
Die neue Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)

Unternehmens- sowie Anlageform an der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht und Finanzmarktrecht

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkungen.....	46
1.1	Numerus Clausus	46
1.2	Ausländische Vorbilder sowie EU-Situation.....	48
1.3	Einzelaspekte.....	49
2.	Strukturelles	50
2.1	Gesellschaftsrechtliche Aspekte	50
2.1.1	Ausgangslage gemäss KAG	50
2.1.2	KkK in der Übersicht	52
2.1.2.1	Externe Aspekte	52
2.1.2.2	Interne Aspekte	54
2.1.3	Gesellschafterkategorien	55
2.1.3.1	Komplementäre	55
2.1.3.2	Kommanditäre	56
2.1.4	KkK sowie OR-Kommanditgesellschaft	58
2.2	Finanzmarktrechtliche Aspekte	59
2.2.1	Aufsichtsbehörde(n)	59
2.2.2	Bewilligung	60
2.2.3	Genehmigung	62
2.2.4	Massnahmen und Sanktionierungen	62
3.	Spezialfragen	63
3.1	Unklarheiten.....	63
3.2	Exkurs: Steuerrecht (von M. Kobierski).....	65
4.	Schlussbemerkungen.....	69
	Literaturverzeichnis	71

* Für die Unterstützung bei diesem Beitrag bedankt sich der Autor bei seinem Assistenten, Herrn Rechtsanwalt SIMON SCHÄREN. Der Aufsatz wurde *Ende September 2008* abgeschlossen.

1. Vorbemerkungen

1.1 Numerus Clausus

Das schweizerische Gesellschaftsrecht lässt seit jeher *keine Innominatsgesellschaften* zu und erweist sich somit als „unflexibler“ als das Vertragsrecht¹. Sowohl die Gründung als auch die Ausgestaltung von Gesellschaften – seien es Personengesellschaften oder aber Körperschaften – unterstehen in der Schweiz einem sog. *Numerus Clausus* (NC)², der seit dem 19. Jahrhundert sozusagen ein „steinernes Fundament des Gesellschaftsrechts“ darstellt³.

Für diese eingeschränkte „Flexibilität“ des Gesellschaftsrechts gibt es gute Gründe: Der NC dient⁴ nämlich in erster Linie (i) dem *Verkehrsschutz* sowie (ii) der *Rechtssicherheit* und entspricht heute dem internationalen Standard; immerhin kann eine Flexibilisierung in der Europäischen Union (EU) und in einigen „Off Shore“-Rechtsordnungen beobachtet werden⁵.

Seit dem OR 1883 wurde im *Obligationenrecht* nur *eine einzige neue* Gesellschaftsform eingeführt, nämlich die *GmbH* im Jahre 1936⁶. Doch nach mehr als 70 Jahren wurde der gesellschaftsrechtliche NC in der Schweiz wieder einmal *ergänzt*, und zwar durch das *neue Kollektivanlagengesetz* (KAG)⁷. Dieses Spezialgesetz führte per 1. Januar 2007 auf einen legislativen Schlag *zwei neue* Gesellschaftsformen ein⁸, die – anders

¹ Sog. *Innominatsverträge* sind als Folge der *Vertragsfreiheit* gang und gäbe.

² Detaillierter: PETER V. KUNZ, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Ziff. II. B. „Ergänzung des Numerus Clausus“ (erscheint in der SJZ gegen Ende 2008); allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 1 ff. m.w.H.; WEBER, Juristische Personen, 80 ff.; FORSTMOSER, Abschied, 77 ff.; NC bedeutet einen *Formenzwang* einerseits und eine *Formenfixierung* andererseits: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 FN 490.

³ FORSTMOSER, Abschied, 78 (Titel zu § 1).

⁴ Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 5 f.

⁵ Die unterschiedlichen Ausgestaltungen können somit m.E. zu einem eigentlichen „*Wettbewerb der Rechtsordnungen*“ für Standortvorteile führen.

⁶ Als Übersicht: KUNZ, GmbH-Reform, Rz 1 ff.

⁷ SR 951.31; zu den *parlamentarischen Beratungen*, die im Grossen und Ganzen *kaum kontrovers* abliefen: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4713/226334/d_s_4713_226334_226362.htm?DisplayTextOid=226363.

⁸ Hierzu: KUNZ, KMU, 20 ff.

als die OR-Gesellschaften – einer finanzmarktrechtlichen, d.h. hoheitlichen Bewilligung bedürfen⁹:

- Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)¹⁰: Die SICAV ist eine spezialgesetzliche Körperschaft, die sich an die AG „anlehnt“. Nebst den sog. Unternehmeraktionären gibt es die sog. Anlegeraktionäre, die einen jederzeitigen „exit“ aus der SICAV machen können, so dass das Kapital zwangsläufig flexibel sein muss.
- Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)¹¹ – in der gebotenen Kurzübersicht¹²: Bei der KkK handelt es sich um eine Personengesellschaft ausserhalb des OR, die aber der OR-Kommanditgesellschaft „nahesteht“. Als Anlage wird ausschliesslich Risikokapital bzw. Private Equity zugelassen. Die KkK verfügt über mindestens einen unbeschränkt haftbaren Gesellschafter („general partner“), und dieser Gesellschafter muss ex lege eine schweizerische AG sein.

Die Begründetheit eines *strengen NC* im schweizerischen Gesellschaftsrecht wurde immer wieder kritisch hinterfragt¹³. Unbesehen dessen wird sich am *Grundsatz nichts ändern* – und dies mit gutem Grund. Tatsächlich sollte der NC nicht preisgegeben werden, doch unter rechtspolitischem Aspekt erscheint m.E. eine *Flexibilisierung der angebotenen Gesellschaftsformen* ohne weiteres wünschbar, d.h. der NC sollte kein Axiom (mehr) sein.

⁹ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

¹⁰ Art. 36 ff. KAG – auf diese neue Rechtsform wird im Folgenden *nicht näher* eingegangen; statt aller: WEBER, Aufbruch, 433 ff.

¹¹ Art. 98 ff. KAG – die KkK ist, wie schon der Titel besagt, der *Gegenstand* der folgenden Ausführungen; das Akronym „KkK“ entspricht keinen offiziellen Vorgaben; Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6474 („Eine gesetzliche Abkürzung ist nicht vorgesehen“).

¹² Einführung: ABEGGLEN, 69 ff.; HÄRTSCH, 108 ff.; HÜNERWADEL, 299 ff.; VOGEL/SCHÄR, 479 ff.; KILCHMANN, 63 ff.; HASENBÖHLER ET AL., Rz 563 ff.; RAYROUX, 52 ff. (in Englisch); DU PASQUIER/OBERSON, 207 ff. (in Französisch); allg.: BÖHLER, 506 ff.; BOHRER ET AL., 19 ff.

¹³ In diesem Sinne etwa: KUNZ, Minderheitenschutz, § 2 N 7; schon früh: BÄR, 494; zudem weisen ebenfalls VON BÜREN/HASLER, 74, darauf hin, dass der NC „nicht in Stein gemeisselt“ ist.

1.2 Ausländische Vorbilder sowie EU-Situation

Blicke *über die Landesgrenze* erscheinen in der Jurisprudenz im Allgemeinen sowie im heutigen (Wirtschafts-)Recht im Besonderen unerlässlich. Dies gilt sowohl für die *Rechtssetzung* als auch für die *Rechtsanwendung*. Die sog. *Rechtsvergleichung* als Disziplin¹⁴ kommt in diesem Zusammenhang unter verschiedenen Aspekten „zum Einsatz“¹⁵ – Beispiele: (i) eklektische Anregungen im Ausland¹⁶, (ii) Kompatibilitätsprüfung v.a. mit dem EU-Recht¹⁷ sowie – am weitesten gehend¹⁸ – (iii) sog. autonomer Nachvollzug von EU-Recht¹⁹.

Beim Recht der kollektiven Kapitalanlagen handelt es sich – wie unter dem früheren Anlagefondsrecht²⁰ – um einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht*, d.h. um eine „Umsetzung“ der sog. OGAW-Richtlinie (UCITS)²¹ ins schweizerische Recht²². Dies trifft indes nur auf die „offenen“ Kollektivkapitalanlagen (z.B. auf die SICAV) und gerade *nicht* auf die „geschlossenen“ Kollektivkapitalanlagen²³ (z.B. KkK) zu²⁴.

Betreffend die KkK geht es nur, aber immerhin, um *eklektische Anregungen*, die im Ausland für die Gesetzgebung zum KAG genommen wurden. Ausländische „Modelle“ für die KkK waren in erster Linie die *deutsche „GmbH & Co. KG“* sowie die *angelsächsischen „Limited Partnerships“* (LP)²⁵. Da indes kein autonomer Vollzug der OGAW-Richtlinie

¹⁴ Allg.: KUNZ, Rechtsvergleichung, 37 ff.; WIDMER, 9 ff.; RUSCH, Rz 1 ff.; PEYER, 104 ff.; WALTER, 91 ff.

¹⁵ Die folgende Aufzählung beschränkt sich auf die *Rechtssetzung*.

¹⁶ Im Prinzip geht es um „Ideenklau“, d.h. interessante Rechtsfiguren etc. werden vom schweizerischen Gesetzgeber *im Ausland* „abgekupfert“; dieser Vorgang ist m.E. *völlig legitim* und kommt häufig vor.

¹⁷ Rechtsgrundlage (u.a.): Art. 141 Parlamentsgesetz (SR 171.10).

¹⁸ Detailliert der sog. *Europabericht 2006* des Bundesrats vom 28. Juni 2006: BBl 2006, 6831 ff.; auf Internet verfügbar: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf>.

¹⁹ Allg.: SPINNER/MARITZ, 127 ff.; WIEGAND, 171 ff.

²⁰ Hierzu: FORSTMOSER, Recht, 523 ff.

²¹ Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0458:FIN:DE:PDF>.

²² Ersichtlich bei Art. 152 *Abs. 2* KAG: „[Der Bundesrat] beachtet beim Erlass von Verwaltungsrecht die massgebenden Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften“.

²³ Vgl. dazu hinten 2.1.1.

²⁴ KUNZ, KMU, 21 FN 106 m.w.H.

²⁵ In diesem Sinne: HÄRTSCH, 120; KUNZ, KMU, 21; VOGEL/SCHÄR, 479; ANDERMATT, 482.

bei der Rechtssetzung zur KkK vorliegt²⁶, muss bei der Rechtsanwendung m.E. *keine europarechtskonforme Auslegung* und keine andere „auslandsrechtliche Auslegung“ erfolgen²⁷.

