bedeutung	262
c) Eigenständige Bedeutung	264
5. Grundform der Gesellschaft	265
II. Rechtsnatur	266
1. Vorbemerkungen	266
2. Keine Rechtsfähigkeit	267
3. Rechtsgemeinschaft	268
4. Doppelnatur	270
III. Grundzüge der Regelung	272
1. Vorbemerkungen	272
2. Entstehung	273
a) Grundsatz	273
b) Rechtsbindungswille	274
c) Einigung über wesentliche Punkte	276
d) Unbewusste Gesellschaftsbildung	279
3. Innenverhältnis	281
a) Rechte und Pflichten der Gesellschafter	281
(1) Beitragspflicht	281
(2) Teilen von Gewinn und Verlust	285
(3) Treuepflicht	289

(4) Haftung	291
b) Organisation	294
(1) Vorbemerkungen	294
(2) Beschlussfassung	295
(i) Vorgang	295
(ii) Gegenstand	297
– Gesetzliche Regelung	297
– Vertragliche Regelung	300
– Änderungen des Gesellschaftsvertrags durch Gesellschaftsbeschluss?	301
(3) Geschäftsführung	304
(i) Geschäftsführungsbefugnis	304
(ii) Rechtsstellung geschäftsführender Gesellschafter	305
(iii) Gegenstand	307
(iv) Widerspruchsrecht	309
(v) Entzug und Beschränkung	310
(4) Einsichtsrecht	312
c) Gesellschaftsvermögen	314
(1) Vorbemerkungen	314
(2) Gegenstand	316
(3) Gesamteigentum	317
(i) Grundsatz	317
(ii) Wirkungen	319
(iii) Gesamthandsgemeinschaft	321
(4) Miteigentum	322
(i) Grundsatz	322
(ii) Wirkungen	324
(iii) Bruchteilsgemeinschaft	325
4. Aussenverhältnis	327
a) Vorbemerkungen	327
b) Vertretung	327
(1) Vorbemerkungen	327
(2) Vertretungsformen	328
(3) Vertretungsbefugnis	331
(i) Grundsatz	331
(ii) Bevollmächtigung	331
(iii) Vermutung	332
(iv) Erlöschen	335
c) Haftung	336
(1) Vorbemerkungen	336
(2) Grundsatz	337
(3) Abweichende Vereinbarungen	340
(4) Regress	341
5. Beendigung	342
a) Änderungen im Gesellschafterbestand	342
(1) Ausscheiden eines Gesellschafters	342
(2) Aufnahme eines Gesellschafters	345
(3) Übertragung der Mitgliedschaft	346

b) Auflösung	350
(1) Grundsatz	350
(2) Unmittelbare Auflösungsgründe	351
(3) Mittelbare Auflösungsgründe	354
(4) Auflösung durch Erlöschen?	358
(5) Wirkungen	359
c) Liquidation	360
(1) Grundsatz	360
(2) Äussere Liquidation	363
(3) Innere Liquidation	364
6. Exkurs: Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht	366
a) Zivilprozessrecht	366
(1) Vorbemerkungen	366
(2) Aussenverhältnis	367
(i) Aktivprozess	367
(ii) Passivprozess	368
(iii) Rechtsfolgen	370
(3) Innenverhältnis	372
(i) Gesellschaftsklage	372
(ii) Gesellschafterklage	374
(iii) Actio pro socio	375
b) Internationales Privatrecht	379
D. Erscheinungsformen	384
I. Vorbemerkungen	384
II. Überblick	385
1. Gemeinsame Geschäfte	385
2. Gemeinsame Projekte	387
III. Ausgewählte Erscheinungsformen	388
1. Jointventures	388
a) Vorbemerkungen	388
b) Equity Joint Venture	390
c) Einheitsgesellschaft	392
d) Contractual Joint Venture	392
2. Gründungs- und Vorgesellschaften	394
a) Im deutschen, französischen und schweizerischen Recht	394
(1) Vorbemerkungen	394
(2) Gründungs- bzw. Vorgründungsgesellschaft	396
(3) Vorgesellschaft	399
b) Im britischen und US-amerikanischen Recht	402
3. Aktionärbindungsverträge	404
a) Im deutschen und schweizerischen Recht	404
b) Im französischen Recht	407
c) Im britischen und US-amerikanischen Recht	409
E. Erkenntnisse	412
I. Historische Entwicklung	412
1. Von der societias zur einfachen Gesellschaft	412

