

**Peter V. Kunz**  
**Florian S. Jörg**  
**Oliver Arter**  
(Herausgeber)

# **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII**

**Oliver Arter**  
**Harald Bärtschi**  
**Dieter Gericke / Luca Dalla Torre**  
**Lukas Glanzmann / Markus Wolf**  
**Florian S. Jörg**  
**Peter V. Kunz**  
**David Rüetschi**  
**Urs Schenker**



**Stämpfli Verlag AG Bern · 2012**



---

Peter V. Kunz  
Florian S. Jörg  
Oliver Arter  
(Herausgeber)

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII**



---

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ  
FLORIAN S. JÖRG  
OLIVER ARTER

Mit Beiträgen von:

OLIVER ARTER  
HARALD BÄRTSCHI  
DIETER GERICKE / LUCA DALLA TORRE  
LUKAS GLANZMANN / MARKUS WOLF  
FLORIAN S. JÖRG  
PETER V. KUNZ  
DAVID RÜETSCHI  
URS SCHENKER



---

Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8825-8



---

# Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten bei Personengesellschaften in der Schweiz

PETER V. KUNZ<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

<b>Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten bei Personengesellschaften in der Schweiz.....</b>	<b>171</b>
<b>1. Vorbemerkungen.....</b>	<b>172</b>
<b>2. Entwicklungen in der Praxis .....</b>	<b>173</b>
2.1 Grundlagen.....	173
2.1.1 Rechtssetzung.....	173
2.1.2 Rechtsanwendung .....	175
2.1.3 Rechtsgestaltung .....	175
2.2 Übersicht – zwei interessante BGE .....	176
2.2.1 BGE 4A_509/2010.....	176
2.2.1.1 Tatsächliches.....	176
2.2.1.2 Rechtliches.....	176
2.2.1.3 Einschätzung .....	177
2.2.2 BGE 4A_275/2010.....	178
2.2.2.1 Tatsächliches.....	178
2.2.2.2 Rechtliches.....	178
2.2.2.3 Einschätzung .....	180
<b>3. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten.....</b>	<b>180</b>
3.1 Grundlagen.....	180
3.1.1 Basis.....	180
3.1.1.1 Voraussetzungen jeder Gesellschaft.....	180
3.1.1.2 Vertragsnähe bei Personengesellschaften.....	181
3.1.2 Dispositives Personengesellschaftsrecht .....	182
3.2 Einfache Gesellschaften .....	184
3.2.1 Einführung .....	184
3.2.1.1 Struktur .....	184
3.2.1.2 Realitäten .....	185
3.2.2 Vertragliche Gestaltungen.....	186
3.3 Kollektivgesellschaften .....	188
3.3.1 Einführung .....	188
3.3.1.1 Struktur .....	188

---

<sup>1</sup> Meine Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch), Frau MLaw SARAH KAMBER, hat sich sehr verdient gemacht um die vorliegende Publikation – ihr sei hiermit herzlich gedankt; der Aufsatz wurde *Mitte November 2011* abgeschlossen.

3.3.1.2	Realitäten .....	190
3.3.2	Vertragliche Gestaltungen .....	190
3.4	Kommanditgesellschaften .....	191
3.4.1	Einführung .....	191
3.4.1.1	Struktur .....	191
3.4.1.2	Realitäten .....	193
3.4.2	Vertragliche Gestaltungen .....	194
3.5	Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen .....	195
3.5.1	Einführung .....	195
3.5.1.1	Struktur .....	195
3.5.1.2	Realitäten .....	196
3.5.2	Vertragliche Gestaltungen .....	197
<b>4.</b>	<b>Schlussbemerkungen</b> .....	<b>197</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>198</b>

## 1. Vorbemerkungen

Vor einigen Jahren konnte zur *Gerichtspraxis* in der Schweiz festgehalten werden: „Im Bereich der Personengesellschaften gab und gibt es traditionellerweise – zumindest im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften – *wenige Urteile*. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Oftmals geht es bei solchen Auseinandersetzungen wohl eher um geringe Streitwerte, so dass sich das *Kostenrisiko* eines langwierigen Prozesses für die Parteien nicht lohnt; ausserdem stehen bei Personengesellschaften nicht selten „kleinräumige“ Verhältnisse im Vordergrund, so dass die *Vergleichsbereitschaft* unter den Parteien hoch ist“<sup>2</sup>.

Diese Aussagen treffen heute im Grossen und Ganzen nach wie vor zu. Doch daraus sollte *nicht das Ende der Personengesellschaften* im Allgemeinen oder des Personengesellschaftsrechts im Besonderen<sup>3</sup> für die Wirtschaftsrealität abgeleitet werden – im Gegenteil:

Die Zukunft der *Kollektivgesellschaft* (KolG) bzw. der *Kommanditgesellschaft* (KomG) sieht zwar eher unsicher aus, zumindest ohne rechtspolitische Unterstützung im Bereich der Gesellschafterhaftung<sup>4</sup>. Immerhin erweist sich die *einfache Gesellschaft* (eG) weiterhin als *die* dominante

---

<sup>2</sup> KUNZ, Aktualitäten, S. 148; Hervorhebungen im Original.

<sup>3</sup> Beispielsweise wurde und wird die *wissenschaftliche Literatur* zu den Personengesellschaften in den letzten Jahren durch verschiedene Kommentar-Werke bereichert: BK-FELLMANN/MÜLLER, *passim*; ZK-HANDSCHIN/CHOU, *passim*; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, *passim*.

<sup>4</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.1.



Gesellschaftsform in der Schweiz<sup>5</sup>. Ausserdem wurde nach mehr als 120 Jahren eine neue Personengesellschaft ins Gesellschaftsrecht eingeführt, nämlich die *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (KkK). M.E. bleibt die Schweiz für ihre idealtypische „KMU-Wirtschaft“ auf Personengesellschaften dringend angewiesen<sup>6</sup>.

## 2. Entwicklungen in der Praxis

### 2.1 Grundlagen

#### 2.1.1 Rechtssetzung

Die Personengesellschaften – konkret: eG, KolG und KomG – wurden bereits mit dem ersten Obligationenrecht (OR) auf Bundesebene im *Jahre 1883* eingeführt; ob Personengesellschaften bereits vorher auf Kantons-ebene geregelt waren<sup>7</sup>, entzieht sich der Kenntnis des Unterzeichners. Seit dem 19. Jahrhundert blieben die drei OR-Personengesellschaften bis ins 21. Jahrhundert im Wesentlichen unverändert. Im *Jahre 2007* wurde mit der KkK, basierend auf dem Kollektivanlagengesetz (KAG), eine neue Personengesellschaft geschaffen<sup>8</sup>.

Dass das Personengesellschaftsrecht in der Schweiz bis anhin von *umfassenden Revisionen verschont* blieb, muss erstaunen. Die nach der letzten „grossen“ Aktienrechtsrevision eingesetzte sog. Group der Reflexion „Gesellschaftsrecht“ befasste sich mit der Thematik überhaupt nicht<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Zur eG ergehen regelmässig (Bundesgerichts-)Urteile: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2; die eG stellt das *Grundmodell* (Art. 530 Abs. 1 OR) sowie die *Auffanggesellschaft* (Art. 530 Abs. 2 OR) sämtlicher Gesellschaften dar – aus diesen Gründen ist die eG in unterschiedlichsten Bereichen verbreitet: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.1.2; für *wirtschaftliche Tätigkeiten* kommt die eG – insbesondere wegen des Verbots des kaufmännischen Betriebs oder der Fokussierung auf bürgerliche Stellvertretung – hingegen nur in eingeschränktem Ausmasse in Frage.

<sup>6</sup> Dies könnte (oder sollte sogar) zu einem eigentlichen sog. *KMU-Statut* im Gesellschaftsrecht führen: KUNZ, Rundflug, S. 195 m.w.H.; KUNZ, KMU, S. 5 ff.

<sup>7</sup> Im 19. Jahrhundert standen zahlreiche *kantonale Aktienrechte* in Kraft, und zwar zuerst im Kanton Solothurn (1847) und mit der grössten Regelungsdichte – 49 Artikel – im Kanton Bern (1860).

<sup>8</sup> Während die Ordnung zu den Personengesellschaften des OR zum *Organisationsrecht* gehört, stellt das Kollektivanlagenrecht vielmehr *Branchenrecht* für die Finanzindustrie dar.

<sup>9</sup> Das *Personengesellschaftsrecht* war im Übrigen von den Abklärungen *nicht ausgeschlossen*: Schlussbericht vom 24. September 1993, S. 6.

Ebenfalls keine gesetzgeberischen Folgen hatte im Jahre 1997 eine nationalrätliche Motion (97.3142) von Hansueli Raggenbass, die in der Folge „still versandete“.

M.E. drängt sich eine *rechtspolitische Überprüfung* des aktuellen Personengesellschaftsrechts auf. In diesem Zusammenhang könnten und sollten zumindest mittelfristig einerseits „*Kleinthemen*“ und andererseits „*Grossthemen*“ debattiert werden:

In die erste Kategorie gehört etwa die Diskussion, ob der *Verzicht auf Revisionen* bei KolG und bei KomG tatsächlich gerechtfertigt ist<sup>10</sup>; eine Buchführungspflicht ohne entsprechende Revisionspflicht erscheint wenig konsequent. Betreffend die KomG sollte, als weiteres Beispiel, die Einführung einer *Mindestkommanditsumme* thematisiert werden<sup>11</sup>.

Von grundlegender Bedeutung (somit zur zweiten Kategorie gehörig) wäre die Schaffung *neuer Personengesellschaften*, die primär die unbeschränkte Haftung der meisten Personengesellschafter<sup>12</sup> relativieren würden<sup>13</sup>. Vor einigen Jahren wurde in der Wissenschaft eine sog. *Personengesellschaft mit beschränkter Haftung* (PmbH) vorgeschlagen<sup>14</sup>, also sozusagen eine „Kommanditgesellschaft ohne Komplementär“<sup>15</sup>; gesetzgeberisch einfacher wäre die Ermöglichung einer sog. *schweizerischen „GmbH & Co. KG“*, d.h. als Komplementär würden juristische Personen (z.B. GmbH) zugelassen<sup>16</sup>. Schliesslich sollte erwogen werden, die sog. *stille Gesellschaft* als Sonderform der eG legislativ zu umschreiben<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> Dabei handelte es sich um einen *bewussten gesetzgeberischen* Entscheid – zur Motivation des Gesetzgebers: KUNZ, Aktualitäten, S. 138, Fn 13.