1.3 Einzelaspekte

Betreffend KkK erachtete der Bundesrat einen *Handlungsbedarf* als ausgewiesen, notabene nachdem deren Einführung im Schweizer Recht in der Vernehmlassung „*einheitlich begrüsst*“ wurde²⁸. Das Fehlen der Möglichkeit *gesellschaftsrechtlicher* Formen für kollektive Kapitalanlagen wurde zu den „Schwachstellen beziehungsweise Lücken“ der früheren Anlagefondsgesetzgebung gezählt²⁹. U.a. durch die erstmalige Regelung der KkK³⁰ im schweizerischen Recht sollte die „Wettbewerbsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz“ gestärkt werden³¹.

Die kollektivanlagenrechtliche Rechtssetzung führte (i) zur *Regulierung* der KkK auf verschiedenen Ebenen und durch unterschiedliche Rechtssetzer – Beispiele: Art. 98 ff. KAG, Art. 117 ff. KKV³², Art. 60 f. KKV-EBK³³; die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) hat eine „Wegleitung“ zu Bewilligungsgesuchen für KkK publiziert³⁴.

Die (ii) sog. *Selbstregulierung*, die ansonsten im Finanzmarktrecht bedeutsam ist³⁵, ist fast inexistent; immerhin gibt es von der Swiss Funds Association (SFA) zusammen mit der SECA – Swiss Private Equity & Corporate Finance Association – einige „Muster-Dokumente“³⁶ für KkK; insofern fehlen heute (noch) „Verhaltensregeln einer Branchenorganisation“³⁷, die für die Bewilligung bedeutsam sein könnten.

²⁶ Dies ergibt sich ebenfalls aus der Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6407; die *Botschaft zum KAG* vom 23. September 2005 findet sich auf Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6395.pdf>.

²⁷ Die europarechtskonforme Auslegung setzt einen autonomen Nachvollzug von EU-Recht voraus: BGE 129 III 350 Erw. 5; zudem: KUNZ, KMU, 21 FN 106.

²⁸ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6410.

²⁹ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6406; zudem: BÖHLER, 507.

³⁰ Graphischer Kontext: ABEGGLEN, 72.

³¹ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6408.

³² Kollektivanlagenverordnung (KKV): SR 951.311.

³³ Verordnung der EBK über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV-EBK): SR 951.312.

³⁴ Internet: http://www.ebk.admin.ch/d/wegleit/pdf/Wegleitung_KkK.pdf.

³⁵ Hinweise: KUNZ, Corporate Governance, 477 ff.

³⁶ Die Unterlagen stehen nur *SFA-Mitgliedern* zur Verfügung.

³⁷ Art. 14 Abs. 2 KAG.

Es wurden bis anhin erst *wenige Neugründungen* von KkK³⁸ (und von SICAV³⁹) vorgenommen; heute gibt es in der Schweiz bloss zwei (sic!) KkK⁴⁰. Dies könnte ein Indiz für „Probleme“ dieser neuen Gesellschaftsform sein. Zuerst sind die Aspekte des Gesellschaftsrechts⁴¹ zu untersuchen, und zwar unter der bundesrätlichen Vorgabe, dass der KkK „bei der gesellschaftsrechtlichen Umsetzung *besondere Beachtung* zu schenken [ist], und sie *möglichst nahlos* ins schweizerische Fonds- und Gesellschaftsrecht integriert“ werden müsse⁴².

2. Strukturelles

2.1 Gesellschaftsrechtliche Aspekte

2.1.1 Ausgangslage gemäss KAG

Obwohl es im Einzelnen heikle Abgrenzungsfragen⁴³ geben kann, handelt es sich bei sog. *kollektiven Kapitalanlagen* um „Vermögen, die von (...) Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet“ und bei denen die „Anlagebedürfnisse der (...) Anleger (...) in gleichmässiger Weise befriedigt“ werden (Art. 7 Abs. 1 KAG) – die Anlageform z.B. der „strukturierten Produkte“ gehört nicht dazu⁴⁴.

Im Gegensatz zum früheren Anlagefondsrecht in der Schweiz, das einzig die sog. *vertraglichen* kollektiven Anlagen (= Fonds) regulierte⁴⁵, sind dem neuen Recht sämtliche Kollektivkapitalanlagen „unabhängig der

³⁸ Erste Bewilligung: 20. November 2007.

³⁹ Erste Bewilligung: 24. September 2007.

⁴⁰ Details: <http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGHTML?chnr=CH-020.8.000.026-2&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0> sowie zur zweiten KkK (und ebenfalls mit Sitz im *Kanton Zürich*) <http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGHTML?chnr=CH-020.8.000.030-6&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0> = Stand: 23. Oktober 2008; im Vergleich dazu waren 2'449 OR-Kommanditgesellschaften in den Handelsregistern eingetragen (wobei die HR-Eintragung bei kaufmännischen Kommanditgesellschaften gemäss Art. 594/Art. 595 OR nicht konstitutiv ist, so dass die erwähnte Zahl *nicht als „absolut“* zu verstehen ist).

⁴¹ Vgl. dazu hinten 2.1.

⁴² Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6410; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴³ Hierzu etwa: COURVOISIER/SCHMITZ, 497 ff.

⁴⁴ Art. 5 KAG; allg.: EGGEN, 380 ff.

⁴⁵ Statt aller: HÜNERWADEL, 283 f.

Rechtsform“ unterstellt (Art. 2 Abs. 1 KAG) und damit erstmals die sog. *gesellschaftsrechtlichen* kollektiven Anlagen. Allein durch diese gesetzliche Erweiterung unterstehen nebst – wie bisher – den Anlagefonds⁴⁶ nun ebenfalls die Investmentgesellschaften mit fixem Kapital (SICAF)⁴⁷ ohne Kotierung⁴⁸ dem KAG.

Das revidierte Recht hat indes nicht allein den sachlichen Geltungsbe- reich erweitert, sondern ausserdem in Ergänzung des NC⁴⁹ *zwei neue Gesellschaftsformen* eingeführt, nämlich die SICAV einerseits und die KkK andererseits, womit de lege lata in der Schweiz nunmehr vier Rechtsfor- men für kollektive Kapitalanlagen bestehen⁵⁰.

Bei den *Investorenrechten* besteht eine Zentraldifferenzierung danach, ob die kollektiven Kapitalanleger unmittelbar oder mittelbar einen „Rechtsanspruch auf Rückgabe ihrer Anteile zum Nettoinventarwert“⁵¹ haben („redemption“) oder eben *nicht* haben – im ersten Fall liegt eine sog. *offene* Anlageform⁵² und im zweiten Fall eine sog. *geschlossene* Anlageform vor: Investmentgesellschaften mit fixem Kapital bzw. SICAF sowie KkK sind geschlossene Kollektivkapitalanlagen, d.h. die Gesell- schafter haben im Prinzip *keine* „exit“-Möglichkeit und somit *kein* „Aus- trittsrecht“ wie bei offenen Anlageformen.

Das Kollektivkapitalanlagenrecht führt des Weiteren die Rechtsfigur des sog. *qualifizierten Anlegers* (Art. 10 Abs. 2/Abs. 3 KAG) ein, bei dem eine Art „*relativierter Schutz*“ im Vordergrund steht⁵³, d.h. konzeptionell wird davon ausgegangen, dass solche Anleger für sich selber besorgt sein bzw. sich entsprechend beraten lassen können – entsprechend wichtig wird die *Eigenverantwortung* des Investors⁵⁴:

⁴⁶ Art. 25 ff. KAG; die *Anlagefonds* haben eine *vertragliche* Grundlage (Art. 8 Abs. 1 KAG).

⁴⁷ Art. 110 ff. KAG; statt aller: LUCHSINGER GÄHWILER, 281 ff.; ausserdem zu einem (fi- nanzmarktrechtlichen) Spezialthema: KUNZ, *Investmentgesellschaften*, 249 ff.

⁴⁸ Die Ausnahmeregelung für *Publikumsgesellschaften* war m.E. gerechtfertigt (Art. 2 Abs. 3 KAG); rechtspolitisch in diesem Sinne bereits: KUNZ, *Achterbahnfahrt*, 31.

⁴⁹ Vgl. dazu vorne I.1.

⁵⁰ (i) Vertragliche Anlagefonds; (ii) SICAV; (iii) KkK; (iv) SICAF.

⁵¹ Art. 8 Abs. 2 KAG bzw. Art. 9 Abs. 2 KAG.

⁵² Die *Anlagefonds* sowie die *SICAV* gehören dazu: Art. 8 Abs. 1 KAG.

⁵³ Etwa ersichtlich in Art. 10 Abs. 5 KAG oder am Umstand, dass die *potentiell gefährliche* KkK ausschliesslich qualifizierten Investoren zugänglich ist: vgl. dazu hinten 2.1.3.2. Unbesehen dessen bleibt der *Anlegerschutz* ein zentraler Zweck des Kollektiv- anlagenrechts: Art. 1 KAG.

⁵⁴ Dies zeigt sich des Weiteren ausserhalb des Kollektivkapitalanlagenrechts, nämlich bei der aktuellen „*grossen*“ *Aktienrechtsrevision* und damit im *künftigen* Recht der Ak- tiengesellschaften (Entwurf vom 21. Dezember 2007: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/>)

Gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG gehören „namentlich“⁵⁵ die Banken, die Effektenhändler und die Fondsleitungen, die als Finanzintermediäre *unter Aufsicht* stehen (lit. a), sowie sowohl öffentlich-rechtliche Körperschaften als auch private Unternehmen, die über eine *professionelle Tresorerie* verfügen (lit. c/lit. d), sowie „*vermögende Privatpersonen*“ (lit. e) dazu. Der Bundesrat – m.E. nicht die EBK⁵⁶ – kann weitere Kategorien von Anlegern „als qualifiziert bezeichnen“ (Art. 10 Abs. 4 KAG); in einem Bereich ist dies geschehen⁵⁷. Insbesondere die Kategorie der sog. „vermögenden Privatpersonen“ gibt Anlass zu verschiedenen Fragen⁵⁸.

2.1.2 KkK in der Übersicht

2.1.2.1 Externe Aspekte

Die KkK – eine Personengesellschaft⁵⁹ und damit ein Gesamthandverhältnis⁶⁰ – stellt eine *spezialgesetzliche* Kommanditgesellschaft dar, d.h. das Kollektivanlagenrecht geht als sog. *Lex specialis*⁶¹ Art. 594 ff. OR vor. M.E. eigentlich überflüssigerweise hält Art. 99 KAG fest: „Sofern dieses Gesetz [= KAG] nichts anderes vorsieht, kommen die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Kommanditgesellschaft zur Anwendung.“ Die Regelungen zur KkK sehen ausserdem eine *firmenrechtliche* Spezialordnung vor⁶².