2.	Einfluss der Handelsgesellschaften	413
3.	Folgen der Kodifikation	414
a)	Grundsatz	414
b)	Kumulation der Systeme	415
II.	Rechtsvergleichende Betrachtung	416
1.	Grundsatz	416
2.	Regelungstypen	418
a)	Vorbemerkungen	418
b)	General partnership	419
c)	BGB-Gesellschaft, societe en participation und einfache Gesellschaft	419
3.	Entwicklungstendenzen	422
4.	Erscheinungsformen	423
III.	Schweizerisches Recht	423
1.	Begriff	423
2.	Rechtsnatur	425
3.	Erscheinungsformen	427
4.	Abgrenzung vom Vertrag	428
 Teil 3: Differenzierte Regelung von Kooperationen		431
A.	Grundlegung	431
I.	Kontinuum	431
1.	Vorbemerkungen	431
2.	Tatsächliche Perspektive	431
3.	Rechtliche Perspektive	432
II.	Kooperationen auf dem Kontinuum	433
III.	Regelung von Kooperationen als Kontinuum	434
1.	Vorbemerkungen	434
2.	Regelung als Vertrag	435
a)	Grundsatz	435
b)	Parteiautonomie	436
c)	Vertragsart	437
3.	Regelung als Gesellschaft	439
B.	Kooperationsvertrag	440
I.	Grundlagen	440
1.	Begriff	440
a)	Vorbemerkungen	440
b)	Definition	440
c)	Merkmale	441
(1)	Handlungen im Hinblick auf gemeinsamen Zweck	441
(2)	Individuelle Leistungserbringung	443
(3)	Komplementäre Leistungen	444
2.	Rechtsnatur	444
a)	Schuldvertrag	444
b)	Synallagmatischer Vertrag	446

c)	Innominatvertrag	449
3.	Abgrenzungen	449
a)	Vorbemerkungen	449
b)	Austauschverträge	450
c)	Einfache Gesellschaft	452
(1)	Begriffsmerkmale	452
(i)	Keine Personenverbindung	452
–	Ausgangslage	452
–	Bedeutung der Organisation im internationalen Privatrecht	453
–	Organisation als entscheidendes Merkmal im materiellen Recht	454
–	Entscheidender Gehalt der Organisation	456
(ii)	Gemeinsamer Zweck, keine gemeinsame Zweckverfolgung	458
(iii)	Keine gemeinsamen Kräfte oder Mittel	460
(2)	Regelung	461
II.	Erscheinungsformen	462
1.	Vorbemerkungen	462
2.	Kooperationen bei Tathandlungen	463
a)	Vorbemerkungen	463
b)	Aktive Kooperationen	464
(1)	Grundsatz	464
(2)	Besondere Erscheinungsformen	465
(i)	Aktionärbindungsverträge	465
–	Aktionärbindungsverträge mit materieller Stimmbindung	466
–	Aktionärbindungsverträge mit formeller Stimmbindung	467
(ii)	Vereinbarungen über die Gründung einer Gesellschaft	467
c)	Passive Kooperationen	469
(1)	Grundsatz	469
(2)	Besondere Erscheinungsformen	469
3.	Kooperationen bei Rechtsgeschäften	471
a)	Vorbemerkungen	471
b)	Koordinierte Vertragsabschlüsse mit Dritten	471
(1)	Grundsatz	471
(2)	Besonderheiten	473
c)	Gemeinsamer Erwerb und Veräußerung	474
(1)	Grundsatz	474
(2)	Besonderheiten	475
d)	Koordination bei Gestaltungsrechten	476
4.	Kooperationsvertrag als Grundvertrag	476
a)	Grundsatz	476
b)	Besonderheiten	479
(1)	Kooperationsvertrag als Rahmenvertrag	479
(2)	Verhältnis von Grundvertrag und Satellitenverträgen	480

c)	Abgrenzungen	481
(1)	Vorvertrag	481
(2)	Kooperationen mit Austauschelementen	483
III.	Grundzüge der Regelung	485
1.	Vorbemerkungen	485
2.	Entstehung	485
a)	Im Allgemeinen	485
b)	Form	487
3.	Pflichten	487
a)	Hauptpflichten	487
(1)	Grundsatz	487
(2)	Persönliche Erfüllung	488
b)	Nebenflichten	489
(1)	Im Allgemeinen	489
(2)	Koordinationspflicht	491
(3)	Sorgfaltspflicht	493
(i)	Bedeutung	493
(ii)	Objektivierter Massstab	493
(iii)	Konkretisierung	495
(4)	Treuepflicht	497
(5)	Informations- und Aufklärungspflichten	499
4.	Leistungsstörungen	501
a)	Vorbemerkungen	501
b)	Nichtleistung	504
(1)	Vorbemerkungen	504
(2)	Nachträglich objektive Unmöglichkeit	506
(3)	Subjektive Unmöglichkeit	507
(4)	Rechtsfolgen	508
(i)	Vom Schuldner nicht zu verantwortende Unmöglichkeit	508
(ii)	Vom Schuldner zu verantwortende objektive Unmöglichkeit	511
c)	Spätleistung	513
(1)	Schuldnerverzug	513
(2)	Vom Schuldner zu verantwortende subjektive Unmöglichkeit	515
(3)	Rechtsfolgen	516
(i)	Vorbemerkungen	516
(ii)	Leistungsverweigerung	516
(iii)	Verlangen der Erfüllung	517
(iv)	Ersatzvornahme	519
(v)	Rücktritt oder Kündigung	521
(vi)	Schadenersatz	522
d)	Positive Vertragsverletzung	525
(1)	Schlechterfüllung	525
(2)	Verletzung vertraglicher Nebenpflichten	526
(3)	Rechtsfolgen	526
(i)	Vorbemerkungen	526
(ii)	Nachbesserung und Nacherfüllung	527

(iii) Rücktritt oder Kündigung	528
(iv) Schadenersatz	529
5. Beendigung	530
a) Kooperationsvertrag als Einmalschuldverhältnis	530
b) Kooperationsvertrag als Dauerschuldverhältnis	532
C. Einfache Gesellschaft	534
I. Begriff	534
1. Vorbemerkungen	534
2. Personengemeinschaft	535
a) Gemeinschaft	535
(1) Ausgangslage	535
(2) Personenverbindung	536
(3) Rechtsgemeinschaft	536
(4) Personengemeinschaft	538
(5) Exkurs: Terminologie des Gesellschaftsrechts	542
b) Organisation	542
(1) Bedarf und Bestand	542
(2) Regelung	543
(i) Gesetzliche Regelung	543
(ii) Vertragliche Regelung	544
– Gemeinsame Willensbildung	545
– Interne Geschäftsführung	546
– Kontrolle	548
(3) Wirkung	549
c) Affectio societatis	550
3. Kräfte oder Mittel	551
a) Vorbemerkungen	551
b) Mittel	551
(1) Regelfall	551
(2) Sonderfälle	553
c) Kräfte	554
4. Zweck	556
5. Zusammenführung	558
II. Rechtsnatur	558
1. Vorbemerkungen	558
2. Personengemeinschaft	559
a) Doppelte Bindung	559
b) Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaftern	559
c) Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern	561
3. Rechtsgemeinschaft	562
a) Grundsatz	562
(1) Gesamthandsgemeinschaft	562
(2) Bruchteilsgemeinschaft	564
b) Problemstellung	565
c) Mögliche Lösungen	566
(1) Rechtsfähigkeit der Aussengesellschaft	566
(i) Rechtslage im deutschen Recht	566

(ii)	Keine Übertragung auf das schweizerische Recht	567
(2)	Rechtsfähigkeit der Aussengesellschaft im Aussenverhältnis	570
(i)	Im Allgemeinen	570
(ii)	Kaufmännische einfache Gesellschaft	575
III.	Grundzüge der Regelung	576
1.	Vorbemerkungen	576
2.	Innengesellschaft	577
a)	Echte Innengesellschaft	577
(1)	Begriff	577
(2)	Regelung	577
b)	Unechte Innengesellschaft	578
(1)	Begriff	578
(2)	Regelung	580
3.	Aussengesellschaft	580
a)	Grundsatz	580
(1)	Begriff	580
(2)	Regelung	582
b)	Vertretung	584
(1)	Ausgangslage	584
(2)	Qualifikation	585
(3)	Regelung	588
(i)	Vorbemerkung	588
(ii)	Handeln im Namen der Gesellschaft	588
(iii)	Vermutung der Vertretungsbefugnis	589
c)	Haftung	592
(1)	Im Allgemeinen	592
(2)	Bei unerlaubter Handlung	594
d)	Änderungen im Gesellschafterbestand	598
(1)	Ausscheiden und Aufnahme eines Gesellschafters	598
(2)	Übertragung der Mitgliedschaft	600
e)	Exkurs: Stellung im Zivilprozess	601
(1)	Grundsatz	601
(2)	Rechtsfolgen	602
	Erkenntnisse	605
	Stichwortverzeichnis	613