

*Veranstaltung der Gerichtskreise VII, VIII und IX des Kantons Bern:
Dienstag, 11. November 2008, Bern*

u^b

**b
UNIVERSITÄT
BERN**

Gesellschaftsrecht im Umbruch

***Übersicht sowie zwei neue und aussergewöhnliche
Gesellschaftsformen in der Schweiz***

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C.)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung
Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht sowie Leiter des Departements für
Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

kunz@iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Vorbemerkungen**

- II. Übersicht zu den Revisionen**
 - A. Spezialgesetz
 - B. OR-Revision

- III. KkK und SICAV**
 - A. Grundlagen
 - B. Strukturelles

- IV. Schlussbemerkungen**

Vorbemerkungen

1. Entwicklungen der letzten knapp 20 Jahre

- erste „Sturmböen“ *seit 1991*
- richtiger „Orkan“ *seit 2000...*
- 2000 – 2010: „Jahrzehnt des Wirtschaftsrechts..!“
- betroffene Bereiche des Wirtschaftsrechts
 - *Gesellschaftsrecht* (Aktienrecht, GmbH-Recht, KAG)
 - *Finanzmarktrecht* (BEHG, BEG, KAG, FINMAG)
 - *Revisionsrecht* (OR-Revision, RAG)
 - *Handelsregisterrecht* (HaRegV)
 - *nicht* im Fokus: z.B. Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 102 (2006) 145 ff.

Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als zentrale Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008 (= Hand-out)

Vorbemerkungen

2. Auffälligkeiten - Auswahl

- zunehmende Dekodifikation ausserhalb OR (= diverse Spezialgesetze)
- legislative Ergänzung des gesellschaftsrechtlichen Numerus Clausus (= KAG)
- Paradigmenwechsel: *Wirtschaftsform* statt Rechtsform (z.B. Revision)
- Überlappungen Gesellschaftsrecht mit *Finanzmarktrecht*
- drohender *Qualitätsverlust* („Skandalitis“ und „Ad hoc-ismus“)
- *Privatinitiative* als legislativer Motor (z.B. BEG oder Art. 20 BEHG)
- Tendenz von der Selbstregulierung zur *Regulierung* (z.B. bei der CG)
- wachsende Bedeutung der *Verordnungsstufe* (z.B. HaRegV)

Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008) tbd ff.

Übersicht zu den Revisionen - Spezialgesetz

1. Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG)

- BEHG als *Lex specialis* zum Gesellschaftsrecht
- Spezialregelungen z.B.: Aktionärs*pflichten* + „Austritt“ + „Ausschluss“
- *drei* zentrale gesellschaftsrechtliche Themenbereiche:
 - Meldepflicht (Art. 20 BEHG):
 - Grundmechanismus
 - Grenzwerte + Pflichtige + „Gruppe“ + Sanktionen
 - Revisions-Themen 2007

Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Liber Amicorum (Zürich 2008) 229 ff.

Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsenrecht – Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit grossem Drohpotential, SZW 80 (2008) 280 ff.

Übersicht zu den Revisionen - Spezialgesetz

1. Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG)

- Angebotspflicht (Art. 32 BEHG)
 - Mechanismus:
Grenzwert, Pflichtige, Sanktionen sowie Gruppen
 - „Opting-up“ + „Opting-out“
- Kraftloserklärung (Art. 33 BEHG)
 - Mechanismus:
Grenzwert etc.

Einige Aspekte zur Kraftloserklärungsklage, SZW 71 (1999) 181 ff.

Übersicht zu den Revisionen - Spezialgesetz

2. Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)

a) Allgemeines

- Inkrafttreten: 1. September 2007 + Konstituierung der RAB
- Teil des *Finanzmarktrechts*
 - System: Bewilligung + Aufsicht + Sanktionierung
 - Regelungen:
 - sog. anerkannter Revisor
 - sog. anerkannter Revisionsexperte
 - sog. staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen
 - Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)
- faktisch „lex americana“ = SOX!

b) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

- *Eingriff* in die *Organisationsfreiheit* der Gesellschaften
- RAG ergänzt neues Revisionsrecht (= OR..!)

Übersicht zu den Revisionen - Spezialgesetz

3. Bucheffektengesetz (BEG)

a) Allgemeines

- Botschaft: 15. November 2006
- Teil des Finanzmarktrechts = Finanzplatzinfrastruktur
- Haager Wertpapierübereinkommen (HWpÜ)

b) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

- sog. Entmaterialisierung von Wertpapieren (z.B. Aktien)
 - Einzel-Wertpapiere: nein
 - *Massen-Wertpapiere*: ja

Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: Anlagerecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2007 (Basel 2007) 25 ff.