2008/1751.pdf); bei ordentlichen Aktienkapitalerhöhungen sollen gewisse Aktionäre in Zukunft *keinen Anspruch mehr* haben auf einen sog. *Emissionsprospekt*, und zwar die *qualifizierten Anleger* gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG: Art. 652a Abs. 4 E OR.

⁵⁵ M.E. ist somit die gesetzliche Aufzählung *nicht abschliessend*.

⁵⁶ Gl.M.: HASENBÖHLER ET AL., Rz 251.

⁵⁷ Gemeint sind die Anleger, die u.a. einen Vertrag mit einem sog. *unabhängigen Vermögensverwalter*, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, abgeschlossen haben: Art. 6 Abs. 2 KKV.

⁵⁸ Vgl. dazu hinten 2.1.3.2.

⁵⁹ KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 159 sowie 160 FN 186; DU PASQUIER/OBERSON, 209.

⁶⁰ Gl.M.: KILCHMANN, 64; die Botschaft zum KAG hält fest: „[Die KkK] ist zwar *keine juristische Person*, weist aber deren Merkmale auf. Sie kann *Rechte und Pflichten* begründen, *klagen*, sich verteidigen; sie kann als Gesellschaft alle Vermögensrechte wahrnehmen und Verpflichtungen *unabhängig* von ihren Gesellschaftern eingehen“ (BBI 2005, 6424; Hervorhebungen hinzugefügt); zur externen Verselbständigung: HASENBÖHLER ET AL., Rz 572.

⁶¹ Botschaft zum KAG: BBI 2005, 6473.

⁶² Die *Rechtsform* „Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen“ *muss* in der *Firma* der KkK enthalten sein (Art. 101 KAG) – dies wie schon z.B. bei der AG und

Zur *Gründung* einer KkK braucht es nebst einem Gesellschaftsvertrag⁶³, einer Bewilligung⁶⁴ sowie einer Genehmigung⁶⁵ ausserdem einen Eintrag im Handelsregister (HR) – die HR-Eintragung ist *konstitutiv* für die Entstehung⁶⁶. Die *Auflösung* einer KkK kann u.a. durch einen einstimmigen⁶⁷ Gesellschaftsbeschluss ausgelöst werden, aber auch mittels *Verfügung* der Aufsichtsbehörde (Art. 109 lit. c KAG)⁶⁸.

Seit dem 1. Januar 2008 gilt bei Körperschaften eine generelle Revisionspflicht (mit diversen Ausnahmen), doch sowohl die Kollektivgesellschaft als auch die *OR-Kommanditgesellschaft* verfügen ex lege über *keine* Revisionsstelle(n)⁶⁹ – anders die KkK, die als Pflichtorgan eine Revisionsstelle⁷⁰ haben muss (Art. 107 / Art. 126 Abs. 1 lit. c KAG)⁷¹.

Das Kollektivanlagenrecht enthält eine spezifische *Verantwortlichkeitsordnung* (Art. 145 ff. KAG). Auf KkK kommt mittels *Verweisung* die obligationenrechtliche Ordnung zur Kommanditgesellschaft zur Anwendung (Art. 145 Abs. 5 KAG i.V.m. Art. 598 ff. OR)⁷². In erster Linie *passiv* legitimiert ist der *Komplementär* (z.B. wegen „Geschäftsführung“⁷³)⁷⁴, hingegen nicht der Kommanditär. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch verjährt innert fünf bzw. spätestens innert zehn Jahren (Art. 147 Abs. 1 KAG).

der GmbH, aber *anders* als bei der Kommanditgesellschaft gemäss OR; im Übrigen darf die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen“ *ausschliesslich bei KkK* verwendet werden (Art. 12 Abs. 2 KAG).

⁶³ Vgl. dazu hinten 2.1.2.2.

⁶⁴ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

⁶⁵ Vgl. dazu hinten 2.2.3.

⁶⁶ Art. 100 Abs. 1 KAG – Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6473; bei *OR-Kommanditgesellschaften* ist (i) die HR-Eintragung *konstitutiv* bei sog. *nichtkaufmännischen* Gesellschaften (Art. 595 OR) – im Übrigen erweist sich (ii) die Eintragung im HR als *deklaratorisch* bei sog. *kaufmännischen* Kommanditgesellschaften (Art. 594 Abs. 3 OR).

⁶⁷ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6477; der *Gesellschaftsvertrag* kann m.E. aber ein *Quorum* vorsehen.

⁶⁸ Das Gesetz sieht *keine Maximaldauer* für die KkK vor; der bundesrätliche Entwurf wollte die Gesellschaft ursprünglich auf 12 Jahre befristen – Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6474; diese Regelung, sozusagen eine „Exit“-Variante für die Investoren, wurde in den parlamentarischen Beratungen „etwas überraschend“ *ersatzlos gestrichen*: KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 161 FN 195.

⁶⁹ KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 137 f. m.w.H.

⁷⁰ Art. 126 ff. KAG.

⁷¹ Sollte die KkK einen *Vermögensverwalter* beauftragen, müssen die *Revisionsstellen zusammenarbeiten* (Art. 103 Abs. 2 KKV-EBK).

⁷² Statt aller: HÄRTSCH, 119.

⁷³ Art. 145 Abs. 1 KAG sowie Art. 99 KAG i.V.m. Art. 599 OR.

⁷⁴ Vgl. dazu hinten 2.1.3.1.

2.1.2.2 Interne Aspekte

Die kollektive Kapitalanlage ist gemäss Art. 98 Abs. 1 KAG *ausschliesslicher Zweck* der KkK⁷⁵, wobei die in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Anlagen in sog. *Risikokapital* (Art. 103 Abs. 1 KAG)⁷⁶ bestehen müssen. Während mindestens ein Gesellschafter (= sog. Komplementär)⁷⁷ *unbeschränkt haftet*, haften die übrigen Gesellschafter (= sog. Kommanditäre)⁷⁸ einzig „bis zu einer bestimmten Vermögenseinlage“, nämlich der sog. *Kommanditsumme* (Art. 98 Abs. 1 KAG), deren Totalbetrag im Gesellschaftsvertrag aufgeführt zu sein hat⁷⁹ und deren Änderung ausserdem bewilligungspflichtig ist⁸⁰.

Basis jeder KkK – wie auch jeder OR-Kommanditgesellschaft – ist ein sog. *Gesellschaftsvertrag* (Art. 9 Abs. 3 KAG); anders als bei der Kommanditgesellschaft gemäss OR braucht es indes bei der KkK die *Schriftform* (Art. 102 Abs. 2 KAG)⁸¹. Die KkK hat hingegen *keine Statuten*. Das Gesetz regelt in Art. 102 KAG den *zwingenden Inhalt* des Gesellschaftsvertrages (z.B. die Angaben von Firma und Sitz der KkK)⁸², und verschiedene andere Gesetzesbestimmungen weisen auf weitere mögliche Vertragsinhalte hin⁸³.

Eine Spezialordnung zum *Konkurrenzverbot* enthält Art. 104 KAG⁸⁴: *Kommanditäre* haben für ihre Tätigkeiten oder ihre Beteiligungen überhaupt *keine* Einschränkungen (Abs. 1); *Komplementäre* sind zwar eben-

⁷⁵ Aus diesem Grund besteht ein *Dienstleistungsverbot* für die KkK, während sie natürlich ihr *eigenes Vermögen verwalten* darf: Art. 117 KKV.

⁷⁶ Der Begriff „*Risikokapital*“ erscheint nicht in jeder Hinsicht klar: vgl. dazu hinten 3.1.

⁷⁷ Vgl. dazu hinten 2.1.3.1.

⁷⁸ Vgl. dazu hinten 2.1.3.2.

⁷⁹ Art. 102 Abs. 1 lit. d KAG.

⁸⁰ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

⁸¹ Gemäss Botschaft zum KAG ist dies „*international üblich*“: BBl 2005, 6475; es genügt die einfache Schriftlichkeit, d.h. es braucht keine öffentliche Beurkundung: HÄRTSCH, 116.

⁸² Weitere Details finden sich auf *Verordnungsebene*; beispielsweise können sich *geschäftsführende Personen* des Komplementärs *als Kommanditäre* an der KkK beteiligen, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht: Art. 119 Abs. 3 lit. a KKV.

⁸³ Beispiele: (i) Der Gesellschaftsvertrag kann das *milde* Konkurrenzverbot des Komplementärs *verschärfen*: Art. 104 Abs. 2 KAG; (ii) der Gesellschaftsvertrag kann dem Komplementär die Befugnis geben, „über den Ein- und Austritt von (...) Kommanditären [zu] beschliessen“: Art. 105 Abs. 1 KAG.

⁸⁴ Allg. die Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6424; konkurrenzierendes Verhalten bedeutet, *entweder* „für eigene und für fremde Rechnung andere Geschäfte zu betreiben“ *oder* „sich an anderen Unternehmungen zu beteiligen“ (Art. 104 Abs. 1/Abs. 2 KAG).

falls im Prinzip frei, müssen ihr potentiell konkurrenzierendes Verhalten indes *offen legen* und dürfen in *keinen Interessenkonflikt* geraten (Abs. 2).

Die *Rechenschaftsablage* sowie die *Bewertung des Gesellschaftsvermögens* erfolgen bei der KkK ähnlich bzw. „sinngemäss“ wie bei den anderen Rechtsformen kollektiver Kapitalanlagen (Art. 108 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 88 ff. KAG)⁸⁵ – Details finden sich auf Verordnungsebene⁸⁶. Die bewusste internationale Ausrichtung der KkK ergibt sich aus zwei weiteren Bestimmungen: (i) KkK dürfen generell – und damit anders als die übrigen Rechtsformen – eine *fremde Währung als Rechnungseinheit* verwenden (Art. 53 Abs. 1 lit. c KKV-EBK); (ii) bei der Rechnungslegung der KkK sind im Allgemeinen „[i]nternational anerkannte Standards“ zu berücksichtigen (Art. 108 Abs. 2 KAG)⁸⁷.

2.1.3 Gesellschafterkategorien

2.1.3.1 Komplementäre

Die KkK setzt gemäss Art. 98 Abs. 1 Satz 2 KAG voraus, dass mindestens ein sog. *Komplementär* vorhanden ist, d.h. ein Gesellschafter, der *unbeschränkt haftet* („general partner“). Der Komplementär wird im HR eingetragen und ebenfalls im Gesellschaftsvertrag erwähnt⁸⁸. Infolge der übertragenden Bedeutung des Komplementärs bzw. der Komplementäre für die KkK ist – anders als bei den Kommanditären – eine *Bewilligung* erforderlich⁸⁹.

