

---

## Vorwort

### I.

Auf der einen Seite stellen das Personengesellschaftsrecht sowie das Recht der GmbH in der Schweiz regelmässig die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für sog. *kleine und mittlere Unternehmen* (KMU) dar. Dieser Umstand wird in der vorliegenden Publikation angedeutet durch den gegenüber dem letzten Jahr ergänzten njus-Bandtitel "Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht".

Selbstverständlich können KMU ebenfalls auf anderem gesellschaftsrechtlichen Fundament (insbesondere auf dem Aktienrecht basierend) tätig sein.

Auf der anderen Seite wird wohl in der Lehre sowie in der Praxis meist übersehen bzw. unterschätzt, dass sowohl das aktuelle Personengesellschaftsrecht als auch das nun jüngst revidierte GmbH-Recht in der schweizerischen Wirtschaftsrealität einen potentiell breiten Wirkungsbereich entfalten (können), und zwar nicht zuletzt im *Finanzmarktrecht*. Als Beispiele mit finanzmarktrechtlichem Bezug:

(i) *Privatbankiers* müssen entweder als Einzelunternehmen oder aber als Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft organisiert sein; (ii) die einfache Gesellschaft findet einen wichtigen Anwendungsbereich bei der umstrittenen *börsenrechtlichen "Gruppen-Problematik"* der Melde- sowie Angebotspflichten; (iii) das Kollektivanlagengesetz (KAG) schuf eine gänzlich neue Personengesellschaftsform, nämlich die sog. *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (KkK); (iv) und schliesslich öffnete die Revision des GmbH-Rechts dieser Gesellschaftsform neue Tätigkeitsfelder – beispielsweise in Zukunft als *Bank-GmbH*.

Auf die finanzmarktrechtlichen Aspekte wird im Band "Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht" nicht im Detail eingegangen; das Thema bleibt einem anderen njus-Band vorbehalten.

Nichtsdestotrotz sollen in diesem Band sowie in den künftigen Publikationen solche und ähnliche "verwandte" Themen ebenfalls angesprochen werden, wenn personengesellschaftsrechtliche oder GmbH-rechtliche Fragestellungen *berührt* sind.

## II.

Wer sich mit *Entwicklungen im Recht* auseinandersetzt, hat sowohl die Rechtsetzung als auch die Rechtsanwendung zu untersuchen. Traditionellerweise zeichnet sich sowohl das Personengesellschaftsrecht als auch das GmbH-Recht durch grosse Ruhe über Jahrzehnte hinweg aus:

Dies ist weiterhin der Fall im Bereich der *Rechtsanwendung*, d.h. die gerichtliche (oder behördliche) Praxis bereichert die im Folgenden darzustellenden "Entwicklungen 2007" bloss am Rande.

Ganz anders im Bereich der *Rechtsetzung*: Das GmbH-Recht wurde bekanntlich total revidiert – darauf soll erneut eingegangen werden. Die erste neue Gesellschaftsform in der Schweiz seit mehr als 70 Jahren ist die schon erwähnte Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, d.h. eine Personengesellschaft. Ausserdem werden im Personengesellschaftsrecht nunmehr Forderungen de lege ferenda immer dringlicher.

Die *internationalen Entwicklungen* (z.B. auf Ebene der EU oder in einigen europäischen Ländern) wurden im Grossen und Ganzen bewusst ausgeklammert.

Der Fokus der vorliegenden Publikation liegt auf der Darstellung der "Entwicklungen 2007". Im einleitenden Kapitel dieser Veröffentlichung werden indes zusätzlich Einordnungen aus einer *breiteren Perspektive* vorgenommen, die für ein Gesamtverständnis der beiden Themenbereiche unterstützend sein sollten.

## III.

Diese Publikation ist in Erinnerung an Prof. Dr. iur. em. *Rolf Bär* entstanden, Ordinarius und ehemaliger Leiter des Handelsrechtlichen Seminars der Universität Bern – ausserdem erster Chef überhaupt sowie Doktorvater des Unterzeichners. Rolf Bär verstarb am 27. Februar 2008 und war einer der grössten (und leider wohl der verkannteste) Gesellschaftsrechtler der Schweiz im 20. Jahrhundert. Als kritischer Geist kämpfte er oft gegen Mehrheitsansichten an und ging nur wenige Kompromisse ein (z.B. beim Thema der "Typologie") – Rolf war und ist weiterhin ein Vorbild!

IV.

Angenehm für den Autor als vollamtlicher Universitätsprofessor ist, dass er kein Einzelkämpfer sein muss. Der Unterzeichner durfte auf die *tatkräftige Unterstützung der Assistenten* an seinem Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung am Institut für Wirtschaftsrecht ([www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)) der Universität Bern vertrauen. Ihnen allen sei für ihre Unterstützung gesamthaft recht herzlich gedankt.

Ein ganz besonderes Dankeschön gebührt dabei meinen Assistenten Herrn MLaw *Mark Montanari* sowie Frau MLaw *Marlene Kobierski*. Dieses eingespielte und bewährte Team hat die "Entwicklungen 2007" nicht nur mit juristischer Kompetenz und mit schriftstellerischem Flair, sondern auch mit persönlichem Engagement begleitet – ich danke Euch beiden bestens! Zu danken habe ich schliesslich für den Sondereffort in der "heissen Schlussphase" ebenfalls meinem Assistenten Herrn Rechtsanwalt *Pascal Rüedi*.

Es dürfte sich ohne weiteres verstehen, dass in der Publikation auftauchende Irrtümer, Fehlüberlegungen oder allfällige "abstruse Ideen" (gelegentlich schon fast eine Spezialität des Autors...) ausschliesslich dem Unterzeichner anzulasten sind!

Bern, im März 2008

PETER V. KUNZ



---

## Inhaltsübersicht

<b>Vorwort.....</b>	<b>IX</b>
<b>Inhaltsübersicht .....</b>	<b>XIII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>XV</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XVII</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XXI</b>
<b>Materialienverzeichnis .....</b>	<b>XXXIII</b>
<b>I. Einleitung – und mehr!.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Rechtsetzung.....</b>	<b>15</b>
<b>III. Rechtsprechung.....</b>	<b>35</b>
<b>IV. Literatur.....</b>	<b>91</b>
<b>V. Schluss .....</b>	<b>109</b>
<b>VI. Anhang .....</b>	<b>113</b>



---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>IX</b>
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	<b>XIII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>XV</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XVII</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XXI</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>XXXIII</b>

<b>I. Einleitung – und mehr!</b> .....	<b>1</b>
<b>II. Rechtsetzung</b> .....	<b>15</b>
A. Einfache Gesellschaft .....	17
B. Kollektivgesellschaft.....	17
C. Kommanditgesellschaft .....	18
1. Obligationenrecht.....	18
2. Kollektivanlagenrecht .....	20
D. Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	23
1. OR sowie HRegV .....	23
2. Totalrevision des GmbH-Rechts .....	25
a) Vorbemerkungen .....	25
b) Einpersonen-GmbH.....	26
c) Aspekte zum Stammkapital .....	27
d) Gesellschafterhaftung .....	29
e) Organisation .....	30
f) Weitere Neuerungen.....	32
<b>III. Rechtsprechung</b> .....	<b>35</b>
A. Einfache Gesellschaft .....	37
1. Begriff und Rechtsnatur .....	37
2. Innenverhältnis.....	51
3. Aussenverhältnis .....	52
4. Auflösung und Liquidation .....	61

5. Exkurs: Die einfache Gesellschaft als sog. "Gruppe" im Börsenrecht .....	67
B. Kollektivgesellschaft .....	71
1. Begriff und Rechtsnatur .....	71
2. Innenverhältnis .....	71
3. Aussenverhältnis .....	71
4. Auflösung und Liquidation .....	73
C. Kommanditgesellschaft .....	73
1. Begriff und Rechtsnatur .....	73
2. Innenverhältnis .....	74
3. Aussenverhältnis .....	74
4. Auflösung und Liquidation .....	74
D. Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	80
1. Begriff und Errichtung .....	80
2. Rechte und Pflichten der Gesellschafter .....	81
3. Organisation der Gesellschaft .....	81
4. Auflösung und Liquidation .....	81
5. Weitere Themen .....	81
<b>IV. Literatur .....</b>	<b>91</b>
A. Allgemeine Literatur .....	93
B. Spezialliteratur .....	98
1. Einfache Gesellschaft .....	98
2. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft .....	99
3. KkK .....	99
4. GmbH .....	102
C. Weitere Literatur .....	105
1. Handelsregister .....	105
2. Revision .....	106
3. Anwalts-AG .....	107
<b>V. Schluss .....</b>	<b>109</b>
<b>VI. Anhang .....</b>	<b>113</b>



---

## Abkürzungsverzeichnis

ABV	Aktionärbindungsvertrag
Aufl.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft(en)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
Anm.	Anmerkung(en)
Art.	Artikel
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
ders.	derselbe (Autor etc.)
Diss.	Dissertation
E OR	Entwurf zum neuen Aktienrecht
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EPG	Europäische Privatrechtsgesellschaft(en)

## Abkürzungsverzeichnis

---

EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Erw.	Erwägung(en)
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	und weitere z.B. Herausgeber
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	und folgende z.B. Seite(n)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung oder Gesellschafterversammlung
Habil.	Habilitation
h.M.	herrschende Meinung
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (im konkreten Fall)
i.V.m.	in Verbindung mit
IWR	Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern
Jusletter	Jusletter – elektronische Publikation (Bern)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-gesetz) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)

KkK	Kommanditgesellschaft(en) für kollektive Kapitalanlagen
KMU	kleine und mittlere Unternehmungen
lit.	litera
Mio.	Million(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PS	Partizipationsschein(e)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
REPRAX	Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis/Revue pour le registre du commerce (Zürich)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt am Main)
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich); heute: SZW
SAV-Revue	Anwaltsrevue (Basel)
sc.	scilicet
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich); früher: SAG
TREX	Der Treuhandexperte (Zürich)

## Abkürzungsverzeichnis

---

u.a.	unter anderem
UEK	Übernahmekommission
usw.	und so weiter
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGBR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

---

## Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO: Kollektivanlagen, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 69 ff.
- AMMANN MARTIN/STREBEL MARIO: Die KMU-Bekanntmachung der Weko, sic! 2007, 228 ff.
- AMMANN MATTHIAS: Die Reform des schweizerischen GmbH-Rechts, RIW 2007, 735 ff.
- ANDERMATT ADRIAN: Die Swiss Limited Partnership – ein konkurrenzfähiges Investmentvehikel?, SJZ 2007, 481 ff.
- ANNEN MICHAEL: Das neue Revisionsrecht, TREX 2007, 280 ff.
- ANWALTSKOMMISSION ZH: Anwalts-AG: Beschluss der Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Zürich vom 5.10.2006, Jusletter vom 15. Januar 2007.
- ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007).
- ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S.: Stimmbindung mit Aktionärbindungsvertrag, Voting Trusts als Alternative, ST 2007, 474 ff.
- BADERTSCHER MARC: Das Ende der traditionellen Anwaltskanzlei, Tages-Anzeiger vom 7. Januar 2008, 19.
- BAER JAKOB: Revision und Revisionsaufsicht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 45 ff.
- BÄR ROLF: Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, in: Hans Kummer/Walter R. Schluop (Hrsg.): Recht und Wirtschaft heute, FS für Max Kummer (Bern 1980), 77 ff.
- BAKER & MCKENZIE ZÜRICH (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich/Basel/Genf 2007).
- BAKER & MCKENZIE ZÜRICH (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen (Bern 2007).
- BARTHOLD BEAT M./JÖRG FLORIAN S.: Kleine Aktienrechtsrevision – Revisionen des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 2006, 494 ff.
- BÄRTSCHI HARALD: Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, 61 ff.

- BAUDENBACHER CARL (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. 9 (St. Gallen 2007).
- BEELER ADOLF: AG, GmbH oder Einzelfirma?, Aktueller Ratgeber für den Unternehmer zur Wahl der richtigen Rechtsform (4. Aufl., Muri b. Bern 2007).
- BEHR GIORGIO: Rechnungslegung – Juristische oder betriebswirtschaftliche Fragestellung?, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.) Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (Zürich 2001), 503 ff.
- BERTSCHINGER URS: Vom Anlagefondsrecht zum Recht der kollektiven Kapitalanlage, AJP 2005, 3 ff.
- BILEK EVA/VON DER CRONE HANS CASPAR: Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006, SZW 2007, 80 ff.
- BÖCKLI PETER: Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.): Das neue schweizerische GmbH-Recht (Zürich 2006), 1 ff. (zit.: BÖCKLI, Übersicht).
- BÖCKLI PETER: Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für Peter Nobel (Bern 2005), 17 ff. (zit.: BÖCKLI, Partnerschaft).
- BÖCKLI PETER: Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht, GesKR 2006, 4 ff. (zit.: BÖCKLI, Vorentwurf).
- BÖHLER CHRISTIAN: Anlagevehikel für Private Equity – Einführung der Limited Partnership im schweizerischen Recht, ST 2006, 506 ff.
- BRAUN MARIA: Der Aktionärsbindungsvertrag, ius.full 2007, 46 ff.
- BRECHBÜHL BEAT/EMCH DANIEL: Die neue GmbH als massgeschneidertes Rechtskleid für Joint Ventures, SZW 2007, 271 ff.
- BÜHLER THEODOR: Ein neues schweizerisches Recht der Handelsgesellschaften?, SJZ 2006, 173 ff.
- BÜHLMANN JÖRG R.: Besteuerung gewerblicher Tätigkeiten in der Schweiz (Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften einschliesslich Betriebsstätten), in: Jörg Weigell (Hrsg.): Investitions- und Steuerstandort Schweiz (2. Aufl., Bern 2007), 31 ff.

- BÜREN ROLAND VON/HASLER DANIEL: Ein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für Peter Nobel (Bern 2005), 57 ff.
- BURKHALTER THOMAS: Zur KMU-Relevanz des Swiss Code of Best Practice, in: Jusletter vom 15. Dezember 2003.
- CAMP RAPHAËL: Die Revisorengilden unter dem neuen Revisionsrecht, TREX 2007, 86 ff.
- CAMPOUNO RICO A./GRAFFENRIED-ALBRECHT MONIQUE VON: Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen, ST 2008, 204 ff.
- CHAPPUIS FERNAND : Bibliographie raisonnée du nouveau droit suisse de la Sàrl, 2008  
<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0017.File.tmp/bibliografie-gmbh-f.pdf> (besucht am 15.4.2008).
- CHAPPUIS FERNAND: Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 2007, 85 ff.
- CHAPPUIS FERNAND: Les prohibitions de concurrence dans le nouveau droit de la Sàrl (articles 803 et 812 P CO), in: FS für Roland Ruedin (Basel 2006), 339 ff. (zit.: CHAPPUIS, prohibitions).
- COUCHEPIN RENÉ: La société unipersonnelle, SAG 1971, 146 ff.
- DEN OTTER MATTHÄUS: Kollektivanlagerecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht (Basel 2007), 15 ff.
- DEN OTTER MATTHÄUS: Das neue "KAG" – Fondsförderungsgesetz oder Anlegerschutzgesetz?, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Bern 2007), 55 ff.
- DÖRIG ADRIAN: Das neue schweizerische Kollektivanlagengesetz, RIW 2007, 169 ff.
- DU PASQUIER SHELBY/OBERSON XAVIER: La société en commandite de placements collectifs – aspects juridiques et fiscaux, SZW 2007, 207 ff.
- DUC NICOLAS: Überblick über die neue Handelsregisterverordnung, in: KPMG (Hrsg.): Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2007/2008 (Zürich 2008), 63 ff. (zit.: DUC, Überblick).
- DUC PABLO: Liquidation einer Kollektivgesellschaft nach Obligationenrecht, ST 2007, 986 ff.

- DUCREY PATRIK/TAGMANN CHRISTOPH: Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU, ZBJV 2007, 69 ff.
- EIDG. HANDELSREGISTERAMT/EIDG. EXPERTENKOMMISSION FÜR DAS HANDELSREGISTER: Musterstatuten GmbH, 2007, REPRAX 3/2007, 25 ff.; auf dem Internet unter:  
[www.hrabe.ch/Merkblaetter/musterstatuten-tabelle-d.pdf](http://www.hrabe.ch/Merkblaetter/musterstatuten-tabelle-d.pdf) (besucht am 15.4.2008).
- EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.): Anlagerecht (Bern 2007).
- FELLMANN WALTER: Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, Anwalts-Revue 2003, 339 ff.
- FLATZ NATALIE: Die Totalrevision des schweizerischen Anlagefondsgesetzes aus dem Blickwinkel der Europakompatibilität und der Herausforderungen im globalen Wettbewerb, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts (Basel 2007), 165 ff.
- FORSTMOSER PETER: Corporate Governance – eine Aufgabe auch für KMU?, in: Hans-Caspar von der Crone (Hrsg.): Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, FS für Dieter Zobl (Zürich 2004), 475 ff. (zit.: FORSTMOSER, Corporate Governance, 475 ff.).
- FORSTMOSER PETER: Das neue Recht der Schweizer GmbH, in: Ernst A. Kramer et al. (Hrsg.): FS für Peter Böckli (Zürich 2006), 535 ff. (zit.: FORSTMOSER, Recht).
- FORSTMOSER PETER: Das neue Schweizer GmbH-Recht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 29 ff.
- FORSTMOSER PETER: Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.): Das neue schweizerische GmbH-Recht (Zürich 2006), 45 ff. (zit.: FORSTMOSER, Gesellschafter).
- FORSTMOSER PETER: Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: Forstmoser et al. (Hrsg.): Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für Roger Zäch (Zürich 1999), 523 ff. (zit. FORSTMOSER, Nachvollzug, 523 ff.).



- FORSTMOSER PETER: Wirtschaftrecht im Wandel, Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, Abschiedsrede vom 14. Dezember 2007;  
<http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/forstmoser/abschiedsvorlesung.pdf> (besucht am 15.4.2008).
- FORSTMOSER PETER: Vom Kriechgang in den Schnellgang im Schweizer Wirtschaftsrecht, NZZ Nr. 302 vom 29./30. Dezember 2007, 29 (zit.: FORSTMOSER, Kriechgang).
- FORSTMOSER PETER: Zur Zukunft des schweizerischen Körperschaftsrechts, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.): Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (Zürich 2001), 453 ff. (zit.: FORSTMOSER, Zukunft).
- FORSTMOSER PETER/PEYER PATRIK R.: Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, SJZ 2007, 397 ff.
- FORSTMOSER PETER/PEYER PATRIK R.: Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH (Fortsetzung), SJZ 2007, 429 ff.
- FORSTMOSER PETER/PEYER PATRIK R./SCHOTT BERTRAND: Das neue Recht der GmbH – Einführung und synoptische Darstellung (Zürich/St. Gallen 2006).
- FORSTMOSER PETER/STÖCKLI KATJA: Entwicklungen im Gesellschafts- und im Wertpapierrecht, SJZ 2007, 516 ff.
- FORSTMOSER PETER/ZINDEL G. GAUDENZ/SPRECHER THOMAS/ABEGGLEN SANDRO/BAER JAKOB (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007).
- GHANDCHI SCHMID JASMIN: Das neue Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) (Basel 2007).
- GIANINI SIMONE: Structure societarie e professione d'avvocato, in: Vertrauen, Vertrag, Verantwortung, FS für Hans Caspar von der Crone (Zürich/Basel/Genf 2007), 469 ff.
- GIGER MARCEL/HÄRTSCH THEODOR: Banken-, Anlagefonds- und Börsenrecht, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich 2007), 45 ff.
- GLANZ STEFAN/KRÜGEL RENÉ/WYSS ANDREAS: Lancierung eines internationalen Rechnungslegungsstandards für KMU – Der Vernehmlassungs-

- entwurf des IFRS-Lagers aus einer Schweizer Sicht, NZZ Nr. 40 vom 17./18. Februar 2007, 31.
- GLANZMANN LUKAS: Die kleine Aktienrechtsrevision, ZGBR 2007, 69 ff.
- GLANZMANN LUKAS: Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008), 101 ff. (zit.: GLANZMANN, Aktienrechtsrevision).
- GLANZMANN LUKAS: Gesellschaftsrecht, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich 2007), 25 ff.
- GNOS URS P.: Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Anwalts-AG, REPRAX 2/2007, 1 ff.
- GWELESSIANI MICHAEL: Die Änderungen des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005 aus handelsregisterrechtlicher Sicht, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.): Das neue schweizerische GmbH-Recht (Zürich 2006), 187 ff.
- HAAB DIETER: Der Aktionärsbindungsvertrag, Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung, ST 2007, 383 ff.
- HANDSCHIN LUKAS: Gesellschaftsrecht in a nutshell (Zürich/St. Gallen 2007).
- HANDSCHIN LUKAS: Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung der GmbH – die Konzernleitung der GmbH, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.): Das neue schweizerische GmbH-Recht (Zürich 2006), 75 ff. (zit.: HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile).
- HANDSCHIN LUKAS: Kaufmännische einfache Gesellschaften, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I (Bern 2006), 35 ff. (zit.: HANDSCHIN, einfache Gesellschaften).
- HANDSCHIN LUKAS: Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.): Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (Zürich 2001), 437 ff. (zit.: HANDSCHIN, Systematik).

- HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA/PEYER PATRIK R.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht; Fragen und Antworten – Leading Cases (Bern 2007).
- HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen (Zürich 2007).
- HASLER DANIEL: Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz (Diss. Bern 2007=ASR 733).
- HERREN DOROTHEA: Das KMU-Statut: ein flüchtiges Ziel, Jusletter vom 6. November 2006.
- HILTPOLD ESTHER: MWST-Auswirkungen des Kollektivanlagengesetzes, Leistungen von Finanzintermediären im Zusammenhang mit kollektiven Kapitalanlagen, ST 2007, 569 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (4. Aufl., Basel 2007).
- HÜNERWADEL PATRICK: Neue Gesellschaftsformen im Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz), in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 281 ff.
- JACCARD MICHEL/BARUH EROL : Capital-risque et financement par étapes (staged financing), De nouvelles perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl?, GesKR 2007, 280 ff.
- JAEGER CHANTAL : Riflessioni sulla nuova legge sugli investimenti collettivi di capitale e sul suo impatto sul registro di commercio, REPRAX 1/2007, 20 ff.
- JUNG PETER: Die einfache Gesellschaft als Betreiberin eines kaufmännischen Gewerbes, in: François Bohnet (Hrsg.): Droit des sociétés, FS für Roland Ruedin (Basel 2006), 3 ff.
- KÄCH HANS-JAKOB: Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133 ff.
- KAPPELLE URS: Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK), gelöste und ungelöste Steuerfragen für Private-Equity- und Hedge-Fonds, in: IFF Forum für Steuerrecht, 122 ff.
- KELLERHALS ANDREAS: Das neue schweizerische GmbH-Recht – Übergangsbestimmungen, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.): Das

- neue schweizerische GmbH-Recht (Zürich 2006), 163 ff. (zit.: KELLERHALS, Übergangsbestimmungen).
- KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EG, Überblick und Kommentar 2006/07 (Zürich/St. Gallen 2007).
- KELLERHALS ANDREAS/NÄGELI ESTHER: Es spielt keine Rolle, ob die Katze schwarz ist oder weiss, Hauptsache sie fängt Mäuse, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser (Zürich 2003), 65 ff.
- KILCHMANN JÖRG: Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, in: Daniel Lengauer/Mirjam Holdegger/Therese Amstutz (Hrsg.): Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007 (Zürich 2007), 63 ff.
- KLÄY HANSPETER., Vorsteher Eidg. HRA, Weisungen betreffend die Eintragung von Finanzkontrollen der öffentlichen Hand im Handelsregister, 12.10.2007;  
[http://www.hraar.ch/ger/forms\\_law/Weisung12102007.pdf](http://www.hraar.ch/ger/forms_law/Weisung12102007.pdf) (besucht am 15.4.2008).
- KOLLER STEFAN: Aspekte der GmbH-Revision, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 223 ff.
- KÜNG JOSEPH: Steuerliche Neuerungen beim Kollektivanlagegesetz, Anwaltsrevue 2007, 26 f.
- KÜNG LUKAS: Anwalts-AG – Werdegang und erste Erfahrungen im Rahmen der Gründung der ersten Obwaldner Anwalts-AG, Jusletter vom 15. Januar 2007.
- KUNZ PETER V.: Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 135 ff. (zit.: KUNZ, Aktualitäten).
- KUNZ PETER V.: Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008 (zit.: KUNZ, Aufbruchstimmung).
- KUNZ PETER V.: Besteht ein gesetzgeberischer Revisionsbedarf? Konkurrenzkampf um die beste Rechtsform für KMU – Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft? GmbH oder bald PmbH?, Finanz und Wirtschaft Nr. 55 2007, 29 (zit.: KUNZ, Konkurrenzkampf).

- KUNZ PETER V.: Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I (Bern 2006) 185 ff. (zit.: Kunz, Fusionsgesetz).
- KUNZ PETER V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) (zit.: KUNZ, Minderheitenschutz).
- KUNZ PETER V.: Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen "notwendigem Übel" sowie "Königsdisziplin", recht 2006, 37 ff. (zit.: KUNZ, Rechtsvergleichung).
- KUNZ PETER V.: Ein- und Zweipersonen-Aktiengesellschaften in der Schweiz – Ausgewählte Probleme, ST 1997, 65 ff. (zit.: KUNZ, Aktiengesellschaften).
- KUNZ PETER V.: Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 2/2000, 18 ff. (zit.: KUNZ, Flexibilisierung).
- KUNZ PETER V.: Gesetzgeberische Entwicklungen im Gesellschaftsrecht für "Kleingesellschaften" – Notwendigkeit einer Revision des GmbH-Rechts?, SAV-Revue 1998, 4 f. (zit.: KUNZ, Kleingesellschaften).
- KUNZ PETER V.: Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen – Die GmbH (bzw. GoGh) als neuer "Superstar" im Gesellschaftsrecht?, Jusletter vom 30. April 2007 (zit.: KUNZ, GmbH-Reform).
- KUNZ PETER V.: Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 2006, 145 ff. (zit.: KUNZ, Umbruch)
- KUNZ PETER V.: Status quo der "grossen" Aktienrechtsrevision – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008), 125 ff. (zit.: KUNZ, Aktienrechtsrevision).
- KUNZ PETER V.: Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: Roland von Büren (Hrsg.): Aktienrecht 1992 – 1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär (Bern 1998), 235 ff. (zit. KUNZ, Auflösungsklage).
- LEHMANN PETER: Die "kleine Aktienrechtsrevision" (Teil 2) – Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, 420 ff.

- LENGAUER DANIEL/HOLDEREGGER MIRJAM/AMSTUTZ THERESE (Hrsg.): Neuerungen im Gesellschafts- und Revisionsrecht 2007/2008 (Zürich 2007).
- LENGAUER DANIEL/ZWICKER STEFAN/REZZONICO GIORDANO (Hrsg.): Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007 (Zürich 2007).
- MARXER FLORIAN: Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht (Diss. Zürich 2007 = SSHW 263).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. Aufl., Bern 2007).
- MONTAVON PASCAL: Abrégé de droit commercial (Lausanne 2008).
- MONTAVON PASCAL : Droit suisse de la Sàrl (Lausanne 2008).
- MÜLLER KARIN: Personengesellschafts- und GmbH-Recht – Entwicklungen 2006, mit Gesetzestext des neuen GmbH-Rechts im Anhang (Bern 2007).
- NOBEL PETER (Hrsg.): Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz und Börsenplatzes Schweiz (Bern 2007).
- NOBEL PETER, Corporate Governance und Aktienrecht – Bedeutung für KMU?, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser (Zürich 2003), 325 ff. (zit.: NOBEL, Corporate Governance).
- NOBEL PETER, Europäisches Gesellschaftsrecht, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007 (Bern/Zürich 2007).
- NUSSBAUM MARTIN F./SANWALD RETO/SCHIEDEGGER MARKUS: Kurzkommmentar zum neuen GmbH-Recht (Bern 2007).
- OBERHAMMER PAUL: Rechtsöffnung gegen den Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft aus Rechtsöffnungstiteln gegen die Gesellschaft? Zugleich ein nebensächlicher Beitrag zur Rechtssubjektivität der Kollektivgesellschaft, in: Peter Breitschmied et al. (Hrsg.): Grundfragen der juristischen Person, FS für Hans Michael Riemer (Bern 2007), 243 ff.
- PASCUAL GEMA OLIVAR/ROTH ANDREA PETRA: Organisation der GmbH gemäss revidiertem Recht, Kompetenzordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten, ST 2007, 470 ff.
- PLÜSS ADRIAN, Verantwortlichkeit der Gesellschafter einer GmbH, IWIR 1999, 121 ff.

- PLÜSS ADRIAN/KUNZ DOMINIQUE: Grundzüge des schweizerischen Gesellschaftsrechts, in: Jörg Weigell (Hrsg.): Investitions- und Steuerstandort Schweiz (2. Aufl., Bern 2007), 203 ff.
- RAYROUX FRANÇOIS: Federal Law on the Collective Placement of Capital, New Opportunities for the Swiss Investment Funds Market, SZW 2007, 48 ff.
- REISSER THOMAS: Änderungen im Recht der kollektiven Kapitalanlagen, ST 2007, 278 ff.
- RIHAR PETRA: Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht (Diss. Luzern 2007).
- RÖMERMANN VOLKER: Anwalts-AG – Ein Zwischenruf aus Deutschland, Jusletter vom 15. Januar 2007.
- RUEDIN ROLAND: Droit des sociétés (2. Aufl., Bern 2007).
- SCHMIDT KARSTEN: Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften – Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem "Otto"-Urteil des Bundesgerichtshofs, ZGR 2008, 1 ff.
- SCHNEIDER FRANK: Das neue Zulassungsverfahren im Revisionsbereich, TREX 2007, 276 f.
- SIFFERT RINO/FISCHER MARC PASCAL/PETRIN MARTIN: Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR) (Bern 2008).
- SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL: EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für Roger Zäch (Zürich 1999), 127 ff.
- STAEHELIN DANIEL: Baukonsortium Remetschwil – Zürcher Anwaltskanzlei – Basler Advokaturbüro – drei neuere Entscheide zu den Personengesellschaften, SZW 2000, 308 ff.
- VEYRASSAT JULIEN: Von der Eigendynamik des Handelsregistereintrages, ST 2007, 180 f.
- VOGEL ALEXANDER/SCHÄR DANIEL: Die Kommanditgesellschaft nach KAG als Anlagevehikel für Private Equity – Regulatorische und steuerliche Aspekte, ST 2007, 479 ff.
- VOGT THOMAS: Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen – neue Rechtsformen im Handelsregister, REPRAX 1/2007, 1 ff.

- WIEGAND WOLFGANG: Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für Roger Zäch (Zürich 1999), 171 ff.
- ZIHLER FLORIAN: Das neue Revisionsrecht des Obligationenrechts, REPRAX 3/2007, 1 ff.
- ZINDEL GAUDENZ G.: Aktienrecht und Handelsregisterrecht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 53 ff.
- ZÜRCHER FAUSCH NICOLE G.: Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen (Diss. St. Gallen 2007).