<sup>11</sup> Art. 594 Abs. 1 OR sieht – anders als teils im Ausland – *keine minimale* Kommanditsumme vor; es wäre also zulässig, z.B. einen Franken oder sogar *einen Rappen* als Haftungsschranke im Handelsregister (HR) einzutragen – bis anhin lag (noch) keine eingetragene Kommanditsumme unter CHF 1'000.--.

<sup>12</sup> Die *einfachen Gesellschafter*, die *Kollektivgesellschaftler* sowie die *Komplementäre* haften *unbeschränkt* mit ihrem gesamten Privatvermögen für Gesellschaftsschulden.

<sup>13</sup> Detailliert: KUNZ, Aktualitäten, S. 156 ff. m.w.H.

<sup>14</sup> Hierzu: BÖCKLI, S. 17 ff.; befürwortend: KUNZ, Aktualitäten, S. 157 f.; HERREN-SENN, S. 269 ff.

<sup>15</sup> BÖCKLI, S. 30.

<sup>16</sup> Die *ersatzlose Streichung* von Art. 594 Abs. 2 OR wäre ausreichend.

<sup>17</sup> Die stille Gesellschaft ist die einzige Innominatgesellschaft der Schweiz; beispielsweise in *Deutschland* (§ 230 ff. HGB) sowie in *Liechtenstein* (Art. 768 ff. PGR) sind die stillen Gesellschaften gesetzlich geregelt.

### 2.1.2 Rechtsanwendung

Unter Rechtsanwendung wird die *individuell-konkrete Umsetzung* von generell-abstrakten Normen (= Rechtssetzung) durch Behörden in Verfügungen oder durch Gerichte in Urteilen verstanden. Bei Personengesellschaften – konkret: KolG sowie KomG – kommt als Behörde das *Handelsregister* (HR) in Frage; eG müssen und dürfen hingegen im HR nicht eingetragen werden<sup>18</sup>. Die HR-Eintragung ist bei sog. kaufmännischen KolG bzw. KomG deklaratorisch<sup>19</sup> und bei sog. nichtkaufmännischen KolG bzw. KomG konstitutiv<sup>20</sup>.

Ziff. 2.2 der vorliegenden Darstellung befasst sich mit zwei neueren Entscheiden des *Bundesgerichts*, die zwar wenig Neues mit sich bringen, aber Altbewährtes bestätigen; insofern kann eine ausführliche Behandlung gerechtfertigt werden. Gerichte können sich einzig mit Rechtsfragen beschäftigen, wenn sie von Streitparteien angerufen werden, was – wie erwähnt<sup>21</sup> – bei *Personengesellschaften relativ selten* der Fall ist.

### 2.1.3 Rechtsgestaltung

Rechtssetzung (generell-abstrakt)<sup>22</sup> sowie Rechtsanwendung (individuell-konkret)<sup>23</sup> werden nicht allein, aber auch zum Personengesellschaftsrecht sozusagen „wissenschaftlich begleitet“. Anders verhält es sich bei der *Rechtsgestaltung*, also bei den Formulierungen von Gesellschaftsverträgen<sup>24</sup> oder von anderen Rechtsgeschäften oder bei Transaktionsberatungen (z.B. M&A) etc.<sup>25</sup>, die bis anhin ein ausschliessliches Praktiker-Thema darstellt.

Ziff. 3 dieser Abhandlung befasst sich mit *privatautonomem Gestaltungsmöglichkeiten* der Gesellschaftsverträge von eG, von KolG, von KomG und von KkK. Eine abschliessende Darstellung soll und kann nicht angestrebt werden, d.h. es erfolgt eine bewusste Beschränkung nach sub-

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.1.1.

<sup>19</sup> Art. 552 Abs. 1 OR sowie Art. 594 Abs. 3 OR.

<sup>20</sup> Art. 553 OR sowie Art. 595 OR.

<sup>21</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.

<sup>22</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

<sup>23</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

<sup>24</sup> Dabei muss zwischen Gesellschaftsverträgen von *Personengesellschaften* (vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.1.2) und Statuten von *Kapitalgesellschaften* unterschieden werden: KUNZ, Statuten, S. 63 ff. (betreffend AG).

<sup>25</sup> Statt aller: HÖHN, S. 343 ff.

jektiven Gesichtspunkten. Insbesondere sollen die Ausführungen zu einer *Sensibilisierung* der Berater (Rechtsanwälte, Treuhänder o.ä.) für die Thematik führen<sup>26</sup>.

## 2.2 Übersicht – zwei interessante BGE<sup>27</sup>

### 2.2.1 BGE 4A\_509/2010

#### 2.2.1.1 *Tatsächliches*

Das Bundesgericht befasste sich in BGE 4A\_509/2010 mit einer *Zusammenarbeit in der Textilbranche*. Eine Einzelunternehmung und eine GmbH wollten ihre „Textilgeschäfte“ – u.a. die Lieferung von Arbeitsbekleidung sowie die Produktion in Fernost – *koordinieren* und *gemeinsam abwickeln*. Die Zusammenarbeit der Parteien<sup>28</sup> wurde Dritten (z.B. den wichtigsten Kunden) durch ein gemeinsames Schreiben mitgeteilt.

Die Kooperation versprach offensichtlich mehr, als sie halten konnte – bereits nach einem halben Jahr endete die Zusammenarbeit, und es erfolgte eine Beendigung, und zwar „einvernehmlich“. Nach dem *Handelsgericht des Kantons Zürich* hatte sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde in Zivilsachen der GmbH zu befassen; die GmbH machte eine „Rückzahlung“ geltend aus Darlehen, wobei die Einzelunternehmung von einer Gesellschaft (sc. eG) ausging, die ordentlich zu liquidieren sei.

#### 2.2.1.2 *Rechtliches*

Das juristische Zentralthema bestand in der Abgrenzung zwischen einem sog. (*partiarischen*) *Darlehen* und einer *einfachen Gesellschaft*. Die recht-

---

<sup>26</sup> In der Wirtschaftsrealität dominieren „*Muster-Verträge*“ etc., so dass m.E. die *Kreativität der Rechtsgestaltung* mindestens teilweise verloren geht – für die vergleichbare Situation bei den Statutengestaltungen von AG: KUNZ, Statuten, S. 57 und S. 59.

<sup>27</sup> Zu den folgenden Ausführungen: KUNZ, Bundesgerichtsentscheide, *passim*.

<sup>28</sup> Im Rahmen des Zusammenwirkens wurde der Sitz der Einzelfirma, der *unentgeltlich* zwei Büroräume zur Verfügung gestellt wurden, an den Sitz der GmbH verlegt; die beiden Parteien trugen ihre *Auslagen je selber*, und die Geschäftsführerin der GmbH, der eine Vollmacht über das Bankkonto sowie eine Zeichnungsberechtigung bei der Einzelunternehmung eingeräumt wurden, bezog *keinen Lohn*; im Übrigen erfolgten „*Vorfinanzierungen*“ der GmbH für die Warenlieferungen an die Einzelfirma – insbesondere deren rechtliche Qualifikation als Kreditorenverhältnis oder als Finanzleistung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft war umstritten: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.2.

lichen Folgen sind unterschiedlich z.B. bei der allfälligen „Schlussabwicklung“ der Rechtsbeziehung: Darlehen können gekündigt und danach zurückgefordert werden; Beiträge bzw. Einlagen in eine eG gemäss Art. 531 OR können während des Gesellschaftsverhältnisses im Prinzip nicht „ausbezahlt“ werden, sondern sind im Rahmen einer Gesellschaftsliquidation zu berücksichtigen<sup>29</sup>.

Die *Abgrenzung* zwischen einem Vertragsverhältnis einerseits sowie einem Gesellschaftsverhältnis andererseits bringt immer wieder Probleme in der Wirtschaftsrealität mit sich<sup>30</sup>. Das *Bundesgericht* hielt dazu insbesondere fest, was folgt:

„Eine besondere Art von Darlehen, ein sogenanntes *partiarisches Darlehen*, liegt vor, wenn der Darleiher sich nicht oder nicht nur Zins versprechen lässt oder verspricht, sondern ausschliesslich oder zusätzlich eine Beteiligung am Gewinn oder am Verlust (...). Bedingt sich ein Geldgeber überdies *Mitsprache- oder gar Mitwirkungsrechte* bei der Geschäftstätigkeit aus, die über die gewöhnliche Kontrolle hinausgehen, wie sie beim Darlehen üblich ist, liegt ein *starkes Indiz* für eine *einfache Gesellschaft* vor, gegebenenfalls in der Form einer stillen Gesellschaft, die nach aussen gar nicht in Erscheinung tritt (...)<sup>31</sup>.

### 2.2.1.3 *Einschätzung*

Im konkreten Fall lag ein (typisches) sog. *vertragliches Joint Venture* in der Form einer eG vor. Davon zu unterscheiden sind partiarische Vertragsverhältnisse, insbesondere partiarische Darlehen<sup>32</sup> sowie partiarische Einzelarbeitsverträge<sup>33</sup>. Im Grossen und Ganzen handelt es sich bei BGE 4A\_509/2010 um eine *Bestätigung* der bundesgerichtlichen Praxis – als massgeblich für die Gesellschaftsbeteiligung erscheint m.E. weniger die Erfolgsbeteiligung, sondern eher die *Mitsprache bzw. Mitwirkung* der Parteien bei der Willensbildung.

In der Wirtschaftsrealität kommen häufig *Unternehmenssanierungen durch Banken* vor. In diesem Zusammenhang behalten sich – verständli-

---

<sup>29</sup> Zur Unterscheidung von Art. 531 OR sowie Art. 537 OR: BGE 4A\_509/2010: Erw. 6.1.

<sup>30</sup> Vergleichbares Urteil aus dem Jahre 2007: KUNZ, KMU, S. 37 ff.

<sup>31</sup> BGE 4A\_509/2010: Erw. 5.2; Hervorhebungen hinzugefügt – ähnlich: a.a.O. Erw. 5.3 a.E.

<sup>32</sup> Jüngst zur *Abgrenzung*: BGE 4P.333/2006 vom 15. März 2007; zudem: GUERY, *passim*; FURRER, S. 130 ff.; MÜLLER, S. 24 ff.