Komplementär bei der OR-Kommanditgesellschaft hat eine natürliche Person zu sein⁹⁰ – anders nun aber bei der KkK: Komplementär *muss* (i) eine *Aktiengesellschaft* sein⁹¹, und zwar (ii) mit *Sitz in der Schweiz* (Art.

⁸⁵ Art. 81 Abs. 1 KKV-EBK präzisiert, dass sich das „sinngemäss“ auf die *offenen* kollektiven Kapitalanlagen bezieht, d.h. auf die Anlagefonds und auf die SICAV.

⁸⁶ Beispiele sind Art. 60 KKV-EBK, Art. 81 KKV-EBK sowie Art. 90 KKV-EBK.

⁸⁷ Die Botschaft zum KAG präzisierend: „soweit solche überhaupt vorliegen“ (BBl 2005, 6476); m.E. ist dies ein weiterer Beleg für die sog. *legislative Rechtsvergleichung*; ein bekanntes Beispiel für die Orientierung an internationalen Standards findet sich in Art. 8 Abs. 3 BEHG – durch diese finanzmarktrechtliche Bestimmung werden „Vorgaben“ für einen Teil der Selbstregulierung (= Kotierungsrecht) gemacht.

⁸⁸ *Sitz* und *Firma* des Komplementärs sind zwingend zu nennen im Gesellschaftsvertrag: Art. 102 Abs. 1 lit. c KAG.

⁸⁹ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

⁹⁰ Art. 594 Abs. 2 OR.

⁹¹ Eine (angebliche) Überlegung zur Beschränkung auf AG war, dass sich *keine natürlichen Personen* finden lassen würden, um die Risiken als Komplementäre zu tragen

98 Abs. 2 Satz 1 KAG); diese AG, die (iii) über ein *einbezahltes* Aktienkapital von *mindestens CHF 100'000.--* zu verfügen hat⁹², darf (iv) als Komplementär nur bei *einer einzigen KkK* tätig sein (Art. 98 Abs. 2 Satz 2 KAG).

2.1.3.2 *Kommanditäre*

Die KkK setzt gemäss Art. 98 Abs. 1 Satz 2 KAG ausserdem voraus, dass mindestens ein sog. *Kommanditär* vorhanden ist, d.h. ein Gesellschafter („limited partner“), der *beschränkt haftet* „bis zu einer bestimmten Vermögenseinlage“ (= *Kommanditsumme*). Der Kommanditär wird im HR nicht eingetragen – anders als der Totalbetrag der Kommanditsumme⁹³. Es ist ausserdem ein (nicht-öffentliches) *Register* über die Kommanditäre zu führen⁹⁴. Anders als bei den Komplementären⁹⁵ besteht keine Meldepflicht für die Kommanditäre⁹⁶.

Das Gesetz enthält betreffend die OR-Kommanditäre keine Qualifikationen⁹⁷ – anders bei der KkK: Kommanditäre *müssen* gemäss Art. 98 Abs. 3 KAG nämlich (i) *qualifizierte Anleger* im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KAG⁹⁸ sein⁹⁹; eine spezifische Rechts- bzw. Gesellschaftsform wird hin-

(Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6424); m.E. erscheint dieses „Argument“ kaum überzeugend.

⁹² Art. 118 Abs. 2 KKV – somit muss das Aktienkapital des Komplementärs *vollliberiert* sein, wenn die AG nur über das *Mindestkapital* von CHF 100'000.-- (Art. 621 OR) verfügt; m.E. ist aber eine *Teillibrierung* bei einem Aktienkapital *über* den aktienrechtlichen Minimalanforderungen durchaus möglich, sofern das *einbezahlte* Aktienkapital von CHF 100'000.-- erreicht wird (z.B. reicht eine Teillibrierung von 50 % bei einem Aktienkapital von CHF 200'000.-- aus).

⁹³ Die Kommanditsumme wird im HR und im *Gesellschaftsvertrag* eingetragen: Art. 102 Abs. 1 lit. d KAG.

⁹⁴ Der *Gesellschaftsvertrag* muss Bestimmungen über das Register enthalten: Art. 102 Abs. 1 lit. g KAG.

⁹⁵ Vgl. dazu hinten 2.2.2.

⁹⁶ Änderungen bei den *Kommanditären* sind *nicht meldepflichtig*: Art. 15 Abs. 1 lit. c KKV.

⁹⁷ Art. 594 Abs. 2 OR.

⁹⁸ Vgl. dazu vorne 2.1.1.

⁹⁹ Die „*ratio legis*“ für diese Einschränkung lautet gemäss Botschaft zum KAG wie folgt: KkK sollen „nur qualifizierten (...) Anlegern zur Verfügung stehen, da diese die Charakteristiken, Risiken und anderen Besonderheiten solcher Anlagen, namentlich bezüglich der beschränkten Liquidität, *verstehen* und *allfällige Ausfälle tragen* können“ (BBl 2005, 6423; Hervorhebungen hinzugefügt); ausserdem: VOGEL/SCHÄR, 480.

gegen nicht vorausgesetzt¹⁰⁰. Für den (Fort-)Bestand einer KkK braucht es *ein Jahr nach Gründung* der Gesellschaft¹⁰¹ (ii) *mindestens fünf* Kommanditäre (Art. 7 Abs. 3 KAG¹⁰²)¹⁰³.

Ein Kommanditär hat zwar *kein Konkurrenzverbot* (Art. 104 Abs. 1 KAG), m.E. vorbehalten bleibt indes in Bezug auf dessen Verhalten das *Rechtsmissbrauchsverbot*. Die Kommanditäre der KkK haben *kein* Vertretungsrecht und *kein* Geschäftsführungsrecht¹⁰⁴ – die Befugnisse stehen den Komplementären zu.

Gegenüber den OR-Kommanditären¹⁰⁵ besteht ein wesentlich *erhöhter* Informationsanspruch, was die Attraktivität der KkK als Anlageobjekt für „limited partners“ steigern sollte: Einerseits hat der Kommanditär in die „Geschäftsbücher“¹⁰⁶ der Gesellschaft ein *jederzeitiges Einsichtsrecht*, das bezüglich der KkK selber *schränkenlos* ist (Art. 106 Abs. 1 KAG)¹⁰⁷; andererseits hat der Kommanditär über den „Geschäftsgang“ der KkK ein zwar zeitlich, aber nicht inhaltlich *limitiertes Auskunftsrecht*, und zwar „mindestens einmal vierteljährlich“ (Art. 106 Abs. 2 KAG) – Geschäftsgeheimnisse rechtfertigen keine Relativierung.

¹⁰⁰ (i) *Natürliche Personen*, (ii) *juristische Personen*, (iii) *OR-Kollektivgesellschaften* sowie (iv) *OR-Kommanditgesellschaften* können grundsätzlich Kommanditäre sein; es stellt sich indes die Frage, ob (v) *einfache Gesellschaften* sowie (vi) *KkK* ebenfalls KkK-Kommanditäre sein können, was prima vista nicht der Fall zu sein scheint: vgl. dazu hinten 3.1.

¹⁰¹ Art. 5 Abs. 3 KKV erwähnt zwar die „*Lancierung*“ (was immer dies bedeuten mag), m.E. muss dies aber aus Gründen der Rechtssicherheit als „*Gründung*“ der KkK interpretiert werden.

¹⁰² Gemäss Botschaft zum KAG wird diese Mindestzahl v.a. aus *steuerrechtlichen* Gründen vorgesehen, damit Umgehungsmöglichkeiten erschwert werden: BBl 2005, 6425.

¹⁰³ Das Gesetz spricht allgemein eine „*Mindestanzahl der Anlegerinnen und Anleger*“ an (Art. 7 Abs. 3 KAG); Art. 5 Abs. 3 KKV schränkt die Gesellschafterkategorie m.E. zu Recht und damit gesetzeskonform auf die *Kommanditäre* ein, so dass die *Komplementäre nicht* dazugerechnet werden dürfen.

¹⁰⁴ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6425.

¹⁰⁵ Art. 600 Abs. 3 OR.

¹⁰⁶ M.E. muss der *Terminus* „*Geschäftsbücher*“ *breit* verstanden werden, z.B. inklusive der *Korrespondenz* der KkK (Mails etc.).

¹⁰⁷ Allfällige *Geschäftsgeheimnisse der KkK* rechtfertigen m.E. *keine Relativierung* des Einsichtsrechts des Kommanditärs, weil ausschliesslich „*Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaften*, in die die [KkK] investiert“, vorbehalten bleiben (Art. 106 Abs. 1 KAG).

2.1.4 KkK sowie OR-Kommanditgesellschaft

Die KkK ist eine Personengesellschaft, die sich in weiten Teilen an die im Obligationenrecht geregelte Kommanditgesellschaft „anlehnt“¹⁰⁸. Insofern kann nicht überraschen, dass *Art. 594 ff. OR als subsidiäres Recht* anwendbar ist (Art. 99 KAG). Unbesehen dessen gibt es zahlreiche legislative Differenzen¹⁰⁹, die sich aus den Ausführungen im Detail ergeben. Als *zusammenfassender Überblick* ergibt sich was folgt¹¹⁰:

- Formalisierte Gründung: KkK müssen für die Gründung gewisse *Formalien* einhalten; im Vordergrund stehen in diesem Zusammenhang z.B. das *Schrifterfordernis* für den Gesellschaftsvertrag (Art. 102 Abs. 2 KAG) sowie die *konstitutive HR-Eintragung*, und zwar unbesehen eines kaufmännischen Gewerbes bei allen KkK (Art. 100 Abs. 1 KAG).
- Zweckbeschränkung: Zulässig sind bei KkK ausschliesslich *kollektive Kapitalanlagen* (Art. 98 Abs. 1 KAG), und zwar Anlagen in *Risikokapital* (Art. 103 Abs. 1 KAG).
- Gesellschafterspezialitäten: Bei beiden Kategorien von *KkK-Gesellschaften* sind *Spezialitäten* zu beachten, nämlich bei *Komplementären* die Notwendigkeit, eine AG mit Sitz in der Schweiz zu sein (Art. 98 Abs. 2 KAG), und bei *Kommanditären* das Erfordernis des qualifizierten Anlegers (Art. 98 Abs. 3 KAG); ausserdem ist eine *Mindestzahl* von fünf Kommanditären zu beachten (Art. 7 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KKV).
- Firmensonderrecht: Ein Hinweis auf die *Rechtsform* der KkK gehört – ähnlich wie seit Kurzem bei allen Körperschaften – zwingend in die *Firma* (Art. 101 KAG).
- Konkurrenzverbot/Informationsrecht/Ein- und Austritt: Die *Kommanditäre* werden bei der Konkurrenzierung „ihrer“ KkK *nicht* eingeschränkt (Art. 104 Abs. 1 KAG); die *Komplementäre* haben ebenfalls *kaum Schranken*, müssen aber Transparenz schaffen (Art. 104 Abs. 2 KAG); den Kommanditären steht ein *breites Informationsrecht* zu (Art. 106 KAG). Für Kommanditäre kann schliesslich ausserdem so-

¹⁰⁸ Ähnlich bereits die Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6408.