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

1. Neues Revisionsrecht

a) Allgemeines

- Inkrafttreten: 1. Januar 2008
- im Prinzip eine „*kleine*“ *Aktienrechtsrevision* + Verweisungen
- Anwendbarkeit auf *Publikumsgesellschaften* und *private* Gesellschaften
- zentrale Änderung bei *AG/GmbH*:
 - AG = obligatorische Revision (bisher)
 - GmbH = freiwillige Revision (bisher)

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

b) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

- Neuerung = rechtsformunabhängige Revisionspflicht..!
- *Dreiteilung* der Revision nach wirtschaftlicher „Bedeutung“:
 - sog. *ordentliche* Revision (Thema neu: z.B. IKS)
 - sog. *erleichterte* Revision („review“)
 - sog. „*opting out*“ (d.h. Verzicht auf Revision)

 - vorbehaltlose Revisionspflicht bei allen KAG-Gesellschaftsformen
 - aber: *keine* Revision = OR-Personengesellschaften

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

2. Neues GmbH-Recht

➤ Strukturelles

- 1. Januar 2008
- *personenbezogene* Körperschaft
- Annäherung an AG..!

➤ zahlreiche Neuerungen – Beispiele:

- sog. Einpersonen-GmbH
- Änderungen beim Stammkapital:
 - *kein Maximalkapital* mehr + unverändertes Minimalkapital (CHF 20'000.--)
 - Stammanteil *mindestens CHF 100.--* (statt CHF 1'000.-- bzw. Mehrfaches)
 - *Vollliberierung* der Stammanteile - Übergangsfrist

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

2. Neues GmbH-Recht

- *keine öffentliche Beurkundung* mehr für Übertragung
- *keine Haftung* mehr für Gesellschafter – GmbH = GoGh..!
- weitere Details:
 - Erwerb eigener Stammanteile bis 10% bzw. 35%
 - sog. Anschlussaustrittsrecht
- *unzulässig* (und damit unterschiedlich zum Aktienrecht):
 - Partizipationsscheine
 - Sonderprüfung

Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen – Die GmbH (bzw. GoGh) als neuer „Superstar“ im Gesellschaftsrecht?, in: Jusletter vom 30. April 2007

Besteht ein gesetzgeberischer Revisionsbedarf? Konkurrenzkampf um die beste Rechtsform für KMU, Finanz und Wirtschaft, Nr. 55 (14. Juli 2007) 29

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

3. Kürzliche „kleine“ Aktienrechtsrevisionen

- 1. Mai 2001: Senkung des Aktienmindestnennwertes auf heute nunmehr noch *1 Rappen*
- 1. Juni 2002: kaufmännische Buchführung – *“neue Technologie“* wird berücksichtigt
- 1. Januar 2007: sog. *Vergütungstransparenz* bei VR/GL von Publikumsgesellschaften
- 1. Januar 2008 (mit GmbH-Revision) – z.B.:
 - *Einpersonen-AG* kann gegründet werden
 - *Firmenzusatz* „Aktiengesellschaft“ bzw. „AG“ obligatorisch
 - *keine Qualifikationsaktien* mehr für VR

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

4. Zur aktuellen „grossen“ Aktienrechtsrevision

a) Allgemeines

- Partialrevision, aber sog. „grosse“ Aktienrechtsrevision..!
- Vorarbeiten weit fortgeschritten
 - Begleitbericht/Vorentwurf: 2. Dezember 2005
 - Botschaft/Entwurf: 21. Dezember 2007
 - Rechtskommission StR
- Inhalt = (i) Aktienrecht + (ii) Rechnungslegungsrecht + (iii) HR-Recht etc.
- Finanzkrise etc. = Zusatzbotschaft bis Ende Nov. 2008
 - Entschädigungen von VR/GL
 - Rückforderungsmöglichkeiten
 - begleitende Massnahmen

Übersicht zu den Revisionen – OR-Revision

4. Zur aktuellen „grossen“ Aktienrechtsrevision

b) Lit. von PVK (Auswahl)

- *Aktienrechtsrevision 20xx – Betrachtungen eines unabhängigen Experten, Powerpointpräsentation in der Rechtskommission StR (Aufsatz in Vorbereitung – anfangs 09)*
- *Leitplanken für das Verhalten als Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (...), NZZ Nr. 258 (2008) 27*
- *Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision – Kurzbeitrag zu ausgewählten Neuerungsvorschlägen bei Art. 620 – Art. 636 E-OR und bei Art. 1 – Art. 5 Übest E-OR, GesKR 2008 – Herbst 08*
- *Status quo der „grossen Aktienrechtsrevision“ – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert (...), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 125 ff.*
- *Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft – eine Auslegeordnung aus aktuellen Anlässen, Reprax Sonderband (anfangs 2009)*
- *Das Einberufungsrecht für GV sowie weitere Aktionärsrechte (...), in: Jusletter vom 19. November 2007*
- *Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht (Zürich 2007) 169 ff.*
- *Die Vinkulierung als Geheimwaffe gegen unfreundliche Übernahmeveruche – Plädoyer für die Ergänzung der laufenden Aktienrechtsrevision um eine Vinkulierungs-Debatte, NZZ Nr. 268 (2007) 33; Duplik: NZZ Nr. 273 (2007) 29*