<sup>33</sup> Hierzu: AUBERT, S. 169 ff.

cherweise – die meisten Banken hinsichtlich ihrer Kredite bestimmte „Kontrollrechte“ o.ä. vor, was m.E. allerdings mit *erheblichen Haftungsrisiken* für den Darlehensgeber verbunden sein kann:

Bei *Kapitalgesellschaften*, insbesondere bei AG, kann die „kontrollierte“ Darlehensvergabe die Bank je nach Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zum sog. *faktischen Organ* der zu sanierenden Körperschaft machen (Art. 754 Abs. 1 OR: „befasst“)<sup>34</sup>. Bei sanierungsbedürftigen *Personengesellschaften* – wohl weniger bei eG als vielmehr bei KolG, bei KomG sowie bei KkK – kann die „Kontrolle“ durch Mitspracherechte oder durch Mitwirkungsmöglichkeiten zur Qualifikation des (vermeintlichen) „Darlehens“ als eG mit einer unbeschränkten Haftung der Bank als einfache Gesellschafterin führen.

## 2.2.2 BGE 4A\_275/2010

### 2.2.2.1 Tatsächliches

BGE 4A\_275/2010 behandelte Rechtsfragen hinsichtlich der *Liquidation eines Baukonsortiums*, zu dem sich ein Architekturbüro, ein Bauunternehmen sowie eine Immobiliengesellschaft zusammengeschlossen hatten. Das Konsortium, das als eG qualifiziert wurde, bezweckte die Erstellung von Terrassenhäusern.

Der *gerichtlich eingesetzte Liquidator* wurde von einem *einzelnen* einfachen Gesellschafter eingeklagt, und zwar auf Schadenersatz wegen angeblichen Fehlern im Rahmen der Gesellschaftsliquidation<sup>35</sup>. Das *Handelsgericht des Kantons Aargau* befassete sich mit dem Streitfall und wies anfangs 2010 die Klage u.a. mangels Klagebefugnis ab.

### 2.2.2.2 Rechtliches

Während der Liquidation besteht die eG als sog. Abwicklungsgesellschaft fort<sup>36</sup>. Das Kernthema lautete wie folgt: „Streitig ist die Frage, ob ein *einzelner Gesellschafter* einer einfachen Gesellschaft *alleine* Schadener-

---

<sup>34</sup> Allg. zur Thematik: BGE 107 II 354 Erw. 5.a.; BGE 117 II 442 Erw. 2.b.; BGE 128 III 92 Erw. 3.a.; BGE 132 III 528 f. Erw. 4.5.

<sup>35</sup> *Vorgeworfen* wurde dem *Liquidator* u.a., dass er seinen Aufgaben „nicht gewachsen und nicht nachgekommen“ sei und dass es ausserdem zu einer „Verzögerung der Liquidation“ und zu „Fehlzahlungen“ gekommen sei – schliesslich kam es zu Vorwürfen wegen des „Honorars“ des Liquidators.

<sup>36</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 4.1.

satzansprüche gegenüber eine[m] gerichtlich eingesetzten [Liquidator] geltend machen kann oder ob ein solcher Schadenersatzanspruch von *allen Gesellschaftern gemeinsam* als *notwendige Streitgenossenschaft* einzuklagen ist<sup>37</sup>.

Die eG besteht als sog. *Gesamthandverhältnis* der einfachen Gesellschafter<sup>38</sup> – eine abweichende Ordnung ist angesichts der dispositiven Regelung möglich<sup>39</sup>. Schadenersatzansprüche der eG fallen ins Gesellschaftsvermögen: „Entsprechende Ansprüche können – unter Vorbehalt abweichender Regelungen – nur von *allen* Gesellschaftern gemeinsam als *notwendige „aktive“ Streitgenossenschaft* geltend gemacht werden“<sup>40</sup>.

Da die Zustimmungen der übrigen einfachen Gesellschafter fehlten, versuchte der Kläger, sein Rechtsbegehren als sog. „*actio pro socio*“ zu deklarieren<sup>41</sup>, wonach ein Einzelner im Gesellschaftsinteresse zugunsten der und auf Leistung an die eG klagen kann<sup>42</sup> – insofern stellt diese Klage eine Durchbrechung des Gesamthandprinzips dar<sup>43</sup>. Dabei hat der Kläger indes die Grenzen dieser spezifischen Gesellschafterklage übersehen:

„Die „*actio pro socio*“, die nur gegen Gesellschafter, nicht indessen gegen Dritte erhoben werden kann, ist auch *nicht analog gegen Dritte* anwendbar. Namentlich stellt der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Umstand, wonach die untereinander *vollständig zerstrittenen Gesellschafter* die Gesellschaftsklage nicht erheben würden und daher eine Gesellschaftsklage nicht möglich sei, keinen Grund dar, welche die Aktivlegitimation eines einzelnen Gesellschafters in Analogie zur „*actio pro socio*“ zu rechtfertigen vermöchte“<sup>44</sup>. Das *Konzept der gemeinsamen Klage* bezweckt den „Schutz der Gemeinschaft oder ihrer Mitglieder vor schädlichen Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler“<sup>45</sup>.

---

<sup>37</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 4 a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt – zu einem vergleichbaren Urteil aus dem Jahre 2007: KUNZ, KMU, S. 52 ff.

<sup>38</sup> Folglich steht das „Gesellschaftsvermögen“ *nicht der Gesellschaft*, sondern *allen Gesellschaftern gemeinsam* zu, und zwar „zu gesamter Hand“ (z.B. Sachen im Gesamteigentum stehend); allg.: KUNZ, Rundflug, S. 18 ff.

<sup>39</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.

<sup>40</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 4.2 a.E.; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>41</sup> Generell dazu: HARTMANN, *passim*.

<sup>42</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 5.1: „Unter der „*actio pro socio*“ wird das Recht *jedes* Gesellschafters verstanden, von Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im *eigenen Namen* Klage auf *Leistung an die Gesellschaft* zu erheben“; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>43</sup> Allg.: BK-FELLMANN/MÜLLER, N 97 zu Art. 544 OR.

<sup>44</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 5.3; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>45</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 5.3.

### 2.2.2.3 *Einschätzung*

Der vorliegende Fall erscheint durchaus richtig entschieden worden zu sein. Bei einem *Dritten als Liquidator* einer eG stehen keine Gesellschafterpflichten zur Diskussion, so dass konzeptionell die „*actio pro socio*“ nicht in Frage kommen kann, weil diese Klage ausschliesslich das *Innenverhältnis* der Personengesellschaft betrifft<sup>46</sup>.

Sollte es hingegen um einen (z.B. vertraglich bestellten)<sup>47</sup> *Gesellschafter als Liquidator* gehen, ist m.E. die „*actio pro socio*“ *zulässig* zugunsten der Personengesellschaft. Die eG dauert nämlich als Abwicklungsgesellschaft an, so dass der liquidierende Gesellschafter seine Liquidationspflichten aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung zu erfüllen hat. Der Gesellschafter nimmt die Liquidation im *Innenverhältnis* wahr.

## 3. **Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten**

### 3.1 **Grundlagen**

#### 3.1.1 **Basis**

##### 3.1.1.1 *Voraussetzungen jeder Gesellschaft*

Die geschäftsmässige Zusammenarbeit von mehreren beruht entweder auf einem „*Vertrag*“ oder auf einer „*Gesellschaft*“, wobei die Abgrenzung im Einzelfall – z.B. zwischen einer eG sowie einem partiarischen Darlehen – schwierig sein kann. Das Bundesgericht äussert sich immer wieder zu dieser Fragestellung<sup>48</sup>. Jede Gesellschaft, sei es eine Personenge-

---

<sup>46</sup> Sollten die einfachen Gesellschafter untereinander so *zerstritten* sein, dass die Zustimmung zu einer *aussichtsreichen gemeinsamen Klage* zugunsten des gemeinschaftlichen Liquidationsvermögens nicht zustande kommt, begehen die blockierenden Gesellschafter eine *Treuepflichtverletzung*; der *blockierte* Gesellschafter kann gegen den *blockierenden* Gesellschafter vorgehen – BGE 4A\_275/2010: Erw. 5.3: „Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, bleibt es dem einzelnen Gesellschafter unbenommen, im Stadium der internen Liquidation gegen diejenigen Gesellschafter vorzugehen, die allenfalls die Mitwirkung an einer Klage gegen die Liquidatorin pflichtwidrig abgelehnt haben“.

<sup>47</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.

<sup>48</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.



sellschaft oder eine Kapitalgesellschaft, zeichnet sich durch *drei Grundelemente* aus<sup>49</sup>:

Erstens, es braucht eine *Mehrheit von Personen* als Gesellschafter<sup>50</sup> (sog. Einpersonen-Personengesellschaften sind ausgeschlossen)<sup>51</sup>; zweitens, ein *gemeinsamer Zweck* sämtlicher Gesellschafter bzw. der Gesellschaft ist unerlässlich; und drittens, alle Gesellschaften basieren auf einer *vertraglichen Grundlage* (bei den Körperschaften handelt es sich um die Statuten und bei den Rechtsgemeinschaften um den Gesellschaftsvertrag<sup>52</sup>)<sup>53</sup>.

### 3.1.1.2 Vertragsnähe bei Personengesellschaften

Das zentrale Strukturelement sämtlicher Personengesellschaften stellt der *Gesellschaftsvertrag* dar, der *formfrei* – sogar stillschweigend oder konkludent<sup>54</sup> – von den Gesellschaftern miteinander abgeschlossen werden kann<sup>55</sup>. Konzeptionell können m.E. die *Personengesellschaften* als eigentliches *Vertragsgeflecht* zwischen den beteiligten Vertragspartnern (= Personengesellschafter) verstanden werden<sup>56</sup>. Bei den Personengesellschaften erscheint deren „*Vertragsnähe*“ *ausgeprägter* als bei den Kapitalgesellschaften:

Dies wird etwa daran ersichtlich, dass das *Einstimmigkeitsprinzip* von Gesetzes wegen vorherrscht (z.B. Art. 534 Abs. 1 OR) und dass die eG systematisch nicht im Gesellschaftsrecht, sondern bei den *besonderen Vertragsverhältnissen* des OR aufgeführt wird (Art. 530 ff. OR als „Drei-

---

<sup>49</sup> Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 3 m.w.H.

<sup>50</sup> *Abgrenzungen* zu diesem Personenbezug sind z.B. Stiftungen, Anlagefonds sowie Anstalten.

<sup>51</sup> Bei den *Personengesellschaften* braucht es *mindestens zwei* Gesellschafter; bei den Körperschaften sind hingegen Einpersonen-AG (Art. 625 OR) und Einpersonen-GmbH (z.B. Art. 775 OR) zulässig.

<sup>52</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.1.2.

<sup>53</sup> *Gesetzliche* Personenverbindungen (z.B. eine Erbengemeinschaft oder eine Gläubigergemeinschaft im Konkurs) oder *öffentlichrechtliche* Verbindungen sind *keine Gesellschaften*, und zwar *mangels vertraglicher* Basis: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 19 ff.