¹⁰⁹ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6473.

¹¹⁰ Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 22 N 125 ff.

wohl ein *Eintrittsrecht* als auch ein *Austrittsrecht* vorgesehen werden (Art. 105 KAG)¹¹¹.

- Revisionsstelle als Pflichtorgan: Das KAG sieht für alle vier Gesellschaftsformen das Erfordernis einer Revisionsstelle vor, d.h. ebenfalls die KkK – obwohl eine Personengesellschaft¹¹² – *muss revidiert* werden (Art. 107 KAG)¹¹³ von einer Revisionsstelle, für die eine Spezialordnung gemäss Art. 126 ff. KAG zur Anwendung kommt.
- Behördliche Mitwirkungen: Die KkK ist *bewilligungspflichtig* (Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG) und der Gesellschaftsvertrag *genehmigungspflichtig* (Art. 15 Abs. 1 lit. c KAG) – auf diese finanzmarktrechtlichen Aspekte wird ebenfalls kurz eingegangen¹¹⁴.

Die *Verweisung* von Art. 99 KAG bringt nur die obligationenrechtliche Ordnung zur Kommanditgesellschaft (= Art. 594 ff. OR)¹¹⁵ zur Anwendung, aber m.E. *nicht das OR generell*. Insofern ist und bleibt der zentrale Auslegungsgegenstand das Kollektivanlagenrecht. Erst wenn eine *umfassende Auslegung* der Lex specialis (sc. grammatikalisch, historisch, systematisch, teleologisch, rechtsvergleichend) ergibt, dass „nichts anderes vor[gesehen]“ (Art. 99 KAG) ist, kann zum Kommanditgesellschaftsrecht des OR „*gewechselt*“ werden.

2.2 Finanzmarktrechtliche Aspekte

2.2.1 Aufsichtsbehörde(n)

Das *Finanzmarktrecht* beobachtet im Allgemeinen, etwas trivialisiert, eine „Trias“ von (i) Bewilligung, (ii) Aufsicht sowie (iii) Sanktionierung – und nicht anders verhält es sich mit dem neuen *Kollektivkapitalanlagenrecht*. Für die KkK gilt somit wie für die anderen drei Formen kollektiver Kapi-

¹¹¹ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6476; detailliert: HÄRTSCH, 117 f.

¹¹² Für eine Kommanditgesellschaft ist eine Revisionsstelle gemäss Botschaft zum KAG „grundsätzlich fremd“: BBl 2005, 6476.

¹¹³ Die Revisionsstelle hat die *Jahresrechnung der KkK* zu prüfen: Art. 128 Abs. 1 lit. a KAG.

¹¹⁴ Vgl. dazu hinten 2.2.

¹¹⁵ Vom Begriff her stellt die KkK eine Kommanditgesellschaft i.S.v. Art. 594 ff. OR dar – gemäss Botschaft zum KAG zumindest „grundsätzlich“: BBl 2005, 6473.

talanlagen, dass sie bewilligungspflichtig¹¹⁶ ist und unter Aufsicht steht sowie gegebenenfalls sanktioniert¹¹⁷ werden kann.

Die *Aufsichtsbehörde* z.B. der KkK war für lange Zeit die *Eidgenössische Bankenkommision* (Art. 132 Abs. 1 KAG), die zuständig ist u.a. für Bewilligungen sowie Genehmigungen und die Aufsicht; im aufsichtsrechtlichen Rahmen stehen der EBK *zahlreiche Massnahme- und Sanktionierungsmöglichkeiten* zur Verfügung¹¹⁸.

Die EBK wird per 1. Januar 2009 „fusioniert“ mit verschiedenen anderen Behörden (nämlich mit dem Bundesamt für Privatversicherung/BPV sowie mit der Kontrollstelle GwG) zur *neuen Finanzmarktaufsichtsbehörde* (FINMA). Grundlage der künftigen *integrierten* Aufsicht durch die FINMA ist das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG)¹¹⁹. Für die kollektiven Kapitalanlagen im Allgemeinen bzw. die KkK im Besonderen ergeben sich aus dieser grossen Behördenreorganisation *keine nennenswerten Änderungen*.

2.2.2 Bewilligung

Die *Gründung* bzw. die HR-Eintragung der KkK ist *bewilligungspflichtig* (Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG); sollte (noch) keine Bewilligung erteilt worden sein, liegt für die Zwischenphase eine *einfache Gesellschaft* vor¹²⁰. Zuständige Behörde ist die Aufsichtsbehörde des KAG¹²¹, d.h. die EBK und künftig die FINMA¹²². Dazu müssen verschiedene *Bewilligungsvoraussetzungen* beachtet werden, die im Finanzmarktrecht allgemein bekannt sind – Auswahl¹²³:

¹¹⁶ Vgl. dazu hinten 2.2.2./2.2.3.

¹¹⁷ Vgl. dazu hinten 2.2.4.

¹¹⁸ Vgl. dazu hinten 2.2.4.

¹¹⁹ Botschaft vom 1. Februar 2006: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/2829.pdf>; zu den Beratungen im Parlament: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4717/246213/d_s_4717_246213_246283.htm.

¹²⁰ Art. 530 Abs. 2 OR ist m.E. *per analogiam* auch auf die *KkK-Gründungsgesellschaft* anwendbar.

¹²¹ Im Bewilligungsverfahren muss insbesondere der *Gesellschaftsvertrag* vorgelegt werden: Art. 7 lit. b KKV.

¹²² Die Bewilligung ist ein „Gütesiegel“: ANDERMATT, 487.

¹²³ Nebst den etwas detaillierter darzustellenden zwei Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 14 Abs. 1 *lit. a/lit. b* KAG müssen die KkK insbesondere (i) über *interne Vorschriften* und eine *Betriebsorganisation* verfügen, die gerade die Pflichterfüllung gemäss KAG sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 *lit. c* KAG i.V.m. Art. 12 KKV), und (ii) *finanzielle Garantien* vorlegen können (Art. 14 Abs. 1 *lit. d* KAG i.V.m. Art. 13

- (i) Die für die *Verwaltung* und für die *Geschäftsführung* der KkK *verantwortlichen Personen* müssen (a) einen „guten Ruf“ geniessen, zudem (b) „Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung“ bieten und zusätzlich (c) die „erforderlichen fachlichen Qualifikationen“ ausweisen (Art. 14 Abs. 1 lit. a KAG). M.E. gilt diese Regelung nur, aber immerhin für den *Komplementär* der KkK¹²⁴, der deren Vermögen verwaltet und die Geschäfte führt.
- (ii) Die sog. „*qualifiziert Beteiligten*“ an einer KkK müssen ausserdem (a) einen „guten Ruf“ aufweisen, und (b) ihr Einfluss darf sich „nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit“ der KkK auswirken (Art. 14 Abs. 1 lit. b KAG). M.E. gehören die *Komplementäre* immer zu den „*qualifiziert Beteiligten*“¹²⁵, während für die *Kommanditäre* dies nur, aber immerhin in Ausnahmefällen¹²⁶ zutreffen kann¹²⁷.

Weitere Bewilligungs- oder Meldetatbestände, auf die beispielhaft hingewiesen wird, müssen im Zusammenhang mit KkK beachtet werden:

- (iii) Sollte eine „*Änderung der [tatsächlichen oder rechtlichen] Umstände*“ vorliegen, setzt die „Weiterführung“ der KkK-Tätigkeit eine neue Bewilligung voraus (Art. 16 KAG); (iv) gewisse *Änderungen beim Komplementär selber* (z.B. bei dessen Organisation oder bei Mutationen der verantwortlichen Personen) sind bewilligungs- oder meldepflichtig (Art. 118 Abs. 3 KKV i.V.m. Art. 14 Abs. 1/Art. 15 Abs. 1 KKV); (v) die *Änderung des Komplementärs* bei der KkK ist

KKV); da (iii) im heutigen Zeitpunkt (noch) keine „Verhaltensregeln einer Branchenorganisation“ vorliegen, bleibt Art. 14 Abs. 2 KAG vorerst ohne Bedeutung.

¹²⁴ Art. 118 Abs. 1 KKV hält dies fest, indes mit der „Präzisierung“, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nur „*sinngemäss*“ anwendbar seien – m.E. muss dies bedeuten, dass die Voraussetzungen zu überprüfen sind bei den verantwortlichen *natürlichen (sic!) Personen* des Komplementärs (= AG), also beispielsweise bei dessen *Verwaltungsrat* und bei dessen *Geschäftsleitung*.

¹²⁵ Ein Qualifikationskriterium ist die Möglichkeit, die „*Geschäftstätigkeit*“ der KkK „*massgebend beeinflussen [zu] können*“ (Art. 14 Abs. 3 KAG), was natürlich bei *allen* Komplementären zutrifft.

¹²⁶ *Einfluss auf die Geschäftstätigkeit* der KkK kann bzw. darf der Kommanditär *nicht* nehmen; sollte aber die KkK mit einem *Eigenkapital* ausgestattet worden sein, was rechtlich möglich wäre, wäre eine Kapitalbeteiligung eines Kommanditärs mit „*mindestens 10 Prozent des Kapitals*“ möglich, was m.E. in der Folge auch Art. 14 Abs. 1 lit. b/Abs. 3 KAG zur Anwendung bringen würde.

¹²⁷ Dass *Kommanditäre* ebenfalls „*qualifiziert Beteiligte*“ sein können, m.E. indes nur in Ausnahmefällen, setzt Art. 15 Abs. 1 lit. c KKV voraus.

mit einer Meldepflicht verbunden¹²⁸; (vi) zu melden sind schliesslich auch *Prospektänderungen* bei KkK (Art. 15 Abs. 3 KKV)¹²⁹.

Nicht „alles und jedes“ muss im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen bewilligt oder genehmigt oder gemeldet werden; Art. 8 KKV sieht zahlreiche Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vor (ohne Relevanz für die KkK). Ausserdem sind verschiedene teils gewichtige Änderungen bei der KkK *weder* bewilligungs- *noch* meldepflichtig¹³⁰.

2.2.3 Genehmigung

Eine weitere Variante der behördlichen Mitwirkung nebst (i) einer *Bewilligungspflicht* und (ii) einer *Meldepflicht* ist (iii) die *Genehmigungspflicht*. Die zentrale privatautonome Grundlage einer KkK ist deren Gesellschaftsvertrag¹³¹ – und dieser Vertrag zwischen den Gesellschaftern muss *behördlich genehmigt* werden (Art. 15 Abs. 1 lit. c KAG).