---

## Materialienverzeichnis

- Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Vernehmlassungsunterlage vom April 1999  
<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0014.File.tmp/un-ve-d.pdf>
- Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff. (zit.: Botschaft zum GmbH-Recht)  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3148.pdf>
- Entwurf zum Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3265.pdf>
- Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR), Änderung vom 16. Dezember 2005, BBl 2005, 7289 ff.
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969 ff. (zit.: Botschaft zum Revisionsrecht)  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/3969.pdf>
- Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395 ff. (zit.: Botschaft zum KAG)  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6395.pdf>
- Entwurf zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz)  
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6507.pdf>
- Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (zit. Begleitbericht Aktienrecht)  
[http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1275/Bericht\\_d.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1275/Bericht_d.pdf)

Vorentwurf Revision Aktien- und Rechnungslegungsrecht (zit. VE Aktienrecht)

<http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (zit.: Botschaft zum neuen Aktienrecht)

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1589.pdf>

Entwurf zum Obligationenrecht (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (zit.: Entwurf zum neuen Aktienrecht bzw. E zum OR)

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1751.pdf>

Begleitbericht zur Totalrevision der HRegV;

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0025.File.tmp/ber-entw-vo-hregv-d.pdf>.

Vernehmlassungsentwurf zur Totalrevision der HRegV vom 28.03.2007;

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0022.File.tmp/entw-vo-hregv-d.pdf>.

Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse vom 20.07.2007;

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0035.File.tmp/ve-hrev-d.pdf> .

(Alle Links am 15.4.2008 besucht).

---

## I. Einleitung – und mehr!



I.

Das Jahr 2007 (wie schon das Jahr 2006)<sup>1</sup> zeichnete sich in den beiden Bereichen des Personengesellschaftsrechts sowie des GmbH-Rechts durch wenig Bemerkenswertes im Bereich der *Rechtsanwendung* aus; diese relative Ruhe stellt geradezu ein Charakteristikum dieses KMU-Rechts dar. Die wenigen Urteile sowie eine ausgewählte Entwicklung der Behördenpraxis sollen im Folgenden<sup>2</sup> aufgezeigt werden.<sup>3</sup>

Die *Rechtsetzung* machte hingegen im Jahre 2007 einen eigentlichen legislativen Quantensprung im gesellschaftsrechtlichen Teil des KMU-Rechts, und zwar in erster Linie im Recht der GmbH. Doch auch das Personengesellschaftsrecht hat zumindest eine zentrale Veränderung erfahren (und könnte bzw. sollte zumindest betreffend die Haftungsthematik am Anfang eines "Umbruchs" stehen):

Das Inkrafttreten des *total revidierten GmbH-Rechts* am 1. Januar 2008 rechtfertigt eine erneute Darstellung<sup>4</sup> der nunmehr definitiv feststehenden Materie.<sup>5</sup> Nachdem das neue Kollektivanlagenrecht, das am 1. Januar 2007 in Kraft trat, eine gänzlich *neue Personengesellschaft* – die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK) – im Schweizer Gesellschaftsrecht eingeführt hat, soll auf diese Thematik ebenfalls kurz eingegangen werden.<sup>6</sup> Hinweise erfolgen ausserdem auf personengesellschaftsrechtliche Postulate *de lege ferenda*.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> MÜLLER, 7 ff. sowie v.a. 27 ff.

<sup>2</sup> Kapitel III. Rechtsprechung.

<sup>3</sup> Dass es insbesondere zu den Personengesellschaften (immerhin mit Ausnahme der einfachen Gesellschaft – schon: STAEHELIN, 308 ff.) kaum Urteile gibt, erklärt sich nicht zuletzt mit deren *kleinen Zahl* im Vergleich z.B. zu den Aktiengesellschaften (AG); die nicht im Handelsregister (HR) eingetragenen kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften dürften diese Verhältnisse nicht wesentlich verändern; ausserdem dürfte die *Vergleichsbereitschaft* bei Personengesellschaften angesichts regelmässig kleiner Streitwerte erhöht sein.

<sup>4</sup> In njus-"Entwicklungen 2006" (MÜLLER, 9 ff.) zum Personen- und Gesellschaftsrecht wurde eine erste Übersicht vermittelt, die hier nun vertieft werden soll.

<sup>5</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.

<sup>6</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 2; die njus-"Entwicklungen 2006" (MÜLLER, 3) begnügten sich mit einer blossen Verweisung zu dieser neuen Gesellschaftsform.

<sup>7</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 1.

Diese Darstellungen zum Personengesellschaftsrecht sowie zum GmbH-Recht beschränken sich zwangsläufig auf *Status quo-Berichte*. Zum vertieften Verständnis der Rechtsmaterien werden nun aber einleitend noch einige *zusätzliche Einordnungen* vorgenommen (sozusagen das angekündigte "und mehr!" – auf die der eilige Leser verzichten kann!

## II.

Das Personengesellschaftsrecht sowie das Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) gehören zum Gesellschaftsrecht, und diese Rechtsmaterie befindet sich seit einiger Zeit in heftiger Bewegung. Tatsächlich kann für die Schweiz eine *legislative Hektik* in Bezug auf das Wirtschaftsrecht im Allgemeinen<sup>8</sup> und auf das Gesellschaftsrecht im Besonderen<sup>9</sup> wohl nicht mehr im Ernst bestritten werden – mit verschiedenen negativen Konsequenzen (z.B. Verminderung der Rechtssicherheit).

*Unmittelbare* Gesetzesrevisionen in den interessierenden Bereichen betreffen in erster Linie das GmbH-Recht (= Totalrevision),<sup>10</sup> das Personengesellschaftsrecht wurde im Jahre 2007 nur, aber immerhin durch eine finanzmarktrechtliche Spezialgesetzgebung verändert (= neu KkK).<sup>11</sup>

*Mittelbare* Gesetzesrevisionen, d.h. Gesetzgebungen im Besonderen oder Rechtsetzungen im Allgemeinen, bei denen die GmbH und die Personengesellschaften zwar nicht im Vordergrund der Legiferierung stehen, aber trotzdem mindestens indirekt involviert werden, dürfen *nicht vergessen* werden (in erster Linie bei der GmbH):<sup>12</sup>

Zu erwähnen sind an dieser Stelle insbesondere – teils einige Zeit zurückliegend – das (a) Fusionsrecht vom 1. Juli 2004, die (b) sog. "kleine" Aktienrechtsrevision,<sup>13</sup> die am 1. Januar 2008 in Kraft trat, sowie die zurzeit im Eidgenössischen Parlament hängige (c) sog. "grosse" Aktienrechtsrevision<sup>14</sup> – beide Revisionen des Obligationenrechts (OR) haben

---

<sup>8</sup> Überblick: KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 1 ff.

<sup>9</sup> Allg. als Überblicke zu den Revisionen: KUNZ, Umbruch, 145 ff.; BÜHLER, 173 ff.

<sup>10</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.

<sup>11</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 2.

<sup>12</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 1.

<sup>13</sup> Hierzu: GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, 101 ff.; BARTHOLD/JÖRG, 494 ff.

<sup>14</sup> Dazu: BÖCKLI, Vorentwurf, 4 ff.; KUNZ, Aktienrechtsrevision, 125 ff. Der Bundesrat verabschiedete die Botschaft und den Entwurf für diese grundlegende (deshalb:

bzw. werden Auswirkungen haben in erster Linie auf die GmbH und etwas weniger auf die Personengesellschaften. Eine weitere OR-Revision per 1. Januar 2008, nämlich das (d) sog. neue Revisionsrecht,<sup>15</sup> findet Anwendung auf die GmbH – allerdings nicht auf die Personengesellschaften.<sup>16</sup>

Schliesslich müssen das per 1. Januar 2008 (e) total überarbeitete Handelsregisterrecht bzw. die Handelsregisterverordnung (HRegV)<sup>17</sup> erwähnt werden – die neue HRegV soll v.a. der Umsetzung der Revisionen im GmbH-Recht sowie im Revisionsrecht dienen.<sup>18</sup> Die Änderungen der HRegV zu GmbH einerseits sowie zu Kollektiv- und Kommanditgesellschaften andererseits sind in erster Linie formeller Natur.

### III.

Es ist also nicht ganz einfach, den legislativen Überblick im schweizerischen Gesellschaftsrecht zu erhalten bzw. zu behalten. Besondere praktische Herausforderungen stellt diese Ausgangssituation für *kleine und mittlere Unternehmen* (KMU) dar. Immerhin fällt auf, dass die KMU und die Differenzierungen dazu (insbesondere die Publikumsgesellschaften)<sup>19</sup> seit einiger Zeit vermehrt ins Blickfeld der Gesetzgebung fallen.

---

"grosse") Revision des Aktienrechts im *Dezember 2007* (vgl. Botschaft Aktienrecht).

<sup>15</sup> Allg.: ZIHLER, 1 ff. m.w.H.; ANNEN, 280 ff.; BAER, 45 ff.; CAMPOUNOVO/VON GRAFFENRIED-ALBRECHT, 204 ff.

<sup>16</sup> Obwohl das total überarbeitete Revisionsrecht *neu rechtsformunabhängig* ist, fallen die Personengesellschaften nicht in dessen Anwendungsbereich, d.h. die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sind zwar weiterhin buchführungspflichtig, aber (wie bis anhin) nicht revisionspflichtig: KUNZ, Aktualitäten, 138; ZIHLER, 4; ANNEN, 280.

<sup>17</sup> Publiziert wurden der Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (HRegV) als Vernehmlassungsentwurf vom 28. März 2007 sowie die Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse am 20. Juli 2007.

<sup>18</sup> Allg.: GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, 119 ff.; BÄRTSCHI, 61 ff.; DUC, Überblick, 63 ff.; ZINDEL, 60 ff.

<sup>19</sup> Die *Publikumsgesellschaften* erhalten "Sonderbehandlungen" in erster Linie durch das Börsenrecht sowie durch das neue Revisionsrecht.

Ansätze für ein *gesellschaftsrechtliches KMU-Statut* sind durchaus ersichtlich,<sup>20</sup> d.h. in der Schweiz erfolgt ein allmählicher Paradigmenwechsel zur sog. *Wirtschaftsform* statt der bisherigen Gesellschaftsform ("Die Gesellschaftsform ist tot, es lebe die Wirtschaftsform!"),<sup>21</sup> d.h. das bisherige "Siloprinzip"<sup>22</sup> des Gesellschaftsrechts ist obsolet:

(a) Das in den Jahren 1997/1998 in Kraft getretene *Börsenrecht* sieht ein Sonderregime für Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren bzw. für Publikumsgesellschaften vor – KMU und hierbei insbesondere Personengesellschaften sowie GmbH sind davon gerade nicht betroffen;<sup>23</sup> (b) das seit dem 1. Juli 2004 gültige *Fusionsrecht* enthält eine Legaldefinition für die KMU (Art. 2 lit. e FusG)<sup>24</sup> und lässt eine eigentliche KMU-Privilegierung zu;<sup>25</sup> das seit dem 1. Januar 2008 wirksame (c) *neue Revisionsrecht* sowie das zurzeit im Rahmen der "grossen" Aktienrechtsrevision in Vorbereitung befindliche (d) *neue Rechnungslegungsrecht* sind rechtsformunabhängig;<sup>26</sup> und schliesslich stehen die KMU erneut im Vordergrund des gesellschaftsrechtlichen Interesses bei der (e) Totalrevision des *GmbH-Rechts* – ebenfalls in Kraft seit dem 1. Januar 2008.<sup>27</sup>

Die KMU (und insbesondere deren Privilegierungen) stehen nebst dem Gesellschaftsrecht auch in *anderen Rechtsbereichen* zur Diskussion, auf die im Rahmen dieser Darstellung indes nicht weiter eingegangen

---

<sup>20</sup> Generell: HERREN, Rz. 1 ff.; FORSTMOSER, Zukunft, 470 ff.

<sup>21</sup> Spezifisch: KUNZ, Aufbruchstimmung, Rz. 16 ff.

<sup>22</sup> FORSTMOSER, Kriechgang, 29.

<sup>23</sup> Stammanteile von GmbH und Mitgliedschaften bei Personengesellschaften können de lege lata *nicht kotiert* werden.

<sup>24</sup> Die meisten Personengesellschaften dürften wohl dieser Umschreibung entsprechen: KUNZ, Aktualitäten, 152 f.

<sup>25</sup> Statt aller: KUNZ, Fusionsgesetz, 210 ff. m.w.H.

<sup>26</sup> (a) Zur Revision: Dies führt bei der GmbH beispielsweise dazu, dass sie – anders als unter früherem Recht – grundsätzlich *revisionspflichtig* wird (wie etwa die AG): ZIHLER, 3; sollten indes gewisse quantitative "KMU-Kriterien" erfüllt sein, kann u.U. auf eine *Revision verzichtet* werden (sog. "*opting out*"); allg.: BAER, 45 ff. (b) Zur Thematik der Rechnungslegung generell: BEHR, 503 ff.

<sup>27</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.



werden soll – z.B. betreffend dem Rechnungslegungsstandard<sup>28</sup>, der Corporate Governance<sup>29</sup> oder dem Kartellrecht<sup>30</sup>.

#### IV.

Das GmbH-Recht und das Personengesellschaftsrecht stellen die zentralen Teile des gesellschaftsrechtlichen KMU-Statuts in der Schweiz dar. Die Ausgangssituationen sowie die Zukunftsperspektiven dieser idealtypischen "KMU-Gesellschaften" erscheinen indes gänzlich unterschiedlich, und es droht in Zukunft ein *eigentlicher Konkurrenzkampf* zwischen den GmbH einerseits und den Personengesellschaften andererseits.<sup>31</sup>

Die *Statistik* des EHRA zu den Gesellschaften in der Schweiz sieht wie folgt aus (per 8. April 2008): 180'611 AG; 103'228 GmbH; 13'924 Kollektivgesellschaften; 2'499 Kommanditgesellschaften; nicht erfasst werden zwangsläufig die einfachen Gesellschaften,<sup>32</sup> die bekanntlich nicht im HR eingetragen werden können, weil sie – trotz z.T. grosser Bedeutung in der Wirtschaftsrealität<sup>33</sup> – kein kaufmännisches Unternehmen führen dürfen,<sup>34</sup> sowie die nicht registrierten, aber rechtsgültigen kaufmännischen<sup>35</sup> Kollektiv- und Kommanditgesellschaften.

---

<sup>28</sup> GLANZ/KRÜGEL/WYSS, 31.

<sup>29</sup> Generell: FORSTMOSER, Corporate Governance 475 ff.; NOBEL, Corporate Governance, 325 ff.; BURKHALTER, Rz. 1 ff.

<sup>30</sup> DUCREY/TAGMANN, 69 ff.; AMMANN/STREBEL, 228 ff.

<sup>31</sup> Zusammenfassend: KUNZ, Konkurrenzkampf, 29.

<sup>32</sup> Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der einfachen Gesellschaft um eine *weit verbreitete* Rechtsform handelt, deren Bedeutung in der Praxis "ausserordentlich gross" ist; allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 99 – einen Idealtypus gibt es indes nicht: HANDSCHIN, Systematik, 441.

<sup>33</sup> Beispiel: Vor einiger Zeit traten einige Banken aus dem sog. RBA-Verbund von *Regionalbanken* aus und gründeten anscheinend die *einfache Gesellschaft "eG ESPRIT"*: Schweizer Bank März 2008, 16 f. m.w.H.

<sup>34</sup> Nur, aber immerhin pro memoria muss auf die Entwicklung von sog. *kaufmännischen einfachen Gesellschaften* hingewiesen werden: HANDSCHIN, einfache Gesellschaften, 35 ff.; JUNG, 3 ff.; KUNZ, Aktualitäten, 143 f. m.w.H.

<sup>35</sup> Die *kaufmännischen* Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften bestehen unabhängig vom HR-Eintrag, der bloss deklaratorisch ist; damit unterscheiden sie sich von den Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften *ohne kaufmännisches* Unternehmen, bei denen die Eintragung im HR konstitutiv ist: Art. 553 OR/Art. 595 OR.

Auffallend ist die starke Zunahme der GmbH in den letzten Jahren:<sup>36</sup> 1'539 (Ende 1955); 2'777 (Ende 1975); 3'035 (Ende 1980); 2'794 (Ende 1988); 2'769 (Ende 1991); und dann: 16'206 (Ende 1996); 84'291 (Ende 2005), und nunmehr mehr als 100'000 GmbH – die jüngste Revision wird diese Tendenz ohne Zweifel noch verstärken. Ebenso auffallend ist die Stagnation bzw. der stete Rückgang bei den Personengesellschaften (sc. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) – dies allerdings wenig überraschend angesichts einem "Zentralnachteil" dieser Gesellschaftsformen, nämlich der *persönlichen Gesellschafterhaftung*.

Nach dem jüngsten Wegfall einer solchen Haftung der Gesellschafter bei der GmbH spricht bei der Gründung eines KMU somit nur wenig für die Personengesellschaften<sup>37</sup> und viel für die GmbH; ausserdem könnten zahlreiche bestehende Kollektiv- und Kommanditgesellschaften geneigt sein, sich in GmbH umzuwandeln. Das *Ende der Personengesellschaften* scheint zumindest mittelfristig realistisch.<sup>38</sup> Dieser Umstand führt zu folgendem *rechtspolitischen* Postulat:<sup>39</sup>

"[D]ie Personengesellschaften [haben] indes überhaupt nur dann eine Chance zu bestehen, wenn im *Haftungsbereich legislative Anpassungen* vorgenommen werden."<sup>40</sup>

Zur de lege ferenda-Debatte stehen zurzeit zwei gesetzgeberische Modelle,<sup>41</sup> nämlich (a) die Schaffung einer sog. "GmbH & Co. KG" oder (b) die Einführung einer sog. "Partnerschaft mit beschränkter Haftung" (PmbH).<sup>42</sup> Ob sich der Gesetzgeber dieser Thematik überhaupt annehmen wird, ist zurzeit noch völlig offen. Sollte die *Haftungssituation bei den Personengesellschaften* nicht baldmöglichst verbessert werden, werden die Kollektivgesellschaften sowie die Kommanditgesellschaften den Wettbewerb gegen die GmbH ohne Zweifel verlieren.

---

<sup>36</sup> KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 13.

<sup>37</sup> Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung gilt ebenfalls bei der einfachen Gesellschaft: HANDSCHIN, Systematik, 451 f.

<sup>38</sup> KUNZ, Konkurrenzkampf, 29.

<sup>39</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 1.

<sup>40</sup> KUNZ, Aktualitäten, 141, Hervorhebung im Original; ausserdem: KUNZ, Konkurrenzkampf, 29.

<sup>41</sup> Detaillierter: KUNZ, Aktualitäten, 155 ff., v.a. 156 ff. m.w.H.

<sup>42</sup> Grundlegend: BÖCKLI, Partnerschaft, 17 ff.; generell: FORSTMOSER, Zukunft, 471 f.

V.

Die Personengesellschaften, sozusagen die "Stiefkinder"<sup>43</sup> unter den Gesellschaftsformen, werden in der Schweiz nicht zuletzt in der Lehre leider immer wieder *etwas vergessen* – insofern erscheint unsicher, ob z.B. die angesprochene rechtspolitische Thematik überhaupt einen Funken zünden wird. Doch weil die quantitativen Angaben der qualitativen Dimension nicht Rechnung tragen,<sup>44</sup> erscheinen auch *weitere Aspekte* erwähnenswert, auf die im Folgenden beispielshalber<sup>45</sup> eingegangen wird.

Das (a) *Fusionsgesetz* (FusG) sieht vier Transaktionsformen vor, die bei der Restrukturierung von Gesellschaften zum Einsatz gelangen können, nämlich die Fusionen, die Spaltungen, die Umwandlungen sowie die Vermögensübertragungen. Die einfachen Gesellschaften sind niemals Gegenstand des FusG<sup>46</sup> – anders sieht die Rechtslage für die übrigen Personengesellschaften aus, wobei unterschieden werden muss:<sup>47</sup>

Während die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften bei *Spaltungen* generell ausgeschlossen sind,<sup>48</sup> werden sie bei *Fusionen* "unter sich" bzw. "über's Kreuz" zwar zugelassen,<sup>49</sup> betreffend einer Verschmelzung mit einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft indes einzig als übertragende und nicht als übernehmende Gesellschaft.<sup>50</sup> Bei *Umwandlungen* wird jede Möglichkeit akzeptiert sozusagen "innerhalb der eigenen Familie",<sup>51</sup> wohingegen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zwar in Kapitalgesellschaften und Genossenschaften umgewandelt werden kön-

---

<sup>43</sup> KUNZ, Aktualitäten, 137.

<sup>44</sup> Bedeutung der Personengesellschaften als (i) Idealtypus für KMU, als (ii) Rechtsform für Privatbankiers sowie als (iii) Gesellschaftsform für gewisse (v.a. grössere) Anwaltskanzleien: KUNZ, Aktualitäten, 140 f.

<sup>45</sup> Hierbei interessieren vorab *drei Themen*, nämlich die *fusionsrechtliche* Behandlung dieser Gesellschaftsformen sowie die Personengesellschaften als Rechtsformen für *Privatbankiers* sowie für *Anwaltskanzleien*.

<sup>46</sup> KUNZ, Aktualitäten, 150.

<sup>47</sup> Detailliert: KUNZ, Aktualitäten, 150 ff. m.w.H.

<sup>48</sup> Ausschliesslich *Kapitalgesellschaften* sowie *Genossenschaften* werden zugelassen (Art. 30 FusG); in Bezug auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften besteht ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers: KUNZ, Aktualitäten, 151 FN 119.

<sup>49</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. a FusG.

<sup>50</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. b/lit. c FusG.

<sup>51</sup> Art. 54 Abs. 2 lit. c/Abs. 3 lit. c FusG; Art. 55 FusG.

nen, aber nicht vice versa.<sup>52</sup> Überhaupt keine Einschränkungen gibt es hingegen bei *Vermögensübertragungen*, d.h. die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können sowohl übertragen<sup>53</sup> als auch übernehmen.

Zwar ist die Zahl der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in der Schweiz klein (und abnehmend), doch wird dadurch nicht deren praktische Bedeutung ersichtlich. In der Wirtschaftsrealität finden sich diese beiden Personengesellschaftsformen teils prominent positioniert; als Beispiele seien die (b) *Privatbankiers* und die (c) *Anwaltskanzleien* erwähnt – wobei bei letzterem Beispiel gewisse Veränderungen anstehen:

Es gibt heute in der Schweiz zwar nur noch 14 Banken, die rechtlich als sog. *Privatbankiers* qualifiziert werden können,<sup>54</sup> diese Gesellschaften haben aber eine herausragende Bedeutung mindestens im Bereich der Vermögensverwaltung<sup>55</sup> – sozusagen der Paradedisziplin des Schweizer Bankwesens.

Anwendbar ist das Bankengesetz (BankG)<sup>56</sup>, das – nebst der eher theoretischen Möglichkeit als Einzelunternehmung – für die Privatbankiers die Gesellschaftsformen als *Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zwingend* vorschreibt.<sup>57</sup> Privatbankiers geniessen gegenüber den anderen Banken gewisse Privilegierungen (z.B. beim Reservefonds, bei der Jahresrechnung oder bei der Verantwortlichkeit), doch werden diese kompensiert durch das Risiko einer unbeschränkten Haftung der Kollektivgesellschaftler bzw. der Komplementäre.<sup>58</sup>

Wenn *mehrere Rechtsanwälte* (oder auch andere Dienstleistungsanbieter)<sup>59</sup> zusammen eine Kanzlei betreiben, legen sie oftmals keine Rechenschaft darüber ab, ob bzw. welche Gesellschaftsform sie miteinander bilden.<sup>60</sup> Sollte i.c. eine Gesellschaft vorliegen, handelt es sich – als

---

<sup>52</sup> Art. 54 Abs. 2 lit. a/lit. b FusG sowie Art. 54 Abs. 3 lit. a/lit. b FusG.

<sup>53</sup> Die *übertragende* Personengesellschaft muss aber *realiter im HR eingetragen* sein: Art. 69 Abs. 1 FusG.

<sup>54</sup> Der Begriff "Privatbankiers" ist *nicht* *Synonym* mit dem Begriff "Privatbank".

<sup>55</sup> Hinweise: KUNZ, Aktualitäten, 154 FN 140.

<sup>56</sup> SR 952.0.

<sup>57</sup> Art. 1 Abs. 1 BankG.

<sup>58</sup> KUNZ, Aktualitäten, 153 f. m.w.H.

<sup>59</sup> Treuhänder, Ärzte etc.

<sup>60</sup> Allg.: FELLMANN, 339; STAEHELIN, 308 ff.

Subsidiärform (Art. 530 Abs. 2 OR) – jeweils um eine einfache Gesellschaft; dies dürfte den meisten Anwälten lieb sein, weil dadurch eine solidarische Haftung für deliktisches Verhalten ausgeschlossen ist.

Im bekannten BGE 124 III 363<sup>61</sup> ging es darum, unter welchen Voraussetzungen eine Anwaltssozietät für die Falschankünfte eines Mitglieds (= Delikt, Art. 41 ff. OR) haftet. Das Bundesgericht hielt u.a. fest, dass eine Kanzlei als *Kollektivgesellschaft* statt als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist, wenn sie als "einheitliches Unternehmen" (einheitlicher Briefkopf, gemeinsame Vollmacht etc.)<sup>62</sup> auftritt und ein "Gesamtmandat" entgegennimmt.<sup>63</sup>

Diese *personengesellschaftsrechtliche "Verlagerung"* von der einfachen Gesellschaft hin zur Kollektivgesellschaft bei der Qualifikation von Anwaltskanzleien hat seit einiger Zeit zu einer eigentlichen Rechtsformen-Gegenbewegung in mehreren Kantonen geführt, nämlich zu der Zulassung von sog. *Anwalts-AG* (bzw. –Körperschaften),<sup>64</sup> die früher standesrechtlich verpönt waren. Die Personengesellschaften befinden sich also auch in diesem Bereich auf dem allmählichen Rückzug.

## VI.

Die Rechtsform der *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* bzw. GmbH wurde in der Schweiz lange Zeit als "ungeliebtes Adoptivkind"<sup>65</sup> oder als "Retortenbaby"<sup>66</sup> betrachtet – dies dürfte sich nicht zuletzt mit der Totalrevision des GmbH-Rechts<sup>67</sup> dramatisch verändern. In einem grösseren Zusammenhang scheinen *weitere Aspekte* erwähnenswert, auf die im Folgenden beispielshalber<sup>68</sup> eingegangen wird:

Zur *Historie der GmbH* scheint interessant, dass sie beim ersten gesamtschweizerischen OR im Jahre 1883 noch gänzlich unbekannt waren

---

<sup>61</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 69a ff.; KUNZ, Aktualitäten, 148 f.

<sup>62</sup> BGE 124 III 363, Erw. 2b, 365.

<sup>63</sup> BGE 124 III 363, Erw. 2d, 367.

<sup>64</sup> Statt aller: BADERTSCHER, 19.

<sup>65</sup> PLÜSS, 121.

<sup>66</sup> FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 6.

<sup>67</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.

<sup>68</sup> Im Vordergrund steht dann indes die Totalrevision des GmbH-Rechts (z.B. MÜLLER, 9 ff.; KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 1 ff.): Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.

und dann aber bei der ersten grossen OR-Revision im Jahre 1936 eingeführt wurden<sup>69</sup> – die AG konnten also schon mehr als 50 Jahre früher gegründet werden als die GmbH, was u.a. deren Jahrzehnte andauernden quantitativen "Vorsprung" (mit-)erklärt. Der schweizerische Gesetzgeber hat die GmbH der deutschen Rechtsordnung "abgekupfert",<sup>70</sup> die seit dem Jahre 1883 ein GmbH-Recht kennt.

Seit dem Jahre 1936 wurde das GmbH-Recht nur ein einziges Mal *formell revidiert*, und zwar nunmehr jüngst per 1. Januar 2008. Dabei wird gelegentlich übersehen, dass das Recht der GmbH schon zu Beginn der 1990er Jahre *materiell revidiert* wurde, indem sich im Anschluss an die letzte "grosse" Aktienrechtsrevision die zahlreichen sog. dynamischen Verweisungen im GmbH-Recht nicht mehr auf das OR 1936, sondern auf das revidierte OR 1991 (sc. das aktuelle Aktienrecht)<sup>71</sup> bezogen.<sup>72</sup>

## VII.

Die internationalen Entwicklungen im Gesellschaftsrecht beeinflussen ohne weiteres die Schweiz und ihre Gesetzgebung. Im Vordergrund steht dabei die *Europäische Union* (EU) – die Totalrevision des GmbH-Rechts berücksichtigt ebenfalls die EU-Entwicklungen.<sup>73</sup> Die zentralen Entwicklungslinien sowohl im Sekundären Gemeinschaftsrecht (= EU-Richtlinien) als auch im Primären Gemeinschaftsrecht (= EU-Verordnungen) betreffen indes die AG und nicht die GmbH oder die Personengesellschaften.

Verschiedene EU-Richtlinien sind in der EU heute bereits auf *GmbH* anwendbar.<sup>74</sup> Ausserdem soll auf EU-Verordnungsebene eine sog.

---

<sup>69</sup> Zur Entstehungsgeschichte der GmbH bzw. des GmbH-Rechts: KUNZ, Minderheitenschutz, § 16 N 4 ff.

<sup>70</sup> Es handelt sich um ein frühes Beispiel der sog. *legislativen Rechtsvergleichung*; allg.: KUNZ, Rechtsvergleichung, 46.

<sup>71</sup> Dies entspricht der h.M.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 16 N 9 FN 30.

<sup>72</sup> Hinweise: KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 3 f.; zudem: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 20 m.w.H. in FN 24.

<sup>73</sup> FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 30 ff.; es liegt indes kein sog. *autonomer Nachvollzug von EU-Recht* vor: KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 14 FN 39.

<sup>74</sup> KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 17 f. m.w.H.

*Europäische Privatrechtsgesellschaft* (EPG)<sup>75</sup> geschaffen werden, die im Wesentlichen der GmbH entspricht.

Die EU-Rechtsentwicklungen betreffen, soweit ersichtlich, die *Personengesellschaften* nur am Rande oder überhaupt nicht.<sup>76</sup> In verschiedenen Staaten wurden und werden hingegen immer wieder Urteile basierend auf dem jeweiligen Landesrecht zu nationalen Personengesellschaften gefällt – deren Bedeutung für die schweizerische Rechtsordnung ist nicht immer evident. In jüngster Zeit hat wohl insbesondere in Deutschland das "Otto"-Urteil<sup>77</sup> vom 15. Januar 2007 durch den Bundesgerichtshof zu Diskussionen veranlasst.

Eine allgemeine Berücksichtigung der auslandsrechtlichen Entwicklungen zum Personengesellschaftsrecht sowie zum GmbH-Recht würde den Rahmen dieser Status quo-Darstellung sprengen. Aus diesem Grund wird im Folgenden auf eine *Rechtsvergleichung verzichtet*.

---

<sup>75</sup> KELLERHALS/NÄGELI, 75 ff.; HERREN, Rz. 29 ff.; KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 18 ff.

<sup>76</sup> Das KAG stellt zwar mit Bezug auf "offene" Anlagen einen sog. *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* dar, was in diesem Bereich (also: Anlagefonds und SICAV) zu einer sog. *europarechtskonformen Auslegung* (sc. UCITS/OGAW) führen wird; anders verhält es sich indes bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK), die eine "geschlossene" Kollektivanlage ist.

<sup>77</sup> Hinweise: SCHMIDT, 1 ff., v.a. 5 f.





---

## II. Rechtsetzung



A. *Einfache Gesellschaft*

Keine detaillierten Bemerkungen.<sup>78</sup>

B. *Kollektivgesellschaft*

I.

Das neue Revisionsrecht betrifft die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) nicht, d.h. es besteht weiterhin *keine Revisionspflicht*.

II.

Die im Jahre 2007 vorbereitete und schliesslich am 1. Januar 2008 in Kraft getretene *neue Handelsregisterverordnung* regelt verschiedene Aspekte der Kollektivgesellschaft, die denn auch in der HRegV als Rechtseinheit explizit erwähnt wird.<sup>79</sup> Art. 40 ff. HRegV regeln die Kollektivgesellschaft (sowie die Kommanditgesellschaft) im Detail.<sup>80</sup>

III.

Bei der anstehenden "*grossen*" *Aktienrechtsrevision* geht es generell um eine Änderung des OR (sc. "Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht")<sup>81</sup>. Bei der Kollektivgesellschaft handelt es sich um Änderungsvorschläge "rein terminologischer Natur"<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Es sei immerhin festgehalten, dass das (a) *neue Revisionsrecht*, die Überarbeitung der (b) *Handelsregisterverordnung* (HRegV) sowie die zurzeit anstehende (c) "*grosse*" *Aktienrechtsrevision* auf die einfache Gesellschaft und deren Regelung (Art. 530 ff. OR) *keine* Auswirkungen haben.

<sup>79</sup> Art. 2 lit. a Ziff. 2 HRegV.

<sup>80</sup> Für die *nicht-kaufmännische* Kollektivgesellschaft ist der *HR-Eintrag konstitutiv*: Art. 41 Abs. 3 HRegV.

<sup>81</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1589 (Titel).

<sup>82</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1725.

C. *Kommanditgesellschaft*

1. **Obligationenrecht**

I.

Das neue Revisionsrecht betrifft die Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR) nicht, d.h. es besteht weiterhin *keine Revisionspflicht*.

II.

Die im Jahre 2007 vorbereitete und schliesslich am 1. Januar 2008 in Kraft getretene *neue Handelsregisterverordnung* regelt verschiedene Aspekte der Kommanditgesellschaft, die denn auch in der HRegV als Rechtseinheit explizit erwähnt wird.<sup>83</sup> Art. 40 ff. HRegV regeln die Kommanditgesellschaft (sowie die Kollektivgesellschaft) im Detail;<sup>84</sup> die KkK, sozusagen eine spezialgesetzliche Kommanditgesellschaft,<sup>85</sup> ist ebenfalls Regelungsgegenstand der HRegV.<sup>86</sup>

III.

Bei der anstehenden "*grossen*" *Aktienrechtsrevision* geht es generell um eine Änderung des OR (sc. "Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht")<sup>87</sup>. Bei der Kommanditgesellschaft handelt es sich in erster Linie um Änderungsvorschläge "rein terminologischer Natur"<sup>88</sup>.

Eine Neuerung ist im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Neufassung der aktienrechtlichen *Rückerstattungsklage* (Art. 678 OR) vorgesehen: Kommanditäre sind neu grundsätzlich – vorbehalten einer Entreicherung – "zur Rückerstattung ungerechtfertigt bezogener Zinsen

---

<sup>83</sup> Art. 2 lit. a Ziff. 3 HRegV.

<sup>84</sup> Für die *nicht-kaufmännische* Kommanditgesellschaft ist der *HR-Eintrag konstitutiv*: Art. 41 Abs. 3 HRegV.

<sup>85</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 2.

<sup>86</sup> Art. 2 lit. a Ziff. 10 HRegV i.V.m. Art. 98 ff. HRegV.

<sup>87</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1589 (Titel).

<sup>88</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1725.

oder Gewinne verpflichtet"<sup>89</sup>; Art. 611 Abs. 2 E OR lautet wie folgt: "Der Kommanditär ist verpflichtet, unrechtmässig bezogene Zinsen und Gewinne zurückzubezahlen. Art. 64 [OR] findet Anwendung."

#### IV.

Von privater Seite<sup>90</sup> wird – wie bereits in der Einleitung festgehalten – eine Revision des Kommanditgesellschaftsrechts angeregt,<sup>91</sup> und zwar in erster Linie zur Eliminierung der Gesellschafterhaftung. Zur Diskussion stehen zwei legislative Modelle, und zwar das (a) Modell einer sog. *GmbH & Co. KG*, das leicht ins Schweizer Recht eingeführt werden könnte, sowie das (b) Modell einer sog. *Partnerschaft mit beschränkter Haftung* (PmbH) – diese Vorschläge schliessen sich nicht gegenseitig aus, sondern könnten bzw. sollten parallel eingeführt werden:

Beim *Modell der GmbH & Co. KG* handelt es sich im Prinzip um eine "klassische" Kommanditgesellschaft, allerdings mit dem Neuerungsvorschlag, dass als unbeschränkt haftbarer *Komplementär* ebenfalls *juristische Personen* zugelassen würden.<sup>92</sup> Regelungstechnisch wäre es einfach, die GmbH & Co. KG unter Schweizer Recht zuzulassen, indem nämlich Art. 594 Abs. 2 OR<sup>93</sup> ersatzlos gestrichen würde.<sup>94</sup>

Beim *Modell der PmbH* hingegen wird die Komplementärstellung abgeschafft, d.h. es gäbe bei einer solchen Personengesellschaft nur noch *beschränkt haftbare Kommanditäre*. Zum Gläubigerschutz werden

---

<sup>89</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1725.

<sup>90</sup> Bis anhin haben sich, soweit ersichtlich, zwei Autoren zur Thematik geäussert: BÖCKLI, Partnerschaft, 17 ff.; KUNZ, Konkurrenzkampf, 29; DERS., Aktualitäten, 156 ff.; DERS., GmbH-Reform, Rz. 37 ff., v.a. Rz. 42.

<sup>91</sup> Frühere Versuche zur Revision des Personengesellschaftsrechts sind gescheitert: FORSTMOSER, Zukunft, 471 f. m.w.H.

<sup>92</sup> Die GmbH & Co. KG ist in *Deutschland* seit dem Jahre 1922 bekannt.

<sup>93</sup> Art. 594 Abs. 2 OR: "Unbeschränkt haftbare Gesellschafter können nur natürliche Personen, Kommanditäre jedoch auch juristische Personen und Handelsgesellschaften sein".

<sup>94</sup> Denkbar und sinnvoll zur Verstärkung des Gläubigerschutzes wäre die Einführung einer *Revisionspflicht* bei solchen Gesellschaften: KUNZ, Aktualitäten, 158.

Kompensationsmechanismen vorgeschlagen – z.B. eine minimale Kommanditsumme sowie eine Revisionspflicht für PmbH.<sup>95</sup>

Zurzeit gibt es (noch) *keine politischen Vorstösse* in diese oder in vergleichbare Richtungen. Frühere offiziöse Versuche<sup>96</sup> zur Revision des Personengesellschaftsrechts – z.B. im Jahre 1993 durch die sog. Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" mit dem Vorschlag der Schaffung einer schweizerischen GmbH & Co. KG, im Jahre 1998 durch die Motion Raggenbass sowie in den Jahren 1998/1999 durch die Arbeitsgruppe "GmbH-Revision"<sup>97</sup> – sind im Sande verlaufen. Allenfalls könnte in Zukunft die neu eingeführte KkK<sup>98</sup> eine *Modellfunktion* übernehmen zumindest betreffend eine GmbH & Co. KG.

## 2. Kollektivanlagenrecht

### I.

Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene *Kollektivanlagengesetz* (KAG) – materiell eine Totalrevision des Anlagendfondsgesetzes (AFG)<sup>99</sup> – ergänzt seit 71 Jahren erstmals wieder den Numerus Clausus der schweizerischen Gesellschaftsformen<sup>100</sup> und führt sogleich *zwei neue* Rechtsformen ein, nämlich einerseits die sog. Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)<sup>101</sup> und andererseits die sog. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK)<sup>102</sup>, die im Folgenden zu erläutern ist.

Bei den Körperschaften war schon längere Zeit der Bedarf für die *neue Rechtsform des SICAV* in der Schweiz ausgewiesen;<sup>103</sup> eine Flexibilisierung der Kapitalbeschaffung sowohl "gegen oben" als auch "gegen

---

<sup>95</sup> BÖCKLI, Partnerschaft, 28 sowie 46 f. bzw. 51; KUNZ, Aktualitäten, 157 und 158.

<sup>96</sup> Hinweise: KUNZ, Aktualitäten, 155.

<sup>97</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 14 N 14a.

<sup>98</sup> Kapitel II. Rechtsetzung C. 2.

<sup>99</sup> Hierzu: BERTSCHINGER, 3 ff.

<sup>100</sup> Die letzte "Neuerung" der schweizerischen Gesellschaftsformen war die GmbH, und zwar im Jahre 1936.

<sup>101</sup> Art. 36 ff. KAG; statt aller: VON BÜREN/HASLER, 57 ff.

<sup>102</sup> Art. 98 ff. KAG; als Übersicht: ABEGGLEN, 80 ff.

<sup>103</sup> So z.B. durch den Unterzeichner: KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 155/N 164.

unten" stand im Vordergrund des Interesses.<sup>104</sup> Für die Personengesellschaften stand die insbesondere im angelsächsischen Bereich bekannte "Limited Partnership" (LP) als Modell der *neuen Rechtsform der KkK* zur Debatte<sup>105</sup> – und somit wurde anfangs des letzten Jahres eine gänzlich neue Personengesellschaft ins Schweizer Recht eingeführt.<sup>106</sup>

## II.

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen bzw. KkK<sup>107</sup> gehört zu den sog. "*geschlossenen*" Kollektivkapitalanlagen, d.h. der Investor hat keinen Anspruch auf Rückgabe ("redemption") der Anlage.<sup>108</sup>

Es handelt sich bei der KkK um eine "Kommanditgesellschaft im Sinne des Obligationenrechts mit gewissen Besonderheiten"<sup>109</sup> – dazu ist z.B. die Bewilligungspflicht durch die Eidgenössische Bankenkommission (EBK)<sup>110</sup> zu zählen<sup>111</sup> oder das relativierte Konkurrenzverbot.<sup>112</sup> Die Rechtsnatur der KkK als Personengesellschaft<sup>113</sup> ergibt sich u.a. aus den diversen Verweisungen auf die Kommanditgesellschaften im Rahmen des OR.<sup>114</sup> Die KkK ist – wie die OR-Kommanditgesellschaft – eine *Gesamthandschaft* ohne eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>115</sup>

---

<sup>104</sup> Mit einem frühen Modell-Vorschlag bereits: KUNZ, Flexibilisierung, 18 ff.

<sup>105</sup> Statt aller: VOGEL/SCHÄR, 479; ANDERMATT, 482.

<sup>106</sup> Generell: Das KAG stellt für "offene" Kollektivkapitalanlagen – also *nicht* für die KkK – einen *autonomen Nachvollzug von EU-Recht* dar, so dass gemäss Bundesgericht (z.B. BGE 129 III 335, Erw. 6, 350 m.w.H.) bei der Rechtsanwendung z.B. betreffend Anlagefonds oder SICAV eine *europarechtskonforme Auslegung* vorzunehmen ist; i.c.: FORSTMOSER, Nachvollzug, 523 ff.; allg.: SPINNER/MARITZ, 127 ff.; WIEGAND, 171 ff.

<sup>107</sup> Literaturauswahl: BÖHLER, 506 ff.; KILCHMANN, 63 ff.; VOGEL/SCHÄR, 479 ff.; ANDERMATT, 481 ff.; KUNZ, Aktualitäten, 159 ff.

<sup>108</sup> Art. 9 KAG – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6474; generell: BÖHLER, 506 ff.; VON BÜREN/HASLER, 70 ff.; BÖCKLI, Partnerschaft, 33; VOGEL/SCHÄR, 479.

<sup>109</sup> BERTSCHINGER, 16; ähnlich bereits die Botschaft zum KAG: BBl 2005 6473.

<sup>110</sup> Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG; Art. 15 Abs. 1 lit. c KAG.

<sup>111</sup> Die EBK bewilligte die erste KkK mit Verfügung vom 20. November 2007.

<sup>112</sup> VOGEL/SCHÄR, 480.

<sup>113</sup> KUNZ, Aktualitäten, 160; das KAG ist gemäss Botschaft zum KAG: BBl 2005 6473 somit "lex specialis" zum OR.

<sup>114</sup> Art. 99 KAG; Art. 105 Abs. 2 KAG; Art. 145 Abs. 3 KAG.

<sup>115</sup> KILCHMANN, 64; ANDERMATT, 482.

Die KkK ist eine Gesellschaft, deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage darstellt, und zwar Anlagen in sog. *Risikokapital* ("Private Equity")<sup>116</sup> – diese Zweckeinschränkung unterscheidet die KkK erheblich von der OR-Kommanditgesellschaft. Weitere Unterschiede zur Kommanditgesellschaft gemäss OR sind auffällig:

Wenigstens einer der Gesellschafter der KkK *haftet unbeschränkt* (sog. Komplementär), und die Haftung der anderen Gesellschafter (sog. Kommanditäre) wird bis zu einer bestimmten Vermögenseinlage in die KkK – der Kommanditsumme – beschränkt.<sup>117</sup> Bei der KkK gegenüber dem OR ist indes spezifisch, dass (a) der *Komplementär* ("General Partner") eine *AG mit Sitz in der Schweiz* zu sein hat,<sup>118</sup> und dass (b) die *Kommanditäre* ("Limited Partners") ihrerseits sog. "*qualifizierte Anleger*" sein müssen.<sup>119</sup> D.h. die Gesellschafterstellung bei der KkK differiert erheblich gegenüber der Kommanditgesellschaft gemäss Art. 594 ff. OR.

Die ursprünglich noch vorgesehene *zeitliche Limitierung* der KkK auf zwölf Jahre<sup>120</sup> wurde *fallen gelassen*, so dass insofern heute keine Differenz zum OR besteht.<sup>121</sup> Ein letzter gewichtiger Unterschied<sup>122</sup> gegenüber der Kommanditgesellschaft des OR besteht schliesslich aber darin, dass für die KkK eine *Revisionspflicht* vorgesehen ist,<sup>123</sup> und zwar obwohl die Bezeichnung einer Revisionsstelle "dem Wesen einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich fremd" ist<sup>124</sup>.

---

<sup>116</sup> Art. 103 Abs. 1 KAG; Botschaft zum KAG: BBl 2005 6475.

<sup>117</sup> Art. 98 Abs. 1 KAG.

<sup>118</sup> Art. 98 Abs. 2 KAG.

<sup>119</sup> Art. 98 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 KAG.

<sup>120</sup> Botschaft zum KAG: BBl 2005 6474.

<sup>121</sup> ANDERMATT, 483.

<sup>122</sup> Weitere Differenzen: KUNZ, Aktualitäten, 160 f.

<sup>123</sup> Art. 107 KAG.

<sup>124</sup> Botschaft zum KAG: BBl 2005 6476.



D. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

1. OR sowie HRegV

I.

Das *neue Revisionsrecht*, das am 1. Januar 2008 in Kraft trat, hat Auswirkungen auf die GmbH. Bis anhin war das Recht betreffend die Revisionsstellen unterschiedlich geregelt bei den wichtigsten Körperschaften, indem nämlich z.B. die AG zwingend über eine Revisionsstelle verfügen musste, während die GmbH freiwillig ein solches Organ wählen konnte (oder eben nicht). Die Totalrevision des GmbH-Rechts, der das neue Revisionsrecht "aufgepfropft" wurde, führte nun für das gesamte Körperschaftsrecht eine *rechtsformunabhängige Revisionspflicht* ein:

Ob überhaupt bzw. wie eine Körperschaft zu revidieren ist, entscheidet neu deren "wirtschaftliche Bedeutung" (anstelle der Rechtsform), wobei das Revisionsrecht nunmehr eine eigentliche *Dreiteilung* vorsieht; für GmbH bedeutet dies was folgt:

(a) Eine sog. *ordentliche Revision* muss die GmbH vornehmen,<sup>125</sup> wenn sie z.B. eine Anleiheobligation ausstehend<sup>126</sup> hat oder wenn sie eine bestimmte "Grösse" bei Bilanzsumme (CHF 10 Mio.), Umsatzerlös (CHF 20 Mio.) und Vollzeitstellen (50 Personen im Jahresdurchschnitt) in einem gewissen Zeitraum erreicht oder wenn sie die herrschende Gesellschaft in einem Konzern ist;<sup>127</sup> in den übrigen Fällen hat die GmbH (b) eine sog. *erleichterte Revision* ("review")<sup>128</sup> vorzunehmen;<sup>129</sup> es kann schliesslich sogar auf (c) eine *Revision verzichtet* werden, wenn alle Gesellschafter einverstanden sind und die GmbH nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Zu den *erhöhten* Anforderungen an die Revisionsstelle: Art. 727b OR; zur konkreten Tätigkeit: Art. 728 ff. OR.

<sup>126</sup> Art. 727 Abs. 1 *Ziff. 1 a.A.* OR spricht von "*Publikumsgesellschaften*".

<sup>127</sup> Art. 727 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR.

<sup>128</sup> Zu den *erleichterten* Anforderungen an die Revisionsstelle: Art. 727c OR; zur konkreten Tätigkeit: Art. 729 ff. OR.

<sup>129</sup> Art. 727a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR.

<sup>130</sup> Art. 727a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR.

Das neue Revisionsrecht behandelt also AG und GmbH – mindestens im Prinzip – identisch<sup>131</sup> (Art. 818 Abs. 1 OR). Immerhin besteht eine Spezialität der GmbH gegenüber der AG, indem ein Gesellschafter mit einer *Nachschusspflicht* in jedem Fall eine *ordentliche* Revision der GmbH verlangen kann.<sup>132</sup> Diese Ordnung zur Revisionsstelle gilt sogleich vom ersten Geschäftsjahr an, "das mit dem Inkrafttreten [des neuen GmbH-Rechts] oder danach beginnt".<sup>133</sup>

## II.

Die im Jahre 2007 vorbereitete und schliesslich am 1. Januar 2008 in Kraft getretene *neue Handelsregisterverordnung* regelt verschiedene Aspekte der GmbH, die denn auch in der HRegV als Rechtseinheit explizit erwähnt wird<sup>134</sup> – Art. 71 ff. HRegV regeln die GmbH im Detail: Gründung<sup>135</sup>, Erhöhung<sup>136</sup> bzw. Herabsetzung<sup>137</sup> des Stammkapitals sowie Übertragung von Stammanteilen<sup>138</sup>.

## III.

Bei der anstehenden "*grossen*" *Aktienrechtsrevision* geht es generell um eine Änderung des OR (sc. "Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht")<sup>139</sup>, und tatsächlich sollen zahlreiche Regelungen des soeben total revidierten Rechts der GmbH<sup>140</sup> erneut "angepasst" werden.<sup>141</sup>

---

<sup>131</sup> Art. 818 Abs. 1 OR.

<sup>132</sup> Art. 818 Abs. 2 OR; hierzu etwa: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 115; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 130.

<sup>133</sup> Art. 7 Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005; hierzu: KELLERHALS, Übergangsbestimmungen, 185.

<sup>134</sup> Art. 2 lit. a Ziff. 6 HRegV.

<sup>135</sup> Art. 71 ff. HRegV.

<sup>136</sup> Art. 74 ff. HRegV.

<sup>137</sup> Art. 77 ff. HRegV.

<sup>138</sup> Art. 82 HRegV.

<sup>139</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1589 (Titel).

<sup>140</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 2.

<sup>141</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1726 f. m.w.H.

(a) Insbesondere soll eine Ungleichbehandlung zwischen AG und GmbH in Bezug auf die sog. *Verrechnungsliberierung* vermieden werden, so dass eine Angleichung mittels einer Verweisung in Art. 777c Abs. 2 E OR vorgeschlagen wird.<sup>142</sup> (b) Bei *ausländischen* GmbH-Gesellschaftern soll neu die *Staatsangehörigkeit im HR* angegeben werden.<sup>143</sup> Das revidierte GmbH-Recht lässt unter gewissen Voraussetzungen auch *Zirkularbeschlüsse der GV* zu – dies allerdings nur, wie jetzt vorgesehen, (c) wenn *keine öffentliche Beurkundung* erforderlich ist.<sup>144</sup> Schliesslich schlägt der Bundesrat vor, (d) dass sich die *Anzeigepflicht beim Richter* – wie neu bei AG – nicht allein auf Kapitalverlust und Überschuldung, sondern ebenfalls auf *Zahlungsunfähigkeit* beziehen soll.<sup>145</sup>

## 2. Totalrevision des GmbH-Rechts

### a) Vorbemerkungen

Seit dem 1. Januar 2008 ist in der Schweiz das *total revidierte Recht der GmbH* in Kraft. Mit dieser Gesetzesrevision, durch die verschiedene frühere Mängel des GmbH-Rechts beseitigt wurden, hat ohne Zweifel eine *Annäherung an das Aktienrecht* stattgefunden.<sup>146</sup> Es dürfte damit eine annähernde Waffengleichheit der Rechtsgrundlagen für die AG und für die GmbH erfolgt sein, und es gibt Anzeichen dafür, dass sich die ehemals als Körperschaft des "kleinen Mannes" belächelte GmbH als neuer "Superstar" im Gesellschaftsrecht etablieren wird.

Das Revisionsprozedere zum GmbH-Recht dauerte relativ lange, nämlich insgesamt *15 Jahre*, und zwar startend mit der *Groupe de réflexi-*

---

<sup>142</sup> Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1726.

<sup>143</sup> Art. 791 Abs. 1 E OR; Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1726.

<sup>144</sup> Es handelt sich gemäss Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1726 um eine Klarstellung gegenüber der Rechtslage *de lege lata*.

<sup>145</sup> Art. 820 Abs. 1 E OR; Botschaft zum neuen Aktienrecht: BBl 2007 1727.

<sup>146</sup> KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 32; ob dies angestrebt werden sollte oder nicht, war eine der rechtspolitischen Grundfragen im Gesetzgebungsprozess: KUNZ, Kleingellschaften, 4 f.

on "Gesellschaftsrecht" im Jahre 1993; es folgten dann ein Expertenentwurf im Jahre 1996, der Vorentwurf mit Begleitbericht im Jahre 1998, die Vernehmlassung im Jahre 1999 sowie die Botschaft des Bundesrates im Jahre 2001. Die Schlussabstimmungen in den Eidgenössischen Räten fanden schliesslich am 16. Dezember 2005 statt.<sup>147</sup>

Der Gesetzgeber hat das *Grundkonzept der GmbH* nicht verändert, d.h. diese Gesellschaftsform ist und bleibt im Wesentlichen eine *Hybridform* bzw. eine Mischform mit teilweise *kapitalbezogenen* Elementen und teils mit *personenbezogenen* Aspekten. Trotz Beibehaltung der normativen Grundzüge bringt die Revision zahlreiche Änderungen mit sich. Die Literatur<sup>148</sup> hat sich unverzüglich und noch vor Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts an die Bearbeitung gemacht. Auf die wichtigsten Neuerungen, die im Folgenden als Überblick dargestellt werden, ist der Autor in einer anderen Publikation bereits detailliert eingegangen.<sup>149</sup>

#### b) *Einpersonen-GmbH*

Jede Gesellschaft zeichnet sich idealtypischerweise durch drei Elemente aus:<sup>150</sup> Es handelt sich um (a) eine Vereinigung von Personen mit (b) einem gemeinsamen Zweck (c) auf vertraglicher Basis. Hierbei bedeutet "Vereinigung", dass es um eine Mehrzahl von Personen geht; sog. *Einpersonengesellschaften* sollten eigentlich ausgeschlossen sein.<sup>151</sup> Unbesehen dessen wurden Einpersonen-Körperschaften<sup>152</sup> nach der Gründung geduldet.<sup>153</sup>

---

<sup>147</sup> Die Zustimmung war *überwältigend* – Ständerat: einstimmig mit 45 Stimmen; Nationalrat: 185 Ja-Stimmen standen 2 Nein-Stimmen gegenüber.

<sup>148</sup> Literaturhinweise: MÜLLER, 52 ff.; statt aller: FORSTMOSER, Recht, 535 ff.; GWELESSIANI, 187 ff.; HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile, 75 ff.

<sup>149</sup> KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 21 ff. m.w.H.

<sup>150</sup> MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 3.

<sup>151</sup> COUCHEPIN, 146 hält fest: "[c]haque *société* est, par définition, un *groupement de plusieurs personnes (...)*"; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>152</sup> Bei den *Personengesellschaften* sind Einpersonengesellschaften hingegen *generell unzulässig* (also auch nach der Gesellschaftsgründung), d.h. es gibt weder Einpersonen-Kollektivgesellschaften noch Einpersonen-Kommanditgesellschaften.

<sup>153</sup> Zur früheren Rechtslage bei Einpersonen-AG: KUNZ, Aktiengesellschaften, 65 ff.; DERS., Minderheitenschutz, § 2 N 16 ff.

Die GmbH brauchte früher mindestens zwei Gesellschafter, um gegründet zu werden.<sup>154</sup> Mit der Revision werden nunmehr sog. *Einpersonen-GmbH* zugelassen – in diesem Sinne z.B.: "Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind."<sup>155</sup>

Bis anhin waren zur Gründung einer AG sogar mindestens *drei* Gründer erforderlich.<sup>156</sup> Im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts wurde als "kleine" Aktienrechtsrevision ebenfalls Art. 625 OR revidiert und in Einklang mit dem Recht der GmbH gebracht, so dass künftig sog. *Einpersonen-AG* gegründet werden können.<sup>157</sup> Bei Genossenschaften erfolgte keine Anpassung, d.h. es braucht weiterhin mindestens sieben Gründer.<sup>158</sup>

### c) *Aspekte zum Stammkapital*

Das sog. *Stammkapital* (Eigenkapital) bei der GmbH ist – wie analog das Aktienkapital bei der AG – ein zentrales Thema des GmbH-Rechts, und die Totalrevision brachte einige wichtige Neuerungen mit sich. Es soll in diesem Zusammenhang auf *fünf* Aspekte hingewiesen werden:

#### - *Höhe sowie Struktur des Stammkapitals:*

Das frühere GmbH-Recht sah ein *Mindestkapital* sowie ein *Maximalkapital* vor.<sup>159</sup> Mit der Revision wurde gemäss Art. 773 OR das Erfordernis (a) eines Mindestkapitals beibehalten, und zwar *nominal unverändert* (al-

---

<sup>154</sup> Art. 772 Abs. 1 altOR: "zwei oder mehrere Personen"; statt aller zur Thematik: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 5.

<sup>155</sup> Art. 772 Abs. 1 Satz 1 OR; ebenfalls Art. 775: "Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder Handelsgesellschaften gegründet werden"; generell: GWELLESIANI, 190.

<sup>156</sup> Art. 625 Abs. 1 altOR: "wenigstens aber drei".

<sup>157</sup> Zur neuen Zulässigkeit von *Einpersonen-AG* etwa: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 6 ff. sowie § 10 N 60; GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, 103 ff.

<sup>158</sup> Art. 831 Abs. 1 OR.

<sup>159</sup> Art. 773 altOR: "Das Stammkapital darf nicht weniger als 20 000 Franken und nicht mehr als 2 Millionen Franken betragen".

so: CHF 20'000.-) – nicht unumstritten<sup>160</sup> – seit 1936,<sup>161</sup> doch die Regelung (b) zum Maximalkapital wurde *ersatzlos gestrichen*, d.h. die GmbH steht nun ebenfalls für "Grossgesellschaften" zur Verfügung.<sup>162</sup>

- *Stammanteile:*

Die Regelungen zu den sog. *Stammanteilen* einer GmbH wurden total revidiert – insbesondere konnte bis anhin jeder GmbH-Gesellschafter nur einen einzigen Stammanteil (zu Eigentum) haben,<sup>163</sup> der nominal auf CHF 1'000.- oder ein Vielfaches davon lauten musste;<sup>164</sup> neu können einem Gesellschafter (a) *mehrere* Stammanteile zustehen, und deren Nominalwert muss einfach bloss (b) *mindestens CHF 100.-* betragen.<sup>165</sup>

- *Liberierung:*

Neu ist bei den Stammanteilen (a) eine sog. *Vollliberierung*<sup>166</sup> – Art. 777c Abs. 1 OR sieht vor: "Bei der Gründung muss für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden"<sup>167</sup>; unter dem früheren GmbH-Recht war eine Teilliberierung mit 50% des Nominalwerts möglich, d.h. insofern "verteuert" sich die GmbH. Bei sog. *qualifizierten* GmbH-Gründungen kommen neu (b) die *aktien-*

---

<sup>160</sup> Die Expertenkommission wollte das Mindestkapital auf CHF 40'000.-- *verdoppeln* (Expertenbericht zum VE, Vernehmlassungsunterlage vom April 1999; Abschnitt 225.1); doch nach heftiger *Vernehmlassungskritik* verzichtete der Bundesrat in der Botschaft darauf (Botschaft zum GmbH-Recht; BBl 2001 3156).

<sup>161</sup> Art. 773 OR: "Das Stammkapital muss mindestens 20 000 *Franken* betragen".

<sup>162</sup> Beim bisherigen Maximalkapital von *CHF 2 Mio.* (Art. 773 altOR) handelte es sich um eine "unsinnige Limitierung": FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 43; ebenso: BÖCKLI, Übersicht, 11; es handelt sich um einen überflüssigen "Swiss finish": FORSTMOSER, Gesellschafter, 56.

<sup>163</sup> Art. 774 Abs. 2 Satz 1 altOR; diese Regelung hatte "nie einen nachvollziehbaren Sinn": BÖCKLI, Übersicht, 13.

<sup>164</sup> Art. 774 Abs. 1 altOR.

<sup>165</sup> Art. 774 OR.

<sup>166</sup> Hierzu: BÖCKLI, Übersicht, 9.

<sup>167</sup> Die GmbH haben zur Erfüllung dieser Vorgabe eine *Anpassungsfrist von zwei Jahren* nach Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts: Art. 3 Abs. 1 Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005; bis zur Anpassung haften die GmbH-Gesellschafter weiterhin im bisherigen Rahmen von Art. 802 altOR (Art. 3 Abs. 2 a.a.O.); allg.: KELLERHALS, Übergangsbestimmungen, 179.

*rechtlichen* Schutzvorkehrungen zur Anwendung, was gegen Schwindelgründungen besser schützen sollte.<sup>168</sup>

- *Verkehrsfähigkeit der Stammanteile:*

Die Verkehrsfähigkeit der Stammanteile wurde mit der OR-Revision verbessert.<sup>169</sup> Beispielsweise können einerseits die Stammanteile künftig nicht nur als Beweisurkunden, sondern ebenfalls (a) als *Namenwertpapiere* ausgestaltet werden;<sup>170</sup> andererseits ist (b) *keine öffentliche Beurkundung* mehr nötig für die Übertragung von Stammanteilen z.B. bei einem Verkauf.<sup>171</sup> Schliesslich können (c) die Statuten<sup>172</sup> auf die *GV-Zustimmung verzichten*.

d) *Gesellschafterhaftung*

Die wohl bedeutsamste Neuerung betrifft die *Haftung der Gesellschafter*, die nunmehr *ausgeschlossen* ist.<sup>173</sup> Art. 772 Abs. 1 Satz 3 OR sieht neu vor: "Für ihre Verbindlichkeiten [d.h. die Gesellschaftsschulden] haftet nur das Gesellschaftsvermögen" (inhaltlich identisch unter der Marginale "Haftung der Gesellschafter" in Art. 794 OR) – eine Neuordnung, die materiell mit dem Aktienrecht übereinstimmt<sup>174</sup> und die Bezeichnung der Rechtsform als "GmbH" obsolet macht.<sup>175</sup>

---

<sup>168</sup> FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 46 erachten diese *Verweisung auf das Aktienrecht* (Art. 777c Abs. 2 OR) als wesentlich wichtiger als das neue Erfordernis der Vollübertragung; zudem: FORSTMOSER, *Gesellschafter*, 53; GWELESSIANI, 190.

<sup>169</sup> Übersicht: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 87 ff. m.w.H.

<sup>170</sup> Art. 784 Abs. 1 OR; allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 90 f.; Art. 789 Abs. 3 altOR sah noch vor: "Wird über den Gesellschaftsanteil eine *Urkunde ausgestellt*, so kann sie *nicht als Wertpapier*, sondern *nur als Beweisurkunde* errichtet werden".

<sup>171</sup> Art. 785 Abs. 1 OR; gemäss Art. 791 Abs. 4 altOR bedurfte die Abtretung eines Gesellschaftsanteils der *öffentlichen Beurkundung*, nunmehr genügt hingegen die *Schriftform* (Art. 785 Abs. 1 OR); Details: BÖCKLI, *Übersicht*, 14 f.

<sup>172</sup> Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

<sup>173</sup> Hierzu: FORSTMOSER, *Gesellschafter*, 51 f.; BÖCKLI, *Übersicht*, 10 f.

<sup>174</sup> Art. 620 Abs. 1 a.E. OR.

<sup>175</sup> Die GmbH ist de lege lata keine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (der Gesellschafter) mehr, sondern eine Gesellschaft *ohne* Haftung (der Gesellschafter),

Unter Art. 772 Abs. 2 Satz 2 altOR haftete der Gesellschafter subsidiär "über seine Stammeinlage hinaus für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (...) bis höchstens zum Betrage des eingetragenen Stammkapitals"<sup>176</sup>, d.h. er riskiert *nicht* nur eine Zahlung für den *eigenen* *Stamman- teil*, sondern maximal für das *Stammkapital* als solches.

Auf den ersten Blick scheint die Neuerung den *Gläubigerschutz* zu *gefährden*, weil die Subsidiärhaftung der Gesellschafter, die ein personalistisches Element wie bei den Personengesellschaften darstellt, ersatzlos abgeschafft wird. Doch dies wäre ein Trugschluss, weil nämlich – konzeptionell gleich geschaltet – neu die *Vollliberierung des Stammkapitals* vorgesehen wird. Die GmbH macht somit einen Schritt weg von der Personengesellschaft und nähert sich der AG an, ohne allerdings den "ganzen Weg" zur AG hin zu gehen.

#### e) *Organisation*

Die Organisation der GmbH wurde z.T. überarbeitet: (a) *Geschäftsführung und Vertretung* (fast ein wenig die "Exekutive") bleiben im Wesentlichen unverändert.<sup>177</sup> Stärker betroffen ist (b) die *Revisionsstelle* (sozusagen die "Judikative" der Gesellschaft).<sup>178</sup> Doch die gewichtigsten Änderungen, die im Folgenden anzudeuten sind, finden bei (c) der *Gesellschafterversammlung* (GV), also quasi der "Legislative", statt:

---

d.h. es liegt eine "GoGh" bzw. eine "Gesellschaft ohne Gesellschafterhaftung" vor: KUNZ, GmbH-Reform, Rz. 26 ff.

<sup>176</sup> Die *Eintragung im HR* legte die Verhältnisse offen, indem der "Betrag der Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter und der darauf gemachten Leistungen" *öffentlich* war (Art. 780 Abs. 3 Ziff. 2 altOR).

<sup>177</sup> Vorbehältlich v.a. des *statutarischen Genehmigungsvorbehalts* gemäss Art. 811 OR; zur Ordnung: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 107 ff. m.w.H.

<sup>178</sup> Kapitel II. Rechtsetzung D. 1.



- *Berechnungsbasis in der GV bei Abstimmungen und Wahlen:*

Eine Anpassung an das (heute noch aktuelle) Aktienrecht<sup>179</sup> erfolgte bei der *GV-Beschlussfassung*, indem als Basis für die Berechnung die *sog. vertretenen Stimmen*<sup>180</sup> herangezogen werden – bis anhin ging es gemäss Art. 808 Abs. 3 altOR um die *sog. abgegebenen Stimmen*; die wichtigste praktische Folge liegt darin, dass neu also die *Stimmhaltungen* der Gesellschafter faktisch als *"Nein"-Stimmen* gezählt werden.<sup>181</sup>

- *Vetorecht:*

Eine zentrale Neuerung bringt Art. 807 OR, der ein *sog. Vetorecht* vorsieht, das eine "extreme rechtliche Gestaltungsmöglichkeit" darstellt:<sup>182</sup> "Die Statuten können Gesellschaftern ein Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen. Sie müssen die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt."<sup>183</sup>

- *Genehmigungsvorbehalt:*

Eine weitere gewichtige Novität enthält Art. 811 OR, der für die GV einen *sog. Genehmigungsvorbehalt* vorsieht:<sup>184</sup> "Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung: 1. bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen; 2. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können" (Abs. 1) – eine Haftungsbeschränkung für die Geschäftsführer erfolgt durch diese Delegation indes nicht (Abs. 2).

---

<sup>179</sup> Art. 703 OR: "Die Generalversammlung [der AG] fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der *vertretenen* Aktienstimmen"; interessanterweise soll mit der anstehenden "*grossen*" *Aktienrechtsrevision* ein Konzeptwechsel erfolgen, und zwar mit den *abgegebenen* (nicht: vertretenen) Stimmen als Berechnungsbasis – es erfolgt also sozusagen ein *Doppel-Switch*: (a) GmbH-Recht (neu) folgt Aktienrecht (alt) und (b) Aktienrecht (neu) folgt GmbH-Recht (alt).

<sup>180</sup> Art. 808 OR.

<sup>181</sup> Der GmbH-Gesellschafter, der sich der *Stimme enthält*, gibt sie zwar nicht ab, ist aber weiterhin anwesend und damit in der *GV vertreten*.

<sup>182</sup> BÖCKLI, Übersicht, 28; allg.: HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile, 93.

<sup>183</sup> Wird das Vetorecht *nach der GmbH-Gründung* eingeführt, müssen *alle Gesellschafter zustimmen* (Art. 807 Abs. 2 OR), d.h. der GmbH-Gesellschafter hat ein *sog. "wohlerworbenes" Recht* gegen das Vetorecht.

<sup>184</sup> Details: BÖCKLI, Übersicht, 32 ff.; FORSTMOSER, Recht, 559 ff.

f) *Weitere Neuerungen*

Die GmbH-Rechtsrevision bringt in verschiedenen Bereichen *weitere Änderungen* mit sich, die zwar nicht als spektakulär bezeichnet werden können, aber trotzdem gewichtig sind. Es soll im Rahmen dieser Ausführungen *keine abschliessende* Darstellung erfolgen.<sup>185</sup> Interessant erscheinen immerhin die folgenden ausgewählten Neuerungen:

- *Zweckerweiterung bei der GmbH:*

Bis anhin war die GmbH *ausschliesslich* für sog. *wirtschaftliche Zwecke*<sup>186</sup> einsetzbar<sup>187</sup> – eine Einschränkung für die GmbH, die mit der Revision *ersatzlos gestrichen* wurde,<sup>188</sup> so dass es insofern in Zukunft keine Schranken bzw. Einschränkungen mehr gibt.

- *Beschränkung der Nebenleistungspflichten:*

Die sog. *Nebenleistungspflichten* der GmbH-Gesellschafter, die den Aktionären bei AG gemäss Art. 680 Abs. 1 OR unbekannt sind, stellen ein gewichtiges personalistisches Element bei der GmbH dar;<sup>189</sup> die GmbH-Rechtsrevision *schränkt diese Pflichten ein*, und zwar auf (a) den "Zweck der Gesellschaft" oder (b) die "Erhaltung ihrer Selbständigkeit" oder (c) die "Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter"<sup>190</sup>.

---

<sup>185</sup> Die detaillierte Auseinandersetzung bleibt dem *Berner Kommentar* vorbehalten.

<sup>186</sup> Gemeint ist damit (a) das Verschaffen eines *ökonomischen Vorteils*, und zwar (b) zugunsten der *eigenen Gesellschafter*; hierzu: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 5 ff. m.w.H.

<sup>187</sup> Art. 772 Abs. 3 altOR: "oder zu andern wirtschaftlichen Zwecken gegründet werden".

<sup>188</sup> GmbH sind künftig ebenfalls für (a) *idealistische Zwecke* (d.h. es geht nicht um das Verschaffen eines ökonomischen Vorteils, sondern um nicht-ökonomische z.B. um religiöse Aspekte) sowie für (b) *gemeinnützige Zwecke* (d.h. es geht zwar um ökonomische Vorteile, aber diese sollen nicht den Gesellschaftern, sondern Dritten – also Nicht-Gesellschaftern – zukommen) verwendbar; zur Thematik: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 31 ff.

<sup>189</sup> Detailliert: BÖCKLI, Übersicht, 17 ff., v.a. 20 f.

<sup>190</sup> Art. 796 Abs. 2 OR; die Umschreibung erinnert an das *aktienrechtliche Vinkulierungsregime* bei privaten AG: Art. 685b Abs. 2 OR.

- *Erwerb eigener Stammanteile:*

Die GmbH darf – unter gewissen Voraussetzungen – ihre eigenen Stammanteile erwerben, und zwar bis zu einer *Höchstgrenze* von 10% bzw. von 35%;<sup>191</sup> bis anhin sah das Gesetz keine Grenzwerte bei GmbH vor.<sup>192</sup> Insofern wird künftig die Flexibilität der GmbH relativiert.

- *Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV:*

Neu ist die Regelung der Revision, wonach von Gesetzes wegen, aber trotzdem *dispositiv*, der Vorsitzende der Gesellschafterversammlung den *Stichentscheid* in der GV hat.<sup>193</sup> Das GmbH-Recht übernimmt damit die aktienrechtliche Praxis zu dieser Thematik,<sup>194</sup> was – als Beispiel – eine weitere Annäherung der GmbH an die AG darstellt.

- *Konkurrenzverbot:*

Gemäss Art. 776a Abs. 2 Ziff. 8 OR können die *Statuten* ein Konkurrenzverbot für die Geschäftsführer vorsehen.<sup>195</sup> Es handelt sich hierbei um ein personalistisches Element der GmbH.

- *Auflösungsklage:*

Die Revision führt für die Gesellschafter eine *Auflösungsklage* gegen die GmbH ein,<sup>196</sup> die Mass nimmt am Aktienrecht.<sup>197</sup>

---

<sup>191</sup> Art. 783 OR; zur Beeinflussung durch das Aktienrecht: FORSTMOSER, *Gesellschafter*, 57 f.; HANDSCHIN, *Gesellschaftsanteile*, 88.

<sup>192</sup> Art. 807 altOR: BÖCKLI, *Übersicht*, 22 – die GmbH müssen *innert zwei Jahren* nach Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts den *10%-Grenzwert erreichen*: Art. 5 Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005.

<sup>193</sup> Art. 808a OR.

<sup>194</sup> Das *Aktienrecht* sieht diese Ordnung des GV-Stichentscheids *nicht ex lege* vor (anders als den Stichentscheid im Verwaltungsrat: Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR), sondern einfach nur in der Praxis: BGE 95 II 555, Erw. 1 und 2, 559 ff.

<sup>195</sup> Detailliert: CHAPPUIS, *prohibitions*, 341 ff.

<sup>196</sup> Art. 821 Abs. 3 OR.

<sup>197</sup> Art. 821 Abs. 3 OR orientiert sich offensichtlich an der aktienrechtlichen Ordnung – hierzu: KUNZ, *Auflösungsklage*, 235 ff.; besonders erwähnenswert ist auch beim neuen GmbH-Recht die in der Praxis leider etwas vergessene *Rechtsfolgealternative zur Auflösung*, nämlich "eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare"

- *Anschlussaustrittsrecht:*

Erstmalig führt das OR ein sog. *Anschlussaustrittsrecht* für Gesellschafter ein (ein "take along" ex lege), d.h. ein GmbH-Gesellschafter hat *Anspruch auf Gleichbehandlung* bzw. ebenfalls auf Austritt, wenn er innert drei Monaten im Anschluss an eine andere Austrittsklage gegen die GmbH aus wichtigen Gründen auf Austritt klagt.<sup>198</sup>

- *Bewusste Unterschiede des GmbH-Rechts zum Aktienrecht:*

Gewisse *aktienrechtliche* Regelungen gelten bei GmbH *nicht* mehr (zwei Beispiele): (a) Das Aktienrecht von 1991 führte die sog. *Sonderprüfung für AG* ein – und damit mittelbar (unter gewissen Voraussetzungen) ebenfalls für GmbH; mit der GmbH-Rechtsrevision wird die Sonderprüfung *ausgeschlossen* für die GmbH.<sup>199</sup> (b) Nicht oder nicht mehr zugelassen mit dem revidierten Recht der GmbH sind ausserdem *Partizipationsscheine (PS)*.<sup>200</sup>

---

re Lösung"; der wohl wichtigste *Unterschied* zur aktienrechtlichen Auflösungsklage ist, dass im Rahmen von Art. 821 OR *jeder einzelne* GmbH-Gesellschafter klagen kann.

<sup>198</sup> Art. 822a OR; hierzu: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 81.

<sup>199</sup> Die *Nichterwähnung* im revidierten GmbH-Recht ist als sog. *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers gegen eine Sonderprüfung zu verstehen; immerhin muss es möglich sein, in den *GmbH-Statuten* eine Sonderprüfung zuzulassen: FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, N 73 FN 105.

<sup>200</sup> Hinweise: FORSTMOSER, *Gesellschafter*, 61.

---

### III. Rechtsprechung



A. *Einfache Gesellschaft*

1. **Begriff und Rechtsnatur**

- *Urteil des Bundesgerichts 4P.333/2006 vom 15. März 2007: Einfache Gesellschaft und partiarisches Darlehen*

*Verjährung einer Geldforderung:*

*Sofern zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart wird, verjährt die Forderung aus Darlehen innert zehn Jahren und sechs Wochen nach Aushängung der Darlehenssumme; die Verjährungsfrist für die Forderung aus einer einfachen Gesellschaft beginnt nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses.<sup>201</sup>*

*Sachverhalt*

X klagte am 16. Mai 2006 beim Gerichtskreis IV Aarwangen-Wangen gegen Y auf Bezahlung von CHF 150'000.-, weil ihr Ehegatte diesen Betrag dem Beklagten im Jahre 1970 zum Erwerb und zur Überbauung eines Grundstückes übergeben hatte. In einem Zwischenentscheid verweigerte das erstinstanzliche Gericht X das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung, das Verfahren sei aufgrund der bereits eingetretenen Verjährung als aussichtslos zu betrachten.

Das Obergericht des Kantons Bern schützte den erstinstanzlichen Zwischenentscheid mit Urteil vom 6. November 2006.

Gegen dieses Urteil reichte X am 11. Dezember 2006 beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihr für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

---

<sup>201</sup> Zusammenfassung.

### *Erwägungen*

In materieller Hinsicht stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, es sei von einer einfachen Gesellschaft zwischen ihrem verstorbenem Ehegatten und Y auszugehen (Erw. 5.1).

Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob von einem Darlehen oder einer einfachen Gesellschaft auszugehen war, weil in jedem Fall bereits die Verjährung eingetreten sei (Erw. 5.2). Im Falle eines Darlehens sei die Forderung innert zehn Jahren und sechs Wochen nach Aushändigung der Geldsumme verjährt (Art. 318 i.V.m. Art. 130 Abs. 2 OR). Im Falle einer einfachen Gesellschaft beginne die Verjährung bereits sechs Monate nach Übergabe des Betrages (Art. 546 Abs. 1 i.V.m. Art. 130 Abs. 2 OR). I.c. wurde die einfache Gesellschaft aber per 15. Januar 1993 infolge Kündigung aufgelöst, so dass die Verjährung mit Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses begann (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR).

Das Bundesgericht konnte zudem aufgrund des (verbindlichen) Sachverhaltes keine verjährungshemmenden oder -unterbrechenden Umstände erkennen (Erw. 5.3), so dass die Forderung als verjährt betrachtet wurde.

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der staatsrechtlichen Beschwerde, soweit darauf einzutreten war. Ebenso wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt.

### *Bemerkungen*

Das Urteil bringt materiell betreffend das Recht der einfachen Gesellschaft wenig bzw. überhaupt nichts. Tatsächlich konnte sich das Bundesgericht nämlich um die *Zentralfrage der Abgrenzung* "drücken", ob entweder (a) ein Darlehenverhältnis oder (b) ein Gesellschaftsverhältnis vorlag – eine Verjährung war unbesehen des konkreten Rechtsverhältnisses gegeben, und zwar spätestens seit Mitte Januar 2003.

Unbesehen dessen erinnert der Entscheid den interessierten Leser daran, dass er wohl gut beraten ist, sich klar über die *rechtliche Basis* einer "Geldhingabe" zu äussern bzw. diese sauber zu vereinbaren. Da die *Verjährungsfristen unterschiedlich* sind, ist in der Praxis wesentlich, ob die



"Geldhingabe" als (partiarisches) Darlehen oder aber als Gesellschaftsbeitrag qualifiziert werden muss.

- *Urteil des Bundesgerichts 4C.30/2007 vom 16. April 2007: Abgrenzung Auftrag / einfache Gesellschaft*

*Abgrenzung des Auftrags zur einfachen Gesellschaft:*

*Ob ein Auftrag oder eine einfache Gesellschaft vorliegt, ist anhand der gesamten Umstände zu würdigen. Es liegt trotz einer Beteiligung am Gewinn ein Auftrag und keine einfache Gesellschaft vor, wenn ein Subordinationsverhältnis besteht.<sup>202</sup>*

*Sachverhalt*

Die Klägerin und der Beklagte lernten sich im Jahre 1995 kennen. Bei einem Treffen sagte der Beklagte der Klägerin, er werde bald einen grossen Anlass für die kroatische Exilgemeinde in der Schweiz durchführen, habe aber noch keinen passenden Saal gefunden. Beim geplanten Anlass handelte es sich um eine Vorausscheidung für die Miss Kroatien-Wahl. Hierfür hatte der Beklagte mit einem Dritten einen entsprechenden "Organisationsvertrag" abgeschlossen.

Die Klägerin erklärte sich damit einverstanden, in der Region nach geeigneten Räumlichkeiten zu suchen. Sie wurde schliesslich fündig und mietete in Absprache mit dem Beklagten einen Saal in der Gemeinde X. Die Saalmiete wurde vom Beklagten beglichen. Die Klägerin erbrachte weitere organisatorische und finanzielle Leistungen im Hinblick auf die Veranstaltung, die Rekrutierung des Sicherheits- und Servicepersonals oder den Einkauf von Lebensmitteln. Der Anlass fand Mitte 1995 wie geplant statt.

Nach dem Anlass stellte die Klägerin dem Beklagten Rechnung für ihre Kosten und Aufwendungen sowie eine Vergütungsentschädigung, welche der Beklagte jedoch nicht bezahlte.

---

<sup>202</sup> Zusammenfassung.

Die Klägerin gelangte an das Kantonsgericht Schaffhausen und beantragte namentlich, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 21'539.- sowie weitere Beträge und Zinsen zu bezahlen. Zudem sei der vom Beklagten erhobene Rechtsvorschlag aufzuheben.

Das Kantonsgericht hiess die Klage teilweise gut. Der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin CHF 1'500.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 20. März 1997 zu bezahlen. Die Verfahrenskosten wurden zu 93% der Klägerin und zu 7% dem Beklagten auferlegt. Zudem wurde die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten 86% seiner Anwaltsrechnung zu entschädigen. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung.

Das Obergericht Schaffhausen hiess die Berufung und die Klage teilweise gut und verlegte insbesondere die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu. Es erwog, zwischen den Parteien sei ein Vertrag gültig zustande gekommen, der nicht dem Recht der einfachen Gesellschaft, sondern dem Auftragsrecht zu unterstellen sei. Die nachgewiesenen Auslagen und Verwendungen seien objektiv sinnvoller und zu ersetzender Aufwand für den Anlass und zu verzinsen. Der Beklagte schulde der Klägerin zudem eine Abgeltung aufgrund eines ebenfalls bewiesenen Veranstaltungsgewinns.

Gegen das Urteil des Obergerichts erhob der Beklagte schliesslich Berufung an das Bundesgericht.

#### *Erwägungen*

Das Bundesgericht hielt fest, dass es im Berufungsverfahren an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden sei, sofern keine Ausnahme nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG vorliege (Erw. 3).

Das Obergericht habe festgestellt, dass die Hauptinteressen der Parteien in Bezug auf die Veranstaltung verschieden gewesen waren. Das Interesse des Beklagten sei auf deren gesamte Durchführung bzw. auf einen Anteil des verwirklichten Ertrags, dasjenige der Klägerin hingegen auf das versprochene Entgelt gerichtet gewesen. Bezüglich der Frage, ob die Parteien mit gemeinsamen Kräften und Mitteln das gleiche Ziel verfolgten, habe das Obergericht festgestellt, dass die Einnahmen nicht in ein gemeinsames Vermögen geflossen wären, sondern dem Beklagten zukommen

sollten, der daraus den Vergütungsanspruch der Klägerin zu decken hatte. Der Beklagte hätte auch für einen allfälligen Verlust alleine aufkommen müssen. Nach den Erwägungen des Obergerichts habe die Klägerin bei der Durchführung des Anlasses eher eine untergeordnete Rolle gespielt. Die meisten Entscheidungen habe der Beklagte getroffen (Erw. 3.1).

Der Beklagte rügte die Feststellung des Obergerichts, wonach die Klägerin bei der Durchführung des Anlasses bloss eine untergeordnete Rolle gehabt habe. Er war vielmehr der Ansicht, die Klägerin habe bei der Vorbereitung der Veranstaltung und in Absprache mit ihm für deren Durchführung wesentliche Tätigkeiten verrichtet (Erw. 3.2). Der Beklagte stellte nicht in Frage, dass zwischen ihm und der Klägerin ein gültiger Vertrag zustande gekommen war. Nach diesem Vertrag musste die Klägerin für den Anlass verschiedene Arbeits- und Dienstleistungen erbringen, und der Beklagte schuldet ihr im Fall der Gewinnrealisierung eine fixe Abgeltung. Streitig war hingegen die Frage, ob dieses Vertragsverhältnis entweder als Auftrag oder, wie der Beklagte geltend machte, als einfache Gesellschaft zu qualifizieren war (Erw. 4).

Das Bundesgericht führte aus, dass bei der einfachen Gesellschaft durch den Zusammenschluss gemeinsame Interessen gefördert werden. Jeder Gesellschafter habe durch seine Leistungen etwas zum gemeinsamen Zweck beizutragen. Die synallagmatischen oder zweiseitigen Verträge, somit auch die Auftragsverhältnisse, charakterisierten sich jedoch durch den Austausch von Gütern oder Dienstleistungen, mithin durch die Befriedigung entgegengesetzter Interessen.

Auftrag und einfache Gesellschaft voneinander abzugrenzen, könne namentlich dann schwierig sein, wenn sowohl der Auftraggeber wie auch der Beauftragte an der Ausführung des Auftrags interessiert seien. Diesfalls sei ein Auftrag anzunehmen, wenn das Interesse des Auftraggebers und dasjenige des Beauftragten am Geschäft nicht gleicher Art ist. Ein ausbedingener Gewinnanteil mache das Auftragsverhältnis zwar zu einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis, nicht jedoch zu einer einfachen Gesellschaft (Erw. 4.1).

Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass zwar auch die Klägerin ein Interesse an der Durchführung des Anlasses hatte, da sie sonst nicht die Möglichkeit gehabt hätte, mit mindestens CHF 1'500.- entschädigt zu werden. Deswegen liesse sich das Vertragsverhältnis zwischen Klägerin und

Beklagtem aber noch nicht als einfache Gesellschaft qualifizieren, denn eine gewisse Interessengemeinschaft bestehe auch bei zweiseitigen Verträgen. Ein Verfolgen des gleichen Ziels mit gemeinsamen Kräften und Mitteln liesse sich nur dann bejahen, wenn die Klägerin und der Beklagte ihre Rechte und Pflichten aus dem Organisationsvertrag als gemeinsame Aufgabe betrachtet hätten. Dies treffe jedoch nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht zu. Der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Klägerin sei nicht auf die Errichtung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln gerichtet gewesen (Erw. 4.2.1).

Im Weiteren habe die Klägerin bei der Durchführung des Anlasses eine eher untergeordnete Rolle gespielt, und der Beklagte habe die meisten Entscheidungen getroffen. Eine solche ungleiche Stellung der Vertragspartner verträge sich mit dem Grundgedanken von Art. 530 OR nicht (Erw. 4.2.2).

Schliesslich ändere auch der Einwand des Beklagten, dass neben dem Organisationsvertrag noch eine weitere einfache Gesellschaft zwischen ihm und der Klägerin sowie anderen Personen bestanden habe, die mit der Organisation der Veranstaltung in der Schweiz betraut waren, nichts daran. Es sei zwar denkbar, dass eine einfache Gesellschaft weitere Untergesellschaften bildet. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall, da sich die Klägerin und der Beklagte nicht dergestalt rechtlich binden wollten. Vielmehr sei verbindlich festgestellt worden, dass die Hauptinteressen der Parteien betreffend die Veranstaltung verschieden waren (Erw. 4.2.3).

Wenn der Vertrag zwischen den Parteien nicht unter das Recht der einfachen Gesellschaft falle, sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Vertrag gemäss Art. 394 ff. OR als Auftrag qualifiziert hat (Erw.5).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

#### *Bemerkungen*

Der "Misswahlen"-Entscheid ist kein Missentscheid, sondern soll zur Lektüre empfohlen werden, wenn es um das *Erbringen von Arbeitsleistungen*

geht. In der Praxis fehlt oftmals eine deutliche Vereinbarung der Parteien, so dass nicht immer klar ist, ob betreffend die in Frage stehende Tätigkeit i.c. ein Auftrag oder aber eine einfache Gesellschaft besteht. Das vorliegende Bundesgerichtsurteil bestätigt die konstante Rechtsprechung des höchsten Gerichts zur *Abgrenzung* der Rechtsgrundlagen.

Es ist insbesondere daran zu erinnern, dass die *Verabredung eines Gewinnanteils* die Qualifikation *nicht* determiniert. Eine solche Gewinnanteilsabrede kann auch im Rahmen eines Auftrages vorkommen und beweist (noch) nicht das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft (a.a.O. Erw. 4.1 a.E.; bereits: BGE 104 II 108 ff., Erw. 2, 111 ff.). Ein Gewinnanteil ist also nur ein *Indiz* für eine einfache Gesellschaft – nicht mehr!

- *Urteil des Bundesgerichts 4C.173/2006 vom 9. Juli 2007: Einfache Gesellschaft, Darlehen, Treuhandvertrag*<sup>203</sup>

*Vorliegen einer einfachen Gesellschaft und Solidarhaftung:*

*Den Mitgliedern einer religiösen Gemeinschaft fehlt i.c. der "animus societatis". Eine Solidarhaftung (Art. 544 Abs. 3 OR), abgeleitet aufgrund des Vertrauensprinzips, ist daher ausgeschlossen.*<sup>204</sup>

*Sachverhalt*

A. (Beklagte) war Anhängerin von B., einer religiösen Gemeinschaft um den am 4. Januar 2000 verstorbenen C. Die Mitglieder von B. residierten vorab in Winterthur, und zwar in Liegenschaften, die B. zuzurechnen waren. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 2. Juni 1995 kaufte A von der D. AG eine Liegenschaft in Winterthur zum Preis von CHF 2.85 Mio.

---

<sup>203</sup> Siehe auch 4A.121/2007 (Beschwerde in Zivilsachen gegen den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich).

<sup>204</sup> Zusammenfassung.

Gemäss einer mit "Privat- Hypothekar-Darlehensvertrag" betitelten Vereinbarung vom 1. Juli 1995 verpflichtete sich Dr. H., A. ein Darlehen von CHF 2.85 Mio. zu gewähren. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass die Liegenschaft jederzeit auf Verlangen von Dr. H. "ausgehändigt" und das Darlehen am Tag der lastenfremen Übergabe der Liegenschaft "ungültig" werde. Zudem sei das Darlehen zinsfrei, da die Mietzinsen aus der Liegenschaft Dr. H. zuflössen. A. verpflichtete sich zusätzlich, die Liegenschaft auf Verlangen von Dr. H. hin als dessen Eigentum ins Grundbuch eintragen zu lassen (Erw. A.a).

Mit Schreiben vom 21. September 1999 verlangte Dr. H. von A. unter Bezugnahme auf den "Privat-Hypothekar-Darlehensvertrag" vom 1. Juli 1995 die sofortige lastenfremde Übergabe der Liegenschaft sowie die Auszahlung der seit Mitte 1997 offenstehenden Mietzinsen. Mit Zessionserklärung vom 1. Februar 2000 trat Dr. H. der X. AG (Klägerin) sämtliche Rechte aus dem "Privat-Hypothekar-Vertrag" ab.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2000 kündigte die X. AG den "Privat-Hypothekar-Darlehensvertrag" mit A. vom 1. Juli 1995 über CHF 2.85 Mio. und forderte A. auf, entweder die Liegenschaft pfandfrei herauszugeben oder aber die geschuldete Darlehenssumme zu überweisen (Erw. A.b).

#### *Erwägungen*

Das Bundesgericht musste sich mit der Frage befassen, ob es sich bei B. (die religiöse Gemeinschaft) bzw. bei ihren Mitgliedern um eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR handelt.

Das Obergericht Zürich hatte die Frage, ob die allenfalls gemeinsame Zweckverfolgung der Mitglieder von B. überhaupt Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein sollte, dahingehend beantwortet, dass es diesen Mitgliedern an einem rechtlichen Bindungswillen fehlte. An diese Sachverhaltsfeststellung war das Bundesgericht gebunden (Art. 63 Abs. 2 OG; heute: Art. 97 BGG).

Das Bundesgericht zog in Erwägung, dass im konkreten Falle – d.h. es bestand kein Wille, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen – von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR von vornherein nicht gesprochen werden könne. Somit fehle es folglich den Mitgliedern der Vereinigung am "animus societatis" (Erw. D. 3.1).

Eine solidarische Verpflichtung der A. ergebe sich entgegen der X. AG auch nicht aus dem Vertrauensprinzip. Die aus Art. 544 Abs. 3 OR abgeleitete Solidarhaftung, unter Umständen aufgrund des Vertrauensprinzips fingiert, gelte von vornherein nur dann, wenn auch wirklich eine Gesellschaft besteht. Das Vorliegen einer solchen Gesellschaft wurde im vorliegenden Fall vom Bundesgericht verneint (Erw. D. 3.2).

Das Bundesgericht bestätigte des Weiteren die Rechtskonformität der Alternativbegründung der Vorinstanz, die für den Fall des Bestehens einer einfachen Gesellschaft die solidarische Haftung von Gesellschaftern von B. verneint hatte, da die in Frage stehenden Darlehensverträge weder gemäss Art. 543 Abs. 2 OR im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter noch mit deren ausdrücklicher oder stillschweigender Ermächtigung abgeschlossen wurden (Erw. D. 3.3).

#### *Bemerkungen*

Dass *ohne "animus societatis"* von Rechts wegen *keine einfache Gesellschaft* vorliegen kann, dürfte nicht einmal Studenten der Einführungskurse verblüffen. Das Bundesgericht schliesst aber mit gutem Grund die "Büchse der Pandora" unter dem Stichwort der sog. *Vertrauenshaftung*, die von Rechtsanwältinnen als "Eventualbegründung" gerne angeführt wird:

Wenn eben – wie i.c. – gerade kein Gesellschaftsverhältnis vorliegt, kann die Solidarhaftung gemäss Art. 544 Abs. 3 OR zwangsläufig nicht angewendet werden; schon BGE 116 II 707, Erw. 1b, 709 hielt im Jahre 1990 unmissverständlich fest: "Die aus Art. 544 Abs. 3 OR abgeleitete Solidarhaftung gilt allerdings nur, sofern auch wirklich eine einfache Gesellschaft besteht". Ein "*cherry picking*" von ein bisschen Gesellschaftsrecht und ein bisschen Vertrauenshaftung ist abzulehnen!

- *Urteil des Bundesgerichts 4A.59/2007 vom 17. Juli 2007 (Beschwerde in Zivilsachen): Transferklausel als Teil des Arbeitsvertrages oder als einfache Gesellschaft*

*Rechtsnatur der Transferklausel:*

*Die Vereinbarung zwischen einem Club (Arbeitgeber) und dessen Spieler (Arbeitnehmer), den Spieler an der Ablösesumme, die bei einem Clubwechsel fällig wird, zu beteiligen, ist ein Teil des Arbeitsvertrages und kein Fall der einfachen Gesellschaft, da der Spieler und der Club sich nicht als gleichberechtigte Partner gegenüberstehen, sondern ein Subordinationsverhältnis vorliegt.<sup>205</sup>*

*Sachverhalt*

Der Fussballprofi A (Beschwerdegegner) wechselte im Sommer 2004 vom Fussballclub X (Beschwerdeführer) zum Fussballclub Y (Y. AG). Dabei wurde eine Transferzahlung in der Höhe von CHF 150'000.- fällig, die der Fussballclub Y dem Fussballclub X zu bezahlen hatte. A beanspruchte die Hälfte dieses Betrages von X aufgrund einer Vereinbarung bezüglich Transferzahlungen, die er am 31. Januar 2003 mit dem Club X abgeschlossen hatte.

Die Vorinstanz beurteilte die Transfervereinbarung als Teil des Arbeitsvertrages zwischen A und X (Lizenzspielervertrag). X sah darin jedoch einen Gesellschaftsvertrag.

Nachdem ein Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien gescheitert war, betrieb der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer beim BA Wil über CHF 75'000.- zuzüglich Zinsen und Kosten. Der Präsident des Kreisgerichts Altoggenburg-Wil erteilte dem Beschwerdegegner die provisorische Rechtsöffnung für die genannte Betreibungsforderung. Ein dagegen erhobener Rekurs des Beschwerdeführers wurde abgewiesen.

Der Beschwerdeführer erhob in der Folge eine Aberkennungsklage, die vom Kreisgericht Altoggenburg-Wil abgewiesen wurde. Ebenso

---

<sup>205</sup> Zusammenfassung.



wurde die dagegen erhobene kantonale Berufung vom Kantonsgericht St. Gallen abgewiesen, worauf der Beschwerdeführer mit Beschwerde in Zivilsachen die Aufhebung des Entscheides und die Gutheissung der Aberkennungsklage beim Bundesgericht verlangte.

#### *Erwägungen*

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Transfervereinbarung am 31. Januar 2003 geschlossen worden sei und auf den vom 1. Januar 2003 bis zum 30. Juni 2005 dauernden Lizenzspielervertrag hinweise. Es bestehe daher ein "eindeutiger Zusammenhang zwischen dem Arbeitsvertrag und der genannten Vereinbarung" (Erw. 3.1).

Da es sich bei Spielerverträgen um zeitlich befristete Arbeitsverhältnisse handle, könne der Vertrag – falls eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit fehlt – nur im gegenseitigen Einverständnis aufgehoben werden. Dabei dürften die Schutznormen des Kündigungsrechts nicht unterlaufen werden. Ansonsten stehe aber das Arbeitsrecht – solange der Kündigungsschutz gewahrt bleibt – einer Transferzahlungsvereinbarung nicht entgegen (E. 3.1).

Das Interesse des Arbeitnehmers an einer Transfersumme wäre nicht gleichgelagert wie dasjenige des bisherigen Arbeitgebers. Eine zu hohe Transfersumme könnte einen Clubwechsel erschweren.

Anders liege der Fall, wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber eine Beteiligung an der Ablösesumme vereinbare. In einem solchen Fall hätte der Arbeitnehmer offensichtlich ein gesteigertes Interesse an der Höhe der Transfersumme. Dies führe zu gleichlaufenden Interessen des Arbeitnehmers und des bisherigen Arbeitgebers. Gleichlaufende Interessen würden zur Begründung einer Gesellschaft allerdings noch nicht ausreichen.

Ob ein Arbeitsvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag vorliege, entscheide in erster Linie die Stellung der Parteien. Während sich der Arbeitsvertrag durch ein Subordinationsverhältnis auszeichne, träten sich bei der Gesellschaft die Parteien auf gleicher Stufe gegenüber (Erw. 3.2).

Im vorliegenden Fall liege ein Subordinationsverhältnis vor. Auch wenn das Auslösen der Transferzahlung von der Bereitschaft des

Spielers abhängt, den Arbeitgeber zu wechseln, liege es alleine in der Kompetenz des bisherigen Clubs, ob er für die Freigabe des Spielers eine Ablösesumme verlangt oder nicht. Dass die Zahlung der Transfergelder ausschliesslich an den bisherigen Club und nicht auch an den Spieler erfolgt, sei zudem atypisch – wenn auch nicht unmöglich – für ein Gesellschaftsverhältnis.

Die Transfervereinbarung stehe in einem sehr engen Verhältnis zum Arbeitsvertrag. Insbesondere "hängt nämlich die ganze Transferregelung davon ab, dass der Fussballer in eine vorzeitige Auflösung seines auf eine feste Dauer abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses rechtsgültig einwilligen kann" (Erw. 3.2). Daher kam das Bundesgericht zum Schluss, dass "die Vereinbarung über die Beteiligung an der Transfersumme als Teil des Arbeitsvertrages und nicht als selbständige[r] Gesellschaftsvertrag" anzusehen sei (Erw. 3.3).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, unter Kosten- und Entschädigungspflicht des Beschwerdeführers.

#### *Bemerkungen*

Im Jahre der "Euro 2008" dürfte der vorliegende Entscheid durchaus ein interessiertes Publikum finden. Inhaltlich bringt das Urteil indes *keine Neuerungen*; die Qualifikation als Vertrag oder als Gesellschaft ergibt sich bekanntlich aus verschiedenen Elementen:

*Gleichlaufende Interessen* sind zwar notwendig, aber nicht hinreichend zur Bejahung eines Gesellschaftsverhältnisses. Auch bei eigentlichen Austauschverträgen gibt es immer wieder Vertragsbestimmungen, die den Gleichlauf der Interessen anzeigen – so eben auch die in Frage stehende "Transferklausel". Wenn im Übrigen aber eine *Subordination der Parteien* vorherrscht, ist eine Gesellschaft ausgeschlossen.

- *Urteil des Bundesgerichts 4C.195/2006 vom 12. Oktober 2007: Einfache Gesellschaft unter Konkubinatspartnern*

*Das Konkubinatspartnerschaft als einfache Gesellschaft:*

*Eine einfache Gesellschaft unter Konkubinatspartnern liegt dort vor, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn beide durch das Zusammenlegen finanzieller Mittel oder durch Teilen der Hausarbeit zur Gemeinschaft beitragen.<sup>206</sup>*

*Sachverhalt*

Die Klägerin und der Beklagte lebten von 1980 bis 1995 im Konkubinatspartnerschaft. Bis ins Jahr 1986 führte die Klägerin ein Restaurant. Der Beklagte betrieb seit dem Jahre 1982 eine AG im Bereich Motorfahrzeughandel. Ab dem Jahre 1986 arbeitete auch die Klägerin in dieser AG.

Im Jahre 1995 trennten sich die Klägerin und der Beklagte, worauf die Klägerin die Aufteilung der vorhandenen Vermögenswerte nach den Regeln der Liquidation einer einfachen Gesellschaft verlangte und entsprechend Klage einreichte. Der Beklagte forderte widerklageweise die Rückzahlung rechtswidriger Barbezüge im Umfang von CHF 155'000.- nebst Zins, welche die Klägerin aufgrund einer Bankvollmacht von auf den Beklagten lautenden Konten getätigt hatte.

Das Bezirksgericht erklärte die einfache Gesellschaft rückwirkend per 28. März 1995 für aufgelöst und hiess die Forderungsklage im Betrag von CHF 713'475.- sowie die Widerklage vollumfänglich gut.

Dagegen erhoben beide Parteien kantonale Rechtsmittel. In der Folge wurde die Streitsache an das Bezirksgericht zurückgewiesen, worauf die Parteien erneut mit kantonalen Berufungen an das Obergericht gelangten. Das Urteil des Obergerichts zogen die Parteien betreffend die Kostenverteilung mit Nichtigkeitsbeschwerden an das Kassationsgericht weiter. Das

---

<sup>206</sup> Zusammenfassung.

Verfahren betreffend die Kostenverteilung wurde sodann an das Obergericht zurückgewiesen. Im Übrigen wies das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl der Klägerin als auch des Beklagten ab, worauf der Beklagte mit Berufung und die Klägerin mit Anschlussberufung an das Bundesgericht gelangten.

#### *Erwägungen*

Die Vorinstanz ging davon aus, dass zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft bestand. Die einfache Gesellschaft sei die vertragsgemässe Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Diese Verbindung könne auch stillschweigend erfolgen und sich aus dem Verhalten der Partner ergeben, wobei diesen nicht bewusst sein müsse, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht.

Ob und wann dem Konkubinatsverhältnis der Parteien eine einfache Gesellschaft zugrunde gelegen hat, sei eine Rechtsfrage, welche das Bundesgericht frei überprüfe. Dabei sei es jedoch an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, aufgrund derer diese das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft bejaht hat. Dies gelte namentlich bezüglich des tatsächlichen Willens der Parteien, die für das Vorliegen einer vertragsgemässen Bindung massgeblich sei (Erw. 2.1).

Das Bundesgericht hielt fest, dass eine einfache Gesellschaft unter Konkubinatspartnern dann vorliege, wenn ein gemeinsamer Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln verfolgt werde. Davon könne nur dort gesprochen werden, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten. Dies sei der Fall, wenn sich die Konkubinatspartner zu einer wirtschaftlichen Gemeinschaft mit gemeinsamer Kasse zusammenfinden, an die beide durch finanzielle Leistungen oder Hausarbeiten beitragen (Erw. 2.4.1).

Die Vorinstanz schloss aus dem Verhalten der Parteien, insbesondere aus der Tatsache, dass der "Lohn" der Klägerin für die Arbeit im Unternehmen des Beklagten nicht nach deren Leistung, sondern mit Rücksicht auf das Unternehmen und sozialversicherungsrechtliche Aspekte festgesetzt wurde, darauf, die Parteien hätten die eigene Rechtsstellung

einem gemeinsamen Zweck untergeordnet. Aus diesem Zusammenwirken und aus den gesamten Umständen zog die Vorinstanz den Schluss, dass zwischen den Parteien schon seit Beginn des Konkubinats im Jahre 1980 der Wille bestand, den Partner am gesamten erwirtschafteten Vermögen zu beteiligen. Diesen Schluss könne das Bundesgericht nicht überprüfen, da es sich um eine tatsächliche Feststellung handle. Da der Beklagte selber jedoch nicht behauptete, die Klägerin habe den Erwerb aus dem Restaurant allein für sich beansprucht, sei der Schluss des Obergerichts nicht zu beanstanden, dass die einfache Gesellschaft schon seit dem Jahre 1980 bestanden habe (Erw. 2.4.2).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten war, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten. Auf die Anschlussberufung der Klägerin wurde mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten, wofür sie jedoch kostenpflichtig wurde.

#### *Bemerkungen*

Der Unterzeichner ist wohl wahrlich kein Romantiker. Doch dürfte es eine entschuldigende "déformation professionnelle" darstellen, wenn ihm beim Stichwort "Konkubinat" weniger "candle light dinners" und "Schmetterlinge im Bauch" in den Sinn kommen als vielmehr *gesellschaftsrechtliche Risikofragen* im Zusammenhang mit einfachen Gesellschaften.

Die (nicht absolute!) Gleichsetzung "Konkubinat = einfache Gesellschaft" verschrickt Juristengenerationen spätestens seit dem Jahre 1982 (und zwar seit BGE 108 II 204); es kommt zwar immer auf den *konkreten Fall* an, *ob* wirklich eine einfache Gesellschaft vorliegt (a.a.O. Erw. 2.4.1). Doch haben wir hier ein weiteres Urteil, in dem diese Frage bejaht wurde. Dies bestätigt das alte Axiom, dass zumindest langjährige Konkubinatspartner einen (schriftlichen) Vertrag schliessen sollten!

## 2. Innenverhältnis

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

### 3. Aussenverhältnis

- *Urteil des Bundesgerichts 4C.352/2006 vom 25. Januar 2007: Werkvertrag / Aktivlegitimation*

*Notwendige Streitgenossenschaft:*

*Da das Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft allen Gesellschaftern gemeinschaftlich gehört, können entsprechende Ansprüche nur von allen Gesellschaftern gemeinsam als notwendige "aktive" Streitgenossenschaft geltend gemacht werden. Aufgrund der solidarischen Haftung der Gesellschafter liegt aber keine notwendige "passive" Streitgenossenschaft vor.<sup>207</sup>*

*Sachverhalt*

Die X. AG (Klägerin) und die A. GmbH bilden zusammen die ARGE B., die für die Y. AG (Beklagte) Klima- und Lüftungsanlagen für ein bestimmtes Projekt baute. Die zu erstellenden Anlagen wurden innerhalb der ARGE B. zu einem Teil auf die Klägerin, zu einem anderen Teil auf die A. GmbH verteilt. Der Werkvertrag zwischen den Mitgliedern der ARGE B. und der Beklagten wurde im Juni 2003 unterzeichnet. Der ARGE B.-Vertrag zwischen der Klägerin und der A. GmbH wurde jedoch erst im November 2004 abgeschlossen.

Während der Dauer der Arbeiten haben sich die Beklagte und die A. GmbH über eine feste Höhe sämtlicher Preise für die von der A. GmbH zu erstellenden Anlagen geeinigt. Die Beklagte hat die Klägerin über diese Einigung informiert und ihr mitgeteilt, dass die Preisbindung mit der A. GmbH ebenso auch für sie gelte bzw. dass auf sie der gleiche Massstab angewendet würde. Damit war die Klägerin nicht einverstanden und stellte ihre Arbeiten mit sofortiger Wirkung im Januar 2005 ein. Inzwischen wurde die A. GmbH von der Beklagten übernommen, wobei die ARGE B. jedoch nicht liquidiert wurde.

---

<sup>207</sup> Zusammenfassung.

Im April 2005 beantragte die Klägerin dem Handelsgericht Bern, die Beklagte sei zur Bezahlung der bis im Januar 2005 erbrachten Leistungen der Klägerin zu verurteilen, und zwar zu den nach Auffassung der Klägerin massgebenden Preisen. Die Beklagte beantragte ihrerseits Abweisung der Klage und machte widerklageweise die Rückforderung dessen, was sie nach ihrer Auffassung der ARGE B. zuviel bezahlt hat, geltend.

Der Instruktionsrichter verfügte sodann die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin. Mit Urteil vom 12. Mai 2006 wies das Handelsgericht die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation der Klägerin ab. Über die Widerklage entschied das Handelsgericht jedoch nicht. Gegen das Urteil des Handelsgerichts erhob die Klägerin Berufung an das Bundesgericht.

#### *Erwägungen*

Das Bundesgericht machte zunächst Ausführungen über die Abgrenzung von selbständigem Vor- oder Zwischenentscheid von einem Teilurteil (Erw. 2 und Erw. 3.2.1). Bei der Frage der selbständigen Anfechtung eines Teilurteils hatte sich das Bundesgericht sodann mit der Aktivlegitimation der Klägerin zu befassen.

Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass die von der Klägerin und der A. GmbH gebildete ARGE B. unstrittig als eine einfache Gesellschaft zu qualifizieren sei. Da das Gesellschaftsvermögen einer einfachen Gesellschaft gestützt auf Art. 544 Abs. 1 OR (vorbehältlich abweichender Regelungen) allen Gesellschaftern gemeinschaftlich gehöre, könnten entsprechende Ansprüche nur von allen Gesellschaftern gemeinsam als notwendige "aktive" Streitgenossenschaft geltend gemacht werden. Die Klägerin allein sei somit nicht aktivlegitimiert, es sei denn, die Gesellschafter hätten eine andere vertragliche Regelung getroffen.

Die Frage der Aktivlegitimation habe jedoch keinen Einfluss auf die Frage der Passivlegitimation der Klägerin im Widerklageverfahren. Vielmehr bestimme Art. 544 Abs. 3 OR, dass die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft für die gemeinschaftlich eingegangenen Verpflichtungen solidarisch haften. Bei einer gegen die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft gerichteten Klage sei nicht von einer notwendigen "passiven" Streitgenossenschaft auszugehen. Ein Fehlen der Aktivlegitimation der Klägerin

für die Hauptklage führe somit nicht zum Fehlen der Passivlegitimation der Klägerin in Bezug auf die Widerklage (Erw. 3.2.2).

Das Bundesgericht erkennt, dass eine Anfechtung des Teilurteils des Handelsgerichts ausgeschlossen und auf die Berufung nicht einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungspflicht der Klägerin.

#### *Bemerkungen*

Die Aktivlegitimation im Prozess *präjudiziert nicht* die Passivlegitimation im entsprechenden Widerklageprozess. I.c. kann also ein widerklageweise beklagter Kläger im Widerklageprozess *nicht eo ipso* seine fehlende Sachlegitimation im Klageprozess als Verteidigung vorbringen. Es gilt somit nicht nur, aber auch für einfache Gesellschafter: Vorsicht vor den Geistern, die gerufen werden...

Konkret für die einfache Gesellschaft: Auf der Aktivseite, d.h. auf der Klägerseite müssen prinzipiell *alle einfachen Gesellschafter gemeinsam* auftreten – anders sieht es hingegen aus auf der Passivseite, d.h. auf der Beklagtenseite, wo, wie im Urteil ausgeführt, *Solidarität* herrscht: "Bei einer gegen die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft gerichteten Klage ist nicht von einer notwendigen "passiven" Streitgenossenschaft auszugehen" (a.a.O. Erw. 3.2).



- *Urteil des Bundesgerichts 2A.455/2006 vom 1. März 2007: Verwaltungsgerichtsbeschwerde / Legitimation*<sup>208</sup>

*Fälschliches Verwenden des Ausdrucks "Firma" bei einer einfachen Gesellschaft.*<sup>209</sup>

#### *Sachverhalt*

A, B und C führten – nach Darstellung des Bundesgerichts – unter der "Firma" (sic!) X. eine einfache Gesellschaft (Beschwerdeführerin) und betrieben eine Praxis als Zahnprothetiker. Nachdem die ESTV die einfache Gesellschaft als Mehrwertsteuerpflichtige ins Register eingetragen hatte, bestritt die einfache Gesellschaft ihre Steuerpflicht und ersuchte um Löschung aus dem Register. Des Weiteren führte die ESTV eine Kontrolle durch und stellte der Praxis eine Ergänzungsabrechnung aus.

Gegen diese Verfügungen erhob die Gesellschaft Einsprache bei der ESTV, welche diese abwies. Die daraufhin geführte Beschwerde an die Steuerrekurskommission (SRK) wurde abgewiesen. Die Gesellschaft erhob eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit dem Begehren, den Entscheid der SRK wegen Verletzung von Bundesrechts – namentlich von Art. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), Art. 8 ZGB (Beweispflicht), Art. 8 BV (Rechtsgleichheit), Art. 9 BV (Willkür, Treu und Glauben) und Art. 29 BV (Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist) – aufzuheben.

---

<sup>208</sup> Gegen dieses Urteil wurde Revision eingelegt (Urteil 2F.5/2007 vom 14. Juni 2007). Die Gesuchsteller kritisierten die Sachverhaltsfeststellungen des Bundesgerichts und der Vorinstanzen sowie die Verletzung verschiedener Rechtsnormen. Die Gesuchsteller nannten jedoch keinen gesetzlichen Revisionsgrund und ihren Darlegungen konnte nach Ansicht des Bundesgerichts auch nicht sinngemäss entnommen werden, inwiefern ein gesetzlicher Revisionsgrund vorliegen könnte. Das Bundesgericht trat infolgedessen wegen fehlender Revisionsgründe nicht auf das Revisionsgesuch ein.

<sup>209</sup> Zusammenfassung.

*Erwägungen*

Die einfache Gesellschaft ist gestützt auf Art. 103 lit. a OG zur Beschwerde legitimiert (Erw. 2.2).

Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet ab, unter Kostenaufgabe an die Beschwerdeführerin.

*Bemerkungen*

Studenten wird (notabene mit gutem Grund!) juristische Ungenauigkeit vorgeworfen, wenn sie von "*Firma*" sprechen bzw. schreiben und eigentlich "Gesellschaft" oder "Unternehmung" meinen – leider stellt selbst das Bundesgericht kein gutes Beispiel für die korrekte Verwendung von "termini technici" in diesem Bereich dar.

Bekanntermassen ist die einfache Gesellschaft weder zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet noch berechtigt, da sie kein kaufmännisches Unternehmen betreiben darf. Sie kann somit auch *keine Firma* führen. Da das Bundesgericht dieses Thema in den Erwägungen nicht weiter erörtert, ist wohl ohne weiteres davon auszugehen, dass es sich hier nur um eine unglückliche bzw. falsche Wortwahl handelt.

- *Urteil des Bundesgerichts 5P.197/2006 vom 2. April 2007: Notwendige Streitgenossenschaft bei der einfachen Gesellschaft*

*Notwendige Streitgenossenschaft:*

*Selbst wenn eine einfache Gesellschaft vorliegen würde, bilden die einfachen Gesellschafter – zumindest bei Leistungsklagen – keine notwendige "passive" Streitgenossenschaft.<sup>210</sup>*

---

<sup>210</sup> Zusammenfassung.

*Sachverhalt*

R und S (Beschwerdegegner) waren Eigentümer zweier benachbarter Parzellen. Zu Gunsten dieser beiden Grundstücke wurde ein Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten der im Süden gelegenen zwei Parzellen des Y eingetragen. Y, X (Beschwerdeführer) und T (Eigentümer weiterer Parzellen) liessen eine neue Zufahrtsstrasse erstellen, welche nach Auffassung von R und S das ihnen zustehende Fahrwegrecht – insbesondere durch eine Blumenrabatte (Erw. 2.2.2) – beeinträchtigte.

R und S bekamen vor den kantonalen Instanzen (Kreispräsident und Kantonsgericht Graubünden) Recht. Diese verpflichteten Y, X und T, den Einfahrtsbereich zu den Parzellen von R und S so herzustellen, dass diese die eingetragene, unbeschränkte Fahrwegberechtigung wieder im gesamten Ausmass zur Verfügung haben. Mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht verlangten X und Y die Aufhebung des kantonalen Urteils.

*Erwägungen*

Das Bundesgericht prüfte auf Antrag von R und S in einem ersten Schritt, ob X und Y überhaupt zur Beschwerde legitimiert waren oder ob sie nicht vielmehr zusammen mit T eine notwendige Streitgenossenschaft bildeten, so dass sie – bloss zu zweit und somit ohne T – nicht zur Beschwerde berechtigt wären (Erw. 2.2).

Eine notwendige Streitgenossenschaft liege vor, wenn mehrere Personen gemeinsam als Kläger oder als Beklagte tätig sein bzw. belangt werden müssen, weil sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden könne. Dies sei u.a. bei der einfachen Gesellschaft gegeben. Bei der Klage auf Leistung sei auf der Seite der Beklagten allerdings keine notwendige Streitgenossenschaft gegeben. Anders verhalte es sich bei gewissen Gestaltungsklagen. Auch bei dinglichen Klagen bezüglich Sachen, die im Gesamtbesitz mehrerer Personen stehen, sei die selbständige Klage gegen einen einzelnen Besitzer nicht grundsätzlich ausgeschlossen (Erw. 2.1.1).

Das Argument von R und S, dass bei Y, X und T eine einfache Gesellschaft vorliege und sie daher als notwendige Streitgenossenschaft

nur zu Dritt zur Beschwerde legitimiert wären, liess das Bundesgericht nicht gelten. Es seien keine Tatsachen zu finden, die auf eine einfache Gesellschaft schliessen liessen. Zudem sei nicht einzusehen, warum Y und X nicht auch ohne T Beschwerde führen können. T hatte das zu seinen Ungunsten gefällte Urteil akzeptiert. Eine Gefahr für sich widersprechender Urteile bestehe daher nicht (Erw. 2.2.2).

Insgesamt hiess das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde gut und hob das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden auf, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner und unter solidarischer Haftung unter ihnen.

#### *Bemerkungen*

Wie bereits beim oben angezeigten Bundesgerichtsentscheid vom 25. Januar 2007 beschäftigt sich das Gericht mit der Thematik der sog. (*passiven*) *Streitgenossenschaft*:

Es bestätigt einmal mehr, dass es – zumindest bei Leistungsklagen – gegen die einfache Gesellschaft bzw. die einfachen Gesellschafter "keine notwendige Streitgenossenschaft [gibt]; es ist mit anderen Worten nicht so, dass bei solchen alle zur Gemeinschaft gehörenden Personen zusammen eingeklagt werden müssten" (a.a.O. Erw. 2.2.1).

- *Urteil 4C.217/2006 vom 15. August 2007: Geschäftsführung*

#### *Geschäftsführung:*

*Bei der Einzelgeschäftsführung besteht nur für ordentliche Geschäfte eine Geschäftsführungsbefugnis. Für ausserordentliche Geschäfte braucht es die Zustimmung aller Gesellschafter. Ein solches Geschäft liegt vor, wenn es durch den normalen Gesellschaftszweck nicht mehr gedeckt ist, zu den Mitteln in einem Missverhältnis steht, oder der Rechtsschein für das Vorliegen einer Befugnis spricht.<sup>211</sup>*

---

<sup>211</sup> Zusammenfassung.

*Sachverhalt*

Die einfache Gesellschaft E mit den Gesellschaftern A, B (Beklagte und Berufungskläger), C und D schloss mit einem Generalunternehmen einen Werkvertrag für eine Überbauung ab. Projektleiter war der Angestellte G des Generalunternehmens. Für die Beschlussfassung in der einfachen Gesellschaft E wurde Einstimmigkeit festgelegt.

Weiter schloss die einfache Gesellschaft mit der X AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) eine Baukommissions-Vereinbarung, in welcher sich jene verpflichtet, die einfache Gesellschaft von den herkömmlichen Bauherrenaufgaben zu entlasten. Sie beauftragte die X AG mit der Wahrnehmung der Interessen der E im Rahmen der getroffenen Projektorganisation. Aufgrund dieser Vereinbarung wurde eine Baukommission gebildet, der neben B und C (Stellvertreter sind A und H) als Vertreter der E auch I als Vertreter der X AG, ein Vertreter des Generalunternehmens und ein Projektleiter des Bauherrn angehörten.

Die Baukommission wurde von der einfachen Gesellschaft ermächtigt, alle Tätigkeiten im Rahmen dieses Bauvorhabens für sie verbindlich vorzunehmen. Die Vertreter der E (B und C) und der Vertreter der X AG (I) entscheiden einstimmig, der Vertreter des GU und der Projektleiter des Bauherrn hatten kein Stimmrecht.

Als Projektleiter wurde G ernannt. Er vertrat den Bauherrn (= Baukommission) im Rahmen der Entscheide und Vorgaben der Baukommission rechtsgültig gegenüber dem Generalunternehmen. Seine Aufgaben umfassten auch die Schlussabrechnung und die Garantiarbeiten. Der Projektleiter G erstellte denn auch eine Schlussabrechnung, die von den Vertretern der einfachen Gesellschaft (B und C) genehmigt wurde. Die X AG klagte darauf den offenen Betrag von den drei Gesellschaftern A, B und C ein. C akzeptierte die Forderung. Das Obergericht ordnete die Durchführung eines Beweisverfahrens an bezüglich der Genehmigung der Bauabrechnung.

Das Obergericht kam zum Schluss, dass die Genehmigung der Schlussabrechnung in die Kompetenz der Baukommission fiel und somit die einfache Gesellschaft E rechtmässig verpflichtete. Gegen dieses Urteil gelangten A und B mit Berufung ans Bundesgericht.

*Erwägungen*

Das Bundesgericht folgte der Ansicht der Vorinstanz, dass die Baukommission zur Genehmigung der Rechnung zuständig war (Erw. 4.2).

Nach dem Recht der einfachen Gesellschaft stehe die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu, soweit sie nicht durch Vertrag oder Beschluss einem oder mehreren Gesellschaftern oder Dritten ausschliesslich übertragen worden ist (Art. 535 Abs. 1 OR). Zur Geschäftsführung gehöre auch das rechtsgeschäftliche Handeln für die Gesellschaft nach aussen. Wenn die Geschäftsführung einem einzelnen Gesellschafter übertragen worden sei, bestehe nur für ordentliche Geschäfte eine Geschäftsführungsbefugnis. Was ein aussergewöhnliches Rechtsgeschäft nach Art. 543 Abs. 3 i.V.m. Art. 535 Abs. 3 OR darstelle, müsse im konkreten Einzelfall jeweils geklärt werden:

"Als Kriterien sind dabei namentlich Art und Ausmass des Rechtsgeschäfts massgebend. Der Art nach aussergewöhnlich ist ein Rechtsgeschäft etwa, wenn dadurch der normale Gesellschaftszweck überschritten wird, dem Ausmass nach aussergewöhnlich ist es, wenn es zu den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mitteln in einem Missverhältnis steht. Von Bedeutung kann auch der Rechtsschein des rechtsgeschäftlichen Handelns gegenüber Dritten sein" (Erw. 5.2), d.h. es ist aus der Perspektive eines verständigen Dritten zu beurteilen, ob das Geschäft in Bezug auf die konkrete Gesellschaft als ungewöhnlich zu bezeichnen ist.

Im vorliegenden Fall war die Baukommission nach Ansicht des Bundesgerichtes ermächtigt, die Schlussabrechnung zu genehmigen, da die Genehmigung vom Gesellschaftszweck, nämlich der Realisierung des Bauvorhabens, gedeckt war. Daher waren die Vertreter der einfachen Gesellschaft ermächtigt, diese in der Baukommission rechtsgültig zu vertreten. Eine Zustimmung aller Gesellschafter war folglich nicht erforderlich (Erw. 6.3).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Berufungen, soweit auf diese einzutreten war, unter Kosten- und Entschädigungspflicht zulasten der Beklagten, welche diese Kosten zu gleichen Teilen und unter Solidarhaftung zu tragen hatten.

### *Bemerkungen*

Geschäftsführung und Vertretung sind "Klassiker" im Themengebiet des Personengesellschaftsrechts. Selbst der Laie weiss oder ahnt, dass – zugegebenermassen etwas trivialisiert – im Prinzip bei "*grossen*" *Entscheiden* das Einstimmigkeitserfordernis gilt (für die Beschlussfassung) sowie bei "*kleinen*" *Entscheiden* eine Einzelgeschäftsführung zum Tragen kommt. Doch wie steht es nun schon wieder um die Abgrenzung?

Zur einfachen Gesellschaft legen Art. 535 Abs. 2 OR ("ohne Mitwirkung der übrigen") sowie Art. 535 Abs. 3 OR ("Einwilligung sämtlicher Gesellschafter") die Triage, wobei massgeblich ist, ob die in Frage stehenden Tätigkeiten *über den "gewöhnlichen Betrieb"* der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen oder nicht. Für sog. *ausserordentliche Geschäfte* müssen *sämtliche* einfachen Gesellschafter zustimmen (a.a.O. Erw. 5.2).

Besonders interessant erscheint, dass das Bundesgericht einmal mehr ebenfalls den *Rechtsschein* des rechtsgeschäftlichen Handelns gegenüber Dritten als bedeutsam für eine mögliche Abgrenzung erachtet (a.a.O. Erw. 5.2 a.E.; in diesem Sinne z.B.: BGE 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004, Erw. 2.2. a.E. sowie BGE 124 III 355, Erw. 4, 357 ff.) – ohne indes klar festzuhalten, was damit gemeint sein soll. Es ist erstaunlich, dass diese Argumentationslinie von Praktikern in Beweisverfahren bis anhin (noch) nicht stärker "genutzt" wird.

## **4. Auflösung und Liquidation**

- *Urteil des Bundesgerichts 7B.184/2006 vom 6. Februar 2007: Pfändung und Verwertung von Anteilsrechten*

### *Auflösungsverfügung:*

*Die Scheidung stellt bei Ehegattengemeinschaften regelmässig einen wichtigen Auflösungsgrund der einfachen Gesellschaft dar, sofern die Familienwohnung betroffen ist. Mit der Auflösung wird die Gemeinschaft lediglich zur Liquidationsgemeinschaft. Die Verfügung einer kantonalen Auf-*

*sichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen auf Auflösung einer einfachen Gesellschaft stellt lediglich eine Verwertungsart dar, womit jedoch noch nicht über die materiellrechtliche Liquidation der Anteilshaber untereinander bestimmt wird.*<sup>212</sup>

#### *Sachverhalt*

Die in Scheidung lebenden Ehegatten und einfachen Gesellschafter Y. und X. (Beschwerdeführerin) sind Gesamteigentümer mehrerer Liegenschaften. Die einfache Gesellschaft haben sie unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gegründet.

Gegen Y. liefen mehrere Betreibungen, weshalb das Betreibungsamt Bern-Mittelland in den entsprechenden Betreibungen im November 1997 bzw. im Mai und Juli 2005 die Pfändung vollzog. Dabei wurde der Liquidationsanteil von Y. an der einfachen Gesellschaft gepfändet mit der Wirkung, dass Y. über seinen Liquidationsanteil ohne die Zustimmung des Betreibungsamts nicht mehr selber verfügen durfte (Art. 96 SchKG).

Nachdem die Einigungsverhandlungen gemäss Art. 9 VVAG (SR 281.41) gescheitert sind, ersuchte das Betreibungsamt das Obergericht Bern als Aufsichtsbehörde um Anordnung der Verfügungen gemäss Art. 10 Abs. 2 VVAG. Mit entsprechender Verfügung wies die Aufsichtsbehörde darauf hin das Betreibungsamt im September 2006 an, "die einfache Gesellschaft Y. und X. aufzulösen, deren Gemeinschaftsvermögen festzustellen und den Erlös aus dem gepfändeten Liquidationsanteil an die Pfändungsgläubiger der Gruppen Nr. 1, 2 und 3 zu verteilen".

X. führte darauf hin Beschwerde an die SchKG-Kammer des Bundesgerichts und verlangte die Aufhebung der Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde. Der Beschwerdeführerin sei Gelegenheit zu geben, die güterrechtliche Auseinandersetzung herbeizuführen und demzufolge das Verwertungsverfahren bis zum Abschluss des zwischen Y. und der Beschwerdeführerin seit Mai 2004 hängigen Ehescheidungsprozesses ein-

---

<sup>212</sup> Zusammenfassung.



zustellen. Der Beschwerde erteilte das Bundesgericht auf Antrag der Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung.

#### *Erwägungen*

Vor der kantonalen Aufsichtsbehörde machte die Beschwerdeführerin u.a. geltend, sowohl die Versteigerung des Anteilsrechts des Y. als auch die Auflösung der einfachen Gesellschaft sei ausgeschlossen, da die Parteien (X. und Y.) in einem seit dem Jahre 1999 hängigen (weiteren) Prozess auf Auflösung der einfachen Gesellschaft in einem Vergleich bereits deren Auflösung zugestimmt hätten. Dabei sei die Übertragung der Liegenschaften per Rechtskraft des Scheidungsurteils in das Alleineigentum der Beschwerdeführerin vereinbart worden (Erw. 2.1).

Das Bundesgericht hielt fest, die Beschwerdeführerin mache sinngemäss geltend, dass die einfache Gesellschaft nicht durch Verfügung der Aufsichtsbehörde aufgelöst werden könne, da diese mit Einleitung des Scheidungsverfahrens am 27. Mai 2007 bereits aufgelöst worden und in Liquidation sei (Erw. 3).

In der Lehre sei anerkannt, dass der blosse Beschluss zur Auflösung einer Gemeinschaft – hier einer einfachen Gesellschaft – nach erfolgter Anteilspfändung nicht der Zustimmung des Betreibungsamts bedürfe. Es treffe sodann zu, dass in der Lehre angenommen werde, bei Ehegattengesellschaften stelle die Scheidung regelmässig einen wichtigen Grund (im Sinne von Art. 545 Abs. 2 OR) für die Auflösung der einfachen Gesellschaft dar, sofern diese die Familienwohnung betreffe (Erw. 3.3).

Mit einer Auflösung der Ehegattengesellschaft werde diese lediglich zur Liquidationsgemeinschaft. Mit Auflösung der Gemeinschaft (nach Pfändung des Anteilsrechts) werde allerdings bloss vorab der Zustand hergestellt, wie er im weiteren Vollstreckungsverfahren ohnehin zwangsweise herbeigeführt würde (Erw. 3.4).

Die Beschwerdeführerin verkenne, dass mit der Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde einzig die Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft als Verwertungsart gemäss Art. 10 Abs. 2 VVAG angeordnet wurde. Weder sei über die materielle rechtliche Liquidation der Anteilsinhaber untereinander bestimmt worden noch sei darüber zu

bestimmen (Erw. 4.3). Durch die "Auflösungsverfügung" gemäss Art. 10 Abs. 2 VVAG trete die einfache Gesellschaft in Liquidation (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Ein Mitanteilsinhaber könne die Liquidation der Gesellschaft nicht aufhalten (Erw. 5.1).

Schliesslich ändere das Scheidungsverfahren nichts am Umstand, dass der aus der Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft resultierende Liquidationserlös anstelle des Liquidationsanteiles trete und diesen als Pfändungssubstrat ersetze. Die Beschwerde erweise sich als unbegründet, soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, der angefochtene Entscheid über die Verwertungsart, d.h. die Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft verunmögliche die ehedem rechtliche Auseinandersetzung, weshalb das Verwertungsverfahren einzustellen sei (Erw. 5.2).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten war. Das Verfahren war gestützt auf Art. 20a Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 132 Abs. 1 BGG kostenfrei.

- *Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2007.49 vom 22. August 2007: Liquidationserlös einer einfachen Gesellschaft / Aktivierungsfähigkeit geleisteter Gründungsbemühungen*

*Liquidation einer Gründungsgesellschaft:*

*Wird die zu gründende GmbH nicht ins Handelsregister eingetragen, liegt eine einfache Gesellschaft vor. Führt ein Gesellschafter das Geschäft alleine weiter, hat der andere nur dann Anspruch auf Anteil am Liquidationserlös der geschaffenen immateriellen Werte, wenn sie auch tatsächlich aktivierungsfähig sind.<sup>213</sup>*

---

<sup>213</sup> Zusammenfassung.

*Sachverhalt*

A (Kläger) und B (Beklagter) wollten gemeinsam eine GmbH gründen mit dem Zweck, Unternehmensberatung mit philosophisch-ethischer und spiritueller Ausrichtung anzubieten.

A und B begannen daraufhin mit der Ausarbeitung von Konzepten und Projektunterlagen. Nach einem Jahr entschied der Beklagte, dass er das Projekt neu definieren und das unternehmerische Risiko alleine in Form einer GmbH oder einer Einzelunternehmung tragen möchte. Da A keine Grundlage für eine Zusammenarbeit mehr sah, stellte er die von ihm geleistete Arbeit dem B in Rechnung. Da die GmbH nie gegründet wurde, machte A seinen Anspruch gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft, auf Arbeitsvertrag oder Auftrag- bzw. Werkvertragsrecht geltend.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass A und B im Gründungsstadium zur GmbH eine einfache Gesellschaft bildeten.

*Erwägungen*

Das Kantonsgericht stellte fest, dass die Vorinstanz zutreffend von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen sei. Es sei eindeutig, "dass sich die Parteien zusammenschlossen, um gemeinsam das Projekt einer spezifisch ausgerichteten Unternehmensberatung zu verfolgen, und dabei ins Auge fassten, sich in der Rechtsform einer GmbH zu organisieren. Damit findet das Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) auf die Forderung des Klägers Anwendung" (Erw. III 1).

Ein arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis lag nach Ansicht des Gerichtes nicht vor, da aus den Dokumenten der Parteien klar hervorging, dass sie beabsichtigten, als gleichberechtigte Partner am Markt aufzutreten (Erw. III 1).

Daraus folgt, dass es sich beim vorliegenden Fall um eine einvernehmliche Auflösung der einfachen Gesellschaft handelt und deshalb für die Frage, ob dem A eine Entschädigung für seine getätigten Arbeiten auszurichten war, die Regeln zur Liquidation herangezogen werden müssten (Erw. III 2.a).

Falls durch die Arbeit von A immaterielle Werte geschaffen wurden und falls diese auch tatsächlich in die Einzelunternehmung von B eingeflossen waren, bliebe immer noch die Frage zu klären, ob diesen Bemühungen ein wirtschaftlicher Wert zukam, der eine Aktivierung gerechtfertigt hätte. A konnte nach Ansicht des Gerichtes nicht beweisen, dass seine Arbeit für das Einzelunternehmen einen bilanzierungsfähigen Wert darstellte, weshalb mangels Aktiven gar kein Liquidationsgewinn resultieren könne. Aufgrund derselben Überlegungen seien auch Ansprüche aus Deliktsrecht (Art. 41 OR), ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR) und Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) ausgeschlossen.

Auch der Auslagenersatz nach Art. 537 Abs. 3 OR sei ausgeschlossen, da sich auch hier nicht beurteilen liesse, ob die Arbeiten des A beim Beklagten zu einer "im Ergebnis entschädigungspflichtigen persönlichen Vermögensverbesserung führten" (Erw. III 2b-d).

Insgesamt erkannte das Kantonsgericht St. Gallen auf Abweisung der Berufung.

#### *Bemerkungen*

Das Körperschaftsrecht enthält verschiedene Regelungen zu Verpflichtungen im Zusammenhang mit *in Gründung befindlichen* Gesellschaften (z.B. Art. 645 OR). Doch was passiert nun, wenn – etwa als Folge eines fehlenden Eintrags im HR – solche "*societates nasciturae*" eben trotzdem nie gegründet werden?

Die Antwort liegt in der sog. *Gründungsgesellschaft*, die schon seit Jahrzehnten wissenschaftlich erforscht wird<sup>214</sup> und im Wesentlichen wegen Art. 530 Abs. 2 OR eine einfache Gesellschaft darstellt. Die Folgen dieser Rechtslage – z.B. eben die Auflösung und Abwicklung – werden mit dem vorliegenden Urteil plastisch.

---

<sup>214</sup> Beispielsweise vom Autor, an den diese Monographie erinnern soll: BÄR, 77 ff.

## 5. Exkurs: Die einfache Gesellschaft als sog. "Gruppe" im Börsenrecht

- Verfügung der EBK vom 13. Juli 2007 in Sachen Converium Holding AG<sup>215</sup>

*Gruppenbegriff nach Börsengesetz/BEHG:*

*Die Vertretung gleicher Interessen, also die Begründung einer Interessengemeinschaft, stellt eine einfache Gesellschaft dar. Diese ist als Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK zu qualifizieren.*<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> EBK, Verfügung Übernahmekammer EBK i.S. Converium Holding AG, 13.07.2007, [http://www.ebk.admin.ch/d/publik/medienmit/20070718/20070718\\_02\\_d.pdf](http://www.ebk.admin.ch/d/publik/medienmit/20070718/20070718_02_d.pdf). Diese (wohl noch nicht rechtskräftige!) EBK-Verfügung ist Pflichtlektüre für jeden Börsenrechtler, der sich mit der weiterhin höchst aktuellen Fragestellung der sog. "Gruppe" bei der Meldepflicht (Art. 20 BEHG) sowie bei der Angebotspflicht (Art. 32 BEHG) zu befassen hat. Es ist zwar nach wie vor nicht ganz klar, welches Verhalten börsenrechtlich (sic!) zu einer Qualifikation als "Gruppe" führt. Immerhin darf festgehalten werden, dass das Vorliegen einer *einfachen Gesellschaft* unter Publikumsinvestoren – beispielsweise durch einen Aktionärbindungsvertrag – für das Bestehen einer "Gruppe" zwar *nicht notwendig, aber hinreichend* erscheint. Verschiedene *UEK-Empfehlungen* (dazu sogleich) haben sich mit entsprechenden Fragestellungen auseinandergesetzt. Interessanterweise wurde seitens der UEK, soweit ersichtlich, indes der *Terminus "einfache Gesellschaft"* nicht ausdrücklich verwendet – scheut sich diese Aufsichtsbehörde allenfalls sogar vor einer Auseinandersetzung mit personengesellschaftsrechtlichen Themen? Vgl. ferner die weiteren Empfehlungen der UEK i.S. Converium Holding AG, 9.06.2007, [http://www.takeover.ch/37.html?&cHash=2a0a775ad0&tx\\_bumadvice\\_pi1\[uid\]=443&tx\\_bumadvice\\_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/37.html?&cHash=2a0a775ad0&tx_bumadvice_pi1[uid]=443&tx_bumadvice_pi1[view]=detail); Empfehlung UEK i.S. Unilabs S.A., 6.10.2007, [http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=b25030a47b&tx\\_bumadvice\\_pi1\[uid\]=458&tx\\_bumadvice\\_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=b25030a47b&tx_bumadvice_pi1[uid]=458&tx_bumadvice_pi1[view]=detail); Empfehlung UEK i.S. Henniez S.A., 12.10.2007, [http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=735a11abde&tx\\_bumadvice\\_pi1\[uid\]=459&tx\\_bumadvice\\_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=735a11abde&tx_bumadvice_pi1[uid]=459&tx_bumadvice_pi1[view]=detail); Empfehlung UEK i.S. Sulzer AG, 6.12.2007, [http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=ada9af04f4&tx\\_bumadvice\\_pi1\[uid\]=464&tx\\_bumadvice\\_pi1\[view\]=detail](http://www.takeover.ch/95.html?&cHash=ada9af04f4&tx_bumadvice_pi1[uid]=464&tx_bumadvice_pi1[view]=detail). (Alle Links am 15.4.2008 besucht).

<sup>216</sup> Zusammenfassung.

*Sachverhalt*

Die SCOR S.A unterbreitete am 5. April 2007 ein öffentliches Kauf- und Umtauschangebot für alle sich im Publikum befindenden Aktien der Converium Holding S.A., Zug. Im Vorfeld des Angebots hatte die Anbieterin mit der Patinex AG, Freienbach, einer Aktionärin von Converium, einen Aktienkaufvertrag über die von ersterer gehaltenen Aktien abgeschlossen. Die Patinex AG wurde von Martin Ebner und seiner Frau beherrscht, die gleichzeitig auch die BZ Bank Aktiengesellschaft zu 60% beherrschten.

Martin Ebner informierte in der Folge den Vertreter eines institutionellen Anlegers, dass Patinex 20% ihrer Stimmrechte an Converium an SCOR verkauft habe und dass die BZ Bank weitere verkaufswillige Aktionäre suche. Dies führte zum Übergang von weiteren 4,84% der Stimmrechte an SCOR am 28. Februar 2007.

Am 19. Februar 2007 übte die Anbieterin eine von der BZ Bank emittierte Stillhalteroption aus, wodurch sie weitere 3,34% der Stimmrechte erwarb. Die fraglichen Aktien stammten aus dem Depot eines Kunden der BZ Bank. Der Kunde hatte einerseits mit der BZ Bank einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen und andererseits Martin Ebner eine Vollmacht mit Einzelunterschrift eingeräumt. Nach der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrages vom 16. Februar 2007 wurde die BZ Bank von SCOR angefragt, ob ihr weitere verkaufswillige Converium-Aktionäre bekannt seien. Darauf machte die BZ Bank der SCOR gestützt auf die Verwaltungsvollmacht eine Verkaufsofferte, die auf Wunsch von SCOR als Optionsgeschäft ausgestaltet wurde.

Am 2. März 2007 stellte Converium bei der Übernahmekommission (UEK) den Antrag, es sei festzustellen, dass Patinex und der diese kontrollierende Martin Ebner, sowie alle durch Martin Ebner oder Patinex kontrollierten Personen oder Gesellschaften mit der Anbieterin als in gemeinsamer Absprache handelnd zu betrachten seien (Art. 24 Abs. 3 BEHG, Art. 11 UEV-UEK). Dies habe zur Folge, dass alle Gruppenmitglieder zur Meldung von Transaktionen sowohl bezüglich Aktien der Anbieterin als auch bezüglich der Zielgesellschaft verpflichtet sind (Art. 31 BEHG, Art. 37 UEV-UEK).

Am 10. Mai 2007 schlossen die Anbieterin und die Zielgesellschaft eine Transaktionsvereinbarung, wonach sich SCOR bereit erklärte,

die Barkomponente ihres Angebotes von CHF 4.- auf CHF 5.50 pro Converium-Aktie zu erhöhen und auf ihr Recht zu verzichten, den Angebotspreis um die an der ordentlichen Generalversammlung von Converium vom 10. Mai 2007 beschlossene Dividende von CHF 0.20 pro Converium-Aktie zu verringern. Im Zusammenhang mit dieser Einigung zog die Zielgesellschaft den Antrag bezüglich Handelns in gemeinsamer Absprache und Gruppenbildung zurück.

In ihrer Empfehlung vom 9. Juni 2007 zum Angebotsprospekt stellte die UEK u.a. fest, dass Martin Ebner und Personen bzw. sonstige "Legal Entities", die von ihm direkt oder indirekt beherrscht werden, mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handeln.

Am 15. Juni lehnten sowohl Martin Ebner als auch die Zielgesellschaft unter anderem die Dispositivziffer betreffend Gruppenbildung ab, so dass die EBK gemäss Art. 23 Abs. 4 BEHG eine Verfügung erliess.

#### *Erwägungen*

Die EBK hielt zunächst fest, dass eine Absprache, die als Handeln in gemeinsamer Absprache gelten soll, "im Hinblick auf ein Angebot" erfolgen müsse (Art. 11 Abs. 1 UEV-UEK) (Erw. 2.1, N. 72). Ausserdem könne auch eine "punktuelle, einmalige sowie gegenständlich limitierte Abstimmung" für die Qualifizierung als organisierte Gruppe im Sinne von Art. 11 UEV-EBK genügen, sofern sie "bloss einen Bezug zum öffentlichen Angebot [habe]" (Erw. 2.1, N. 72).

Ein bloss "zufälliges Parallelverhalten" genüge nicht. Vielmehr müsse "ein zielgerichtetes Abstimmen des Verhaltens mehrerer Aktionäre, z.B. im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte bzw. den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren" vorliegen (Erw. 2.1, N 75).

Die EBK setzte in diesem Zusammenhang weiter voraus, dass die gemeinsam handelnden Aktionäre bei Erwerbs- oder Veräusserungstransaktionen oder der Stimmrechtsausübung "zwecks Erreichen eines gemeinsamen Ziels zusammenwirken und zu diesem Zweck gemeinsame Mittel und Kräfte, zumindest konkludent, zur Verfügung stellen und ihre Einzelinteressen dem Gesamtinteresse der organisierten Gruppe bzw. der gemeinsamen Absprache hintanstellen". Es sei nicht erforderlich, dass

zwischen den Aktionären eine vertragliche Bindung oder ein eigentliches Rechtsverhältnis bestehe.

In Frage kommen laut EBK somit auch bloss sog. "soziale Bindungen", falls sie eine Intensität aufweisen, "die dazu führt, dass die Aktionäre ihre Stimmrechte im Hinblick auf das Erreichen eines gemeinsamen Zwecks ausüben" (Erw. 2.1, N. 75).

Schliesslich hielt die EBK fest, eine Absprache könne auch konkludent abgeschlossen werden. So stelle "die gemeinsame Vertretung gleicher Interessen, mithin die Begründung einer Interessengemeinschaft, (...) eine einfache Gesellschaft [sic!] dar, welche ihrerseits als eine Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK qualifiziert" (Erw. 2.1, N. 76).

In der Sache selbst qualifizierte die EBK schliesslich SCOR und Converium aufgrund der Transaktionsvereinbarung als Gruppe (Erw. 2.2, N. 78 ff.). Ausserdem wurde Martin Ebner mit SCOR als in gemeinsamer Absprache handelnde Person angesehen. Als Verwaltungsratspräsident der Patinex habe es ihm insbesondere klar sein müssen, dass SCOR an der Beteiligung von Patinex an Converium nicht vorbei kommen würde. Weiter habe Martin Ebner die Gesellschaft Patinex – zumindest in Bezug auf Wertpapiertransaktionen – kontrolliert, weshalb auch in dieser Hinsicht ein Handeln in gemeinsamer Absprache vorlag (Erw. 2.3, N. 80 ff.). Schliesslich sei auch zwischen Martin Ebner und der BZ Bank von einem Handeln in gemeinsamer Absprache auszugehen (Erw. 2.5, N. 93 ff.). Dies sei auf diverse starke Verflechtungen zwischen Martin Ebner mit der BZ Bank zurückzuführen.

#### *Bemerkungen*

Die angezeigte Verfügung der EBK ist in erster Linie unter *finanzmarktrechtlichen* Aspekten interessant (z.B. Begriff der "Gruppe" sowie qualifikatorische Unterschiede betreffend Art. 20 BEHG sowie Art. 32 BEHG sowie Art. 22 ff. BEHG). Auf diese spezifischen Fragestellungen kann im Rahmen dieser Darstellung nicht eingegangen werden.

Immerhin wird schon seit Jahren in der Literatur und nun ebenfalls in dieser EBK-Verfügung ein Zusammenhang zwischen dem *börsenrechtlichen Begriff der "Gruppe"* betreffend die Meldepflicht einerseits



und die Angebotspflicht andererseits und der *einfachen Gesellschaft* hergestellt – und dies zu recht! Immerhin handelt es sich nicht um eine Einbahnstrasse. Sicher ist einzig, dass es sich bei der "Gruppe" und bei der einfachen Gesellschaft *nicht um Synonyme* handelt:

(a) Auf der einen Seite kann zwar eine börsenrechtliche "Gruppe" eine einfache Gesellschaft darstellen – sie muss aber nicht. (b) Auf der anderen Seite ist eine einfache Gesellschaft nicht notwendig, aber mindestens hinreichend zur Qualifikation als börsenrechtliche "Gruppe".

## *B. Kollektivgesellschaft*

### **1. Begriff und Rechtsnatur**

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

### **2. Innenverhältnis**

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

### **3. Aussenverhältnis**

- *Urteil des Bundesgerichts 4A.67/2007 vom 15. Juni 2007: Weiterführung als Einzelfirma / Aktivlegitimation*

*Aktivlegitimation:*

*Das Auflösen der Kollektivgesellschaft und die Weiterführung des Unternehmens in der Form der einfachen Gesellschaft haben zur Folge, dass*

*danach nur noch dem Inhaber der Einzelfirma die Aktivlegitimation zukommt.*<sup>217</sup>

#### *Sachverhalt*

Die X. & Co. war als Kollektivgesellschaft Eigentümerin eines Tierparks. Die beiden Kollektivgesellschafter B.X. und A.X. schlossen im Mai 2005 eine "Kaufbestätigung" mit ihrem Sohn C. sowie mit Y. und dessen Lebenspartnerin D. ab. Im Wesentlichen ging es um die Sicherstellung der von Y. und D. eingeschossenen Gelder und Bürgschaften, die zur Rettung des Tierparks dienen sollten. Die Summe der gesamten Verbindlichkeiten belief sich auf CHF 150'000.-.

In der Folge schlossen dieselben fünf Personen im Oktober 2005 einen "Geschäftsführungsvertrag mit Sanierungsauftrag an alle Beteiligten" ab. U.a. wurde gemäss diesem Vertrag die Geschäftsführung an C. und an Y. übertragen. Im Mai 2006 kam es zwischen den Kollektivgesellschaftern B.X. und A.X. und dem Y. zu Streitigkeiten mit der Folge, dass Y. als Geschäftsführer freigestellt wurde.

Der Y. reichte im August 2006 beim Kreisgericht Werdenberg-Sargans ein Begehren um raschen Rechtsschutz ein und verlangte, die X. & Co. sei zu verpflichten, ihm verschiedene, in seinem Eigentum stehende Tiere herauszugeben.

Nachdem das Kreisgericht dem Gesuch des Y. stattgegeben hatte und ein nachfolgender Rekurs gegen den Entscheid abgewiesen wurde, reichte die X. & Co. im März 2007 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein, verbunden mit dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Y. beantragte die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung und bestritt die Parteifähigkeit der X. & Co., da diese im Februar 2007 aufgelöst worden sei.

---

<sup>217</sup> Zusammenfassung.

### *Erwägungen*

Das Bundesgericht hielt fest, dass die X. & Co. im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde (23. März 2007) nicht mehr bestanden habe. Die Kollektivgesellschaft sei gemäss Handelsregisterauszug am 19. Februar 2007 infolge Ausscheidens der einen Gesellschafterin aufgelöst worden und die Firma sei erloschen.

Der andere Gesellschafter führe das Geschäft im Sinne von Art. 579 Abs. 1 OR jedoch als Einzelunternehmung fort. Der verbleibende Gesellschafter habe damit das gesamte Gesellschaftsvermögen durch Anwachsung zu Alleineigentum erhalten; die Fortsetzung gemäss Art. 579 OR gelte nicht als Auflösung der Gesellschaft. Das Verfahren werde durch den Einzelunternehmer weitergeführt; ihm sei die Aktivlegitimation zugewachsen und die Parteibezeichnung sei im vorliegenden Verfahren entsprechend zu berichtigen (Erw.2.1).

Materiell erkannte das Bundesgericht auf Abweisung der Beschwerde, unter Kostenaufgabe an den Beschwerdeführer.

## **4. Auflösung und Liquidation**

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

### *C. Kommanditgesellschaft<sup>218</sup>*

#### **1. Begriff und Rechtsnatur**

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

---

<sup>218</sup> Zur Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ferner folgende : EBK bewilligt die erste Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen nach Schweizer Recht, 20.11.2007, <http://www.ebk.ch/d/archiv/2007/aktuelles2007.html>; Wegleitung EBK für Gesuche betr. Bewilligung KkK, 27.09.2007, [http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/Wegleitung\\_KkK.pdf](http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/Wegleitung_KkK.pdf) (Links am 15.4.2008 besucht).

## 2. Innenverhältnis

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 3. Aussenverhältnis

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 4. Auflösung und Liquidation

- *Urteil des Bundesgerichts 4C.249/2006 vom 13. November 2006: Wichtige Auflösungsgründe*<sup>219</sup>

*Wichtige Auflösungsgründe:*

*Eine Auflösung der Kommanditgesellschaft aus wichtigen Gründen ist gestützt auf die Regeln der einfachen Gesellschaft möglich. I.c. liegen aber keine solchen vor.*<sup>220</sup>

*Sachverhalt*

Die Gesellschaft X (Beklagte) wurde am 1. Oktober 1940 von B unter dem Namen B.B. als Kommanditgesellschaft gegründet. Gemäss Gesellschaftsvertrag vom 27. März 1991 bezweckte die Gesellschaft "die Verwaltung und Nutzung eigener Liegenschaften, insbesondere der Liegenschaft Y, sowie die Durchführung aller damit zusammenhängenden Geschäfte." Der B.B. gehörten zwei Komplementäre und mindestens ein nach aussen auftretender Kommanditär an, wobei jeder Komplementär in der Regel eine Personengruppe vertrat, die aus dem Komplementär und internen Kom-

---

<sup>219</sup> Eine Besprechung dieses Urteils findet sich bereits bei MÜLLER, 38 f. Der Vollständigkeit halber und im Hinblick auf die Darstellung des nachfolgenden Revisionsurteils im Jahre 2007 sollen der Sachverhalt und die Erwägungen nochmals wiedergegeben werden.

<sup>220</sup> Zusammenfassung.

manditären bestand. Die internen Kommanditäre waren aufgrund ihrer Anteile gewinnbeteiligt, hatten sich jedoch zum Verein S zusammengeschlossen. Dieser vertrat die Kommanditäre fiduziarisch und war daher als alleiniger Kommanditär im Handelsregister eingetragen. Als Komplementäre der Beklagten waren E und F im Handelsregister eingetragen.

Der Verein S hatte zum Zweck, die Kommanditanteile an der Beklagten treuhänderisch zu vertreten. F amtierte als Präsident des Vereins schon seit dem Jahre 1997.

A, ein Grossneffe von B und interner Kommanditär der Beklagten, klagte im September 2005 beim Handelsgericht Zürich auf Auflösung der Gesellschaft und verlangte die Liquidierung der Liegenschaft Y inklusive der auf der Liegenschaft Y sich befindlichen wertvollen Skulptur. Der Kläger berief sich auf wichtige Gründe zur Auflösung der Gesellschaft. Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 1. Juni 2006 ab, weil nach Auffassung des Gerichtes keine wichtigen Gründe im Sinne von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR und Art. 574 Abs. 1 OR vorlagen.

Dagegen erhob der Kläger Berufung und rügte sinngemäss, das Handelsgericht habe Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR i.V.m. Art. 574 Abs. 3 OR und Art. 577 OR (bzw. Art. 585 OR) OR verletzt, da es die vom Kläger vorgebrachten Gründe für die Auflösung nicht als wichtig anerkannt hatte. Der Kläger führte die "Änderung der Zeichnungsberechtigung der Komplementäre mit EU auf KU", die "Änderung der Zeichnungsberechtigten des Kommanditärs", "Misswirtschaft und Protokoll", "Nichtführen der Vereinsgeschäfte", "Schein-Versicherung und unwahre Angaben", "Vertragsbruch Revision" und "Vorsätzliche Täuschung" als wichtige Auflösungsgründe an. Ferner verlangte der Kläger, dass ihm die Übernahme der Liegenschaft Y. inklusive Skulptur zu einem Betrag von über CHF 64 Mio. ermöglicht werde.

#### *Erwägungen*

Für die Auflösung und Liquidation der Kommanditgesellschaft wendete das Bundesgericht gestützt auf Art. 619 Abs. 1 OR die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft an, wobei für diese Gesellschaftsform gestützt auf Art. 574 Abs. 1 OR grundsätzlich die Bestimmungen über die Auflö-

sung der einfachen Gesellschaft gelten. Nach Art. 545 Abs. 2 OR könne die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangt werden (Erw. 3).

Unter Berufung auf die Vorinstanz legte das Bundesgericht dar, dass wichtige Gründe im Sinne von Art. 545 Abs. 2 OR vorliegen, "wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, sodass die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der bei der Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich ist bzw. wesentlich erschwert oder gefährdet wird und aus diesem Grund dem Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann" (Erw. 3.1).

Die vom Kläger behauptete Misswirtschaft erachtete die Vorinstanz nicht als bewiesen: Die Liegenschaft Y warf im Jahre 2005 einen Ertrag von rund CHF 4,1 Mio. bzw. einen Gewinn von CHF 2,9 Mio. ab. Von "dauernder Unrentabilität" könne nicht gesprochen werden, weshalb kein wichtiger Grund für eine Auflösung der Beklagten abzuleiten war. Ebenso vermochte das Handelsgericht in der Behauptung des Klägers, wonach die Denkmalpflege bei Renovationsarbeiten hintergangen wurde, keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 545 OR zu erkennen. Hinzu kam, dass die Komplementäre die wirtschaftliche Situation mit den internen Kommanditären besprochen hatten und daher nicht eigenmächtig vorgegangen waren (Erw.3.2).

Einen wichtigen Grund vermochte auch eine Änderung der Unterschriftsberechtigung der Komplementäre durch Handelsregistereintrag vom 25. Februar 2004 nicht zu begründen. Statt der bisherigen Einzelunterschriftsberechtigung erhielten die Komplementäre eine Kollektivunterschrift zu zweien. Der Verein S hatte nach den Feststellungen der Vorinstanz dazu seine Zustimmung erteilt (Erw. 3.3).

Ebenso sei die Änderung in der Zeichnungsberechtigung des Vereins S als Kommanditär der Beklagten rechtmässig. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz würden die internen Kommanditäre durch den Verein S in der Beklagten fiduziarisch vertreten. Das Vorbringen des Klägers, wonach die Komplementäre der beiden Gruppen auch den Verein S vertreten müssten, ergäbe sich weder aus den Vereinsstatuten noch aus dem Gesellschaftsvertrag. Das Vorgehen sei insofern rechtmässig (Erw. 3.4).

Der Kläger beanstandete weiter eine ungenügende Versicherung der wertvollen Skulptur, die sich auf der Liegenschaft Y befand. Die Beklagte habe verschwiegen, dass bereits bei anderen Versicherungsgesellschaften um Versicherungsschutz ersucht worden war, und dass auch schon Schäden vorhanden gewesen waren.

Die Vorinstanz habe gemäss den Ausführungen des Bundesgericht festgestellt, dass die Versicherungsgesellschaft Kenntnis dieser Umstände gehabt hatte und diese Kenntnis von der Versicherungsgesellschaft auch bestätigt worden war. Der Kläger verkenne, dass das Bundesgericht die Beweiswürdigung im Verfahren der Berufung nicht überprüfen könne, und es sei aus den klägerischen Ausführungen nicht ersichtlich, inwiefern durch die ungenügende Versicherung der Skulptur der Gesellschaftszweck der Beklagten insgesamt in Frage gestellt werden kann. Allein dies sei aus juristischer Sicht massgebend (Erw. 3.5).

Die Vorinstanz habe ferner zutreffend festgestellt, dass die Komplementäre im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnis in jedem Fall eine externe Jahresprüfung veranlassen konnten, was unbesehen mündlicher Abmachungen rechtmässig sei. Zudem richte sich das Begehren des Klägers ausschliesslich gegen die Beklagte als Kommanditgesellschaft. Dieser wiederum könne weder das Verhalten ihres Kommanditärs, d.h. des Vereins S, noch das Verhalten der Organe dieses Vereins angelastet werden. Ein wichtiger Grund könne auch insofern nicht gesehen werden (Erw. 3.6).

Schliesslich rügte der Kläger, die Vorinstanz habe seine Vorbringen missverstanden, indem sie angenommen habe, er habe eine Verletzung seines Rechts auf Einsicht in die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz beanstandet. Vielmehr habe er gerügt, dass die Komplementäre der Beklagten ihre Pflichten verletzt hätten, indem der Kläger an der Versicherungsofferte nicht mitwirken konnte. Inwiefern dem Kläger jedoch eine Mitwirkungsbefugnis bei der Versicherungsofferte zustehen sollte, sei weder ersichtlich noch den Ausführungen in der Berufung zu entnehmen, weshalb unter diesem Aspekt ebenfalls kein wichtiger Grund für die Auflösung der Beklagten vorläge (Erw. 3.7).

Insgesamt lagen nach Ansicht des Bundesgerichts keine wichtigen Gründe für die Auflösung der Kommanditgesellschaft vor.

- *Urteil des Bundesgerichts 4F.1/2007 vom 13. März 2007: Revision des Urteils 4C.249/2006 vom 13.11.2006*

*Revisionsgründe:*

*Ein Revisionsgrund liegt vor, wenn einzelne Tatsachen unbeurteilt bleiben oder das Gericht erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt. Solche Gründe konnten i.c. nicht bewiesen werden.<sup>221</sup>*

*Sachverhalt*

Der Gesuchsteller (vormals Kläger) beehrte im Januar 2007 die Revision des dargestellten Urteils des Bundesgerichts vom 13. November 2006:

Er rügte, das Bundesgericht habe die "Scheinversicherung", welche die damalige Beklagte (Kommanditgesellschaft) vornahm, unbeurteilt gelassen. Begründet wurde die Revision seitens des Gesuchstellers damit, dass er nachträglich das Protokoll über die Gründungsversammlung des Vereins S gefunden habe, und dass das Bundesgericht ein offensichtliches Versehen begangen habe, da sich die internen Kommanditäre zum Verein S zusammengeschlossen hätten. Zudem habe das Bundesgericht sein Begehren auf Übernahme der Liegenschaft Y. inklusive Skulptur zu Unrecht als neu und unzulässig qualifiziert.

*Erwägungen*

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass Revision gemäss Art. 121 BGG u.a. verlangt werden könne, wenn einzelne Anträge unbeurteilt geblieben seien oder das Gericht in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt habe (Erw. 5).

Im Wesentlichen erkannte das Bundesgericht, dass in den Vorbringen des Gesuchstellers keine Revisionsgründe zu sehen seien:

---

<sup>221</sup> Zusammenfassung.



So sei das Übergehen einer prozesskonform vorgetragenen Rüge kein Revisionsgrund. Der Gesuchsteller brachte vor, sein Begehren betreffend die Übernahme der Liegenschaft Y. inklusive Skulptur sei durch das Bundesgericht nicht beurteilt worden. Das Bundesgericht trat im Urteil vom 13. November 2006 nicht auf das Begehren des Gesuchstellers ein, da dieses Begehren über die im kantonalen Verfahren gestellten Anträge hinausgegangen sei. Die materielle Beurteilung sei jedoch aus prozessrechtlichen Gründen abgelehnt worden und es seien nicht einzelne Anträge versehentlich unbeurteilt geblieben. Der vom Gesuchsteller angerufene Revisionsgrund der unbeurteilt gebliebenen Anträge liege somit nicht vor (Erw. 5.2).

Auch der Revisionsgrund der versehentlich nicht berücksichtigten erheblichen Tatsachen lag nach Ansicht des Bundesgerichts nicht vor. Ein Versehen in diesem Sinne liege nur dann vor, wenn das Gericht eine Tatsache oder ein bestimmtes Aktenstück übersehen oder mit einem falschen Wortlaut wahrgenommen habe, nicht jedoch, wenn die Tatsache oder das Aktenstück in der äusseren Erscheinung richtig wahrgenommen wurde. Diesfalls läge eine unzutreffende beweismässige oder rechtliche Würdigung vor, die mit der Versehensrüge nicht in Frage gestellt werden könne. Ausserdem müsse es sich um "erhebliche Tatsachen" handeln, d.h. solche, die zugunsten des Gesuchstellers zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, wenn sie berücksichtigt worden wären (Erw. 6.1).

Der Gesuchsteller war der Ansicht, das Bundesgericht habe im Urteil vom 13. November 2006 angenommen, es hätten sich sämtliche internen Kommanditäre zum Verein S zusammengeschlossen. Dies treffe jedoch nicht zu und führe zu einem Fehlverständnis der Gesellschaftsstruktur. Der Verein S halte die Kommanditanteile der internen Kommanditäre fiduziarisch und vertrete diese, ohne dass die internen Kommanditäre Vereinsmitglieder sein müssten. Die Kommanditäre selbst würden durch "ihre" Komplementäre vertreten. Aus diesem Grund habe das Bundesgericht verkannt, dass der Gesuchsteller als interner Kommanditär ein Gesellschafter sei (Erw. 6.2).

Inwiefern die vom Gesuchsteller vorgebrachten Tatsachen erheblich sein sollten und inwiefern bei deren Berücksichtigung das Urteil vom 13. November 2006 zugunsten des Gesuchstellers ausgefallen wäre, vermochte das Bundesgericht nicht zu erkennen. Es sei nicht erkennbar, wie

sich die ausdrückliche Beachtung des Umstandes, dass nicht sämtliche "internen" Kommanditäre, welche ihre Anteile fiduziarisch durch den Verein S. vertreten liessen, auch Mitglieder dieses Vereins seien, auf das Urteil hätte auswirken können (Erw. 6.3).

Schliesslich stelle das vom Gesuchsteller vorgelegte Protokoll über die Gründungsversammlung des Vereins S keine "neue" erhebliche Tatsache im Sinne eines Revisionsgrundes dar. Neu sei eine Tatsache, die sich bis zum Zeitpunkt, da im Hauptverfahren noch tatsächliche Vorbringen prozessual zulässig waren, verwirklicht habe, die jedoch der um Revision ersuchenden Person trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt war. Beweismittel hätten entweder dem Beweis der neuen erheblichen Tatsachen oder den Tatsachen zu dienen, welche zwar im früheren Verfahren bekannt gewesen, aber zum Nachteil der gesuchstellenden Person unbewiesen geblieben seien (Erw. 7.1).

Der Gesuchsteller gab an, beim Durchsuchen von Akten in seinem Elternhaus zufällig auf das Dokument gestossen zu sein. Dies genüge jedoch nicht zum Nachweis, dass dem Gesuchsteller trotz aller Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, das Dokument rechtzeitig zu finden und einzureichen. Zudem hätte das Bundesgericht dieses Novum im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigen können, weshalb das Dokument für die Revision des Urteils vom 13. November 2006 auch nicht erheblich sei (Erw. 7.2).

Insgesamt erkannte das Bundesgericht auf Abweisung des Revisionsgesuchs, unter Kostenaufgabe an den Gesuchsteller.

#### *D. Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

##### **1. Begriff und Errichtung**

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 2. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 3. Organisation der Gesellschaft

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 4. Auflösung und Liquidation

Soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen.

## 5. Weitere Themen

- *Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 1. Kammer, S 06 135 vom 9. Januar 2007: Arbeitgeberähnliche Stellung*

*Arbeitgeberähnliche Stellung:*

*Bei einer Beteiligung an einer GmbH von mehr als 20% liegt eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, auch wenn dem Gesellschafter keinerlei Geschäftsführungsbefugnis zukommt. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist daher nicht gegeben.<sup>222</sup>*

*Sachverhalt*

Zwei Schwestern waren je zu 50% an einer GmbH beteiligt. Im Gegensatz zu ihrer Schwester hatte die Beschwerdeführerin keinerlei Geschäftsführungsbefugnis, sondern war nur Angestellte dieser GmbH (notabene ohne Zeichnungsberechtigung). Gut ein Jahr später war allerdings das Verhältnis

---

<sup>222</sup> Zusammenfassung.

zwischen den Schwestern so zerrüttet, dass die Beschwerdeführerin ihren Arbeitsvertrag kündete und Arbeitslosenentschädigung beantragte.

Das Gericht hatte zu klären, ob die Beschwerdeführerin überhaupt Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

#### *Erwägungen*

Das Gericht hielt in Bestätigung der altbekannten und ständigen Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts fest, dass bei sog. arbeitgeberähnlicher Stellung eines Angestellten die Anspruchsberechtigung generell zu verneinen sei (Erw. 4. a).

Arbeitgeberähnliche Stellung hätten insbesondere Verwaltungsräte einer AG oder die geschäftsführenden (sic!) Gesellschafter oder geschäftsführende Dritte einer GmbH (Erw. 5. a) – kurz: solche Personen, denen eine massgebliche Entscheidungsbefugnis zukomme. Dies sei in der Regel auch bei Personen der Fall, die zu mindestens 20% an einer Unternehmung (z.B. an einer GmbH) beteiligt seien (Erw. 5. b) – und zwar unbeschaden der Frage, ob eine Geschäftsführung vorliege.

I.c. entschied das Gericht, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer andauernden 50% Beteiligung an der GmbH weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung hätte und daher nicht anspruchsberechtigt sei. Massgeblich sei gemäss Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, dass die Beschwerdeführerin, obwohl nicht zur Geschäftsführung berechtigt, basierend z.B. auf Art. 808 Abs. 3 altOR und auf Art. 810 Abs. 1 altOR die GmbH mindestens "blockieren" könne (Erw. 5. c).

#### *Bemerkungen*

Es fällt auf, und zwar gerade im Vergleich zu den aktienrechtlichen Urteilen, dass sich sowohl das Bundesgericht als auch kantonale Gerichte *relativ selten direkt zum GmbH-Recht* äussern müssen (meist erfolgt die Auseinandersetzung indirekt, beispielsweise im Bereich des Sozialversicherungsrechts) – dies dürfte sich wegen der Zunahme von GmbH und insbesondere als Folge des Inkrafttretens des total revidierten GmbH-Rechts in den nächsten Jahren ändern.

Die im vorgestellten Urteil erwähnte *sozialversicherungsrechtliche* Praxis zur Verweigerung von Arbeitslosengeldern an Personen mit *arbeitgeberähnlicher* Stellung ist seit langem bekannt (analog bei AG z.B. in BGE 123 V 234) – das Bundesgericht hielt in anderer Sache mit Urteil vom 12. Januar 2007 fest: "Der Gesellschafter einer GmbH hat von Gesetzes wegen mangels anderslautender Regelung das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung (Art. 811 Abs. 1 altOR) und gilt daher als arbeitgeberähnliche Person ohne Anspruchsberechtigung" (BGE C 277/05 m.w.H. Erw. 3.3.).

Interessant beim kantonalen Entscheid erscheint immerhin die detaillierte GmbH-gesellschaftsrechtliche "Begründung" für die arbeitgeberähnliche Stellung eines 50%-Gesellschafters. Im Ergebnis ist dem Urteil ohne weiteres zuzustimmen. Bei GmbH sind weder die Geschäftsführung noch die Zeichnungsberechtigung ausschlaggebend. Vielmehr ergibt sich das *Blockadepotential* aus der massgeblichen (mindestens 20% und i.c. sogar 50% ausmachenden) Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft.

- *Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich, III. Kammer, AK.2007.00007 vom 9. Oktober 2007: Geschäftsführung*

*Haftungsumfang des Geschäftsführers:*

*Bei einer kleinen, gut überschaubaren GmbH haben sich alle Geschäftsführer periodisch über den Geschäftsgang zu informieren. Eine interne Kompetenzaufteilung hat daher keine haftungsbeschränkende Wirkung (i.c. für nicht-bezahlte Sozialversicherungsbeiträge).<sup>223</sup>*

*Sachverhalt*

Der Beschwerdeführer L. und der nicht am Verfahren beteiligte A. waren Geschäftsführer der G. GmbH. Ab dem 6. Juni 2005 war L. noch der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft. Bei der G. GmbH handelte es sich

---

<sup>223</sup> Zusammenfassung.

um ein Kleinunternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur und nur relativ wenigen Angestellten. Am 9. November 2005 wurde der Konkurs über die G. GmbH verfügt. Das Verfahren wurde in der Folge mangels Aktiven eingestellt.

Die Beschwerdegegnerin, die Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, machte gegenüber dem Beschwerdeführer Schadenersatz in der Höhe von CHF 14'002.15 geltend wegen für das Jahr 2005 ausstehenden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen. Die Höhe des geltend gemachten Schadenersatzes wurde vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogen.

Hingegen vertrat der Beschwerdeführer die Auffassung, dass er für den Schaden nicht haftbar gemacht werden könne, u.a. weil er im ersten Quartal des Jahres 2005 entstanden sei und zu diesem Zeitpunkt noch ein anderer Geschäftsführer, nämlich A., bei der G. GmbH tätig und dieser für die Ablieferung der Sozialversicherungsbeiträge zuständig gewesen sei. A. habe ihm bei seinem Ausscheiden aus der G. GmbH versichert, dass alle Rechnungen bezahlt gewesen seien. Überdies sei der Beschwerdeführer bloss für Public Relations und Werbung zuständig gewesen, wogegen A. alle geschäftsführenden Entscheidungen gefällt habe.

#### *Erwägungen*

Im Folgenden werden nur die gesellschaftsrechtlichen Erwägungen (vorwiegend Erw. 5.3.1) wiedergegeben. Die Erwägungen zu sozialversicherungsrechtlichen Aspekten spielen an dieser Stelle keine Rolle.

Das Sozialversicherungsgericht hielt fest, dass bei derart leicht überschaubaren Verhältnissen, wie sie im Falle der G. GmbH vorgelegen hätten, von jedem Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verlangt werden könne, dass er den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens habe.

Nach Art. 811 Abs. 1 altOR seien alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet, sofern nicht etwas anderes bestimmt sei. Die Vornahme einer bestimmten Arbeits- und Kompetenzaufteilung unter den verschiedenen Geschäftsführern sei durch das Gesetz nicht verboten. Hingegen würde die jeder Ge-

schäftsführung immanenten Überwachungs- und Kontrollpflichten auch in diesem Fall beim Gesamtgremium verbleiben. Aus diesem Grund habe sich jedes Geschäftsleitungsmitglied einer kleineren und gut überschaubaren GmbH periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigsten Geschäfte, welche nicht zu seinem primären Aufgabenbereich gehören, zu orientieren, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren und nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzugreifen (vgl. für die analoge Situation des VR einer AG: BGE 114 V 219, Erw. 4a, 223).

Der Beschwerdeführer drang daher mit seinen Vorbringen nicht durch. Das Sozialversicherungsgericht Zürich befand, dass es die Aufgabe des Beschwerdeführers gewesen sei, aktiv zu kontrollieren, ob die G. GmbH ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Beschwerdegegnerin nachkomme. Er hätte dabei nicht einfach darauf vertrauen dürfen, dass sein Co-Geschäftsführer alles korrekt erledige. Daher komme auch der Auseinandersetzung zwischen den Parteien, ob die Beitragsausfälle zu einem Zeitpunkt entstanden seien, als A. noch als Geschäftsführer der G. GmbH tätig gewesen sei, oder erst danach, keine Bedeutung zu.

Das Sozialversicherungsgericht hielt zusammenfassend fest, dass sich der Beschwerdeführer nicht mit der Begründung entlasten könne, für die eigentliche Geschäftsführung bzw. für den Verkehr mit der Ausgleichskasse sei A. zuständig gewesen, denn dies habe nichts an den Kontrollpflichten und der Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers geändert. Insbesondere hätte der Beschwerdeführer dafür sorgen müssen, dass die G. GmbH nur Löhne ausrichtet, für welche die Gesellschaft auch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge zu leisten imstande gewesen sei. Das Verhalten des Beschwerdeführers bzw. dessen Passivität sei daher adäquat kausal für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden und er sei zu Recht verpflichtet worden, Ersatz dafür zu leisten. Demzufolge wurde die Beschwerde abgewiesen (Erw. 6).

#### *Bemerkungen*

Die *sozialversicherungsrechtliche* Praxis bei Nicht-Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen ist ebenfalls bestens bekannt – bei Verwaltungsräten von AG gibt es zahlreiche Beispiele dafür (z.B. BGE 114 V 219). Ob-

wohl die gesetzlichen Grundlagen gegenüber dem Gesellschaftsrecht eigentlich "abgeschwächt" sind (bekanntlich ist leichte Fahrlässigkeit gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG sogar ausgeschlossen!), führt die Behördenpraxis zu einer *Art von Kausalhaftung*.

I.c. liegt indes kein unverständlicher Fall vor. Der verurteilte Geschäftsführer der GmbH hat offensichtliche Pflichtverletzungen begangen, so dass eine sozialversicherungsrechtliche Verantwortlichkeit leicht bejaht werden konnte. Das Urteil vermittelt eine äusserst lesenswerte *Übersicht zur Rechtslage* bei GmbH und ihren Geschäftsführern.

- *Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, BZ.2006.96 vom 29.06.2007: Geschäftsführung / Stellvertretung*

*Stellvertretung:*

*Auch wenn der Geschäftsführer einer GmbH bei der Unterschrift keinen Hinweis auf die Firma macht, kann er die Gesellschaft nach dem Recht der bürgerlichen Stellvertretung verpflichten. Die Vertretungswirkung tritt bereits dann ein, wenn für den Vertragspartner eine solche Stellvertretung erkennbar war.*<sup>224</sup>

*Sachverhalt*

Der Kläger führte eine Einzelfirma und bot Sicherheitsdienstleistungen aller Art an. Gegenüber dem Beklagten berief sich der Kläger auf eine Forderung aus Auftrag für die Gewährleistung des Verkehrsdienstes während des "Z-Events". Der Beklagte bestritt, persönlich jemals einen solchen Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen zu haben. Als Vertragspartei sei vielmehr die A-GmbH zu betrachten, was auch dem Kläger bekannt gewesen sei. Damit fehle es dem Beklagten an der Passivlegitimation.

Der Kläger wiederum machte geltend, er habe den Vertrag mit dem Beklagten persönlich bzw. mit der einfachen Gesellschaft "Z-Event"

---

<sup>224</sup> Zusammenfassung.



geschlossen. Zudem habe er gewusst, dass der Beklagte persönlich in wirtschaftlich guten Verhältnissen lebe, weshalb für den Kläger einzig in der Person und Bonität des Beklagten Kreditsicherheit für seine Vorleistungspflicht bestanden habe. Eine kurz zuvor gegründete GmbH mit einem minimalen Stammkapital von CHF 20'000.- hätte dem Kläger diese Sicherheit nicht ersetzen können, weshalb er eine solche GmbH als Vertragspartnerin nicht akzeptiert hätte.

#### *Erwägungen*

Der Beklagte war Gesellschafter und Geschäftsführer der A-GmbH und verfügte über die Zeichnungsberechtigung mit Einzelunterschrift. Gemäss Art. 815 Abs. 1 altOR hätten Geschäftsführer einer GmbH in der Weise zu zeichnen, dass sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen. Auch wenn sich der Beklagte im Rahmen seiner Geschäftsbeziehung mit dem Kläger nicht an diese Vorschrift gehalten habe, mithin also bei der Unterschrift der Hinweis auf die Firma fehlte, so könne gestützt auf das (bürgerliche) Stellvertretungsrecht gemäss Art. 32 Abs. 2 OR trotzdem eine Vertretungswirkung eintreten.

Entscheidend sei, dass das einzelzeichnungsberechtigte Organ dem Dritten gegenüber zu erkennen gibt, dass es nicht für sich persönlich, sondern für die Gesellschaft handelt. Die Vertretungswirkung träte auch ein, wenn der Vertragspartner aus den Umständen erkennen konnte, dass das Gesellschaftsorgan nicht für sich selber, sondern für die Gesellschaft gehandelt hat oder wenn es ihm gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschliesst. Die Beweislast liege beim Gesellschaftsorgan, das im Streitfall zu beweisen hat, dass es das Geschäft nicht für sich, sondern für die Gesellschaft abgeschlossen hat.

Vorliegend habe folglich der Beklagte, der seine Passivlegitimation bestreitet, zu beweisen, dass er den Kläger ausdrücklich auf seine Stellung als blossen Stellvertreter hingewiesen hat oder dass dies für den Kläger zumindest aus den Umständen erkennbar sein musste bzw. es diesem gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schloss. Als entscheidend erweise sich damit, wen der Kläger nach dem Vertrauensprinzip – aus dem Verhalten des Beklagten und den gesamten Umständen – als seinen Vertragspartner ansehen durfte und musste, d.h. wie er in guten Treuen und

unter Beachtung der Umstände das Auftreten des Beklagten interpretieren musste (Erw. III, 4).

Zusammenfassend gelangte das Kantonsgericht St. Gallen zur Auffassung, dass für den Kläger erkennbar gewesen sei, dass der Beklagte den Vertrag nicht für sich selbst, sondern für die A-GmbH abgeschlossen hat, womit die Vertragswirkungen unmittelbar bei dieser eingetreten seien. Dem Beklagten fehle es somit an der erforderlichen Passivlegitimation, weshalb die Klage abzuweisen sei (Erw. III, 6).

#### *Bemerkungen*

Die Ausführungen des Urteils haben *keine GmbH-spezifische Bedeutung*. Immerhin sollten sich die Praktiker in Erinnerung rufen, dass die eigentliche *Firmenunterschrift* bzw. deren Unterlassung nicht eo ipso gegen das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts mit der betroffenen Gesellschaft sprechen, wenn nämlich die Voraussetzungen des (bürgerlichen) Stellvertretungsrechts gegeben sind.

- *Urteil des Bundesgerichts 4A.509/2007 vom 28. Januar 2008: Verantwortlichkeit bei einer konkursiten GmbH*

#### *Schadensbemessung:*

*Benachrichtigt der Geschäftsführer im Falle einer Überschuldung den Richter zu spät, wird der Geschäftsführer für eine allfällige Vergrösserung der Verschuldung aufgrund der verspäteten Konkurserklärung haftbar. Der Schaden berechnet sich diesfalls nach dem Liquidationswert.<sup>225</sup>*

#### *Sachverhalt*

Die X. AG (Beschwerdeführerin) kaufte im Laufe des Jahres 1998 Geschäftsräumlichkeiten, die an die Z GmbH vermietet waren. Das Mietver-

---

<sup>225</sup> Zusammenfassung.

hältnis wurde nach dem Eigentumsübergang bis zum 31. Januar 2001 fortgeführt. A (Beschwerdegegner) war Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Z GmbH.

Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach vom 9. August 2001 wurde über die Z. GmbH der Konkurs eröffnet. Allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen an der Gesellschaftsgründung beteiligten und mit der Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen wurden inventarisiert und den Gläubigern unter Vorbehalt der Genehmigung des beantragten Verzichts durch die Konkursmasse zur Abtretung angeboten. Der Beschwerdeführerin wurde die Geltendmachung durch die Konkursverwaltung genehmigt.

Die Beschwerdeführerin warf dem Beschwerdegegner vor, dieser habe durch die Konkursverzögerung zulasten der Gesellschaft den Schaden vergrößert. Strittig war im Verfahren vor Obergericht, ob für die Schadensberechnung die Fortführungs- oder Liquidationswerte massgebend seien. Die Beschwerdeführerin bezichtigte das Obergericht, den Begriff des Schadens der Gesellschaft im Sinne von Art. 757 Abs. 1 OR verkannt zu haben, indem es für die Schadensberechnung anstelle der Fortführungswerte die Liquidationswerte für massgebend hielt.

#### *Erwägungen*

Auf den Fall fand das frühere Recht der GmbH (altOR), das vor dem 1. Januar 2008 gültig war, Anwendung (Erw. F.2.1).

Nach Art. 817 altOR i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR muss die Geschäftsführung im Falle der Überschuldung der Gesellschaft grundsätzlich den Richter benachrichtigen. Gemäss Art. 827 altOR i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR sind die Geschäftsführer u.a. der Gesellschaft für den Schaden verantwortlich, den sie durch vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Der Schaden, welcher der Gesellschaft dadurch entstanden ist, dass die Geschäftsführung den Richter zu spät benachrichtigt hat, entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Besteht der Schaden in der Vergrößerung der Verschuldung der Konkursitin, der durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist, ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der konkursiten Gesellschaft

mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte.

Da die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäss Art. 820 Ziff. 3 altOR durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst und die Liquidation nach den Bestimmungen des Konkursrechtes vorgenommen wird, kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass der Schaden nach dem Liquidationswert der Konkursitin zu berechnen sei. Dem Fortführungswert kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu (Erw. F.2.1).

#### *Bemerkungen*

Angesichts der geringen Zahl von GmbH-Urteilen wird hier ein Bundesgerichtsurteil erwähnt, das *anfangs 2008* ergangen ist – sozusagen also ein Ausblick auf die Rechtsprechung des aktuellen Jahres!

Bei einer konkursiten GmbH basiert der *Gesellschaftsschaden*, der mittels Verantwortlichkeitsklage gegen die Geschäftsführer geltend gemacht werden kann, nicht auf (a) dem sog. Fortführungswert als Vergleichswert, sondern – wie nunmehr feststeht – auf (b) dem sog. *Liquidationswert*. Der Liquidationswert ist zwar regelmässig kleiner als der Fortführungswert einer GmbH (und damit der Schaden grösser!), doch dies gilt nicht in jedem Fall: sollten nämlich erhebliche stille Reserven in der GmbH "versteckt" sein, kann sich die Situation gerade umkehren.

---

#### IV. Literatur

---



A. *Allgemeine Literatur*

1. AMMANN MARTIN/STREBEL MARIO: Die KMU-Bekanntmachung der Weko, sic! 2007, 228 ff.

Das *Kartellrecht* gehört zwar nicht zu den darzustellenden Rechtsmaterien dieser Publikation. Unbesehen dessen erscheint der anzuzeigende Aufsatz von *allgemeinem Interesse für KMU*, die – in der Wirtschaftsrealität – eben oftmals als Personengesellschaft oder als GmbH strukturiert sind.

KMU sind gut beraten, das Visier über (a) das *Gesellschaftsrecht* hinaus zu öffnen, also beispielsweise auch auf (b) das *Finanzmarktrecht*, auf (c) das *Steuerrecht* oder – wie i.c. – auf (d) das *Kartellrecht*.

2. ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (HRSG.): ENTWICKLUNGEN IM GESELLSCHAFTSRECHT II (BERN 2007).

Der Tagungsband verschafft einen guten Überblick über die *gesamten gesellschaftsrechtlichen* Rechtsentwicklungen, und zwar sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung. Die im Jahre 2007 bereits zum dritten Mal durchgeführte Tagung, deren Ergebnisse in diesem Jahr publiziert werden, hat sich erfolgreich zu etablieren vermocht.

3. BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich/Basel/Genf 2007).
4. BAUDENBACHER CARL (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. 9 (St. Gallen 2007).
5. BEELER ADOLF: AG, GmbH oder Einzelfirma?, Aktueller Ratgeber für den Unternehmer zur Wahl der richtigen Rechtsform (4. Aufl., Muri b. Bern 2007).

Vorwiegend für Praktiker von Interesse ist diese Publikation. Kurz, prägnant und für den *Nicht-Juristen verständlich* formuliert, bietet dieser Ratgeber Hilfe bei der Gründung von Gesellschaften an, wobei die drei Gesellschaftsformen hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen, der Vor- und Nachteile dargestellt werden. Die bereits 4. Auflage des Werkes berücksichtigt insbesondere die umfassenden Neuerungen im GmbH- und Revisionsrecht und kann daher auch zur Hand genommen werden, um einen kur-

zen Überblick über die entsprechenden gesetzlichen Änderungen zu gewinnen. Von besonderem praktischem Interesse dürften die verschiedenen *Checklisten* zur Gründung der entsprechenden Gesellschaften sein.

6. BÜHLMANN JÖRG R.: Besteuerung gewerblicher Tätigkeiten in der Schweiz (Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften einschliesslich Betriebsstätten), in: Jörg Weigell (Hrsg.): *Investitions- und Steuerstandort Schweiz* (2. Aufl., Bern 2007), 31 ff.

Der Beitrag gibt einen *kurzen Überblick* über die Besteuerung der "gewerblichen Tätigkeit" in der Schweiz. Dabei wird nebst der Besteuerung der selbständigen Erwerbstätigkeit der Teilhaber einer Personengesellschaft auch die Besteuerung von juristischen Personen und von Holding- und Domizilgesellschaften aufgezeigt. Es bleibt dabei allerdings bei einem kurzen Überblick – um sich vertiefte Kenntnisse anzueignen, führt kein Weg an steuerrechtlicher Spezialliteratur vorbei.

7. EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.): *Anlagerecht* (Bern 2007).

Dieser Tagungsband zur "Schweizerischen Bankrechtstagung 2007" zeigt nicht nur für Finanzmarktrechtler, sondern auch für Gesellschaftsrechtler *aktuelle Themengebiete* in der Rechtsanwendung (z.B. zu Retrozessionen) sowie in der Rechtsetzung (z.B. betreffend dem in Vorbereitung befindlichen Bucheffektengesetz BEG) auf.

8. FORSTMOSER PETER: *Wirtschaftrecht im Wandel, Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, Abschiedsrede vom 14. Dezember 2007*,  
<http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/forstmoser/abschiedsvorlesung.pdf> (besucht am 15.4.2008).

Die *Gedanken des "Altmeisters"* des Schweizer Gesellschaftsrechts beim Abschied von der Universität Zürich sind mit *besonderem Genuss* zu lesen. Es ist in jedem Fall zu hoffen (und wohl auch zu erwarten), dass Peter Forstmoser selbst nach seiner Emeritierung weiterhin aus dem *wissenschaftlichen (Un-)Ruhestand* von sich hören lässt!

9. FORSTMOSER PETER/STÖCKLI KATJA: *Entwicklungen im Gesellschafts- und im Wertpapierrecht*, SJZ 2007, 516 ff.



10. FORTSMOSER PETER/ZINDEL G. GAUDENZ/SPRECHER THOMAS/ABEGGLEN SANDRO/BAER JAKOB (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007).
11. GLANZMANN LUKAS: Gesellschaftsrecht, in: Baker & McKenzie (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich 2007), 25 ff.
12. HANDSCHIN LUKAS: Gesellschaftsrecht in a nutshell (Zürich/St. Gallen 2007).

Nach US-amerikanischem Vorbild wird hiermit ein sog. "nutshell" vorgelegt, das nicht allein von Studenten (wohl als Repetitorium) mit Gewinn herangezogen werden kann. Verschiedene *Abbildungen* erleichtern das visuelle Verständnis der Materie erheblich.

13. HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA/PEYER PATRIK R.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht; Fragen und Antworten – Leading Cases (Bern 2007).

Das vorliegende *umfangreiche Repetitorium* orientiert sich sowohl inhaltlich wie auch hinsichtlich des Aufbaus am Lehrbuch von Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, (10. Aufl., Bern 2007). Es ist aufgeteilt in zwei Teile, wobei im ersten und umfangreicheren Teil der Stoff des Lehrbuches anhand von zahlreichen Fragen und Antworten aufgearbeitet wird. Im zweiten Teil werden ergänzend die wesentlichsten *Entscheide des Bundesgerichtes* zu den einzelnen Themen wiedergegeben.

14. HASLER DANIEL: Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz (Diss. Bern 2007 = ASR 733).

Es ist zu erwarten, dass sich künftig viele *Personengesellschaften in Körperschaften umwandeln* werden – insbesondere aus Haftungsgründen z.B. von einer Kollektivgesellschaft in eine GmbH (bei der nun eben keine Gesellschafterhaftung mehr vorliegt). Eine solche Entwicklung würde bzw. wird die *Zukunft der Personengesellschaft* in Frage stellen.

Wer immer einen solchen (fusionsrechtlichen) Schritt in der Praxis erwägt, und dies dürften *viele KMU-Patrons* sein, um ihre Nachfolge zu regeln, kommt kaum um das Konsultieren dieser Dissertation herum,

die den Prozessablauf im Detail darstellt; es handelt sich um eine ausgezeichnete Arbeit eines ehemaligen Assistenten am IWR der Universität Bern (wobei der Unterzeichner der Zweitgutachter war).

15. HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (4. Aufl., Basel 2007).
16. KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EG, Überblick und Kommentar 2006/07 (Zürich/St. Gallen 2007).
17. KUNZ PETER V., Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht: ein erster Überblick, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 135 ff.

Der Autor gibt einen kurzen "*Tour d'Horizon*" über den aktuellen Rechtszustand im Bereich der Personengesellschaften. Etwas detaillierter eingegangen wird auf einige Spezialsituationen, insbesondere im Zusammenhang mit dem *Fusionsgesetz* und dessen Anwendbarkeit auf Personengesellschaften (S. 150 ff.). Der Autor spricht sich rechtspolitisch bzw. *de lege ferenda* für eine Haftungsbeschränkung bei den Personengesellschaften auf, sei es durch Zulassung einer schweizerischen "GmbH & Co. KG" (S. 156 f.) oder aber durch die Schaffung einer „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“ bzw. einer "PmbH" (S. 157) – diese Überlegungen werden im vorliegenden njus-Band erneut aufgenommen.

18. LENGAUER DANIEL/HOLDEREGGER MIRJAM/AMSTUTZ THERESE, Neuerungen im Gesellschafts- und Revisionsrecht 2007/2008, Zürich 2007.
19. LENGAUER DANIEL/ZWICKER STEFAN/REZZONICO GIOR-DANO (Hrsg.): Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007 (Zürich 2007).
20. MARXER FLORIAN: Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht (Diss Zürich 2007 = SSHW 263).

Diese Zürcher Dissertation bietet einen guten Überblick über die personalistische AG im *liechtensteinischen* Recht. Eine personenbezogene Unter-

nehmung in Form einer AG zu konstituieren, erfordert eine starke Gewichtung und Ausreizung *personalistischer* Elemente der AG – typischerweise in Form der Vinkulierung und der Aktionärbindungsverträge. Der Autor analysiert insbesondere diese beiden Rechtsinstitute und zeigt die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum schweizerischen Recht auf.

21. MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. Aufl., Bern 2007).

Auf dieses *Standardwerk* wurde bereits im letzten Jahre hingewiesen (MÜLLER, 46 f.). Längst hat sich dieses Werk zum eigentlichen *Klassiker* der Schweizer Gesellschaftsrechtsliteratur entwickelt – und eine baldige Ablösung scheint nicht in Sicht!

22. MÜLLER KARIN: Personengesellschafts- und GmbH-Recht – Entwicklungen 2006, mit Gesetzestext des neuen GmbH-Rechts im Anhang (Bern 2007).
23. NOBEL PETER: Europäisches Gesellschaftsrecht, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007 (Bern/Zürich 2007).
24. PLÜSS ADRIAN/KUNZ DOMINIQUE: Grundzüge des schweizerischen Gesellschaftsrechts, in: Jörg Weigell (Hrsg.): Investitions- und Steuerstandort Schweiz (2. Aufl., Bern 2007), 203 ff.
25. RIHAR PETRA: Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht (Diss. Luzern 2007 = LBR, Bd. 17).
26. RUEDIN ROLAND: Droit des sociétés (2. Aufl., Bern 2007).

Sowohl an Studenten wie auch an Praktiker wendet sich der Autor des Buches "Droit des sociétés" aus der Reihe "Précis de droit Stämpfli". Dem französischsprachigen Leser wird dabei auf rund 450 Seiten in knapper und übersichtlicher Form das *Schweizer Gesellschaftsrecht* erläutert. Abgerundet wird das Buch durch Ausführungen zur geschichtlichen Entwicklung des Gesellschaftsrechts und zu internationalen Aspekten. Daher ist das vorliegende Buch auch verdientermassen als das führende französischsprachige Werk im Bereich Gesellschaftsrecht zu bezeichnen.

27. ZÜRCHER FAUSCH NICOLE G.: Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen (Diss. St. Gallen 2007).

Diese Dissertation der Universität St. Gallen befasst sich mit einem aktuellen und praxisnahen Themenbereich. Eine Erwähnung an dieser Stelle wird insbesondere dadurch verdient, dass die Autorin die *Konkurrenzverbote* in verschiedenen Gesellschaftsformen im Detail abhandelt – somit also auch bei den einfachen Gesellschaften (S. 202 ff.), bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (S. 223 ff.) sowie schliesslich bei den GmbH (S. 238 ff.) – zu bedauern ist allerdings, dass sich die Dissertation aus dem Jahre 2007 vorwiegend mit dem früheren GmbH-Recht befasst (zur Neuordnung: S. 258 ff.).

*B. Spezialliteratur*

**1. Einfache Gesellschaft**

1. ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S.: Stimmbindung mit Aktionärsbindungsvertrag, Voting Trusts als Alternative, ST 2007, 474 ff.
2. BRAUN MARIA, Der Aktionärsbindungsvertrag, ius.full 2007, 46 ff.

Dieser kurze (zweiseitige) Aufsatz bietet insbesondere eine "Check-Liste", welche für Praktiker und (künftige) Aktionäre einer KMU-AG wertvolle Anhaltspunkte für die Ausgestaltung eines ABV liefert.

3. HAAB DIETER: Der Aktionärsbindungsvertrag, Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung, ST 2007, 383 ff.

Der Autor zeigt auf, dass der ABV gerade in Familienunternehmungen eine wichtige Alternative zu ehe- und erbrechtlichen Vorkehrungen bei der Nachfolgeregelung sein kann. Die Nachfolgeregelung mittels ABV bildet denn auch der Schwerpunkt dieses Aufsatzes.

## 2. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

1. DUC PABLO: Liquidation einer Kollektivgesellschaft nach Obligationenrecht, ST 2007, 986 ff.

Der vorliegende, lesenswerte Aufsatz legt sowohl die Eigenheiten der Liquidation einer Kollektivgesellschaft als auch allgemeine Grundsätze der Liquidation von Gesellschaften nach den Regeln des OR aus der Sicht eines Praktikers dar. Insbesondere für *Liquidatoren* bietet der Aufsatz zahlreiche und wertvolle Hinweise auf Stolpersteine, die eine Liquidation einer Kollektivgesellschaft mit sich bringen kann.

2. OBERHAMMER PAUL, Rechtsöffnung gegen den Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft aus Rechtsöffnungstiteln gegen die Gesellschaft? Zugleich ein nebensächlicher Beitrag zur Rechtssubjektivität der Kollektivgesellschaft, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.): Grundfragen der juristischen Person, FS für Hans Michael Riemer (Bern 2007) 243 ff.

Obwohl die Kollektivgesellschaft *kein Rechtssubjekt* ist, kann sie unter ihrer Firma Rechte erwerben. Was diese "Quasi-Rechtspersönlichkeit" für das Vollstreckungsrecht bedeutet, wird vom Autor für die Frage, "ob ein (definitiver oder provisorischer) Rechtsöffnungstitel gegenüber der Gesellschaft auch zur (wiederum: definitiven oder provisorischen) Rechtsöffnung gegen den einzelnen Gesellschafter im Rahmen seiner Haftung nach Art. 568 OR berechtigt" (S. 248), (auch rechtsvergleichend!) analysiert.

## 3. KkK

1. ABEGGLEN SANDRO: Kollektivanlagen, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 69 ff.
2. ANDERMATT ADRIAN: Die Swiss Limited Partnership – ein konkurrenzfähiges Investmentvehikel?, SJZ 2007, 481 ff.
3. BAKER & MCKENZIE ZÜRICH (Hrsg.): Recht der kollektiven Kapitalanlagen (Bern 2007).

4. DEN OTTER MATTHÄUS: Kollektivanlagerecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.): Anlagerecht (Basel 2007), 15 ff.
5. DEN OTTER MATTHÄUS: Das neue "KAG" – Fondsförderungsgesetz oder Anlegerschutzgesetz?, in: Nobel Peter (Hrsg.): Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Bern 2007), 55 ff.
6. DÖRIG ADRIAN, Das neue schweizerische Kollektivanlagengesetz, RIW 2007, 169 ff.
7. DU PASQUIER SHELBY/OBERSON XAVIER: La société en commandite de placements collectifs – aspects juridiques et fiscaux, SZW 2007, 207 ff.
8. FLATZ NATALIE: Die Totalrevision des schweizerischen Anlagefondsgesetzes aus dem Blickwinkel der Europakompatibilität und der Herausforderungen im globalen Wettbewerb, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts (Basel 2007), 165 ff.

Diese Publikation befasst sich mit der interessanten und aktuellen Frage, ob bzw. inwiefern das total revidierte Kollektivanlagenrecht *europakompatibel* ist – eine Fragestellung, die im Prinzip für den gesamten Bereich des schweizerischen Wirtschaftsrechts beantwortet werden muss.

Zu berücksichtigen sein wird in Zukunft, dass das Kollektivanlagenrecht (wie bereits früher das Anlagefondsrecht) einen *autonomen Nachvollzug von EU-Rechts* darstellt, was – schon früher erwähnt – auch Auswirkungen auf die Rechtsanwendung haben wird für Anlagefonds, für SICAV sowie für SICAF, aber nicht für KkK (mangels EU-Grundlage!).

9. GHANDCHI SCHMID JASMIN: Das neue Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) (Basel 2007).
10. GIGER MARCEL/HÄRTSCH THEODOR: Banken-, Anlagefond- und Börsenrecht, in: Baker & McKenzie (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2006/2007 (Zürich 2007), 45 ff.

11. HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.): Recht der Kollektiven Kapitalanlagen (Zürich 2007).
12. HILTPOLD ESTHER: MWST-Auswirkungen des Kollektivlagengesetzes, Leistungen von Finanzintermediären im Zusammenhang mit kollektiven Kapitalanlagen, ST 2007, 569 ff.

Der Aufsatz zeigt auf, wie die kollektiven Kapitalanlagen mehrwertsteuerrechtlich zu behandeln sind. Dabei knüpft die neue Regelung an die bisherige zum AFG an. Allerdings werden nun alle im KAG geregelten kollektiven Kapitalanlagen gleich behandelt, so dass neu auch die Umsätze der schweizerischen KkK und SICAV von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind<sup>226</sup>. Wichtig ist auch die Beachtung der Praxis der ESTV, welche die aktualisierte Branchenbroschüre Nr. 14 (Finanzbereich) am 2. September 2008 veröffentlichen will<sup>227</sup>.

13. HÜNERWADEL PATRICK: Neue Gesellschaftsformen im Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivlagengesetz), in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 281 ff.
14. JAEGER CHANTAL: Riflessioni sulla nuova legge sugli investimenti collettivi di capitale e sul suo impatto sul registro di commercio, REPRAX 1/2007, 20 ff.
15. KAPPELLE URS: Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK), gelöste und ungelöste Steuerfragen für Private-Equity- und Hedge-Fonds, in: IFF Forum für Steuerrecht, 122 ff.

Der Autor untersucht in seinem Beitrag verschiedene Steuerfragen im Zusammenhang mit der KkK. Er gibt dabei einen umfassenden Überblick über die Besteuerung der Gesellschaft, des Komplementärs, der Kommanditäre und der Fondmanager. Nebst den Bundessteuern (Gewinn- und Ka-

---

<sup>226</sup> Vgl. auch Wegleitung 2008 (610.525) der ESTV, gültig ab 1. Januar 2008, N 642, <http://www.estv.admin.ch/d/mwst/dokumentation/publikationen/pdf/610.525d.pdf> (Link am 15.4.2008 besucht).

<sup>227</sup> <http://www.estv.admin.ch/d/mwst/dokumentation/publikationen/bb.htm> (Link am 15.4.2008 besucht).

pitalsteuern resp. Einkommenssteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben und Mehrwertsteuer) befasst er sich auch mit ausländischen Quellensteuern und der EU-Zinsbesteuerung.

16. KÜNG JOSEPH: Steuerliche Neuerungen beim Kollektivanlagegesetz, *Anwaltsrevue* 2007, 26 f.

Dieser sehr kurze Einblick in die Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen mag dem interessierten Leser "Lust auf Mehr" machen und als Einstieg in die Thematik dienen. Weitergehendes Interesse kann dieser Aufsatz allerdings nicht befriedigen – eine Auseinandersetzung mit weiterführender Literatur wird unumgänglich sein.

17. NOBEL PETER (Hrsg.): Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Bern 2007).
18. RAYROUX FRANÇOIS: Federal Law on the Collective Placement of Capital, New Opportunities for the Swiss Investment Funds Market, *SZW* 2007, 48 ff.
19. REISSER THOMAS: Änderungen im Recht der kollektiven Kapitalanlagen, *ST* 2007, 278 ff.
20. VOGEL ALEXANDER/SCHÄR DANIEL: Die Kommanditgesellschaft nach KAG als Anlagevehikel für Private Equity, *ST* 2007, 479 ff.

Die KkK ist noch eine "Jungblüte" und somit in weiten Kreisen kaum bekannt oder sogar unbekannt. Eine kurze Übersicht zur KkK vermitteln die Autoren. Besonders interessant sind die Ausführungen im Bereich der steuerlichen Behandlung (S. 481 f.), auf die auch eigentliche Gesellschaftsrechtler nicht verzichten sollte.

21. VOGT THOMAS, Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen – neue Rechtsformen im Handelsregister, *REPRAX* 1/2007, 1 ff.

#### 4. GmbH

1. AMMANN MATTHIAS: Die Reform des schweizerischen GmbH-Rechts, *RIW* 2007, 735 ff.



2. BRECHBÜHL BEAT/EMCH DANIEL: Die neue GmbH als massgeschneidertes Rechtskleid für Joint Ventures, SZW 2007, 271 ff.

Dieser aufschlussreiche Aufsatz, der von *zwei Praktikern* der Berner (und neu: Zürcher) Wirtschaftsadvokatur verfasst wurde, befasst sich mit sog. *korporativen Joint Ventures* – bis anhin war die zugrunde liegende Gesellschaftsform meist die AG, doch die Autoren zeigen überzeugend auf, dass die GmbH fast noch "geeigneter" ist, um die individuellen Bedürfnisse am besten zu befriedigen (z.B. in Bezug auf Treuepflichten oder auf Konkurrenzverbote: S. 281). Gerade für Praktiker besonders interessant sind die abgehandelten typischen Joint-Venture-Klauseln (S. 272 ff.).

3. CHAPPUIS FERNAND, Bibliographie raisonnée du nouveau droit suisse de la Sàrl, 2008,  
<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0017.File.tmp/bibliografie-gmbh-f.pdf> (besucht am 15.4.2008).
4. CHAPPUIS FERNAND, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 2007, 85 ff.

Die sog. *Nachschusspflicht* bei GmbH gab es zwar schon bisher, doch mit der Neuordnung wurde sie teils umfassend überarbeitet. Nachschüsse können nunmehr nicht allein zur *Deckung eines Kapitalverlustes*, sondern ausserdem bei *Bedarf zusätzlicher Mittel* für die Geschäftsführung verlangt werden. Die Nachschusspflicht ergänzt die Finanzierungsmöglichkeit auf der Eigenkapitalebene. Diese erweiterten Möglichkeiten der Nachschusspflicht werden detailliert untersucht und dargestellt vom Autor, der die Rechtsberater auffordert, das "grössere Potential des neuen GmbH-Rechts zu Gunsten ihrer Klienten in der Praxis umzusetzen" (S. 92).

5. EIDG. HANDELSREGISTERAMT/EIDG. EXPERTENKOMMISSION FÜR DAS HANDELSREGISTER: *Musterstatuten GmbH*, 2007, REPRAX 3/2007, 25 ff.; auf dem Internet unter: [www.hrabe.ch/Merkblaetter/musterstatuten-tabelle-d.pdf](http://www.hrabe.ch/Merkblaetter/musterstatuten-tabelle-d.pdf) (besucht am 15.4.2008).

Wer eine GmbH gründen oder eine andere Gesellschaft in eine GmbH umwandeln will, ist gut beraten, auf die *Musterstatuten-GmbH* zurück zu

greifen. Es handelt sich dabei um 08.15-Situationen, die wohl in 90% aller Fälle vorliegen dürften.

Doch den im Gesellschaftsrecht spezialisierten Beratern – z.B. Rechtsanwälte, Notare, Treuhänder – geht die Arbeit natürlich nicht aus; *Anpassungen der Muster-Statuten* erscheinen für Sondersituationen unerlässlich (z.B. wenn GmbH, was in Zukunft vermehrt der Fall sein dürfte, als *Konzernuntergesellschaften* zum Einsatz kommen sollen).

6. FORSTMOSER PETER, Das neue Schweizer GmbH-Recht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizerischen Wirtschaftsrecht, (Zürich 2007), 29 ff.

In einem kurzen Überblick (15 Seiten) vermittelt der Autor die wichtigsten Änderungen des neuen GmbH-Rechts – gerade für "eilige Leser" als Einstiegshilfe besonders geeignet!

7. FORSTMOSER PETER/PEYER PATRIK R.: Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, SJZ 2007, 397 ff.
8. FORSTMOSER PETER/PEYER PATRIK R.: Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH (Fortsetzung), SJZ 2007, 429 ff.
9. JACCARD MICHEL/BARUH EROL: Capital-risque et financement par étapes (staged financing), De nouvelles perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl?, GesKR 2007, 280 ff.
10. KOLLER STEFAN: Aspekte der GmbH-Revision, in: Oliver Arter/Jörg Florian S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2007), 223 ff.

In die umfangreiche "Reihe" von hilfreichen Übersichten zum neuen GmbH-Recht gehört diese Darstellung, die 31 Seiten umfasst. Wirklich Neues wird zwar nicht geliefert, doch sind die Hinweise auf die übergangsrechtliche Ordnung (S. 250 ff.) für Praktiker interessant.

11. KUNZ PETER V.: Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen – Die GmbH (bzw. GoGh) als neuer "Superstar" im Gesellschaftsrecht?, Jusletter vom 30. April 2007.

12. MONTAVON PASCAL: *Abrégé de droit commercial* (Lausanne 2008).
13. MONTAVON PASCAL: *Droit suisse de la Sàrl* (Lausanne 2008).
14. NUSSBAUM MARTIN F./SANWALD RETO/SCHEIDEGGER MARKUS: *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht* (Bern 2007).
15. PASCUAL GEMA OLIVAR/ROTH ANDREA PETRA: *Organisation der GmbH gemäss revidiertem Recht, Kompetenzordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten*, ST 2007, 470 ff.
16. SIFFERT RINO/FISCHER MARC PASCAL/PETRIN MARTIN (Hrsg.): *Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)* (Bern 2008).

Seit einigen Jahren ist es schon fast zur Tradition geworden, dass *Zürcher Grosskanzleien* zu wichtigen wirtschaftsrechtlichen Erlassen eigentliche Kommentare herausgeben, und zwar *äusserst speditiv* – ein gelungenes Beispiel liegt bei diesem Kurz-Kommentarwerk vor.

### C. *Weitere Literatur*

#### 1. **Handelsregister**

1. BILEK EVA/VON DER CRONE HANS CASPAR: *Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006*, SZW 2007, 80 ff.
2. GLANZMANN LUKAS: *Die kleine Aktienrechtsrevision*, ZGBR 2007, 69 ff.

Meist wird nur über die anstehende "grosse" Aktienrechtsrevision berichtet – nicht ganz zu unrecht, wird doch durch dieses Revisionsvorhaben das Schweizer Aktienrecht im weitem Umfang neu gestaltet werden. Nicht zu

vergessen ist allerdings, dass *per 1. Januar 2008* auch eine "kleine" Aktienrechtsrevision erfolgt ist, die der Autor umfassend darstellt. Als Beispiele erwähnt: Möglichkeit zur Einpersonengesellschaft bei Körperschaften (und zwar bereits bei Gründung!), eingeschränkte Anwendung der Sachübernahmebestimmungen, Abschaffung der Qualifikationsaktie des VR sowie Abschaffung der Phantomaktien. Die fach- und sachkundigen Ausführungen des Autors sind ohne Zweifel wichtig und interessant gerade für KMU-Interessierte in der Rechtsform von AG.

3. KÄCH HANS-JAKOB: Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133 ff.
4. KLÄY HANSPETER, Vorsteher Eidg. HRA: Weisungen betreffend die Eintragung von Finanzkontrollen der öffentlichen Hand im Handelsregister, 12.10.2007; [http://www.hraar.ch/ger/forms\\_law/Weisung12102007.pdf](http://www.hraar.ch/ger/forms_law/Weisung12102007.pdf) (besucht am 15.4.2008).
5. LEHMANN PETER: Die "kleine Aktienrechtsrevision" (Teil 2) – Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, 20 ff.
6. VEYRASSAT JULIEN: Von der Eigendynamik des Handelsregistereintrages, ST 2007, 180 f.
7. VOGT THOMAS: Bundesgesetz über die Kollektiven Kapitalanlagen – Neue Rechtsformen im Handelsregister, REPRAX 1/2007, 1 ff.
8. ZINDEL GAUDENZ G.: Aktienrecht und Handelsregisterrecht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 53 ff.

## 2. Revision

1. ANNEN MICHAEL: Das neue Revisionsrecht, TREX 2007, 280 ff.

Per 1. Januar 2008 ist das neue Revisionsrecht in Kraft getreten. Der Autor des vorliegenden Aufsatzes beleuchtet die zahlreichen Neuerungen aus der

Sicht eines in der Praxis tätigen Wirtschaftsprüfers. Der Aufsatz vermittelt kurz und prägnant nur, aber immerhin einen ersten Überblick über die neuen Regelungen.

2. BAER JAKOB: Revision und Revisionsaufsicht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.): Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht (Zürich 2007), 45 ff.
3. CAMP RAPHAËL: Die Revisorengilden unter dem neuen Revisionsrecht, TREX 2007, 86 ff.
4. SCHNEIDER FRANK: Das neue Zulassungsverfahren im Revisionsbereich, TREX 2007, 276 f.

### 3. Anwalts-AG

1. ANWALTSKOMMISSION ZH: Anwalts-AG: Beschluss der Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Zürich vom 5.10.2006, Jusletter vom 15. Januar 2007.
2. GNOS URS P.: Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Anwalts-AG, REPRAX 2/2007, 1 ff.

Seit kurzem scheint es "en vogue" zu werden, dass sich *Anwaltskanzleien*, die bis anhin meist als *Kollektivgesellschaften* zu qualifizieren waren, aus Haftungsüberlegungen in Körperschaften ohne Gesellschafterhaftung (meist: AG) umwandeln; die Änderungen in den Standesrechten bzw. im Standesverständnis der Anwaltszunft waren Grundlage dazu. In dieser Publikation findet sich eine detaillierte "Handlungsanweisung".

3. GIANINI SIMONE: Strutture societarie e professione d'avvocato, in: Vertrauen, Vertrag, Verantwortung, FS für Hans Caspar von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2007, 469 ff.
4. KÜNG LUKAS: Anwalts-AG – Werdegang und erste Erfahrungen im Rahmen der Gründung der ersten Obwaldner Anwalts-AG, Jusletter vom 15. Januar 2007.
5. RÖMERMANN VOLKER: Anwalts-AG – Ein Zwischenruf aus Deutschland, Jusletter vom 15. Januar 2007.



---

## V. Schluss

---





Das Personengesellschaftsrecht einerseits sowie das GmbH-Recht andererseits befinden sich ganz offensichtlich *nicht im Zentrum* der wissenschaftlichen Auseinandersetzung der Schweizer Gesellschaftsrechtler – und doch lohnt es sich, das gesellschaftsrechtliche "KMU-Recht" nicht aus den Augen zu verlieren, weil es nämlich die *rechtliche Strukturgrundlage* der schweizerischen Wirtschaft darstellt.

Der Fokus im Gesellschaftsrecht liegt heutzutage indes mehr auf der *Rechtsetzung* als auf der Rechtsanwendung:

Das *GmbH-Recht* wird im Anschluss an seine kürzliche Totalrevision ohne Zweifel in den kommenden Jahren wachsende Prominenz gewinnen. Gerade im Wettbewerb um die "beste Gesellschaftsform" (u.a. für kleine und mittlere Unternehmungen) dürfte die GmbH *beste Karten* haben, und zwar sowohl gegen die AG im Kampf um die allgemeine "Spitzenposition" als auch gegen die Personengesellschaften bei der Auseinandersetzung um die "KMU-Trophy".

Das Schicksal der *Personengesellschaften* – gemeint: Kollektiv- sowie Kommanditgesellschaften – erscheint hingegen höchst ungewiss. Ohne gesetzgeberische Intervention zugunsten einer *Haftungsbegrenzung* der Gesellschafter wird die (ohnehin kleine) Zahl von Kollektivgesellschaften und erst recht von Kommanditgesellschaften *weiter sinken*. Ob der Gesetzgeber dem Modell einer GmbH & Co. KG oder dem Modell einer PmbH (oder auch beiden Modellen) folgt, spielt kaum eine Rolle – sofern gehandelt wird.

Die *Schaffung der KkK* bzw. der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, wodurch nach mehr als 70 Jahren der gesellschaftsrechtliche Numerus Clausus in der Schweiz wieder ergänzt wurde, könnte mindestens eine *konzeptionelle "Vorreiterrolle"* für eine Haftungsbegrenzung bei Personengesellschaften übernehmen. Doch die Bäume einer legislativen Lösung werden nicht in den Himmel wachsen.

Mittel- und langfristig scheinen sich ohnehin die *Körperschaften* gegenüber den Rechtsgemeinschaften durchzusetzen.

Positiv zu vermerken (gerade für die KMU) ist der *laufende Paradigmenwechsel zur Wirtschaftsform* – prototypisch im Fusionsgesetz zum Ausdruck gelangend; die Richtung einer *Zielorientiertheit an quantitativer Grösse bzw. qualitativer Bedeutung* der konkreten Gesellschaften

überzeugt ohne weiteres. Die Konturen eines KMU-Statuts werden ersichtlich. Weiter so!

Wer sich mit Personengesellschafts- und GmbH-Recht beschäftigt, kann nicht in der Urdomäne des Gesellschaftsrechts stehen bleiben. Zu berücksichtigen sind nicht zuletzt *gesellschaftsrechtliche "Grenzgebiete"* – wie z.B. das Revisionsrecht oder das Finanzmarktrecht.

Hierbei dürfen die Augen nicht verschlossen werden vor möglichen *Überforderungen* – und zwar für Rechtssetzer und Rechtsanwender gleichermaßen! – durch zahlreiche OR-Revisionen (beispielsweise inklusive HRegV) oder durch verschiedene Spezialgesetze (z.B. FusG). Dass der zunehmende *legislative "Ad hoc-ismus"* nicht weiterhilft, versteht sich wohl ohne detaillierte Begründung.

Bei Aktiengesellschaften im Allgemeinen sowie bei Publikums- gesellschaften im Besonderen findet seit Jahren eine *faktische internationale Rechtsangleichung* statt. Mit etwas Verzögerung scheint dies – mindestens auf EU-Ebene mit der EPG – allmählich ebenfalls bei KMU der Fall zu sein. Nachdem es bei den GmbH und bei den Personengesellschaften allerdings (noch) *keinen autonomen Nachvollzug von EU-Recht* gibt, steht dessen Folge (sc. eine europarechtskonforme Auslegung des GmbH- sowie des Personengesellschaftsrechts) *nicht* zur Diskussion.

Doch es gibt sowohl für Praktiker als auch für Theoretiker *noch genügend zu tun* innerhalb der eigenen Landesgrenzen – packen wir es an!

PVK

---

## VI. Anhang