KkK und SICAV - Grundlagen

1. Anlagefondsgesetz (AFG)

- sachlicher Anwendungsbereich = vertragliche Grundlage
- *EU-Bezug*: sog. *autonomer Nachvollzug* von EU-Recht
- Konkurrenz durch europäische Fonds
- Mängel des schweizerischen Rechts
 - Steuern
 - Rechtsformen – z.B. fehlend = SICAV; folglich Abwanderungen
 - *Luxemburg*
 - Irland etc.

KkK und SICAV - Grundlagen

2. Kollektivkapitalanlagengesetz (KAG)

- Inkrafttreten: 1. Januar 2007 („vormals“ AFG)
- KAG: „same business – same risks – same rules“ (= SICAF..!)
- sog. *Rahmengesetz* (= + KKV + KKV-EBK bzw. KKV-FINMA)
- Paradebeispiel für sog. autonomen Nachvollzug von EU-Recht...
Folge für Rechtsanwendung = *europarechtskonforme Auslegung..!*
- Teil des *Finanzmarktrechts*
 - System = (i) Bewilligung + (ii) Aufsicht + (iii) Sanktionierung
 - kollektive Kapitalanlage: „offen“ gegen „geschlossen“
 - „offen“ = Anlagefonds + SICAV
 - „geschlossen“ = SICAF + KkK

Achterbahn für Anlagegesellschaften – Bewusste Todesstösse für Investmentgesellschaften in der Schweiz?, NZZ Nr. 75 (2006) 31

Investmentgesellschaften – Ein Testfall für das schweizerische Geldwäschereigesetz (GwG)?, ZBJV 142 (2006) 249 ff.

KkK und SICAV - Strukturelles

1. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)

a) Allgemeines

- 1. EBK-Bewilligung: 20. November 2007 (bis heute: zwei KkK...)
- neue Personengesellschaft – sog. *Gesamthandverhältnis..!*
- ausschliesslicher *Zweck* = Kollektivkapitalanlage (Art. 98 KAG)
- Fokus: sog. Risikokapital (Art. 103 Abs. 1 KAG) + alternative Anlagen
- Gründung der KkK
 - Bewilligung + Genehmigung
 - Eintragung im HR (Art. 100 KAG)
- zwingend: *Revisionsstelle*

KkK und SICAV - Strukturelles

b) Gesellschafter in der KkK

- *Zweiteilung* der Gesellschafter (wie im OR), und zwar...

- sog. Komplementär = unbeschränkte Haftung
 - *AG mit Sitz* in CH (Art. 98 Abs. 2 Satz 1 KAG)
 - Komplementär bei einer einzigen KkK (Art. 98 Abs. 2 Satz 2 KAG)
 - Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 118 Abs. 1 KKV i.V.m. Art. 14 KAG)
 - Meldepflicht bei Änderungen (Art. 118 Abs. 3 KKV)

- sog. Kommanditär = beschränkte Haftung (Kommanditsumme)
 - *qualifizierter Investor* (Art. 98 Abs. 3 KAG; Art. 6 KKV)
 - mind. 5 nach 1 Jahr (Art. 5 Abs. 3 KKV)
 - keine Meldung bei Änderungen (Art. 15 Abs. 1 lit. c KKV)

KkK und SICAV - Strukturelles

c) KkK KAG sowie Komm.G. OR

- Prinzip = *OR subsidiär* anwendbar (Art. 99 KAG)

- Unterschiede KAG/OR (in Übersicht)
 - eingeschränkter Zweck (z.B. Art. 103 KAG)
 - formalisierte Gründung (Schriftform, HR-Eintragung)
 - Komplementär = AG
 - Kommanditär = qualifizierter Investor
 - Rechtsform als Firmenbestandteil (Art. 101 KAG)
 - relativiertes Konkurrenzverbot (Art. 104 KAG)
 - Revisionspflicht (Art. 107 KAG, Art. 126 Abs. 1 lit. c KAG)
 - Verwechslungs- und Täuschungsverbot (Art. 12 Abs. 2 KAG)

Die neue Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (...), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV (Bern 2009) tbd