Genehmigungsbehörde ist die Aufsichtsbehörde, d.h. die *EBK* bzw. die *FINMA* (Art. 15 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 132 Abs. 1 KAG). Sollte schliesslich eine „*Änderung der Umstände*“, die einer Genehmigung des Gesellschaftsvertrages ursprünglich zugrunde lagen, erfolgen, setzt die „Weiterführung“ der KkK-Tätigkeit eine *neue Genehmigung* voraus (Art. 16 KAG).

2.2.4 Massnahmen und Sanktionierungen

Das Kollektivanlagenrecht enthält (i) eine spezifische *zivilrechtliche* Verantwortlichkeitsordnung (Art. 145 ff. KAG)¹³². Eigentliche „Sanktionierungen“ finden sich des Weiteren (ii) im *Aufsichtsrecht* einerseits sowie (iii) im *Strafrecht* andererseits:

Die Aufsichtsbehörde hat umfangreiche Kompetenzen und kann im Zusammenhang mit KkK im Rahmen von Art. 132 ff. KAG verschiedene

¹²⁸ Dies leitet sich daraus ab, dass der *Komplementär* immer „*qualifiziert Beteiligter*“ an der KkK ist und in Art. 15 Abs. 1 lit. c KKV *nicht erwähnt* wird.

¹²⁹ Generell zum *Prospekt* bei der KkK: HASENBÖHLER ET AL., Rz 584 ff.

¹³⁰ Beispiele: Änderungen der *Höhe der Kommanditsumme* im Gesellschaftsvertrag der KkK (Art. 14 Abs. 2 lit. b KKV); *Mutationen bei den Kommanditären* der KkK (Art. 15 Abs. 1 lit. c KKV).

¹³¹ Vgl. dazu vorne 2.1.2.2.

¹³² Vgl. dazu vorne 2.1.2.1.

Sanktionen bzw. Massnahmen ergreifen – Beispiele: (a) *Wiederherstellung* des rechtmässigen Zustandes (Art. 133 KAG); (b) *Entzug* der Bewilligung bzw. der Genehmigung (Art. 134 KAG); (c) Einsetzung eines sog. *Untersuchungsbeauftragten* (Art. 137 KAG).

Das Verhalten im Zusammenhang mit KkK kann des Weiteren strafrechtliche Relevanz haben – als Beispiel: Die Tätigkeit als KkK *ohne Bewilligung* ist *strafbar* für die *handelnden natürlichen* Personen und stellt ein Vergehen dar (Art. 148 KAG). Unterschiedliche Straffrahmen gelten für *vorsätzliches* Verhalten¹³³ und für *fahrlässiges* Verhalten¹³⁴. Hinsichtlich der Strafverfolgung handelt es sich um ein sog. *Offizialdelikt*.

3. Spezialfragen

3.1 Unklarheiten

Bei einer neuen Gesellschaftsform muss zwangsläufig zu Beginn eine gewisse Rechtsunsicherheit bestehen. Obwohl m.E. bei der Erarbeitung der KkK im Rahmen des KAG sehr umsichtig legiferiert wurde, bleiben zahlreiche Fragen offen. Es geht nicht darum, abschliessende Antworten zu entwickeln, sondern einige offensichtliche Unklarheiten anzusprechen. Im Folgenden wird auf *drei Unklarheiten* eingegangen:

- *Risikokapital für KkK-Anlagen*: Die KkK tätigt Anlagen in sog. *Risikokapital* (Art. 103 Abs. 1 KAG), doch fehlt eine Legaldefinition dafür¹³⁵. Die „Zielrichtung“ ergibt sich aus Art. 120 KKV, d.h. grundsätzliche Erwartung „eines überdurchschnittlichen Mehrwertes verbunden mit einer überdurchschnittlichen Verlustwahrscheinlichkeit“ (Abs. 1)¹³⁶.

¹³³ Art. 148 Abs. 1 lit. a KAG: (i) Freiheitsstrafe bis drei Jahre oder (ii) Geldstrafe bis 360 Tagessätze.

¹³⁴ Art. 148 Abs. 2 KAG: Busse bis CHF 250'000.--.

¹³⁵ Wenig überzeugend wird „Risikokapital“ gelegentlich mit „Private Equity“ *gleichgesetzt* – obwohl für Letzteres ebenfalls eine Legaldefinition fehlt; z.B. die Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6410 sowie 6422.

¹³⁶ Im Übrigen gibt es *kaum Einschränkungen*, d.h. *direkte* oder *indirekte* Finanzierungen kommen in Frage (Art. 120 Abs. 1 KKV); und irrelevant ist des Weiteren, ob es um Eigenkapital- oder Fremdkapital- oder Mischfinanzierungen wie „Mezzanine“ geht

Der Bundesrat hat basierend auf der Delegationsnorm von Art. 103 Abs. 2 KAG das Anlagespektrum erweitert, und zwar auf „Bau- und Immobilienprojekte“ sowie auf „alternative Anlagen“ (Art. 121 Abs. 1 KKV).

M.E. ist die KkK *relativ frei* zu entscheiden, was bei ihr (sic!) als „Risikokapital“ gilt und was eben nicht; die Diskussionen etwa zum „Venture Capital“ oder zu „Private Equity“¹³⁷ erscheinen juristisch wenig erhellend¹³⁸. Hedge Funds sind in jedem Fall als KkK zulässig¹³⁹. Das *Ermessen* der KkK kann *präventiv* im Gesellschaftsvertrag eingeschränkt werden¹⁴⁰; ausserdem können sich die Gesellschafter allenfalls *reparativ* auf das Verantwortlichkeitsrecht berufen.

- Vermögende Personen als qualifizierte Anleger: Sog. „vermögende Privatpersonen“ gelten als *qualifizierte Anleger* (Art. 10 Abs. 3 lit. e KAG), womit diese Personen als *Kommanditäre* in Frage kommen (Art. 98 Abs. 3 KAG). Die Qualifikation wird erreicht, wenn die Person u.a. „direkt oder indirekt über Finanzanlagen von mindestens 2 Millionen Franken“ verfügt (Art. 6 Abs. 1 KKV)¹⁴¹. Was „*Finanzanlagen*“ bedeutet¹⁴², bleibt offen¹⁴³:

M.E. *nicht* dazugehören dürfen insbesondere Vermögenswerte aus *Sozialversicherungen* (inklusive Guthaben der 2. und 3. „Säulen“) sowie Immobilien nicht für Anlagezwecke, sondern für den *Eigengebrauch*. Im Übrigen gilt die *Eigenverantwortlichkeit*, die durch die Notwendigkeit einer *schriftlichen Bestätigung* hervorgehoben wird – und den Adressaten dieser Bestätigung trifft keine Nachforschungspflicht¹⁴⁴.

- Einfache Gesellschaften sowie KkK als Kommanditäre: Als *Komplementäre* von KkK kommen einzig AG in Frage (Art. 98 Abs. 2 KAG);

(Art. 120 Abs. 2 KKV); allg. die Botschaft zum KAG: BBI 2005, 6475 f. m.w.H.; zudem: RAYROUX, 52.

¹³⁷ Im Zusammenhang mit der Rechenschaftsablage erwähnt: Art. 63 KKV-EBK.

¹³⁸ Hierzu „illustrativ“ die Botschaft zum KAG: BBI 2005, 6475 FN 72.

¹³⁹ Gl.M.: HÄRTSCH, 113.

¹⁴⁰ M.E. kommt somit *Art. 121 Abs. 2 KKV* nicht nur bei den „*anderen Anlagen*“, sondern ebenfalls beim „*Risikokapital*“ gemäss Art. 120 KKV analog zur Anwendung.

¹⁴¹ Ursprünglich sollte der Wert bei *CHF 5 Mio.* liegen, was jedoch durch die EBK als Folge der Vernehmlassung geändert wurde.

¹⁴² Es dürfte sich m.E. beispielsweise um *Bankguthaben*, um *Effekten* sowie um *Lebensversicherungen mit Rückkaufswert* handeln.

¹⁴³ Anhaltspunkte zur Interpretation kann immerhin das *EBK-RS 03/1* („Öffentliche Werbung“) geben, und zwar in Rz 14 f.: BOHRER ET AL., 23.

¹⁴⁴ Die schriftliche Bestätigung ist *notwendig, aber hinreichend*: Art. 6 Abs. 1 KKV.

als *Kommanditäre* werden im Gesetz erwähnt „natürliche und juristische Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften“ (Art. 98 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 KAG) – *nicht erwähnt* bzw. eventuell „vergessen“ wurden (i) die KkK sowie (ii) die einfachen Gesellschaften¹⁴⁵:

M.E. können sowohl die *KkK* als auch die *einfachen Gesellschaften* qualifizierte Anleger und damit KkK-Kommanditäre sein. Bei den KkK ergibt sich dies aus einer *extensiven Auslegung* von Art. 10 Abs. 1 KAG¹⁴⁶; die Nichterwähnung der einfachen Gesellschaften dürfte ein *gesetzgeberisches Versehen* sein¹⁴⁷, wie es in anderen Bereichen vorkommt.

In der *künftigen Praxis* zur KkK dürften wohl *weitere Unklarheiten* entdeckt werden, die momentan zumindest nicht offensichtlich erscheinen. Dies setzt allerdings voraus, dass die KkK in der Zukunft tatsächlich eine wichtigere Rolle spielt, als dies heute noch der Fall ist. Es sollte kein Pessimismus zur erhofften Entwicklung der KkK vorherrschen, doch dürfte die *aktuelle steuerrechtliche* Situation vorerst¹⁴⁸ hemmend wirken.

3.2 Exkurs: Steuerrecht (von M. Kobierski)¹⁴⁹

Steuerlich war die Reform des KAG vom Grundsatz „same business, same risk, same tax“¹⁵⁰ geprägt. Daher war schon im Expertenbericht vorgesehen, dass alle kollektiven Kapitalanlagen, unabhängig ihres rechtlichen

¹⁴⁵ Art. 530 ff. OR.

¹⁴⁶ Der Begriff „Kommanditgesellschaften“ dürfte m.E. wohl auch die KkK umfassen – sollte diese Argumentation nicht überzeugen, gelten (eventualiter) die Ausführungen zur einfachen Gesellschaft.

¹⁴⁷ M.E. wollte der Gesetzgeber in Art. 10 Abs. 3 KAG nebst (i) den *juristischen Personen* und (ii) den *natürlichen Personen* noch die „Restmenge“ erwähnen, nämlich (iii) die *Rechtsgemeinschaften* bzw. die Personengesellschaften, hat aber sozusagen als „*pars pro toto*“ einzig (a) die Kollektivgesellschaften und (b) die Kommanditgesellschaften explizit erwähnt und (c) die einfachen Gesellschaften und (d) die neuen KkK *schlicht* „vergessen“.

¹⁴⁸ Vgl. dazu hinten 3.2.

¹⁴⁹ Der *steuerrechtliche Teil* der Darstellung (Exkurs: 3.2) wurde *selbständig* verfasst von meiner wissenschaftlichen Assistentin am IWR, Frau M^LAW MARLENE KOBIERSKI, wofür ihr bestens gedankt sei.

¹⁵⁰ HASENBÖHLER ET AL., Rz 1092; ebenfalls PERROULAZ, 197.

Kleids zwecks Attraktivitätssteigerung, steuerlich transparent zu behandeln seien¹⁵¹.

Im Folgenden soll der Blick ausschliesslich auf die Steuerfolgen rund um die KkK gerichtet sein¹⁵². Dabei wird es bei einem kurzen Überblick bleiben, welcher insbesondere gewisse steuerrechtliche Problemfelder aufzeigen soll¹⁵³.

Auf den verschiedenen Ebenen werden folgende Steuern erhoben:

- Auf der Ebene der Gesellschaft: Die KkK wird bei den direkten Steuern des Bundes und der Kantone transparent behandelt, d.h. bei ihr werden weder Gewinn- noch Kapitalsteuern erhoben¹⁵⁴. Das Einkommen der KkK – dabei handelt es sich beispielsweise um Dividenden, die die KkK aus ihren Anlagen erhält – wird somit den Anlegern anteilmässig zugerechnet. Ausnahmsweise ist die KkK doch Steuersubjekt, wenn sie direkten Grundbesitz hält¹⁵⁵.

Verrechnungssteuerpflichtig sind zudem die Erträge der KkK, nicht aber die Kapitalgewinne¹⁵⁶. Die Verrechnungssteuerpflicht gilt auch für Thesaurierungsfonds, welche neu die Verrechnungssteuer jährlich abliefern müssen¹⁵⁷. Dies wurde von der Praxis kritisiert¹⁵⁸.

Eine Umsatz-¹⁵⁹ oder Emissionsabgabe¹⁶⁰ ist nicht geschuldet.

Nach Art. 18 Ziff. 19 lit. f *Mehrwertsteuergesetz* (MWSTG¹⁶¹) ist der Vertrieb und die Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen grundsätzlich von der Besteuerung ausgenommen¹⁶². Leistungen (wie

¹⁵¹ Bericht der Expertenkommission, 64 f.; aufgrund der Kritik im Vernehmlassungsverfahren wurde in der Botschaft und dem Entwurf zum KAG auf die transparente Betrachtung der SICAF verzichtet – zu den Gründen vgl. PERROULAZ, 198.

¹⁵² Zur Besteuerung der kollektiven Kapitalanlagen detailliert: HASENBÖHLER ET AL., Rz 1088 ff.

¹⁵³ Weitere Problemfelder: VOGEL/SCHÄR, 481 f.

¹⁵⁴ Art. 10 Abs. 2 DBG und Art. 7 Abs. 3 StHG.

¹⁵⁵ Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 2 und Art. 72 DBG.

¹⁵⁶ Art. 4 Abs. 1 lit. c VStG.

¹⁵⁷ Art. 12 Abs. 1^{ter} StHG.

¹⁵⁸ Eingehend KAPALLE, 126 m.w.H.

¹⁵⁹ Art. 14 Abs. 1 lit. a StG.

¹⁶⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. a StG e contrario und Art. 6 Abs. 1 lit. i StG.

¹⁶¹ SR 641.20.

¹⁶² Details dazu: HILTPOLD, 569 ff.

z.B. die Revisionstätigkeit), die von dieser Bestimmung nicht erfasst werden, müssen allerdings versteuert werden¹⁶³.

- Auf der Ebene des Komplementärs: Beim Komplementär handelt es sich um eine Schweizer AG, d.h. sie unterliegt wie jede AG der *Gewinn-* (und auf Stufe der Kantone auch der *Kapital-*)*steuer*¹⁶⁴. Dies betrifft sowohl die Erträge als auch die erwirtschafteten Kapitalgewinne. Auch bezüglich der *Verrechnungssteuer* und der *Emissionsabgabe* gelten für den Komplementär dieselben Regelungen wie für eine „normale“ AG¹⁶⁵.
- Auf der Ebene des Kommanditärs: Dem Kommanditär fliessen Gelder in zwei Formen zu. Zum einen die *Erträge der KkK*, die aufgrund der Transparenz der KkK dem Anleger zugerechnet werden und *steuerbar* sind¹⁶⁶. Beim erwirtschafteten *Gewinn* der KkK ist zu differenzieren, ob der Kommanditär die Anlage im Privat- oder Geschäftsvermögen hält. Hält er sie im Geschäftsvermögen oder handelt es sich beim Kommanditär um eine *juristische Person*, ist der Gewinn zu versteuern¹⁶⁷. Wird die Anlage von natürlichen Personen im *Privatvermögen* gehalten – davon ist aufgrund der passiven Stellung der Kommanditäre (sie sind nicht zur Geschäftsführung befugt!) in der Regel auszugehen – sind deren Anteile regelmässig reine Vermögensanlagen und somit nach Art. 16 Abs. 3 DBG resp. Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG von der *Steuer befreit*¹⁶⁸⁻¹⁶⁹.

Die Kommanditäre sind zur Rückforderung der *Verrechnungssteuer* auf den Erträgen der KkK berechtigt¹⁷⁰.

¹⁶³ Die präzisierende Branchenbroschüre „Finanzbereich“ der ESTV ist noch nicht aktualisiert; ihr Erscheinen noch offen – <http://www.estv.admin.ch/d/mwst/dokumentation/publikationen/bb.htm>.

¹⁶⁴ Art. 50 DBG und Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StHG.

¹⁶⁵ KAPALLE, 128.

¹⁶⁶ Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 DBG und Art. 8 Abs. 1 StHG resp. Art. 58 DBG und Art. 24 StHG.

¹⁶⁷ Art. 18 Abs. 2 DBG und Art. 8 Abs. 1 und 2 StHG resp. Art. 58 DBG und Art. 24 StHG.

¹⁶⁸ ANDERMATT, 487; KAPALLE, 128; DU PASQUIER/OBERSON, 218; VOGEL/SCHÄR, 482; Botschaft zum KAG: BBI 2005, 6429; zur Problematik bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge vgl. PERROULAZ, 203.

¹⁶⁹ Vgl. zur Abgrenzung „private Vermögensverwaltung“ (steuerfreier Kapitalgewinn) und „Quasi-Wertpapierhandel“ (steuerbares Erwerbseinkommen) das Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV, Gewerbmässiger Wertschriftenhandel, insbesondere Ziff. 3.3.; abzurufen unter <http://www.estv.admin.ch/d/dvs/kreisschreiben/1-008-D-2005-d.pdf>.

¹⁷⁰ Art. 26 VStG.

Veräussert ein Anleger seinen Anteil an der KkK entgeltlich, wird eine *Umsatzabgabe* fällig, sofern ein Effekthändler an der Transaktion beteiligt ist¹⁷¹.

- Auf der Ebene des Fondsmanagers: Die eigentliche „Knacknuss“ bei den Steuerfragen zur KkK ist die Besteuerung des Fondsmanagers, insbesondere die steuerrechtliche Behandlung des Carried Interest¹⁷². Beim Carried Interest handelt es sich um eine vor der allgemeinen Gewinnverteilung ausbezahlte Erfolgsentschädigung, welche aber nur bei Erreichen eines gewissen Renditeziels ausbezahlt wird¹⁷³. Es stehen sich die beiden Extreme „steuerbares Einkommen aus Erwerbstätigkeit“ und „steuerfreier Kapitalgewinn“ gegenüber¹⁷⁴. Auch wenn die h.L. bezüglich des Carry einen steuerfreien Kapitalgewinn („il ne fait guère de doute que le carried interest doit être qualifié de gain en capital“¹⁷⁵) sieht¹⁷⁶, wird hier erst die Praxis – sprich: wohl die ESTV in Form eines Kreisschreibens¹⁷⁷ – nötiges Licht ins Dunkel bringen können¹⁷⁸.

Auch wenn es dem Gesetzgeber ein grosses Anliegen war, u.a. mittels eines attraktiven steuerlichen Umfelds ein wettbewerbsfähiges KAG zu schaffen, bleibt insbesondere bei der Besteuerung der Fondsmanager einer KkK eine gewisse *Rechtsunsicherheit* bestehen. Da die Fondsmanager faktisch für die Domizilisierung und die Anlageentscheide zuständig sind, wird ihr Entscheid für die Errichtung einer KkK „im Zweifel“ eher gegen den Standort Schweiz ausfallen¹⁷⁹.

¹⁷¹ Art. 1 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 und Art. 13 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 StG.

¹⁷² Vgl. dazu nur die Kontroverse in der Presse: Streit über die Private-Equity- und Hedge-Funds-Besteuerung, NZZ vom 8. Mai 2008, 35; Zukunftsfähige Strategien für den Finanzplatz Schweiz, NZZ vom 21. Mai 2008, 23.

¹⁷³ ANDERMATT, 488; KAPALLE, 128.

¹⁷⁴ VOGEL/SCHÄR, 482.

¹⁷⁵ DU PASQUIER/OBERSON, 220.

¹⁷⁶ ANDERMATT, 488 f.; DUSS/VON AH, 89 f.; KAPALLE, 129 ff.; DU PASQUIER/OBERSON, 220 ff.; VOGEL/SCHÄR, 482.

¹⁷⁷ Ein Kreisschreiben der ESTV bezüglich der steuerlichen Behandlung der Performance Fee und des Carried Interest ist geplant: Medienmitteilung des EFD vom 5. September 2008, Dialog Finanzplatz Schweiz: Förderung kollektiver Anlageformen (...); abrufbar unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=21168>.

¹⁷⁸ „Von Seiten der Eidg. Steuerverwaltung wird dem Vernehmen nach die Meinung vertreten, der Carried Interest stelle keinen steuerfreien Kapitalgewinn dar, sondern sei zu besteuern“ – DUSS/VON AH, 89 f.

¹⁷⁹ Vgl. dazu vorne 3.1.

4. Schlussbemerkungen

Die KkK als neu(artig)e Anlage- und Unternehmensform der Finanzindustrie¹⁸⁰ scheint für die Schweiz im heutigen Moment über *eher unsichere Zukunftsaussichten* zu verfügen – und dies, obwohl die Schaffung der KkK vor wenigen Jahren vom Bundesrat sogar als „Kernanliegen der Vorlage“ bezeichnet wurde¹⁸¹; und: „Unser Land hat somit die Chance, sich in dieser Anlageklasse an der europäischen Spitze zu positionieren, statt die Initiative Konkurrenten wie den Kanalinseln oder Luxemburg zu überlassen“¹⁸². Einiges lief schief:

Einerseits erscheint das wirtschaftliche Umfeld für Private Equity bzw. Risikofinanzierungen zumindest zurzeit etwas „ausser Mode“ zu sein, und andererseits macht die unklare Steuersituation¹⁸³ die Gesellschaftsform (noch) wenig attraktiv. Ohne baldige Klärung der steuerrechtlichen Probleme *müsste* m.E. der KkK wohl eine *negative Zukunftsprognose* gestellt werden.

Für den Fall einer möglichst baldigen Problemlösung handelt es sich bei der KkK indes um eine *interessante Anlageform für „Profis“* mit erheblichem Potential für die Finanzbranche. Ein definitives Urteil kann heute allerdings noch nicht gefällt werden. Ausserdem müssen zuerst *praktische Erfahrungen* mit der KkK gesammelt werden.

Unbesehen dessen kommt der KkK eine nicht zu unterschätzende (konzeptionelle) Bedeutung zu, weil sie sozusagen einen *legislativen Modell-Charakter* hat: Die *Zukunft der Personengesellschaften* ist in der Schweiz unklar, und zwar in erster Linie in Konkurrenz mit GmbH¹⁸⁴. Ohne gesetzgeberische Änderungen insbesondere im *Haftungsbereich* dürften die Personengesellschaften m.E. in Zukunft *weiter marginalisiert* werden¹⁸⁵.

Für die *Beschränkung* der persönlichen Haftung der Personengeschafter bestehen im Wesentlichen zwei Modelle *de lege ferenda*, nämlich die Neuschaffung¹⁸⁶ einer sog. „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“

¹⁸⁰ Vgl. dazu vorne 1.1.

¹⁸¹ Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6422; zudem: ANDERMATT, 481.

¹⁸² Botschaft zum KAG: BBl 2005, 6423.

¹⁸³ Vgl. dazu vorne 3.2.

¹⁸⁴ Hierzu: KUNZ, Revisionsbedarf, 29.

¹⁸⁵ Hinweise: KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 155 ff.

¹⁸⁶ Der NC – vgl. dazu vorne 1.1 – würde also weiter *ergänzt* werden.

(PmbH)¹⁸⁷ sowie zusätzlich die Umgestaltung der aktuellen OR-Kommanditgesellschaft als sog. „*GmbH & Co. KG*“ (und zwar durch die Streichung von Art. 594 Abs. 2 OR)¹⁸⁸ – für die Letztere kann die KkK *als Modell benutzt* werden, weil ersichtlich wird, dass als Komplementäre ebenfalls juristische Personen¹⁸⁹ möglich sind.

Nach dem „Gut-zum-Druck“ dieses Beitrages ist ein unerwartetes Monumentalereignis in Bezug auf die KkK eingetreten: Die Schweizerische Nationalbank hat hinsichtlich der Banken- und Finanzmarktkrise in den Jahren 2007/2008 eine UBS-Zweckgesellschaft in der Schweiz gegründet, und zwar eben als KkK.

Ob dies positive oder negative Auswirkungen auf die Zukunft der KkK haben wird, kann heute noch nicht gesagt werden. Unter gesellschafts- und finanzmarktrechtlichen Aspekten kommen dem externen Beobachter aber erhebliche Zweifel betreffend diese „SNB StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen“.

Der Autor hat sich an anderer Stelle im Detail mit dieser Problematik befasst¹⁹⁰ – auf diese Ausführungen sei hiermit verwiesen.

¹⁸⁷ Erster Vorstoss: BÖCKLI, 17 ff. sowie 50 ff. (Entwurf eines Gesetzestextes); zudem: KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 157; jüngst: HERREN SENN, 269 ff.

¹⁸⁸ Mit dieser m.E. begrüßenswerten „Kleinrevision“ des OR würde ohne weiteres (sozusagen nach deutschem Vorbild) eine *Schweizer „GmbH & Co. KG“ zugelassen*, d.h. es wäre *keine neue* Gesellschaftsform, was keinen Bruch mit dem NC darstellen würde: KUNZ, Personengesellschaftsrecht, 156 f.

¹⁸⁹ Vgl. dazu vorne 2.1.3.1.

¹⁹⁰ KUNZ, Wiederbelebung.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN, SANDRO: Kollektivanlagen, in: Niederer Kraft & Frey (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht, NKF-Schriftenreihe, Band 12, Zürich 2007, 69.
- ANDERMATT, ADRIAN: Die Swiss Limited Partnership – ein konkurrenzfähiges Investmentvehikel?, SJZ 2007, 481.
- BÄR, ROLF: Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II, 494.
- BÖCKLI, PETER: Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: WALDBURGER, ROBERT (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 17.
- BÖHLER, CHRISTIAN: Anlagevehikel für Private Equity – Einführung der Limited Partnership im schweizerischen Recht, ST 2006, 506.
- BOHRER, ANDREAS / DIETRICH MARTIN / FORLIN CHRISTINE, VOGT, HANS U.: Finanzmarktrecht – Entwicklungen 2007 (njus), Bern 2008.
- COURVOISIER, MATTHIAS/SCHMITZ, RONNIE: Grenzfälle kollektiver Kapitalanlagen, SZW 2006, 497.
- DU PASQUIER, SHELBY/OBERSON, XAVIER: La société en commandite de placements collectifs – Aspects juridiques et fiscaux, SZW 2007, 207.
- DUSS, MARCO/VON AH, JULIA: Zur Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, Von der Bauchlage „ad acta“, ST 2008, 88.
- EGGEN, MIRJAM: Die Regulierung von strukturierten Produkten – eine vergleichende Analyse des geltenden Rechts, SZW 2008, 380.
- FORSTMOSER, PETER (Recht): Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagengesetzgebung, in: FORSTMOSER, PETER/VON DER CRONE, HANS CASPAR/WEBER, ROLF H./ZOBL, DIETER (Hrsg.): Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 523.
- FORSTMOSER, PETER (Abschied): Abschied vom Numerus Clausus im Gesellschaftsrecht?, in: WALDBURGER, ROBERT (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005.
- HÄRTSCH, THEODOR: Geschlossene kollektive Kapitalanlagen, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, 108.
- HASENBÖHLER, FRANZ (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte, Zürich 2007.
- HERRN SENN, DOROTHEA: Die vorgeschlagene Partnerschaft mit beschränkter Haftung (PmbH): Würde die PmbH die GmbH verdrängen?, SZW 80 (2008), 269.
- HILTPOLD, ESTHER: MWST-Auswirkungen des Kollektivanlagengesetzes (...), ST 2007, 569.
- HÜNERWADEL, ANDREAS: Neue Gesellschaftsformen im Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz), in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 281.
- KAPALLE, URS: Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK) (...), FSTR 2007, 122.
- KILCHMANN, JÖRG: Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, in: LENGAUER, DANIEL/ZWICKER, STEFAN/REZZONICO, GIORDANO (Hrsg.): Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007, Zürich 2007, 63.

- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (...), Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Achterbahnfahrt): Achterbahnfahrt für Anlagegesellschaften – Bewusste Todesstösse für Investmentgesellschaften in der Schweiz?, NZZ vom 30. März 2006, 31.
- KUNZ, PETER V. (Corporate Governance): Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: KRAMER, ERNST A./NOBEL, PETER/WALDBURGER, ROBERT (Hrsg.): Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 477.
- KUNZ, PETER V. (Rechtsvergleichung): Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen „notwendigem Übel“ sowie „Königsdisziplin“, recht 24 (2006), 37.
- KUNZ, PETER V. (Investmentgesellschaften): Investmentgesellschaften – ein Testfall für das Geldwäschereigesetz (GwG)?, ZBJV 142 (2006), 249.
- KUNZ, PETER V. (GmbH-Reform): Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen (...), Jusletter vom 30. April 2007, Rz. 1.
- KUNZ, PETER V. (Revisionsbedarf): Besteht ein gesetzgeberischer Revisionsbedarf? Konkurrenzkampf um die beste Rechtsform für KMU (...), F&W Nr. 55 (2007), 29.
- KUNZ, PETER V. (Personengesellschaftsrecht): Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 135.
- KUNZ, PETER V. (KMU): Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht – Entwicklungen 2007, Bern 2008.
- KUNZ, PETER V. (Wiederbelebung): Eine etwas überraschende Wiederbelebung der Personengesellschaften durch die Schweizerische Nationalbank, Jusletter vom 15. Dezember 2008.
- LUCHSINGER GÄHWILER, CATRINA: Die SICAF – Versuch einer Grenzziehung anhand der Immobiliengesellschaft, in: FG für Peter Forstmoser zum 65. Geburtstag, Zürich 2008, 281.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.
- PERROULAZ, KILIAN: Steuern, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, 108.
- PEYER, PATRIK R.: Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung, recht 22 (2004), 104.
- RAYROUX, FRANÇOIS: Federal Law on the Collective Placement of Capital: New Opportunities for the Swiss Investment Funds Market, SZW 2007, 42.
- RUSCH, ARNOLD F.: Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter vom 13. Februar 2006, Rz 1.
- SPINNER, BRUNO/MARITZ, DANIEL: EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FORSTMOSER, PETER/VON DER CRONE, HANS CASPAR/WEBER, ROLF H./ZOBL, DIETER (Hrsg.): Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 127.
- VOGEL, ALEXANDER/SCHÄR, DANIEL: Die Kommanditgesellschaft nach KAG als Anlagevehikel für Private Equity – Regulatorische und steuerliche Aspekte, ST 2007, 479.
- VON BÜREN, ROLAND/HASLER, DANIEL: Ein Novum im Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: WALDBURGER, ROBERT (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 74.

- WALTER, GERHARD: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, *recht* 22 (2004), 91.
- WEBER, ROLF H. (Juristische Personen): Juristische Personen, *SPR* II/4, Basel 1998, 80.
- WEBER, ROLF H. (Aufbruch): Aufbruch zur neuen juristischen Person: Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, in: BREITSCHMID, PETER/PORTMANN, WOLFGANG/REY, HEINZ/ZOBL, DIETER (Hrsg.): Grundfragen der juristischen Person, *Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag*, Bern 2007, 433.
- WIDMER, PIERRE: Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, *Leges* 2003/3 (2003), 9.
- WIEGAND, WOLFGANG: Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FORSTMOSER, PETER/VON DER CRONE, HANS CASPAR/WEBER, ROLF H./ZOBL, DIETER (Hrsg.): *Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, 171.