<sup>54</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.1.1.

<sup>55</sup> Es handelt sich um einen sog. *Innominatkontrakt*.

<sup>56</sup> In den USA wird dieser Ansatz seit Jahrzehnten als sog. *Nexus of Contracts* diskutiert – allerdings nicht allein für Personengesellschaften („Partnerships“), sondern ebenfalls für Kapitalgesellschaften („Corporations“); m.E. hat sich die schweizerische Wissenschaft (noch) zu wenig mit dieser Thematik befasst.

undzwanzigster Titel“ werden vor „Dritte Abteilung: Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft“ ab Art. 552 ff. OR geregelt). Vertragstypisch sind ausserdem die *Kündigungsmöglichkeiten* der Gesellschaftsverträge (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR, Art. 574 Abs. 1 OR [Verweisung auf eG], Art. 619 Abs. 1 OR [Verweisung auf KolG]). Zudem wird die eG als „*vertragsmässige Verbindung*“ umschrieben (Art. 530 Abs. 1 OR).

Zahlreiche Themen sowohl zum Innenverhältnis als auch zum Aussenverhältnis der Personengesellschaften könnten (und m.E. sollten) in den Gesellschaftsverträgen der eG, der KolG, der KomG sowie der KkK bedacht und allenfalls *vereinbart* werden<sup>57</sup>, sei es bei der Gesellschaftsgründung oder bei einer späteren Vertragsänderung. Im Übrigen gibt es von Gesetzes wegen – anders als bei den Statuten von Körperschaften – nur wenige *notwendige Vertragsinhalte* („*essentialia negotii*“) für den Vertrag<sup>58</sup>, nämlich z.B. die Parteien bzw. die einfachen Gesellschafter, den Gesellschaftszweck sowie die zu leistenden Beiträge.

### 3.1.2 Dispositives Personengesellschaftsrecht

Eine Rechtsnorm stellt unter dem Aspekt der Verbindlichkeit für Dritte entweder *zwingendes* Recht oder *dispositives* (bzw. nachgiebiges) Recht dar. Während eine zwingende Norm von den Rechtsunterworfenen als unabänderlich akzeptiert werden muss, kann eine dispositive Bestimmung durch bewussten Willensakt (z.B. durch Statuten oder durch Gesellschaftsvertrag) abgeändert werden. Die *Privatautonomie* der Betroffenen kommt nur, aber immerhin im Bereich der nachgiebigen Regelungen zum Tragen.

Nicht immer klar ist, *welche Rechtssetzungen* zwingend oder dispositiv sind<sup>59</sup>. Gelegentlich finden sich eindeutige Hinweise im Gesetz selber, nämlich – als Beispiele – im Vereinsrecht<sup>60</sup>, im Arbeitsrecht<sup>61</sup> oder im

---

<sup>57</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.2.

<sup>58</sup> Hierzu etwa: JÖRG, S. 247 ff.

<sup>59</sup> Innerhalb desselben Gesetzes und sogar innerhalb eines Artikels können sowohl zwingende Aspekte als auch dispositive Elemente vorkommen; z.B. ist das FusG *teils zwingend* und *teils nachgiebig*.

<sup>60</sup> Art. 63 Abs. 2 ZGB: „Bestimmungen, deren Anwendung von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist, können durch die Statuten nicht abgeändert werden“; ähnlich: Art. 64 Abs. 3 ZGB, Art. 65 Abs. 3 ZGB, Art. 68 ZGB, Art. 70 Abs. 2 ZGB, Art. 75 ZGB sowie Art. 77 ZGB.

<sup>61</sup> Art. 361 OR (zwingend für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer) sowie Art. 362 OR (unabänderlich einzig zuungunsten der Arbeitnehmer und somit nur relativ zwingend).

Gesellschaftsrecht<sup>62</sup>. Im Übrigen ergibt sich die Lösung aus einer *Auslegung* der in Frage stehenden Norm. In der Tendenz erweist sich öffentliches Recht als zwingend, und Privatrecht ist meistens dispositiv – es wird offensichtlich, dass das *Wirtschaftsrecht im Allgemeinen*, das sowohl aus öffentlichrechtlichen Bestimmungen als auch aus privatrechtlichen Regelungen besteht, zwangsläufig „gespalten“ ist.

Das Gesellschaftsrecht in der Schweiz erweist sich im Zweifel als nachgiebiges Recht<sup>63</sup> – m.E. gilt dies in besonderem Masse für das *Recht der Personengesellschaften*:

Das Personengesellschaftsrecht enthält kaum zwingende Bestimmungen und wurde vom Gesetzgeber im Regelfall *dispositiv* ausgestaltet<sup>64</sup>, d.h. das OR gilt subsidiär, wenn die Gesellschafter keine privatautonome Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen haben<sup>65</sup>. Bei der KolG und bei der KomG wird ausdrücklich auf die Vertragsfreiheit verwiesen<sup>66</sup>.

Im Folgenden werden bei allen vier Personengesellschaften in der Schweiz *mögliche Abreden* angesprochen, ohne dass eine abschliessende Aufzählung angestrebt wird. Massgeblich ist jeweils der Einzelfall, doch sollte die limitierte Übersicht eine *Sensibilisierung* bewirken – verschiedene Möglichkeiten für gesellschaftsvertragliche Abreden wurden ebenfalls vom Bundesgericht in den beiden erwähnten Urteilen angesprochen<sup>67</sup>. Im Personengesellschaftsrecht nimmt die *Rechtsgestaltung* eine besonders wichtige Stellung ein.

---

<sup>62</sup> Eine seltene Ausnahme findet sich im *Personengesellschaftsrecht*: Art. 541 Abs. 2 OR (wobei die zwingende Norm mit der Rechtsfolge für den Fall einer Verletzung umschrieben wird, und zwar wie folgt: „Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig“); für das *Kapitalgesellschaftsrecht* haben die HR die Statuten auf die Übereinstimmung mit zwingendem Recht zu überprüfen: Art. 940 Abs. 2 OR („prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen“) – wobei einzig bei *qualifizierten zwingenden* Normen interveniert wird („beschränkte Kognition“); ähnlich wie bei Art. 541 Abs. 2 OR folgt eine Nichtigkeit bei Verletzung zwingenden Aktienrechts: Art. 706b Ziff. 1 OR.

<sup>63</sup> Zum Aktienrecht: KUNZ, Statuten, S. 57 m.w.H.; a.M.: DRUEY, Handelsrecht, § 7 N 57.

<sup>64</sup> Allg.: BUCHER, S. 249 ff.

<sup>65</sup> Im Innenverhältnis der eG gelangen z.B. das Auftragsrecht oder das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag subsidiär zur Anwendung: Art. 540 OR.

<sup>66</sup> *Marginalen* von Art. 557 OR bzw. Art. 598 OR.

<sup>67</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.

## 3.2 Einfache Gesellschaften

### 3.2.1 Einführung

#### 3.2.1.1 Struktur

Das *Recht der eG* findet sich in 22 Artikeln (Art. 530 ff. OR)<sup>68</sup>. Grundlagen der eG sind der Gesellschaftsvertrag sowie die Vertragsfreiheit. Die eG wird durch ihre Gesellschafter vertreten (sog. Selbstorganschaft)<sup>69</sup>. Für eine eG braucht es *mindestens zwei* Gesellschafter<sup>70</sup>, wobei deren *Rechtsqualität irrelevant* ist, d.h. es kommen beispielsweise natürliche Personen und juristische Personen als einfache Gesellschafter in Frage.

Die eG ist normalerweise *locker organisiert* – häufig sind sich die einfachen Gesellschafter nicht einmal bewusst, dass sie einer eG angehören<sup>71</sup>. Die meisten Aspekte der eG werden zwar im Gesetz geregelt, doch m.E. empfiehlt sich immer eine (schriftliche) *vertragliche Ausformulierung* der Rechte und der Pflichten der Gesellschafter<sup>72</sup>.

Der Anwendungsbereich der eG erweist sich als *äusserst breit*. Dies erklärt sich damit, dass die eG eine *Auffangfunktion* für das gesamte Gesellschaftsrecht wahrnimmt: „Sie [sc. die Gesellschaft] ist eine einfache Gesellschaft im Sinne dieses Titels, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen“ (Art. 530 Abs. 2 OR). Bei jeder Personengesellschaft kann bzw. muss zwischen dem sog. Innenverhältnis und dem sog. Aussenverhältnis unterschieden werden<sup>73</sup>:

Beim *Innenverhältnis* geht es um die Rechtsbeziehung der Gesellschafter untereinander (etwa Beschlussfassung, Beitragspflicht der Gesellschafter, Geschäftsführung, Gewinnbeteiligung sowie Verlusttragung), beim *Aussenverhältnis* um die Verhältnisse der Gesellschaft sowie der Gesellschafter auf der einen Seite mit Dritten auf der anderen Seite (im Vordergrund stehend: Vertretung sowie Haftung).

---

<sup>68</sup> Die folgenden Ausführungen finden sich bei: KUNZ, Rundflug, S. 49 ff.

<sup>69</sup> Im Prinzip ist *jeder Gesellschafter allein* zur Geschäftsführung befugt: Art. 535 Abs. 1/Abs. 2 OR.

<sup>70</sup> Art. 530 Abs. 1 OR; die *Einpersonen-eG* ist *unzulässig*.

<sup>71</sup> Generell: HANDSCHIN, S. 107 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.

<sup>73</sup> Die eG stellt mangels prototypischen „Aussenauftritts“ eine eigentliche *Innengesellschaft* dar.

Beschlüsse der eG sind einstimmig zu fassen (Art. 534 Abs. 1 OR). Jeder Gesellschafter muss einen *Beitrag* leisten<sup>74</sup> – sei es Geld, Sachen, Arbeit etc. (Art. 531 Abs. 1 OR). Jedem Gesellschafter steht eine *Einzelgeschäftsführungsbefugnis* gemäss Art. 535 Abs. 1 OR zu. Für die einfachen Gesellschafter gilt der Grundsatz der *Gleichbehandlung* (Art. 532 f. OR), so dass jeder Gesellschafter gleichen Anteil am Gewinn und am Verlust hat. Angesichts der regelmässig engen persönlichen Beziehung zwischen den einfachen Gesellschaftern müssen *Treuepflichten* (z.B. ein Konkurrenzverbot) beachtet werden<sup>75</sup>.

Für Schulden der eG haftet – mangels Rechtsfähigkeit – nicht die Gesellschaft, sondern der *einfache Gesellschafter* persönlich. Es handelt sich um eine *Primärhaftung* (anders bei der KolG und bei der KomG), d.h. der Gläubiger muss sich nicht zuerst an die eG halten, sondern kann unmittelbar die Gesellschafter heranziehen. Die Gesellschafter haften *unbeschränkt* mit ihrem ganzen Privatvermögen und *solidarisch*, so dass sich der Gläubiger gemäss Art. 544 Abs. 3 OR irgendeinen Gesellschafter aussuchen kann; regelmässig dürfte er auf den zahlungskräftigsten Ansprechpartner zugehen (Stichwort: „Deep Pockets“).

### 3.2.1.2 Realitäten

Es gibt m.W. *keine Statistiken* über die Anzahl der eG. Dies überrascht nicht, weil einerseits die eG (anders als die KolG und die KomG sowie die Körperschaften) nicht in den HR einzutragen sind. Andererseits erweist sich die (unbekannte) Zahl vermutlich als äusserst volatil, weil eine Grosszahl zeitlich befristet oder kurzfristig sein dürfte. Unbesehen dessen muss es m.E. um *sehr viele eG* gehen. Als eG qualifiziert werden können beispielsweise:

Vorgesellschaften zur Gründung von Körperschaften („Gründergesellschaften“)<sup>76</sup>; Aktionärsbindungsverträge bzw. ABV in bestimmten Bereichen der Interessenkoordination<sup>77</sup>; stille Gesellschaften; Arbeitsgemein-

---

<sup>74</sup> *Personengesellschaften* verfügen – trotz Beitragspflichten – über *kein gesetzliches Nominalkapital* wie die AG (= Aktienkapital) oder wie die GmbH (= Stammkapital).

<sup>75</sup> Das konzeptionelle Gegenstück zur eG stellt insoweit die AG dar – die *Aktionäre* haben im Prinzip *keine Treuepflichten* (Art. 680 Abs. 1 OR).

<sup>76</sup> Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2007.49 vom 22. August 2007: Erw. III.1.

<sup>77</sup> Beispiel ist ein koordiniertes *Abstimmungsverhalten* in einer GV; m.E. handelt es sich um keine eG bei einem ABV, der ausschliesslich Erwerbsrechte (Vorkaufrechte etc.) einräumt und regelt.

schaften etwa bei Bauprojekten (ARGE u.ä.)<sup>78</sup>; Joint Ventures bzw. „Gemeinschaftsunternehmen“; ausnahmsweise Rechtsanwaltskanzleien<sup>79</sup>; eheähnliche Gemeinschaften (wobei eine automatische Gleichschaltung „Konkubinat = eG“ unzulässig ist<sup>80</sup>, d.h. es kommt auf den Einzelfall an); Ehegattengemeinschaften<sup>81</sup> – m.E. können sog. eingetragene Partnerschaften<sup>82</sup> ebenfalls als eG eingestuft werden.

### 3.2.2 Vertragliche Gestaltungen

Bei den eG sind zahlreiche, wenn nicht sogar die meisten Organisations-themen *dispositiv* ausgestaltet, so dass Abreden darüber möglich sind – Beispiele in der Übersicht: Beiträge (Art. 531 Abs. 1 OR), Gewinn- und Verlustbeteiligungen (Art. 533 OR), Beschlussfassungen (Art. 534 OR)<sup>83</sup>, Geschäftsführung (Art. 535 OR), Konkurrenzverbot (Art. 536 OR)<sup>84</sup>, Entgelte für Arbeitsleistungen (Art. 537 Abs. 2 OR), Aufnahme neuer Gesellschafter (Art. 542 Abs. 1 OR)<sup>85</sup> oder Liquidation der eG (Art. 548 ff. OR) – ausgewählte Einzelhinweise<sup>86</sup>:

Die wichtigsten (finanziellen) Grundlagen einer eG sind dispositiv: „*Beitragspflicht* und *Beteiligung an Erfolg und Misserfolg* müssen *nicht zwingend* für alle Teilnehmer gleich sein (vgl. Art. 531 Abs. 1 und 2 sowie Art. 533 OR)<sup>87</sup>, d.h. der Gesellschaftsvertrag der eG kann die Gleichheitsgrundsätze abändern. Anders ausgedrückt: „Damit schliesst das Gesetz gerade nicht aus, dass die *Parteien vereinbaren*, im Rahmen einer einfachen Gesellschaft *ungleiche Beiträge* zu leisten (...)“<sup>88</sup>. Unter-

<sup>78</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

<sup>79</sup> Nicht einfach ist die *Abgrenzung zur KolG*: BGE 124 III 367 Erw. 2.c.; seit einigen Jahren dürfen sich die Rechtsanwältinnen als Körperschaften organisieren.

<sup>80</sup> Eine eG liegt vor, wenn die Konkubinatspartner ihre Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterordnen (z.B. durch das *Zusammenlegen finanzieller Mittel* oder durch das *Teilen der Hausarbeit*).

<sup>81</sup> Art. 165 Abs. 3 ZGB.

<sup>82</sup> Rechtsgrundlage ist das *Partnerschaftsgesetz* (PartG): SR 211.231.

<sup>83</sup> Das formelle Beschlussfassungsverfahren kann frei festgelegt werden; hierzu: ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 97 zu Art. 534-535 OR.

<sup>84</sup> Zu den Grenzen von Art. 27 Abs. 2 ZGB: ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 51 zu Art. 536 OR.

<sup>85</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann insbesondere das Genügen des *Mehrheitsprinzips* vorsehen; in diesem Sinne: ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 8 zu Art. 542 OR.

<sup>86</sup> Ausserdem: JÖRG, *passim*.

<sup>87</sup> BGE 4A\_509/2010: Erw. 5.2; Hervorhebungen hinzugefügt – allg.: DRUEY, § 4 N 19.

<sup>88</sup> BGE 4A\_509/2010: Erw. 5.5.1; Hervorhebungen hinzugefügt; vorbehalten bleibt insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB: ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 33 zu Art. 531 OR.

schiede sind etwa hinsichtlich der Höhe und des Inhalts (z.B. Geldleistung oder Arbeitsleistung oder Kombination) möglich.

Als unzulässig erweist sich insbesondere die Vereinbarung einer sog. *Societas Leonina* („Löwengesellschaft“)<sup>89</sup> – m.E. ist eine solche Abrede, die von verschiedenen Länderordnungen erlaubt wird (etwa in Deutschland sowie in Österreich), in der Schweiz nichtig, was allerdings nicht unbestritten scheint<sup>90</sup>.

Die eG stellt von Gesetzes wegen ein Gesamthandverhältnis dar: „Sofern vertraglich nichts anderes bestimmt ist, sind daher Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu *gesamter Hand berechtigt* mit der Wirkung, dass sie nur *gemeinsam*, gegebenenfalls durch Stellvertreter darüber verfügen können“<sup>91</sup> – bei der eG (anders als bei der KolG oder bei der KomG)<sup>92</sup> kann *Miteigentum* der einfachen Gesellschafter vereinbart werden<sup>93</sup>.

Details der *Liquidation* einer eG können geregelt werden<sup>94</sup>: „Grundsätzlich ist [die Liquidation] von allen Gesellschaftern oder von einem *Liquidator* vorzunehmen, der *mangels Regelung* im Gesellschaftsvertrag oder Zustandekommen eines Gesellschaftsbeschlusses vom Richter eingesetzt werden kann“<sup>95</sup>. Während ein gerichtlich eingesetzter Liquidator nur von allen Gesellschaftern gemeinsam zur Rechenschaft gezogen werden kann<sup>96</sup>, ist m.E. eine „*actio pro socio*“ gegen einen *gesellschaftsvertraglichen* Liquidator möglich<sup>97</sup>.

Sog. *Fortsetzungsklauseln* im Gesellschaftsvertrag (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR) können sicherstellen, dass die eG bei individuellem Ausscheiden eines Gesellschafters – z.B. bei dessen Tod oder bei dessen Kündi-

---

<sup>89</sup> Es handelt sich bei der *Societas Leonina* um eine Abrede, wonach alle Personengesellschafter zwar am Verlust beteiligt sind, aber nur ein einziger von ihnen („Löwe“) den Gewinn („Beute“) erhalten soll; die „Löwengesellschaft“ als Jagdgesellschaft eines Löwen, eines Esels und eines Fuchses wird auf eine *Tierfabel von Äsop* zurückgeführt.

<sup>90</sup> KUNZ, Rundflug, S. 52; a.M.: DRUEY, § 4 N 24 m.w.H. auf abweichende Ansichten; die *Societas Leonina* ist (ebenfalls) *illegal* etwa in *Italien* oder in *Polen*.

<sup>91</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 4.2; Hervorhebungen hinzugefügt (ähnlich a.a.O. Erw. 4.3) – im Zusammenhang mit Klagen führt dies bei der *Aktivlegitimation* zu einer *notwendigen Streitgenossenschaft* aller einfachen Gesellschafter: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.2.

<sup>92</sup> Zur KolG: BGE 134 III 647 f. Erw. 5.1.

<sup>93</sup> Statt aller: KUNZ, Rundflug, S. 19; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 55 zu Art. 531 OR.

<sup>94</sup> Details: ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 36 zu Art. 548-551 OR.

<sup>95</sup> BGE 4A\_509/2010: Erw. 6.2; Hervorhebungen hinzugefügt – die gesetzliche Liquidationsordnung ist immer anwendbar, „[s]ofern die Gesellschafter sich nicht auf eine andere Art der Liquidation geeinigt haben“: a.a.O.

<sup>96</sup> BGE 4A\_275/2010: Erw. 5 – vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.2.

<sup>97</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.3.

gung – unter den übrigen einfachen Gesellschaftern fortgesetzt wird<sup>98</sup>. Es kann vorgesehen werden, dass bei Todesfall ein Erbe oder ein Dritter in die eG aufgenommen wird – teils wird vorgebracht, dass der betroffene Rechtsnachfolger (erbrechtlich) *nicht verpflichtet* sei zur Übernahme der Gesellschafterposition<sup>99</sup>. Der *Ausschluss* eines einfachen Gesellschafters bedarf m.E. ebenfalls einer vertraglichen Basis.

### 3.3 Kollektivgesellschaften

#### 3.3.1 Einführung

##### 3.3.1.1 Struktur

Das *Recht der KolG* umfasst 42 Artikel (Art. 552 ff. OR)<sup>100</sup>, wobei in der Wirtschaftsrealität meist vertragliche Anpassungen vorgehen<sup>101</sup>. Die KolG beruht auf einer *Selbstorganschaft*, wobei die Kollektivgesellschaftler extern (sc. rechtsgeschäftlich und deliktisch) mehr „bewirken“ können als die einfachen Gesellschafter. Einpersonen-KolG sind in der Schweiz unzulässig, d.h. es braucht *mindestens zwei* Kollektivgesellschaftler, und zwar ausschliesslich *natürliche* Personen (Art. 552 Abs. 1 OR).

Für die KolG besteht eine Hierarchieordnung des anwendbaren Rechts: In erster Linie gelangt – vorbehaltlich des zwingenden Gesellschaftsrechts<sup>102</sup> – der konkrete *Gesellschaftsvertrag* zur Anwendung (Art. 557 Abs. 2 OR). Sollte eine privatautonome Abmachung fehlen, muss die *Ordnung von Art. 557 ff. OR* beachtet werden. Findet sich schliesslich keine dispositive Regelung im Recht der KolG, ist als gesellschaftsrechtliche Subsidiärordnung das *Recht der eG* anwendbar (Art. 557 Abs. 2 OR)<sup>103</sup>.

Die Verweisung auf Art. 530 ff. OR (= eG) wirkt bei verschiedenen Themen des *Innenverhältnisses*, etwa bei der Beschlussfassung<sup>104</sup>, bei den Beiträgen und bei der Geschäftsführung. Sonderbestimmungen gelten hingegen z.B. bei der Gewinnbeteiligung sowie bei der Verlusttragung –

---

<sup>98</sup> Statt vieler: DRUEY, § 4 N 61 m.w.H.

<sup>99</sup> In diesem Sinne: SCHAUB, S. 17 ff.; a.M.: DRUEY, § 4 N 61 Fn 63.

<sup>100</sup> Die folgenden Ausführungen finden sich bei: KUNZ, Rundflug, S. 56 ff.

<sup>101</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.

<sup>102</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.

<sup>103</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.

<sup>104</sup> Art. 557 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 534 Abs. 1 OR: *Einstimmigkeitsprinzip*.



die Ergebnisermittlung beim Jahresabschluss einer KolG (Art. 558 ff. OR) muss von der Ergebnisverteilung unterschieden werden. Die *Treuepflichten* der Gesellschafter sind bei der KolG strenger ausgestaltet als bei der eG; dies gilt beispielsweise betreffend das *Konkurrenzverbot* für Kollektivgesellschaftler (Art. 561 OR).

Die KolG stellt eine *Aussengesellschaft* dar<sup>105</sup>. Die Gesellschafter können im Rahmen der sog. kaufmännischen Vertretung gemäss Art. 563 ff. OR für die KolG verpflichtende *Rechtsgeschäfte* (z.B. Verträge) eingehen. Dabei geht die kaufmännische Vertretung<sup>106</sup> weiter als die bürgerliche Stellvertretung, die bei der eG gilt. Insbesondere können Kollektivgesellschaftler „alle Rechtshandlungen [vornehmen], die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann“ (Art. 564 Abs. 1 OR). Eine KolG kann zudem durch bestimmte *Delikte* der Kollektivgesellschaftler gemäss Art. 567 Abs. 3 OR verpflichtet werden.

Für *Gesellschaftsschulden* hat in erster Linie die *Gesellschaft* (= Schuldnerin) geradzustehen. Im Konkurs der KolG bildet ihr Vermögen ein Sondervermögen, das den Gläubigern der Gesellschaft unter Ausschluss der Privatgläubiger der Kollektivgesellschaftler zur Verfügung steht (Art. 570 Abs. 1 OR). Immerhin besteht eine *Sekundärhaftung* (anders als bei der eG) der einzelnen *Gesellschafter* (jüngst: BGE 134 III 643)<sup>107</sup> – die unbeschränkte Gesellschafterhaftung wird in Art. 552 Abs. 1 OR als Begriffselement der KolG bezeichnet.

Die Gesellschafterhaftung gilt – wie bei der eG – *unbeschränkt* und zwischen den Kollektivgesellschaftlern *solidarisch*: „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen“ (Art. 568 Abs. 1 OR)<sup>108</sup>. Neu *eintretende* Gesellschafter unterstehen dieser umfassenden Haftung, und zwar nicht allein für „neue“, sondern ebenfalls für „alte“ Schulden, d.h. der „Neue“

---

<sup>105</sup> Diametral die eG als Innengesellschaft: Vgl. dazu vorne 3.2.1.1.

<sup>106</sup> Die *kaufmännische Vertretung* bedeutet eine *gesetzlich fixierte Vertretungsmacht* (= rechtliches „Können“), die unabhängig von der Vertretungsbefugnis (= rechtliches „Dürfen“) ist – es kann im Einzelfall geschehen, dass der Vertreter *mehr kann* als er (allenfalls) darf, wodurch die Dritten bzw. die Interessen des Geschäftsverkehrs geschützt werden sollen; als *Vertreter*, die für die Gesellschaft insbesondere *Rechtsgeschäfte* im Rahmen des *Gesellschaftszwecks* abschliessen können (und dadurch die Gesellschaft verpflichten), kommen verschiedene Personen in Frage, nämlich z.B. Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, VR-Mitglieder bzw. Direktoren von AG, Komplementäre bei KomG sowie *Kollektivgesellschaftler*.

<sup>107</sup> Rezension: VOGT, S. 96 ff.

<sup>108</sup> Diese Haftung kann durch *Gesellschaftsvertrag* nicht abgeändert werden: Art. 568 Abs. 2 OR.

haftet für die „vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ (Art. 569 Abs. 1 OR)<sup>109</sup>.

### 3.3.1.2 Realitäten

Ende 2010 waren 13'119 *KoIG* in den 28 schweizerischen HR eingetragen<sup>110</sup>, also eine relativ kleine Anzahl im Vergleich zu den AG und zu den GmbH. Das wirtschaftliche Tätigkeitsgebiet der *KoIG* fokussiert sich auf den *KMU-Bereich*. Immerhin sieht das Bankenrecht für die Kategorie der sog. *Privatbankiers* u.a. die Rechtsform der *KoIG* vor, wobei im heutigen Zeitpunkt kein Privatbankier diese Gesellschaftsform nutzt.

Lange Zeit waren *Rechtsanwaltskanzleien* als *KoIG* organisiert. Heute herrscht bei den „Grosskanzleien“ die AG oder die GmbH vor:

Die *Abgrenzung* insbesondere zwischen der eG und der *KoIG* für eine Kanzlei von Rechtsanwälten war lange Zeit höchst umstritten – die Anwälte haben die *Qualifikation als eG bevorzugt*, weil bei dieser Gesellschaftsform eine Haftung für deliktisches Verhalten ausgeschlossen ist. Bei einem *externen integrierten Auftreten* der Rechtsanwaltskanzlei – z.B. „gemeinsam, namentlich mit einheitlichem Briefkopf und einheitlicher Zahlstelle“ (BGE 124 III 366 Erw. 2.b.) – dürfte regelmässig eine *KoIG* vorliegen<sup>111</sup>.

### 3.3.2 Vertragliche Gestaltungen

Bei den *KoIG* sind (notabene ähnlich wie bei den eG<sup>112</sup>) zahlreiche, wenn nicht sogar die meisten Organisationsthemen *dispositiv* ausgestaltet, so dass Abreden darüber zwischen den Kollektivgesellschaftern möglich sind; im Grossen und Ganzen kann für viele Aspekte auf das Recht der eG verwiesen werden<sup>113</sup> – ausgewählte Beispiele<sup>114</sup> in der Übersicht:

Geschäftsführung (Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 535 OR)<sup>115</sup>, Honoraranspruch sowie weitere finanzielle Ansprüche wie z.B. Zinsen

---

<sup>109</sup> Eine Änderung durch *Gesellschaftsvertrag* ist unmöglich: Art. 569 Abs. 2 OR.

<sup>110</sup> Im Jahre 2010 fand eine *Abnahme um 265 KoIG* statt.

<sup>111</sup> Ebenfalls massgeblich erscheint das „Auftreten unter gemeinsamer Firma“ im Sinne von Art. 947 Abs. 1 OR: BGE 124 III 367 Erw. 2.c.

<sup>112</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.

<sup>113</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.

<sup>114</sup> Ausserdem: JÖRG, *passim*.

<sup>115</sup> Eine Vereinbarung macht – anders als bei der eG – Sinn, weil bei der *KoIG* regelmässig ein *kaufmännisches Unternehmen* betrieben wird („kaufmännische *KoIG*“).

(Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 537 Abs. 2 OR bzw. Art. 558 f. OR)<sup>116</sup>, Nachschusspflicht (Art. 560 Abs. 2 OR)<sup>117</sup>, Veränderung im Gesellschafterbestand (Art. 574 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 542 OR bzw. Art. 576 OR)<sup>118</sup>, Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters (Art. 580 OR) sowie Ausschlussrecht<sup>119</sup>.

### 3.4 Kommanditgesellschaften

#### 3.4.1 Einführung

##### 3.4.1.1 Struktur

In 26 Artikeln wird in Art. 594 ff. OR das *Recht der KomG* geregelt<sup>120</sup>. Die *Vertragsfreiheit* ist bei KomG ebenso zentral wie bei den übrigen Personengesellschaften (insbesondere bei der eG und bei der KolG). Die KomG ähnelt in erster Linie der KolG<sup>121</sup>, d.h. es handelt sich um eine „KolG mit Besonderheiten“. Der zentrale Unterschied liegt darin, dass es bei der KomG zwei *Kategorien* von *Gesellschaftern* gibt bzw. geben muss (Art. 594 Abs. 1 OR), nämlich den sog. Komplementär sowie den sog. Kommanditär:

Der *Komplementär* hat eine natürliche Person (Art. 594 Abs. 2 OR) zu sein und haftet für die Gesellschaftsschulden (wie der Kollektivgesellschafter bei der KolG) unbeschränkt. Beim *Kommanditär* gibt es keine Einschränkung betreffend Gesellschafterqualität<sup>122</sup>, und dieser Gesell-

---

<sup>116</sup> Ohne Vereinbarung besteht prinzipiell *kein* Honoraranspruch: ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 63 zu Art. 558-560 OR.

<sup>117</sup> Das *Einstimmigkeitsprinzip* gelangt zur Anwendung, ausser für den Fall einer abweichenden vertraglichen Ordnung: ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 109 zu Art. 558-560 OR.

<sup>118</sup> Zu den *Fortsetzungsklauseln* im Gesellschaftsvertrag: SCHAUB, S. 17 ff.

<sup>119</sup> Art. 577 ff. OR erscheinen m.E. dispositiv, so dass das *Ausschlussrecht* bei der KolG (und ebenfalls bei der KomG) *erleichtert* oder *erschwert* werden kann.

<sup>120</sup> Die folgenden Ausführungen finden sich bei: KUNZ, Rundflug, S. 61 ff.

<sup>121</sup> *Gleich* oder zumindest *ähnlich* geregelt sind die Themen z.B. des kaufmännischen Unternehmens (Art. 594 Abs. 1 OR und Art. 595 OR) oder des Verbots von Einpersonen-KomG (Art. 594 Abs. 1 OR).

<sup>122</sup> Nebst natürlichen Personen kommen „juristische Personen und Handelsgesellschaften“ als Kommanditäre in Frage: Art. 594 Abs. 2 OR; m.E. wird der *Begriff* „*Handelsgesellschaften*“ *untechnisch* verwendet, so dass eG, die keine Handelsgesellschaften darstellen, als Kommanditäre möglich sind.

schafter haftet beschränkt auf die Haftungszahl, die im HR eingetragen ist (= Kommanditsumme)<sup>123</sup>.

Die meisten Unterschiede im Verhältnis von KolG<sup>124</sup> sowie KomG erklären sich aus der *Dualität* von Komplementär und Kommanditär. Zwar werden beide Gesellschafterkategorien der KomG im Grundsatz gleich behandelt, doch ergibt sich „unter dem Strich“ eine *Privilegierung des Komplementärs* – sozusagen als Kompensation für die unbeschränkte Haftung – aus dessen umfassenden Zuständigkeiten (z.B. stehen die Geschäftsführung sowie die Vertretung ausschliesslich dem Komplementär zu<sup>125</sup>; zum Firmenbestandteil gehört der Familienname des Komplementärs und nicht des Kommanditärs<sup>126</sup>).

Für die KomG gilt ebenfalls eine *Hierarchieordnung* des anwendbaren Rechts (Art. 598 OR), nämlich: Gesellschaftsvertrag der KomG – Art. 598 ff. OR als dispositive Rechtsgrundlage der KomG – Recht der KolG (mittels Verweisung) – Recht der eG (mittels zweiter Verweisung). Insofern müssen bei KomG also regelmässig *mehrere „Rechtsquellen“* konsultiert werden; als Beispiel zum Innenverhältnis der Gesellschaft:

Das *Einstimmigkeitsprinzip* gilt – wie bei den übrigen Personengesellschaften – auch bei der KomG (Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 534 Abs. 1 OR), d.h. sogar jedem Kommanditär kommt ein Vetorecht gegen Beschlussfassungen zu. Der Kommanditär hat ausserdem das *gleiche Stimmrecht* wie der Komplementär.

Bei der eG sowie bei der KolG stimmen die Regeln über die Geschäftsführung im Wesentlichen überein. Bei der KomG sieht dies anders aus. Nach dispositiver Anordnung hat der *Komplementär*, nicht aber der Kommanditär ein Recht auf *Geschäftsführung* (Art. 599 OR sowie Art. 600 Abs. 1 OR). Sollte es um Rechtshandlungen „über den gewöhnlichen Betrieb“ gemäss Art. 535 Abs. 3 OR der Gesellschaft hinausgehen, muss m.E. prinzipiell die *Zustimmung der Kommanditäre* eingeholt werden<sup>127</sup> (Art. 600 Abs. 2 OR).

---

<sup>123</sup> Art. 594 Abs. 1 OR sieht – anders als teils im Ausland – *keine minimale* Kommanditsumme vor; es wäre also zulässig, z.B. einen Franken oder sogar *einen Rappen* als Haftungsschranke im HR einzutragen.

<sup>124</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.

<sup>125</sup> Der Kommanditär erhält – sozusagen zur Nachteilskompensation – *spezifische Gesellschafter- und Informationsrechte*: Art. 600 Abs. 3 OR.

<sup>126</sup> Art. 947 Abs. 3/Abs. 4 OR; sollte der *Familienname des Kommanditärs* trotzdem in der *Firma stehen*, haftet er wie ein *Komplementär*: Art. 607 OR.

<sup>127</sup> Dies ergibt sich aus verschiedenen *Verweisungen*: Art. 599 OR i.V.m. Art. 598 Abs. 2 OR (= Recht der KomG) i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR (= Recht der KolG) i.V.m. Art. 535 Abs. 3 OR (= Recht der eG).

Die KomG ist – wie die KolG – weniger Innengesellschaft<sup>128</sup> als vielmehr *Aussengesellschaft*, die in erster Linie für den *Geschäftsverkehr* konzipiert ist. Das Prinzip der Selbstorganschaft gemäss Art. 603 OR (= Vertretung) gilt ausschliesslich für den *Komplementär*, d.h. nur die unbeschränkt haftbaren Gesellschafter und nicht die Kommanditäre sind vertretungsbefugt<sup>129</sup> – immerhin kann die KomG dem Kommanditär eine Prokura einräumen.

Bei der *Haftung* für Gesellschaftsschulden, für die in erster Linie die *KomG* (ähnlich wie bei der KolG<sup>130</sup>, aber anders als bei der eG<sup>131</sup>) als Schuldnerin geradezustehen hat, muss differenziert werden. Die *Gesellschafterhaftung* ergibt, was folgt:

Der *Komplementär* wird prinzipiell wie der Kollektivgesellschafter behandelt. Er haftet persönlich sowie unbeschränkt mit seinem ganzen Privatvermögen und solidarisch mit allen übrigen Gesellschaftern (also inklusive den Kommanditären, die insofern „gleichberechtigt“ sind); Art. 604 OR umschreibt die Subsidiarität<sup>132</sup> gegenüber der KomG. Der *Kommanditär* haftet (wie der Komplementär) zwar ebenfalls subsidiär, persönlich und solidarisch – allerdings beschränkt, und zwar ausschliesslich im Umfang der nach aussen durch das HR<sup>133</sup> transparent gemachten Kommanditsumme (Art. 608 Abs. 1 OR)<sup>134</sup>.

### 3.4.1.2 Realitäten

Ohne baldigen rechtspolitischen Support hat die KomG kaum eine realistische Zukunft – m.E. befindet sich die Gesellschaftsform der KomG bereits in der „*Notaufnahme*“. Ende 2010 waren noch 2'310 KomG in der

---

<sup>128</sup> Ganz anders die eG: Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1.1.

<sup>129</sup> Sollte sich der Kommanditär in diesem Bereich „einmischen“ (= Vertretung), haftet er wie ein Komplementär: Art. 605 OR.

<sup>130</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.1.

<sup>131</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1.

<sup>132</sup> Die *Subsidiärhaftung* gelangt in Art. 604 OR sowie in Art. 617 OR zum Ausdruck.

<sup>133</sup> Wenn die Kommanditsumme *nicht in bar*, sondern als *Sacheinlage* (= Sachwerte o.ä.) geleistet werden soll, muss Art. 596 Abs. 3 OR berücksichtigt werden.

<sup>134</sup> Die *Kommanditsumme* wird *extern* z.B. für potentielle Gläubiger der KomG kommuniziert – dadurch kann allenfalls die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft erhöht werden; das *interne* Versprechen gegenüber den anderen Gesellschaftern, auf das sich Dritte – vorbehaltlich Art. 608 Abs. 2 OR – nicht berufen können, wird als sog. *Kommanditeinlage* bezeichnet; Kommanditsumme(n) sowie Kommanditeinlage(n) können zwar, müssen aber nicht übereinstimmen.

Schweiz eingetragen<sup>135</sup>. Die KomG sind ähnlich wie die KolG primär als KMU tätig. Diese Rechtsform kann u.a. für Privatbankiers genutzt werden, und tatsächlich sind *sämtliche Privatbankiers* heute als KomG organisiert.

Eine Art *indirekte Renaissance* erlebt seit jüngster Zeit das *Recht der KomG* (nicht notwendigerweise die KomG als Gesellschaftsform) durch die mittels dem KAG neu geschaffene Rechtsform der KkK<sup>136</sup>. Findet sich nämlich keine Sonderregelung im KAG als Spezialerlass (Motto: „*Lex specialis derogat legi generali*“), sind Art. 594 ff. OR *subsidiär* anwendbar auf diese neue Gesellschaftsform.

### 3.4.2 Vertragliche Gestaltungen

Bei den KomG sind (ähnlich wie bei den eG<sup>137</sup> und bei den KolG<sup>138</sup>) zahlreiche, wenn nicht sogar die meisten Organisationsthemen *dispositiv* ausgestaltet, so dass Abreden darüber zwischen den Gesellschaftern möglich sind (im Grossen und Ganzen kann erneut auf die eG verwiesen werden)<sup>139</sup>; nichtsdestotrotz sind einige Besonderheiten zu beachten, und zwar insbesondere in Bezug auf die Rechtsstellung der *Kommanditäre* der KomG – Beispiele:

Geschäftsführung durch die Kommanditäre statt durch die Komplementäre (Art. 600 Abs. 1 OR)<sup>140</sup>, Widerspruchsrecht durch die Kommanditäre (Art. 600 Abs. 2 OR), Kontrollrechte sowie Einsichtsrechte der Kommanditäre (Art. 600 Abs. 3 OR), Gewinnbeteiligungen sowie Verlustbeteiligungen der Kommanditäre (Art. 601 Abs. 2 OR). Der *Rechtsgestaltung* kommt eine herausragende Bedeutung im Recht der KomG zu.

---

<sup>135</sup> Im Jahre 2010 fand eine *Abnahme um 58* KomG statt.

<sup>136</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.

<sup>137</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.

<sup>138</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.2.

<sup>139</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.

<sup>140</sup> Eine *eigentliche Gleichstellung* ist möglich: ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 4 zu Art. 600 OR.

## 3.5 Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen

### 3.5.1 Einführung

#### 3.5.1.1 Struktur

Das *Recht der KkK* findet sich z.B. in Art. 98 ff. KAG<sup>141</sup>. Es handelt sich bei den KkK um spezialgesetzliche Personengesellschaften, die – im Gegensatz zu juristischen Personen – als Rechtsgemeinschaften über *keine Rechtspersönlichkeit* verfügen. Anders als die „normale“ KomG nach OR<sup>142</sup> sind KkK nicht im KMU-Bereich tätig, sondern in einem Spezialgebiet der *Finanzbranche* (sc. „Anlagen in Risikokapital“: Art. 103 Abs. 1 KAG)<sup>143</sup>.

Die KkK beruht als Personengesellschaft auf einem *Gesellschaftsvertrag* (Art. 9 Abs. 3 KAG)<sup>144</sup>, der *schriftlich* abzuschliessen ist (Art. 102 Abs. 2 KAG). Sie entsteht im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 KAG *mit Eintragung* im HR, der somit konstitutive Wirkung zukommt. Wie die KomG sieht die KkK gemäss Art. 98 Abs. 1 KAG *zwei Kategorien* von Gesellschaftern<sup>145</sup> vor, nämlich die unbeschränkt haftbaren Gesellschafter einerseits sowie die beschränkt haftbaren Gesellschafter andererseits:

Jede KkK muss (mindestens) einen sog. *Komplementär* haben, der für die Gesellschaftsschulden *unbeschränkt* haftet. Der zentrale Unterschied gegenüber der Regelung von Art. 594 Abs. 2 OR liegt darin, dass der Komplementär *keine natürliche* Person ist, sondern eine *Aktiengesellschaft* mit Sitz in der Schweiz sein muss (Art. 98 Abs. 2 Satz 1 KAG)<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> Die folgenden Ausführungen finden sich im Wesentlichen bei: KUNZ, Rundflug, S. 102 ff.; ausserdem: KUNZ, KMU, S. 20 ff.

<sup>142</sup> Das KAG geniesst zwar Vorrang, doch gelangen subsidiär die „Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kommanditgesellschaft zur Anwendung“ (Art. 99 KAG).

<sup>143</sup> Zum *Risikokapital* gehören u.a. *Private Equity-Anlagen*, doch erscheint der Begriff nicht in jeder Hinsicht klar; m.E. ist die KkK relativ frei zur Umschreibung der möglichen Anlagen („Private Equity“, „Venture Capital“, „Hedge Funds“ etc.).

<sup>144</sup> Zur *Genehmigungspflicht*: Art. 15 Abs. 1 lit. c KAG; zum *Inhalt* des Vertrags: Art. 102 Abs. 1 KAG.

<sup>145</sup> Die KkK gilt als *potentiell „gefährlich“* (z.B. Art. 103 Abs. 1 KAG: „Anlagen in Risikokapital“), so dass die Anforderungen an die Gesellschafter unter dem Aspekt des *Investorenschutzes* wesentlich erhöht werden; *nicht jedermann*, sondern nur tendenziell „highly sophisticated investors“ oder Investoren, die sich den Beizug von entsprechenden Beratern leisten können, werden zugelassen.

<sup>146</sup> Der Komplementär der KkK als schweizerische AG benötigt ein *einbezahltes* Aktienkapital mindestens in Höhe von *CHF 100'000.--*.

Die KkK benötigt zusätzlich (mindestens) einen sog. *Kommanditär*, dessen *Haftung* für die Schulden der Gesellschaft *beschränkt* ist auf die Kommanditsumme<sup>147</sup>. Während bei der KomG jedermann als Kommanditär in Frage kommt, verhält es sich bei der KkK anders. Die Kommanditärfunktion ist *beschränkt* auf sog. *qualifizierte Anleger* (Art. 98 Abs. 3 KAG), deren Schutzbedürfnis als geringer betrachtet wird – wer „qualifiziert“ ist, ergibt sich aus Art. 10 Abs. 3 KAG (z.B. Banken und Versicherungen).

KkK und KomG erscheinen unter verschiedenen Aspekten ähnlich. Die wichtigsten *Übereinstimmungen* liegen in der Rechtsnatur als Personengesellschaften sowie in den zwei Gesellschafterkategorien. Die *Unterschiede* zwischen der KomG und der KkK (z.B. die Fokussierung auf Risikokapital, die erhöhten Anforderungen an die Gesellschafter, die konstitutive Wirkung der HR-Eintragung für die Gründung, obwohl eine KkK immer kaufmännisch ist, die Notwendigkeit einer Prüfgesellschaft) machen indes klar, dass es bei diesen beiden Gesellschaftsformen m.E. um gänzlich „*verschiedene Welten*“ geht.

### 3.5.1.2 *Realitäten*

Ende 2010 bestanden nur, aber immerhin 13 KkK in der Schweiz. Der Geschäftsbereich einer KkK ist vermutlich *zu beschränkt* (nämlich auf „Anlagen in Risikokapital“), als dass mit einer umfassenden Verbreitung in der Schweiz gerechnet werden könnte. Das Recht der KkK ist – anders als bei den übrigen drei Personengesellschaften – *nicht Organisationsrecht*, sondern vielmehr Branchenrecht für einen Teil der Finanzindustrie.

Nichtsdestotrotz dürfte die Gesellschaftsform der KkK im Laufe der Jahre durchaus ihren „Markt“ finden, d.h. es kann m.E. ohne Zweifel von einer *positiven* Zukunftsentwicklung ausgegangen werden. Die Perspektiven zur KkK hängen nicht zuletzt von der finanzmarktrechtlichen Aufsicht und ihrer Praxis ab.

Die heute ohne Zweifel *bekannteste KkK* in der Schweiz ist sicherlich die im Zusammenhang mit der Rettung der Grossbank „UBS“ im Rahmen der „Finanzkrise 2008“ in Bern gegründete „*StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*“ der Schweizerischen Nationalbank (SNB) – notabene wohl die einzige Personengesellschaft auf der Welt mit einer Bilanzsumme von mehr als CHF 50 Mia. (sic!).

---

<sup>147</sup> Keine Unterschiede bestehen zwischen Kommanditsummen von KomG und von KkK; insbesondere gibt es *keine Mindestkommanditsumme*.



### 3.5.2 Vertragliche Gestaltungen

Die KkK ist *stärker reglementiert* als die OR-Gesellschaften und m.E. nicht notwendigerweise dispositiv. Nichtsdestotrotz besteht dispositiver Raum für vertragliche Abreden – allerdings weniger als bei den Personengesellschaften des OR; als Beispiele:

Festlegungen der Kommanditsumme (Art. 102 Abs. 1 lit. d KAG) sowie des Zusatzkapitals im Innenverhältnis, Verschärfungen des Konkurrenzverbots für die Komplementär-AG (Art. 104 Abs. 2 KAG), Modalitäten (z.B. Mehrheitsprinzip) zum Eintritt sowie zum Austritt von Kommanditären (Art. 105 Abs. 1 KAG) sowie deren Ansprüche auf Einsicht sowie auf Auskunft (Art. 106 Abs. 2 KAG). Ausserdem kann z.B. ein Beitrag vereinbart werden.

## 4. Schlussbemerkungen

Die Zukunft der Personengesellschaften in der Schweiz erscheint unklar. Die *Kollektivgesellschaft* sowie die *Kommanditgesellschaft* werden ohne rechtspolitische Anpassungen zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung über kurz oder lang „aussterben“. Unter diesem Aspekt sind die Diskussionen zu einer „GmbH & Co. KG“ sowie zu einer „PmbH“ zu betrachten. Die grosse Bedeutung der *einfachen Gesellschaft* wird in Zukunft bestehen bleiben.

Die vor einigen Jahren geschaffene *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* spielt heute noch eine relativ unwichtige Rolle – dies wird sich, je nach Entwicklung der Finanzindustrie im Bereich „Private Equity“ o.ä., künftig ändern.

Im Vergleich zu den *Kapitalgesellschaften* besteht bei den *Personengesellschaften* ein erheblicher Gestaltungsspielraum für privatautonomie bzw. für gesellschaftsvertragliche Sonderordnungen – das Personengesellschaftsrecht erweist sich grossmehrheitlich als *dispositiv*. In der Praxis scheinen solche Möglichkeiten oft verkannt zu werden. Mit dem vorliegenden Beitrag soll in erster Linie eine *Sensibilisierung* erreicht werden. Der *Rechtsgestaltung* kommt im Bereich des Personengesellschaftsrechts eine besonders wichtige Rolle zu.

## Literaturverzeichnis

- AUBERT, GABRIEL: Le contrat de travail partiaire, SJZ 79 (1983), S. 169.
- BÖCKLI, PETER: Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: WALDBURGER, ROBERT/BAER, CHARLOTTE M./NOBEL, URSULA/BERNET, BENNO (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 17.
- BUCHER, EUGEN: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festschrift für H. Dechenaux, Fribourg 1977, S. 249.
- DRUEY, JEAN NICOLAS: Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich 2010.
- FELLMANN, WALTER/MÜLLER, KARIN (BK-FELLMANN/MÜLLER): Berner Kommentar – Die einfache Gesellschaft: Art. 530-544 OR, Band VI, 2. Abteilung 8. Teilband, Bern 2006.
- FURRER, MARTIN: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss., Zürich 1995.
- GUERY, MICHAEL: Die Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der Gesellschaft (...), Diss., Zürich 1999.
- HANDSCHIN, LUKAS: Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft, in: AMSTUTZ, MARC (Hrsg.): Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich 2004, S. 107.
- HANDSCHIN, LUKAS/CHOU, HAN-LIN (ZK-HANDSCHIN/CHOU): Zürcher Kommentar – Die Kollektivgesellschaft: Die Kommanditgesellschaft, Bd. V/4b, Zürich 2009.
- HANDSCHIN, LUKAS/VONZUN, RETO (ZK-HANDSCHIN/VONZUN): Zürcher Kommentar – Die einfache Gesellschaft, Bd. V/4a, Zürich 2009.
- HARTMANN, STEPHAN: Zur „actio pro socio“ im Recht der Personengesellschaften, ZSR 124 I 2005, S. 397.
- HERREN-SENN, DOROTHEA: Die vorgeschlagene Partnerschaft mit beschränkter Haftung (PmbH): Würde die PmbH die GmbH verdrängen?, SZW 80/2008, S. 269.
- HÖHN, ERNST: Möglichkeiten und Grenzen einer Methodik der Rechtsgeschäftsplanung, in: Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, S. 343.
- JÖRG, FLORIAN S.: Einfache Gesellschaft und Kollektivgesellschaft: Vertragsgestaltung und neue Bundesgerichtspraxis, in: KUNZ, PETER V./JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 243.
- KUNZ, PETER V. (Aktualitäten): Aktualitäten im Schweizer Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, S. 135.
- KUNZ, PETER V. (KMU): Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht (...), Bern 2008.
- KUNZ, PETER V. (Statuten): Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, in: WATTER, ROLF (Hrsg.): Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, S. 55.
- KUNZ, PETER V. (Bundesgerichtsentscheide): Neue Bundesgerichtsentscheide zur einfachen Gesellschaft, Jusletter vom 5. September 2011.
- KUNZ, PETER V. (Rundflug): Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, Bern 2011.

- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSE, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.
- MÜLLER, ROBERT: Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Diss., Zürich 1971.
- SCHAUB, RUDOLF P.: Die Nachfolgeklausel im Personengesellschaftsvertrag, SAG 56/1984, S. 17.
- VOGT, HANS-UELI: Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft, GesKR 1/2009, S. 96.