KkK und SICAV - Strukturelles

2. Société d'investissement à capital variable (SICAV)

a) Allgemeines

- 1. EBK-Bewilligung: 24. September 2007
- spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ohne festes AK
- ausschliesslicher Zweck = Kollektivkapitalanlage (Art. 36 Abs. 1 lit. d KAG)
- Gründung der SICAV
 - OR, aber *nicht*: Art. 628 und 634 OR (Art. 37 Abs. 1 KAG)
 - Mindesteinlage = CHF 250'000.-- (selbstverwaltet) / CHF 500'000.-- (fremdverwaltet) (Art. 37 Abs. 2 und 3 KAG)
- Bezeichnung „SICAV“ in Firma (Art. 38 Abs. 1 KAG)
- zwingend: *Revisionsstelle* (Art. 52 KAG)

KkK und SICAV - Strukturelles

b) Kapitalstruktur / Aktien

- AK = NICHT zum Voraus bestimmt (Art. 36 Abs. 1 lit. a KAG) = „Open-End“
 - Konsequenz:
 - Bestimmungen Kapitalerhöhung/-herabsetzung: OR nicht anwendbar
 - keine Statutenänderung/HR-Eintragung bei Ausgabe und Rücknahme von Aktien
- Unternehmeraktien versus Anlegeraktien
 - grundsätzlich Einheitsaktien mit je einer Stimme...
 - ...aber: Möglichkeit verschiedener Aktienkategorien in den Statuten
 - zwingend: Unternehmeraktien = Namenaktien (Art. 40 Abs. 1 KAG)
- *Nennwert*: alle Aktien ohne Nennwert
- *Liberierung*: vollumfänglich bar
- *nein* = eigene Aktien
- *nein* = PS, GS, Vorzugsaktien

KkK und SICAV - Strukturelles

c) Gesellschafter in der SICAV

- Unternehmeraktionäre (UA) + Anlegeraktionäre (AA)
 - natürliche + juristische Personen
 - aber: Bewilligungsvoraussetzungen, falls UA als VR/GF oder qualifizierte Beteiligung (Art. 14 KAG)
- Pflichten
 - AA: Barliberierung Ausgabepreis
 - UA: Barliberierung Mindesteinlage + *dauernd* einhalten („*faktische Nachschusspflicht*“ bei Unterschreitung Mindesteinlage)
- Rechte
 - nicht vermögensmässige:
 - analog AG (z.B. Art. 46 ff., 84 und 85 KAG; Art. 63 KKV)
 - aber: Auflösung nur durch UA (Art. 96 Abs. 1 lit. a KAG)
 - vermögensmässige:
 - jederzeitiger *Rückgabeanspruch* Barzahlung (Art. 78 Abs. 2 KAG)
 - Beteiligung am Bilanzgewinn (Art. 78 Abs. 1 lit. b KAG)

KkK und SICAV - Strukturelles

d) SICAV KAG sowie AG OR

- Prinzip = *OR subsidiär* anwendbar (z.B. Art. 37 Abs. 1 KAG)

- Unterschiede KAG/OR (in Übersicht)
 - eingeschränkter Zweck (36 Abs. 1 lit. d KAG)
 - kein festes AK (Art. 36 Abs. 1 lit. a KAG)
 - Mindestkapital CHF 250'000.-- bzw. CHF 500'000.--
 - Mindesteinlage in bar durch UA
 - kein Nennwert der Aktien
 - keine Sacheinlage, Sachübernahme, besondere Vorteile
 - Bestimmungen Kapitalerhöhung/-herabsetzung nicht anwendbar
 - keine eigenen Aktien
 - keine PS, GS, Vorzugsaktien

Schlussbemerkungen

1. Fokus auf Körperschaften

- Beispiele: AG-Revision, GmbH-Revision, neues Revisionsrecht
- zudem: neue spezialgesetzliche AG gemäss KAG = SICAV
- zentral = aktuelle „grosse“ Aktienrechtsrevision..!

2. Vernachlässigung der Personengesellschaften

- Personengesellschaften insbesondere *durch GmbH „bedrängt“*
- Alternativen:
 - Haftungsbeschränkung für unbeschränkt haftbare Gesellschafter?
 - neue Gesellschaftsform: sog. Partnerschaft mit beschränkter Haftung
- Perspektiven:
 - KkK gemäss KAG = neue Personengesellschaft
 - KkK als mögliches Vorbild für schweizerische GmbH & Co. KG?

3. Siegeszug der GmbH als Alternative zur AG

Schlussbemerkungen

4. Die Gesellschaftsform ist tot, es lebe die Wirtschaftsform...

- jüngst: Revisionsrecht
- bald: Rechnungslegungsrecht
- FusG/KMU-Privilegierungen
- GmbH-Revision & BEHG

5. Zukunft des Gesellschaftsrechts

- AT Gesellschaftsrecht?
- kodifiziertes Konzernrecht?
- Schweizerisches Aktiengesetz (AktG)?

Auf Wiedersehen...

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

**Besten Dank für Ihre
Aufmerksamkeit..!**

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031/ 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch