
Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick

PETER V. KUNZ¹

Inhaltsverzeichnis

Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick	135
1. Einleitung.....	136
1.1 Vorbemerkungen.....	136
1.1.1 Gesellschaftsrecht im Allgemeinen.....	136
1.1.2 Flaute im Personengesellschaftsrecht?	137
1.1.3 Aufbau der Darstellung	139
1.2 Realien zu den Personengesellschaften	139
1.2.1 Quantitative Dimension.....	139
1.2.2 Qualitative Dimension.....	140
2. Ausgewählte Aspekte	141
2.1 Übersicht zu den Gesellschaftsformen	141
2.1.1 Kaufmännische Unternehmung als Abgrenzung	141
2.1.1.1 Grundprinzip	141
2.1.1.2 Sonderfall der kaufmännischen einfachen Gesellschaft	143
2.1.2 Einfache Gesellschaften	144
2.1.3 Kollektivgesellschaften	145
2.1.4 Kommanditgesellschaften	147
2.2 Situation de lege lata	148
2.2.1 Rechtsprechung	148
2.2.2 Doktrin	149
2.2.3 Spezielsituation 1: Fusionsgesetz (FusG).....	150
2.2.3.1 Bedeutung	150
2.2.3.2 FusG-Transaktionen	150
2.2.3.3 KMU-Privilegierungen.....	152
2.2.4 Spezielsituation 2: Privatbankiers	153
2.2.4.1 Tatsächliches	153
2.2.4.2 Rechtliches	154
2.3 Situation de lege ferenda.....	155

¹ Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Fürsprecher, LL.M. (Georgetown University Law Center, Washington, D.C.) ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern und amtiert als Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (IWR): www.iwr.unibe.ch. Der Aufsatz wurde Mitte September 2006 abgeschlossen. Ich bedanke mich für die rat- und tatkräftige Unterstützung bei Herrn Fürsprecher SAMUEL JOST, Assistent an meinem Lehrstuhl am IWR.

2.3.1	Ruhe vor dem Sturm?.....	155
2.3.2	Weitere Haftungsbeschränkungen bei Personengesellschaften – zwei gesetzgeberische Modelle	156
2.3.2.1	Modell einer „GmbH & Co. KG“.....	156
2.3.2.2	Modell einer „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“ (PmbH).....	157
2.3.2.3	Folgerungen	157
2.4	Kollektivanlagengesetz (KAG)	158
2.4.1	Neuerungen bei den Kapitalgesellschaften.....	158
2.4.2	Neuerung bei den Personengesellschaften: Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen	159
3.	Schlussbemerkungen.....	161
	Literaturverzeichnis	163

1. Einleitung

1.1 Vorbemerkungen

1.1.1 Gesellschaftsrecht im Allgemeinen

Das *Schweizer Wirtschaftsrecht* gewinnt laufend an Bedeutung². Nebst dem Kapitalmarktrecht gehört das Gesellschaftsrecht zu den aktuellsten Materien dieses Rechtsgebiets. Zahlreiche *Gesetzesrevisionen* (z.B. das Börsen- und Effektenhandelsgesetz [BEHG] aus den Jahren 1997/1998 oder das Fusionsgesetz [FusG]³ aus dem Jahre 2004) wurden gerade in den letzten Jahren bzw. sogar Monaten⁴ verabschiedet; der legislatorische Umbruch im *Gesellschaftsrecht* begann anfangs der 1990er-Jahre und dauert weiterhin an⁵.

Gesetzgeberische Aktivitäten führen zwangsläufig zu Folgen bei der Rechtsanwendung. Wichtige *Urteile* (v.a. des Bundesgerichts) zum Gesellschaftsrecht – meist Themen entweder des Gläubigerschutzes oder des Minderheitenschutzes betreffend – sind in den letzten Jahren ergangen.

² Allgemeine Einführung zur Thematik des *Wirtschaftsrechts*: GIRSBERGER/FURRER/ KRUMMENACHER, I ff.

³ SR 221.301; <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/221.301.de.pdf>; statt aller: KUNZ, Fusionsgesetz, 185 ff.

⁴ Bereits die *Schlussabstimmungen* in den Eidgenössischen Räten erlebt haben z.B. die folgenden *OR-Revisionen* (heute noch nicht in Kraft): (i) Revision des *GmbH-Rechts*; (ii) *Revisionspflicht* bei Gesellschaften (vgl. dazu hinten 1.1.2); (iii) *Transparenzpflicht* betreffend Vergütungen an VR- und GL-Mitglieder von Publikumsgesellschaften.

⁵ Detaillierte *Übersicht*: KUNZ, Umbruch, 145 ff.

Ausserdem hat sich zu verschiedenen (börsen-)gesellschaftsrechtlichen Fragen eine *Behördenpraxis* der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) sowie der Übernahmekommission (UEK) ergeben.

Im schweizerischen Gesellschaftsrecht – wie übrigens in den meisten ausländischen Rechtsordnungen – wird zwischen dem *Kapitalgesellschaftsrecht* einerseits und dem *Personengesellschaftsrecht* andererseits unterschieden⁶. In der Lehre an den Universitäten, in der Forschung der Doktrin und schliesslich in der Praxis dominieren zwar in aller Regel die sog. *Kapitalgesellschaften* (v.a. die AG und die GmbH); m.E. bedeutet dies indes nicht, dass bei den sog. *Personengesellschaften* (d.h.: einfache Gesellschaften, Kollektivgesellschaften sowie Kommanditgesellschaften)⁷ eine Flaute herrschen würde⁸.

1.1.2 Flaute im Personengesellschaftsrecht?

Die *Personengesellschaften* sind in der Schweiz die *Stiefkinder* der Gesellschaftsformen. Zumindest quantitativ gehören sie nicht zu den bedeutsamen Gesellschaften⁹, und *unbestreitbare Vorzüge* der Personengesellschaften (z.B. die Flexibilität der Gestaltung, die grundsätzliche Formfreiheit, die tiefen Kosten bei der Gründung sowie die hohe Rechtssicherheit) werden durch *grosse Nachteile* (v.a. die persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden)¹⁰ in der Praxis wieder „ausgeglichen“.

Die Skala könnte sich m.E. in Zukunft zugunsten der Personengesellschaften bewegen: Das Gesellschaftsrecht sieht ab dem kommenden Jahr eine *allgemeine Revisionspflicht* vor, und zwar nur für die Körperschaften¹¹. Die Personengesellschaften werden – wie bis anhin¹² (und entgegen

⁶ Grundlegend: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 2 ff.; zudem: KUNZ, Minderheitenschutz, § 2 N 6.

⁷ Statt von *Personengesellschaften* kann von *Rechtsgemeinschaften* gesprochen werden, die sich grundlegend von den Kapitalgesellschaften (bzw. den Körperschaften) unterscheiden: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 55 ff. m.w.H.; WEBER, 55 ff.

⁸ Vgl. dazu hinten 1.1.2 sowie 2.3.

⁹ Vgl. dazu hinten 1.2.1.

¹⁰ Eine allfällige Verstärkung *de lege ferenda* für die Personengesellschaften muss m.E. deshalb beim zentralen Nachteil – d.h. beim *Haftungsrisiko* – ansetzen, wobei *zwei Lösungsmodelle* im Vordergrund stehen: vgl. dazu hinten 2.3.2.

¹¹ Botschaft zur Revision 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.; auf dem Internet:

dem nicht weiterverfolgten RRG-Entwurf [Gesetz über Rechnungslegung sowie Revision]) – auch in Zukunft von einer *Revisionspflicht befreit* bleiben¹³, was eine Attraktivitätssteigerung mit sich bringen könnte.

Der „*Allgemeine Teil*“ des Personengesellschaftsrechts¹⁴ gibt eigentlich seit Jahren oder sogar Jahrzehnten kaum Anlass zu heftigen Diskussionen. Nicht vergessen werden darf hingegen, dass des Weiteren ein „*Besonderer Teil*“ des Personengesellschaftsrechts besteht, d.h. es gibt zahlreiche *gesellschaftsrechtliche (Spezial-)Gesetze*, die im Zusammenhang mit den Personengesellschaften zu berücksichtigen sind, also etwa (i) das Fusionsrecht¹⁵, (ii) das Bankenrecht¹⁶ für Privatbankiers sowie (iii) das (künftige)¹⁷ Rechnungslegungsrecht¹⁸ – von einer *Flaute* im Personengesellschaftsrecht kann sicherlich *nicht die Rede* sein¹⁹.

www.admin.ch/ch/d/ff/2004/3969.pdf; zum *verabschiedeten* OR-Text nunmehr: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf>.

¹² Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften sind zwar *buchführungspflichtig*, unterstehen aber *de lege lata keiner Revisionspflicht*: Art. 957 OR i.V.m. Art. 934 OR, Art. 552 f. OR sowie Art. 594 Abs. 3 OR.

¹³ BBl 2004 3996: „Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft haben jederzeit die Möglichkeit, sich über den finanziellen Zustand der Gesellschaft zu informieren (...). Eine Revision ist daher im internen Verhältnis nicht erforderlich. Aber auch im Aussenverhältnis drängt sich die Einführung einer Revisionspflicht nicht auf“.

¹⁴ Art. 530 ff. OR sowie Art. 552 ff. OR sowie Art. 594 ff. OR: vgl. dazu hinten 2.1.

¹⁵ Vgl. dazu hinten 2.2.3.

¹⁶ Vgl. dazu hinten 2.2.4.

¹⁷ Das Aktien- und das *Rechnungslegungsrecht* sollen in naher Zukunft *grundlegend überarbeitet* werden; bis Ende Mai 2006 lief bekanntlich eine entsprechende Vernehmlassung: <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf> (Vorentwurf); <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf> (Begleitbericht zum Vorentwurf); zahlreiche Vorschläge im Bereich der *Rechnungslegung* stehen in der *Kritik* und dürften m.E. wesentlich revidiert werden im Hinblick auf die Botschaft des Bundesrats (frühestens Ende 2007 zu erwarten).

¹⁸ Die *Pflicht zur Rechnungslegung* wird – wie bis anhin (VON STEIGER, 492 ff.) – *rechtsformunabhängig* bleiben und hängt von der *HR-Eintragungspflicht* ab, d.h. auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften fallen darunter (Details dazu: Begleitbericht a.a.O., 98).

¹⁹ Dies gilt insbesondere *de lege ferenda*: vgl. dazu hinten 2.3.

1.1.3 Aufbau der Darstellung

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit den einfachen Gesellschaften, den Kollektivgesellschaften sowie den Kommanditgesellschaften, wie sie unter dem *geltenden Recht* geregelt werden²⁰; da es jedoch *nur wenige Aktualitäten* gibt, erfolgen eher kurz gehaltene Hinweise. Ein besonderes Augenmerk wird auf zwei wenig bekannte Aspekte gelegt, nämlich auf die Personengesellschaften unter dem *Fusionsgesetz* einerseits²¹ sowie auf die *Privatbankiers*, die als Personengesellschaften organisiert sind, andererseits²².

Gesetzgeberische Sturmböen fegen seit einiger Zeit über das Kapitalgesellschaftsrecht hinweg. Im Personengesellschaftsrecht regt sich vorerst (noch) wenig, doch dies könnte sich in Zukunft ändern. Aus diesem Grund werden *de lege ferenda* zwei mögliche Gesetzesänderungen diskutiert, die interessant sein könnten (und beide die Haftungsrisiken betreffen), nämlich die sog. „*GmbH & Co. KG*“ einerseits²³ sowie die sog. „*PmbH*“ andererseits²⁴. Während die Zukunft dieser legislativen Modelle unsicher ist, wird die sog. *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* schon in Kürze zur Realität werden²⁵.

1.2 Realien zu den Personengesellschaften

1.2.1 Quantitative Dimension

Per 15. September 2006 waren (i) 14'328 *Kollektivgesellschaften* sowie (ii) 2'602 *Kommanditgesellschaften* in den Handelsregistern (HR) der Schweiz eingetragen²⁶. Demgegenüber waren mit gleichem Stichdatum total 174'894 AG sowie 89'869 GmbH registriert, d.h. die *registrierten* Personengesellschaften sind *quantitativ relativ bedeutungslos* im Vergleich zu den Körperschaften (*weniger als 7 % darstellend*)²⁷²⁸.

²⁰ Vgl. dazu hinten 2.1.2-2.1.4.

²¹ Vgl. dazu hinten 2.2.3.

²² Vgl. dazu hinten 2.2.4.

²³ Vgl. dazu hinten 2.3.2.1.

²⁴ Vgl. dazu hinten 2.3.2.2.

²⁵ Vgl. dazu hinten 2.4.2.

²⁶ Die Zahlen sind ohne weiteres zugänglich: www.zefix.ch.

²⁷ Dass sich die Bedeutung der Personengesellschaften für die Schweizer Wirtschaft nicht allein aus der quantitativen Dimension ergibt, zeigt sich z.B. bei den *Privatbankiers*, die für den Finanzplatz nicht unterschätzt werden sollten: vgl. dazu hinten 2.2.4.

Dabei *nicht berücksichtigt* sind allerdings (iii) die *einfachen* Gesellschaften²⁹, (iv) die im HR *nicht eingetragenen Kollektivgesellschaften* sowie (v) die im HR *nicht eingetragenen Kommanditgesellschaften*; die einfachen Gesellschaften können überhaupt nicht eingetragen werden im HR³⁰, und die *kaufmännischen* Kollektiv- und Kommanditgesellschaften entstehen bereits vor der HR-Eintragung³¹. Folglich kommen zu den oben erwähnten Zahlen zahlreiche einfache Gesellschaften³² sowie eintragungspflichtige, nicht registrierte Personengesellschaften³³ dazu, was die quantitative Bedeutung *vergrössert*.

1.2.2 Qualitative Dimension

Die Personengesellschaften mögen zwar quantitativ relativ bedeutungslos sein³⁴, anders sieht es indes unter *qualitativen* Aspekten aus. Die Personengesellschaften – insbesondere die kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften – stellen nämlich den *Idealtypus* für kleine und mittlere Unternehmen (KMU)³⁵ dar, und diese machen einen zentralen Teil der Schweizer Wirtschaft aus, die nicht nur aus SMI-Gesellschaften besteht³⁶.

²⁸ Immerhin erweisen sich die Personengesellschaften als *qualitativ bedeutsam*: vgl. dazu hinten 1.2.2.

²⁹ Es dürfte *sehr viele* einfache Gesellschaften in der Praxis geben, weil dieser Gesellschaftsform – nicht zuletzt als Subsidiär- bzw. als „Auffanggesellschaft“ (Art. 530 Abs. 2 OR) – ein *breiter Anwendungsbereich* zukommt; ausführlicher: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 8/N 99 ff.; VON STEIGER, 334 ff.; HANDSCHIN, Systematik, 437 f.; BasK-HANDSCHIN, N 1 zu Art. 530 OR.

³⁰ Die einfachen Gesellschaften sind zur HR-Eintragung *weder berechtigt noch verpflichtet*: BGE 79 I 179 ff.; zudem: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 61 m.w.H.: vgl. dazu hinten 2.1.2.

³¹ Vgl. dazu hinten 2.1.3/2.1.4.

³² Die Bedeutung der einfachen Gesellschaften ist in der Praxis „ausserordentlich gross“: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 99.

³³ Dabei handelt es sich ausschliesslich um *kaufmännische* Personengesellschaften; *nicht-kaufmännische* Personengesellschaften sind *vor der HR-Eintragung inexistent*.

³⁴ Vgl. dazu vorne 1.2.1.

³⁵ Es gibt *keine Legaldefinition für KMU*; immerhin werden KMU nun im Zusammenhang mit dem FusG teilweise geregelt: vgl. dazu hinten 2.2.3.3; zudem: KUNZ, Fusionsgesetz, 210 ff.

³⁶ Die Personengesellschaften können *keine Publikumsgesellschaften* sein, denn sie verfügen über keine „Beteiligungspapiere“, die kotiert werden könnten (insofern werden sie nicht einmal explizit ausgeschlossen, anders als z.B. die Anteile an einer GmbH: http://www.swx.com/admission/listing_de.html); an den beiden schweizerischen Börsen – also an der SWX Swiss Exchange und an der BX Berne eXchange – sind heute,

Die *Gesellschaftsform der GmbH* konkurriert nun aber mit den Personengesellschaften um diesen „KMU-Status“, und tatsächlich dürften die Ersteren den faktischen „Vorsprung“ der Letzteren durch die jüngste OR-Revision³⁷ nahezu wettmachen. Wie sich der Wettlauf in der Praxis entwickeln wird, werden wohl erst die nächsten Jahre zeigen – m.E. haben die Personengesellschaften indes überhaupt nur dann eine Chance zu bestehen, wenn im *Haftungsbereich legislative Anpassungen* vorgenommen werden³⁸.

Die Personengesellschaften sind von Bedeutung im Zusammenhang mit dem FusG³⁹, hingegen bedeutungslos in Bezug auf ein klassisches „Modethema“ des aktuellen Gesellschaftsrechts, nämlich bei der sog. „Corporate Governance“; die „Corporate Governance“⁴⁰ erscheint ohnehin bei KMU als relativ bedeutungslos⁴¹ – bei den Personengesellschaften umso mehr, weil bei diesen Gesellschaftsformen der *Minderheitenschutz* (und dies ist im Prinzip der „alte“ Terminus für „Corporate Governance“) *stark ausgeprägt* erscheint⁴².

2. Ausgewählte Aspekte

2.1 Übersicht zu den Gesellschaftsformen

2.1.1 Kaufmännische Unternehmung als Abgrenzung

2.1.1.1 Grundprinzip

Die Begriffe „kaufmännisches Unternehmen“ einerseits sowie „Gesellschaft“ andererseits sind *keine Synonyme*. Vielmehr verfolgt die Gesellschaft ihren (wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen) *Zweck* meist

soweit ersichtlich, ausschliesslich *Aktien von AG* kotiert (bis vor einigen Jahren waren noch die Beteiligungspapiere einer *Kommandit-AG*, nämlich der „Bank Sarasin & Cie. AG“, sowie einer *Genossenschaft*, nämlich der „Rentenanstalt“ bzw. „Swisslife“, kotiert).

³⁷ Vgl. dazu vorne 1.1.1.

³⁸ Vgl. dazu hinten 2.3.

³⁹ Vgl. dazu hinten 2.2.3.

⁴⁰ Allg.: KUNZ, Corporate Governance, 471 ff.

⁴¹ Hierzu: FORSTMOSER, 475 ff.; NOBEL, Corporate Governance, 325 ff.; BURKHALTER.

⁴² Im Vordergrund als Schutzmechanismus bei den Personengesellschaften steht das sog. *Einstimmigkeitsprinzip*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 2 N 9 ff.

durch das *Mittel* des kaufmännischen Unternehmens⁴³. Das Gesetz umschreibt das sog. *kaufmännische Unternehmen* als Tatbestandselement der HR-Eintragungspflicht, und zwar als „Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“ (Art. 934 Abs. 1 OR)⁴⁴.

Ein kaufmännisches Unternehmen ist bei *allen Gesellschaftsformen* möglich (und stellt sogar den Regelfall dar), wobei der Sonderfall der einfachen Gesellschaften zu berücksichtigen ist⁴⁵. Die Kollektivgesellschaften sowie die Kommanditgesellschaften – idealtypischerweise auf Dauer angelegt – *dürfen zwar, müssen aber nicht* ein kaufmännisches Unternehmen führen.

Das kaufmännische Unternehmen ist zentral im Hinblick auf die *Gesellschaftsentstehung*: (i) Die *kaufmännischen* Kollektiv- und Kommanditgesellschaften entstehen nämlich bereits mit der entsprechenden Willenseinigung der Beteiligten, d.h. *ohne HR-Eintragung* (Art. 552 OR bzw. Art. 594 OR); (ii) die *nichtkaufmännischen* Kollektiv- und Kommanditgesellschaften werden hingegen erst *mit HR-Eintragung* gegründet (Art. 553 OR bzw. Art. 595 OR). Abhängig davon, ob ein kaufmännisches Unternehmen vorliegt oder nicht, kommt also der HR-Eintragung eine *unterschiedliche Bedeutung* zu⁴⁶.

Des Weiteren muss differenziert werden zwischen der *Eintragung* im HR sowie der *Eintragungspflicht* im HR. Während das Fusionsrecht teils die *real erfolgte* HR-Eintragung als massgeblich betrachtet⁴⁷, setzen die gesellschaftsrechtlichen Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten bei der *Pflicht* zur HR-Eintragung an⁴⁸, d.h. buchführungs- bzw. rech-

⁴³ Einleitend: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 1 ff., v.a. N 35 ff.; die kaufmännische Unternehmung ist m.a.W. sozusagen *Mittel zum Zweck*.

⁴⁴ Die Details sind auf Verordnungsstufe geregelt: Art. 52 ff. HRegV; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 55, schlagen folgende *Definition* vor: „Das kaufmännische Unternehmen lässt sich somit umschreiben als ein selbständiger, organisierter Geschäftsbetrieb, der sich regelmässig mit dem Handel oder der Fabrikation von Gütern beschäftigt oder eine andere, die Berücksichtigung kaufmännischer Grundsätze erfordernde Tätigkeit verfolgt“; zudem: WEBER, 19 f.

⁴⁵ Vgl. dazu hinten 2.1.1.2.

⁴⁶ Die HR-Eintragung ist nur *deklaratorisch* bei den *kaufmännischen* Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften (Art. 552 Abs. 2 OR bzw. Art. 594 Abs. 3 OR); BGE 124 III 364 Erw. 2a; anders verhält es sich bei den *nichtkaufmännischen* Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften, die für die *Entstehung* eine HR-Eintragung benötigen, d.h. die Eintragung ist *konstitutiv* (Art. 553 OR bzw. Art. 595 OR).

⁴⁷ Vgl. dazu hinten 2.2.3.2.

⁴⁸ Vgl. dazu vorne 1.1.2.

nungslegungspflichtig sein können ebenfalls nicht im HR eingetragene Personengesellschaften, die HR-pflichtig sind.

2.1.1.2 Sonderfall der kaufmännischen einfachen Gesellschaft

Einen eigentlichen Sonderfall stellen die *einfachen Gesellschaften* dar, die nach wohl h.M.⁴⁹ *kein kaufmännisches Unternehmen* betreiben können. Dieses Verbot ergibt sich insofern mittelbar aus dem Gesetz, als Art. 934 Abs. 1 OR eine HR-Eintragungspflicht für die kaufmännischen Unternehmungen vorsieht – einfache Gesellschaften sind indes *weder berechtigt noch verpflichtet* zur Eintragung im HR⁵⁰, d.h. ihnen bleibt folglich das Führen eines kaufmännischen Unternehmens verunmöglicht.

Als *Ausnahmen* werden nichtsdestotrotz in der Praxis sog. *kaufmännische einfache Gesellschaften* geduldet⁵¹, und zwar in erster Linie bei der Beteiligung mindestens einer *juristischen Person*⁵²; bei einer solchen Duldung kann im HR zwar die einfache Gesellschaft nicht registriert werden, hingegen werden die *einzelnen Gesellschafter persönlich* eingetragen⁵³. In der Doktrin ist *umstritten, welche Regeln* auf solche kaufmännische einfache Gesellschaften anwendbar sind⁵⁴ – dazu einige vorläufige Gedanken:

(i) Die Kollektivgesellschaften und die Kommanditgesellschaften sind *keine juristischen Personen* (wie z.B. die AG oder die GmbH)⁵⁵, nähern sich diesen – infolge einer gewissen externen Verselbständigung – aber an⁵⁶. (ii) Eine *vergleichbare Annäherung* findet bei den kaufmännischen einfachen Gesellschaften gegenüber den Kollektiv- und den Kommanditgesellschaften statt⁵⁷. Dieser Umstand sowie das Erfordernis der Verkehrssicherheit sollten m.E. im *Aussenverhältnis* bei kaufmännischen ein-

⁴⁹ Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 61 sowie § 12 N 26; zudem: ZR 1994 Nr. 41, 156 f. m.w.H.; HANDSCHIN, Systematik, 439.

⁵⁰ Vgl. dazu vorne 1.2.1.

⁵¹ Übersicht: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 64 ff. m.w.H.; HANDSCHIN, Gesellschaften, 31 ff.

⁵² Wenn eine *juristische Person* beteiligt ist, ist – im Hinblick auf ein kaufmännisches Unternehmen – die *Kollektivgesellschaft* (noch) *ausgeschlossen*, weil an dieser gemäss Art. 552 OR einzig *natürliche* Personen beteiligt sein dürfen; in dieser Konstellation bleibt folglich *keine Alternative zur einfachen Gesellschaft*.

⁵³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 64.

⁵⁴ Grundlegend: HANDSCHIN, Gesellschaften, 31 ff.

⁵⁵ Zu den *juristischen Personen*: WEBER, 1 ff.; die *einfachen Gesellschaften* sind ebenfalls *keine juristischen Personen*: BasK-HANDSCHIN, N 6 zu Art. 530 OR.

⁵⁶ Vgl. dazu hinten 2.1.3/2.1.4.

⁵⁷ Hierzu: HANDSCHIN, Gesellschaften, 31 ff. m.w.H.

fachen Gesellschaften das *Recht der Kollektivgesellschaften* zur Anwendung bringen⁵⁸.

2.1.2 Einfache Gesellschaften

Im Rahmen der vorliegenden Darstellung, die keine Gesamtübersicht anstrebt, soll einzig auf einige wenige Aspekte verwiesen werden⁵⁹. Die Auswahl ist subjektiv und bedarf der künftigen Vertiefung an anderer Stelle.

Die *einfachen* Gesellschaften⁶⁰ sind – systematisch etwas überraschend – bei den „einzelnen Vertragsverhältnissen“ in *Art. 530 ff. OR* geregelt⁶¹. Obwohl es sich nicht um einen Vertrag, sondern um eine Gesellschaft handelt, fehlt deren typische Verselbständigung, so dass – vorbehaltlich der kaufmännischen einfachen Gesellschaft⁶² – *weder eine juristische Person noch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft* gegeben ist; also gilt ein „tertium datur“ bezüglich der einfachen Gesellschaften⁶³.

(i) Zur *Aktiven-Seite*: Die Eigentumszuordnung erfolgt bei den einfachen Gesellschaften durch ein Gesamthandverhältnis⁶⁴, d.h. es besteht betreffend die „Aktiven der Gesellschaft“ *ex lege* sog. *Gesamteigentum*, wobei – anders als bei den Kollektiv- und den Kommanditgesellschaften⁶⁵ –

⁵⁸ GL.M.: HANDSCHIN, *Gesellschaften*, 39 ff.; die detaillierte Begründung wird in einer separaten Publikation des Verfassers folgen.

⁵⁹ Allg.: FELLMANN, *Grundfragen*, 285 ff.

⁶⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 12 N 3: „Die einfache Gesellschaft ist eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft, die – ohne ein kaufmännisches Unternehmen betreiben zu dürfen – wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt und deren Teilhaber mit ihrem ganzen Vermögen primär, unbeschränkt und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. – Die einfache Gesellschaft ist für den Gesamtbereich des Gesellschaftsrechts als Grund- und Subsidiärform ausgestaltet“.

⁶¹ Die *zweite Abteilung* des OR beinhaltet „Die einzelnen Vertragsverhältnisse“ und umfasst *Art. 184 OR-Art. 551 OR* (also *inklusive* der Ordnung zu den einfachen Gesellschaften).

⁶² Vgl. dazu vorne 2.1.1.2.

⁶³ Die einfachen Gesellschaften sind *keine Rechtssubjekte* und folglich *nicht rechtsfähig*: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 12 N 15 ff.; alle *Aktiven* einerseits und alle *Passiven* andererseits müssen folglich auf die einzelnen Gesellschafter „*umgelegt*“ werden (Stichworte: *Eigentum* sowie *Haftung*).

⁶⁴ Hierzu: BasK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N 2 ff. zu Art. 544 OR.

⁶⁵ Die Kollektivgesellschaften sowie die Kommanditgesellschaften sind *immer Gesamthandverhältnisse*, d.h. bei diesen Personengesellschaften kann *Miteigentum nicht vereinbart* werden: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 2 N 2.

ebenfalls sog. *Miteigentum vereinbart* werden kann⁶⁶. (ii) Zur *Passiven-Seite*⁶⁷: Die „Passiven der Gesellschaft“ belasten nicht die Gesellschaft, sondern die *einfachen Gesellschafter* – teils natürliche Personen, teils juristische⁶⁸ Personen – haften⁶⁹, und zwar *primär bzw. ausschliesslich* (sc. die Gesellschaft als solche haftet nicht)⁷⁰ sowie *unbeschränkt* mit ihrem gesamten (Privat-)Vermögen sowie *solidarisch* (im Sinne von Art. 143 ff. OR)⁷¹.

In Bezug auf die einfachen Gesellschaften lohnt es sich, am Schluss einige weitere *Besonderheiten* (nicht zuletzt im Vergleich zu den anderen Personengesellschaften) in Erinnerung zu rufen: Die einfachen Gesellschaften haben (iii) *keinen Sitz* (z.B. bedeutsam für die Passivlegitimation)⁷², (iv) *keine Firma* (z.B. wichtig für den „Firmenschutz“)⁷³, (v) *keine deliktische Vertretungsmöglichkeit*⁷⁴ und (vi) *keine rechtsgeschäftlich-kaufmännische Vertretungsmacht*⁷⁵. Schliesslich können die einfachen Gesellschaften (vii) grundsätzlich *keine kaufmännische Unternehmung* führen⁷⁶.

2.1.3 Kollektivgesellschaften

Im Rahmen der vorliegenden Darstellung, die keine Gesamtübersicht anstrebt, soll einzig auf einige wenige Aspekte verwiesen werden. Die Auswahl ist subjektiv und bedarf der künftigen Vertiefung an anderer Stelle.

⁶⁶ Art. 544 Abs. 1 OR („gemeinschaftlich“); statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 16 f.; BasK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N 5 zu Art. 544 OR.

⁶⁷ Allg.: VONZUN, 5 ff.; BasK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N 14 zu Art. 544 OR.

⁶⁸ Anders als bei den übrigen Personengesellschaften gibt es bei den *einfachen* Gesellschaften *keine Regelung*, die *juristische* Personen als Gesellschafter *ausschliessen* würde.

⁶⁹ Art. 544 Abs. 3 OR.

⁷⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 30.

⁷¹ Art. 544 Abs. 3 OR; intern ist eine *andere vertragliche* Regelung zulässig.

⁷² Die *einfachen Gesellschaften* sind mangels Rechtsfähigkeit *nicht passivlegitimiert*, d.h. die *einfachen Gesellschafter* müssen an ihrem Sitz bzw. Wohnsitz eingeklagt werden – eine *Klage gegen einen individuellen* Gesellschafter ist zulässig: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 15/N 71; allg.: BGE 100 Ia 392 ff. (Legitimation zu einer staatsrechtlichen Beschwerde).

⁷³ Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 69 f. m.w.H.

⁷⁴ BGE 84 II 384 f.; BGE 90 II 508; zudem: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 68.

⁷⁵ M.a.W. ist das *bürgerliche Stellvertretungsrecht* gemäss Art. 32 ff. OR anwendbar (Art. 543 Abs. 2 OR); detailliert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 60 ff.; VON STEIGER, 430 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu vorne 2.1.1.2.

Die *Kollektivgesellschaften*⁷⁷ sind geregelt bei den „Handelsgesellschaften“ des OR, und zwar in *Art. 552 ff. OR*. Die Gesellschaften erreichen zwar eine gewisse *Verselbständigung* gegenüber den einfachen Gesellschaften⁷⁸, unbeschrieben sind sie *keine juristischen Personen* – auch wenn sie extern teils so behandelt werden (z.B. Aktivlegitimation sowie Passivlegitimation gemäss Art. 562 OR⁷⁹)⁸⁰ und insofern einen „Januskopf“⁸¹ aufweisen. Auf der *Aktiven*-Seite liegt zwingend⁸² ein Gesamthandverhältnis vor, d.h. die Aktiven stehen im *Gesamteigentum* der Kollektivgesellschaftler.

Die *Gesellschafter* müssen – anders als bei den einfachen Gesellschaften⁸³ sowie bei den Kommanditgesellschaften⁸⁴ – immer *natürliche Personen* sein⁸⁵. Umso mehr interessiert in dieser Konstellation die Haftungsthematik.

Die *Passiven*-Seite bzw. die Haftung unterscheidet die Kollektivgesellschaften von den einfachen Gesellschaften erheblich⁸⁶: Zwar haften für die *Gesellschaftsschulden* ebenfalls die Kollektivgesellschaftler *solidarisch* sowie *unbeschränkt* mit ihrem gesamten (Privat-)Vermögen⁸⁷, doch gilt diese Haftung nicht primär, sondern *subsidiär*, d.h. (i) die Gesellschaft kommt im Rahmen von Art. 568 OR zuerst „zur Kasse“ und (ii) erst danach der Gesellschafter⁸⁸. Es ist *nicht immer eindeutig*, ob in einem kon-

⁷⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 2: „Die Kollektivgesellschaft ist eine personenbezogene, nach aussen hin verselbständigte Gesamthandsgemeinschaft von natürlichen Personen, die in der Regel wirtschaftliche Zwecke verfolgt und ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und für deren Verbindlichkeiten neben dem Gesellschaftsvermögen subsidiär alle Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch haften“.

⁷⁸ Hierzu: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 16 ff.

⁷⁹ Details: BasK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N 5 ff. zu Art. 562 OR.

⁸⁰ BGE 95 II 549 f. Erw. 2; BGE 116 II 652; des Weiteren verfügen die Kollektivgesellschaften über einen *Sitz* und über eine *Firma* (Art. 562 OR), üben nicht eine bürgerliche Stellvertretung, sondern eine *kaufmännische Vertretung* (Art. 563 ff. OR – statt aller: VON STEIGER, 514 ff.) aus und kennen eine *deliktische* Vertretung: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 24 ff.

⁸¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 18 a.E.

⁸² Die Vereinbarung von *Miteigentum* wäre m.E. *nichtig*; zudem: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 20; BasK-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, N 3 zu Art. 552 OR.

⁸³ Vgl. dazu vorne 2.1.2.

⁸⁴ Vgl. dazu hinten 2.1.4.

⁸⁵ Art. 552 Abs. 1 OR.

⁸⁶ Übersicht: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 34 ff. m.w.H.

⁸⁷ Art. 568 Abs. 1 OR.

⁸⁸ Die *Subsidiärhaftung* der Kollektivgesellschaftler „greift“ erst dann, wenn die *Primärhaftung* der Kollektivgesellschaft „ausfällt“ – z.B. wenn sie „erfolglos betrieben worden“ ist (Art. 568 Abs. 3 OR).

kreten Fall eine einfache Gesellschaft oder eine Kollektivgesellschaft vorliegt – der Gesellschafter dürfte sich aus Haftungsgründen wohl regelmässig für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft aussprechen⁸⁹.

2.1.4 Kommanditgesellschaften

Im Rahmen der vorliegenden Darstellung, die keine Gesamtübersicht anstrebt, soll einzig auf einige wenige Aspekte verwiesen werden. Die Auswahl ist subjektiv und bedarf der künftigen Vertiefung an anderer Stelle.

Die *Kommanditgesellschaften*⁹⁰ sind geregelt bei den „Handelsgesellschaften“ des OR, und zwar in *Art. 594 ff. OR*. Zur Rechtsnatur (Verselbstständigung etc.) gilt das zu den Kollektivgesellschaften⁹¹ bereits Gesagte⁹² – ebenso zur *Aktiven*-Seite. Die grossen Spezialitäten gegenüber den Kollektivgesellschaften finden sich hingegen in erster Linie bei den *Gesellschaftern* sowie auf der *Passiven*-Seite. Die Kommanditgesellschaften haben zwingend *zwei Arten* von Gesellschaftern⁹³ mit meist sehr unterschiedlichen Interessenlagen⁹⁴, nämlich (i) die *Kommanditäre* sowie (ii) die *Komplementäre*:

⁸⁹ Sollte eine *einfache Gesellschaft* vorliegen, kann z.B. ein Gesellschafter nie für die *deliktischen* Verhaltensweisen eines anderen Gesellschafters zur Verantwortung gezogen werden; die Thematik wurde in jüngster Zeit v.a. im Zusammenhang mit der *Rechtsqualifikation von grösseren Anwaltskanzleien* (und deren Haftung) diskutiert: vgl. dazu hinten 2.2.1.

⁹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 2: „Die Kommanditgesellschaft ist eine grundsätzlich personenbezogene, nach aussen hin verselbständigte Gesamthandsgemeinschaft, die in der Regel wirtschaftliche Zwecke verfolgt und ein kaufmännisches Unternehmen betreibt. Ein oder mehrere Gesellschafter (= Komplementäre, notwendig natürliche Personen) haften neben dem Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft subsidiär, unbeschränkt und solidarisch, ein oder mehrere Gesellschafter (= Kommanditäre, nicht notwendig natürliche, sondern allenfalls auch juristische Personen oder Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit) haften nur bis zu einem bestimmten Betrag“.

⁹¹ Vgl. dazu vorne 2.1.3.

⁹² Tatsächlich wird im Recht der Kommanditgesellschaften auf die Vorschriften zu den *Kollektivgesellschaften* verwiesen: Art. 598 Abs. 2 OR.

⁹³ Art. 594 Abs. 1 OR; Übersicht: BasK-BAUDENBACHER, N 12 ff. zu Art. 594 OR.

⁹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 8; die *Verschiedenheit der Interessen* findet legislativen Ausdruck in den Differenzierungen sowohl bei den *Rechten* als auch bei den *Pflichten*.

Die Kommanditäre haften im Rahmen von Art. 594 OR *beschränkt* auf die ausdrücklich im HR eingetragene sog. Kommanditsumme⁹⁵, und die Komplementäre – notabene ausschliesslich *natürliche* Personen⁹⁶ – können *unbeschränkt* mit ihrem ganzen (Privat-)Vermögen zur Verantwortung gezogen werden (wenn auch erst subsidiär nach der Kommanditgesellschaft)⁹⁷; die Rechte und Pflichten der Komplementäre entsprechen *de lege lata* denjenigen der Kollektivgesellschafter⁹⁸ – und gerade die *Rechtsstellung der Komplementäre* befriedigt m.E. heute nicht und soll *de lege ferenda* zur Diskussion gestellt werden⁹⁹.

2.2 Situation de lege lata

2.2.1 Rechtsprechung

Im Bereich der Personengesellschaften gab und gibt es traditionellerweise – zumindest im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften – *wenige Urteile*. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Oftmals geht es bei solchen Auseinandersetzungen wohl eher um geringe Streitwerte¹⁰⁰, so dass sich das *Kostenrisiko* eines langwierigen Prozesses für die Parteien nicht lohnt; ausserdem stehen bei Personengesellschaften nicht selten „kleinräumige“ Verhältnisse¹⁰¹ im Vordergrund, so dass die *Vergleichsbereitschaft* unter den Parteien hoch ist.

In den letzten Jahren gab es zwar regelmässig personengesellschaftsrechtliche Urteile¹⁰², doch kein Entscheid kam an die „Prominenz“ bzw. Notorietät von *BGE 124 III 363* heran¹⁰³. Bei diesem insbesondere in Anwaltskreisen heftig diskutierten Bundesgerichtsurteil ging es um die Fra-

⁹⁵ BasK-BAUDENBACHER, N 4 ff. zu Art. 594 OR; *vorbehalten* bleiben in jedem Fall die „Fehlverhaltensweisen“ *gemäss Art. 605 ff. OR*, die zu einer *unbeschränkten* Haftung des *Kommanditärs* führen können; hierzu im Detail: BUXBAUM CARONI, 347 ff.

⁹⁶ Art. 594 Abs. 2 OR; statt aller: BasK-BAUDENBACHER, N 12 zu Art. 594 OR.

⁹⁷ Art. 604 OR.

⁹⁸ Vgl. dazu vorne 2.1.3.

⁹⁹ Vgl. dazu hinten 2.3.

¹⁰⁰ Die meisten Personengesellschaften sind *KMU*: vgl. dazu vorne 1.2.2.

¹⁰¹ Oft sind *Familienunternehmen* als Personengesellschaften organisiert; wie dem auch sei: „Man kennt sich“.

¹⁰² Eine nicht abschliessende *Auswahl*: BGE 4C.339/2004; ZR 2004 Nr. 20; RVJ 2005, 192 ff.; zudem: STAEHELIN, 308 ff. m.w.H.; ausserdem: BGE 124 III 355 – hierzu: FELLMANN/MÜLLER, 637 ff.

¹⁰³ Zum Urteil: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 69a ff.; zudem: FELLMANN, Rechtsformen, 339 ff.

ge, unter welchen Voraussetzungen eine *Anwaltssozietät haftet*, und zwar für die *falsche Auskunft* eines Mitglieds. Das Bundesgericht hielt u.a. dafür, dass eine Kanzlei als *Kollektivgesellschaft* statt als einfache Gesellschaft zu beurteilen sei, wenn sie als „einheitliches Unternehmen“ (z.B. mit einheitlichem Briefkopf) nach aussen auftritt¹⁰⁴ und als Sozietät ein „Gesamtmandat“ entgegennimmt¹⁰⁵.

2.2.2 Doktrin

Es gibt eine Flut von gesellschaftsrechtlicher Literatur z.B. zum Aktienrecht oder zum Börsengesellschaftsrecht – ganz offensichtlich „lohnende“ Rechtsgebiete. Die *Lehre* in der Schweiz befasst sich hingegen *relativ selten* mit dem Personengesellschaftsrecht¹⁰⁶, was sich immerhin auf deren Qualität bis anhin nicht negativ ausgewirkt hat¹⁰⁷. Habilitanten, Dissertanten und sonstige juristische Autoren befassen sich eher mit dem Kapitalgesellschaftsrecht.

Trotzdem gibt es einige *umstrittene Rechtsfragen* im Personengesellschaftsrecht; in diesem Zusammenhang als *Beispiele* erwähnt seien¹⁰⁸ – dies ist indes nicht mit dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbar, so dass hier *hohe Rechtssicherheit* herrscht:

(i) Die Abgrenzung zwischen sog. *partiarischen Darlehen* und Gesellschaften, (ii) die *Rechtsnatur* der Personengesellschaften, (iii) der *Ausschluss der Verlustbeteiligung* des Geschafters gemäss Art. 533 Abs. 3 OR, (iv) die *Beschlussfassung* bei einfachen Gesellschaften, (v) der *Ausschluss der Kündbarkeit* bei einfachen Gesellschaften, (vi) die Behandlung der *kaufmännischen* einfachen Gesellschaften¹⁰⁹, (vii) das zulässige *Ausmass eines Konkurrenzverbots* bei Kollektivgesellschaftern einerseits

¹⁰⁴ BGE 124 III 365 ff. Erw. 2b.

¹⁰⁵ BGE 124 III 367 Erw. 2d; „Gesamtmandat“ in Abgrenzung von „Einzelmandat“, das einem *spezifischen einzelnen* Rechtsanwalt in einer Kanzlei übergeben wird (z.B. im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege oder basierend auf einem besonderen Freundschafts- bzw. Vertrauensverhältnis).

¹⁰⁶ Besondere Ausnahmen stellen die *grundsätzlichen* Auseinandersetzungen mit der Rechtsmaterie dar; immerhin: HANDSCHIN, Systematik, 437 ff.

¹⁰⁷ Detaillierte *Literaturhinweise* finden sich bei: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 1 f., § 13 N 1, § 14 N 1 sowie § 15 N 1.

¹⁰⁸ Aus Platzgründen kann im Folgenden auf diese Themen *nicht* eingegangen werden; detaillierte Stellungnahmen werden hingegen durch eine grössere Publikation des Autors in Zukunft abgegeben werden (nämlich: SPR).

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorne 2.1.1.2.

und bei Kommanditären andererseits sowie schliesslich (viii) der *Zinsanspruch* des Kommanditärs bei fehlender Abrede.

2.2.3 **Spezialsituation 1: Fusionsgesetz (FusG)**

2.2.3.1 *Bedeutung*

Es wird regelmässig übersehen, dass das seit dem Jahre 2004 in Kraft befindliche FusG ebenfalls für die *Personengesellschaften bedeutsam* ist. Zwar standen die Personengesellschaften sicherlich nicht im Vordergrund des legislativen Interesses, unbesehen dessen wurden sie vom Gesetzgeber zumindest mitberücksichtigt¹¹⁰; eine *Einschränkung* ist sogleich zu machen für die *einfachen Gesellschaften*, die m.E. *nicht* Gegenstand des FusG sind¹¹¹.

Das Fusionsrecht sowie die *vier FusG-Transaktionsformen* des neuen Erlasses¹¹² – also die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung sowie die Vermögensübertragung – gelangen somit im Grundsatz nicht nur bei den AG und bei den GmbH, sondern u.a. auch bei den *Kollektivgesellschaften* sowie bei den *Kommanditgesellschaften* zur Anwendung¹¹³; im Einzelnen muss allerdings für die jeweiligen Transaktionen unterschieden werden¹¹⁴.

2.2.3.2 *FusG-Transaktionen*

- (i) Sog. *Fusionen* sind – Variante 1 – generell zulässig, wenn sie in Bezug auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften entweder „*unter sich*“ oder „*über's Kreuz*“ oder m.a.W. „in beliebiger Rollenverteilung miteinander“¹¹⁵ stattfinden¹¹⁶. Einschränkungen gibt es – Vari-

¹¹⁰ Art. 55 FusG enthält sogar eine eigentliche Sonderregelung: vgl. dazu hinten 2.2.3.2.

¹¹¹ Dies wird ersichtlich z.B. in Art. 1 Abs. 1 FusG (*Gegenstand* des FusG) sowie in Art. 2 lit. b FusG (*Legaldefinition* der „Gesellschaften“), d.h. die *einfachen Gesellschaften* bleiben folglich von den folgenden Betrachtungen *ausgenommen*; allg.: GLANZMANN, N 64 (Fusion), N 151 (Umwandlung) sowie N 171 (Vermögensübertragung).

¹¹² KUNZ, Fusionsgesetz, 212 ff.; nunmehr: VISCHER/GNOS, 783 ff.

¹¹³ Diese beiden Formen der Personengesellschaften sind sowohl beim *Gegenstand* (Art. 1 Abs. 1 FusG) als auch unter den *Legaldefinitionen* (Art. 2 lit. b FusG) erwähnt.

¹¹⁴ Vgl. dazu hinten 2.2.3.2.

¹¹⁵ ZK-ALBRECHT, N 21 zu Art. 4 FusG.

¹¹⁶ *Jede Personengesellschaften-Kombination* ist zulässig, und zwar sowohl als *übertragende* Gesellschaft als auch als *übernehmende* Gesellschaft (Art. 4 Abs. 2 lit. a FusG); hierzu: BERETTA, Strukturanpassungen, 405 f.

ante 2 – indes für den Fall, dass eine Personengesellschaft mit einer *Kapitalgesellschaft* (z.B. AG oder GmbH) oder mit einer *Genossenschaft* fusionieren will; dies ist nur, aber immerhin dann möglich, wenn die Kollektiv- bzw. die Kommanditgesellschaft die *übertragende* (nicht die übernehmende) Gesellschaft bei der Fusion darstellt¹¹⁷.

- (ii) Sog. *Spaltungen* sind bei den Personengesellschaften *generell ausgeschlossen* (sei es als übertragende oder als übernehmende Gesellschaft¹¹⁸); ausschliesslich Kapitalgesellschaften sowie Genossenschaften können bei Spaltungen beteiligt sein¹¹⁹. Um eine „vergleichbare“ Wirkung wie bei einer Spaltung zu erreichen, können die Personengesellschaften immerhin eine *Vermögensübertragung* in Erwägung ziehen¹²⁰.
- (iii) Sog. *Umwandlungen* sind bei den Personengesellschaften – Variante 1 – sozusagen „innerhalb der eigenen Familie“¹²¹ generell zulässig; es erfolgt sogar eine *Privilegierung* entsprechender Umwandlungen¹²². Einschränkungen gibt es – Variante 2 – hingegen für den Fall von Umwandlungen zwischen den Personengesellschaften und den *Kapitalgesellschaften* (z.B. AG oder GmbH) oder den *Genossenschaften*; bei solchen Umwandlungen müssen die Kollektivgesellschaften bzw. die Kommanditgesellschaften immer als die *übertragende* (nicht als die übernehmende) Gesellschaft auftreten¹²³.

¹¹⁷ Art. 4 Abs. 2 lit. b/lit. c FusG – oder m.a.W. können zwar AG, GmbH sowie Genossenschaften die Personengesellschaften „übernehmen“, allerdings *nicht* „übernommen werden“ (Art. 4 Abs. 1 lit. c/Abs. 3 lit. c FusG).

¹¹⁸ Statt aller: BERETTA, Struktur Anpassungen, 436; ZK-PFEIFER, N 1 f. zu Art. 30 FusG.

¹¹⁹ Art. 30 FusG; auf den ersten Blick wäre zwar eine andere (systematische) Auslegung denkbar, weil die Personengesellschaften ebenfalls in den Anwendungsbereich der Vermögensübertragung fallen (Art. 69 Abs. 1 Satz 1 FusG), und Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG auf die *Spaltung* („Kapitel 3“) *verweist* – m.E. liegt aber ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers in Bezug auf Art. 30 FusG vor, so dass diese Regelung bei den Personengesellschaften *nicht zur Anwendung* gelangen kann.

¹²⁰ Allg.: KUNZ, Umwandlung, 810 (betreffend „Multifunktionalität“).

¹²¹ Eine *Kollektivgesellschaft* wandelt sich um in eine *Kommanditgesellschaft* – oder *vice versa*: Art. 54 Abs. 2 lit. c/Abs. 3 lit. c FusG.

¹²² Im Rahmen einer fusionsrechtlichen Sonderregelung wird für *Umwandlungen unter Personengesellschaften die Anwendbarkeit des OR* statt die Anwendbarkeit des FusG vorgesehen (Art. 55 Abs. 4 FusG); bei entsprechenden Umwandlungen kann folglich auf zahlreiche kostenintensive *FusG-„Formalien“* *verzichtet* werden (Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht etc.).

¹²³ *Beispielsweise* können eine Kollektivgesellschaft in eine AG (aber *nicht vice versa*) oder eine Kommanditgesellschaft in eine GmbH (aber *nicht vice versa*) umgewandelt werden: Art. 54 Abs. 2 lit. a/lit. b FusG sowie Art. 54 Abs. 3 lit. a/lit. b FusG; statt aller: ZK-GUGGENBÜHL, N 15/N 17 ff. zu Art. 54 FusG.

- (iv) Sog. *Vermögensübertragungen* sind bei den Personengesellschaften – sei es als übertragende Gesellschaft oder als übernehmende Gesellschaft – generell zulässig, immerhin mit dem Vorbehalt, dass es sich (bei der Überträgerin) um eine *im HR realiter eingetragene*, nicht bloss um eine dazu verpflichtete Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft handeln muss¹²⁴. Aus dem Erfordernis einer HR-Eintragung wird ebenfalls ersichtlich, dass die *einfachen Gesellschaften* von einer Vermögensübertragung generell ausgeschlossen sind¹²⁵.

2.2.3.3 *KMU-Privilegierungen*

Die Personengesellschaften stellen zwar den *Idealtypus der KMU* dar¹²⁶, doch *nicht jede* Gesellschaft qualifiziert als KMU¹²⁷. Vielmehr sind KMU definitionsgemäss¹²⁸ nur die (Personen- und sonstigen) Gesellschaften, die einerseits den *Kapitalmarkt nicht beanspruchen* (d.h. sie haben weder *Anleihensobligationen* noch *kotierte* Beteiligungspapiere ausstehend) und die andererseits *gewisse Grenzwerte nicht überschreiten* betreffend Bilanzsumme, Umsatzerlös sowie Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt während einem bestimmten Zeitraum¹²⁹.

In der Praxis dürften wohl die meisten Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Voraussetzungen als KMU gemäss Art. 2 lit. e FusG erfüllen. Dieser Umstand bringt zahlreiche Erleichterungen bzw. *Privilegierungen* für die Personengesellschaften, die vor einer der drei zulässigen

¹²⁴ Art. 69 Abs. 1 FusG: „Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften [z.B. Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften] (...) können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger [z.B. inklusive Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften] des Privatrechts übertragen. (...)“. Die *tatsächliche* Eintragung ist nötig für die *übertragende* Gesellschaft, wohingegen für die *übernehmende* Gesellschaft die HR-Eintragungspflicht bereits ausreicht: BERETTA, *Strukturanpassungen*, 472.

¹²⁵ In diesem Sinne: GLANZMANN, N 171; die *einfachen Gesellschafter* können sich *als Einzelpersonen im HR eintragen* lassen und als solche dann an einer Vermögensübertragung beteiligt sein: ZK-BERETTA, N 2 zu Art. 69 FusG.

¹²⁶ Vgl. dazu vorne 1.2.2.

¹²⁷ Immerhin sollen 99 % der schweizerischen Unternehmungen darunter fallen: KUNZ, *Fusionsgesetz*, 211 m.w.H. in FN 202.

¹²⁸ Der FusG-Gesetzgeber orientierte sich hierbei an Art. 727b OR: ZK-WEIBEL, N 14 zu Art. 2 FusG.

¹²⁹ Art. 2 lit. e FusG; zu den drei *quantitativen* Kriterien: *Bilanzsumme* = CHF 20 Mio.; *Umsatzerlös* = CHF 40 Mio.; *Vollzeitstellen* im Jahresdurchschnitt = 200 Arbeitnehmer; um ein (fusionsrechtliches) KMU zu sein, darf die in Frage stehende Gesellschaft *zwei* dieser Grössen *nicht überschreiten*, und zwar in den *zwei letzten Geschäftsjahren* vor dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss.

FusG-Transaktionen¹³⁰ stehen, mit sich (nämlich: Verzichtsmöglichkeiten auf die Erstellung des *Strukturanpassungsberichts*, auf die *Prüfung* sowie auf den *Prüfungsbericht* sowie auf die Durchführung des *Einsichtsverfahrens*)¹³¹.

2.2.4 Spezialsituation 2: Privatbankiers

2.2.4.1 Tatsächliches

Die Begriffe „Privatbank“ sowie „Privatbankier“ sind – oftmals verwechselt¹³² – *keine Synonyme*. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren einzig die sog. *Privatbankiers*, die spezifisch reguliert¹³³ sind, und bei denen es sich um die kleine Minderheit unter den Schweizer Banken handelt¹³⁴, die von einem Einzelunternehmer oder von einem Partner geleitet (und verantwortet)¹³⁵ werden. Hervorragend ist der Umstand, dass alle Privatbankiers als *Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften* organisiert sein müssen¹³⁶.

Die Privatbankiers organisieren sich in der „*Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers*“ (VSPB), die im Jahre 1934 gegründet wurde. Die VSPB hatte nach dem Zweiten Weltkrieg etwa 60 Mitglieder, heute sind es nur noch 14 Privatbankiers¹³⁷. Die bekanntesten Privatbankiers¹³⁸ dürf-

¹³⁰ Vgl. dazu vorne 2.2.3.2.

¹³¹ Detailliert: BERETTA, *Strukturanpassungen*, 325 ff.; GLANZMANN, N 27 ff.; KUNZ, *Fusionsgesetz*, 210 ff.

¹³² Diese Begriffe werden des Weiteren gelegentlich durcheinandergebracht mit dem sog. „*Private Banking*“, das eine Banktätigkeit zugunsten einer vermögenden Privatkundschaft darstellt.

¹³³ Vgl. dazu hinten 2.2.4.2.

¹³⁴ Heute arbeiten *rund 3'900 Mitarbeiter* bei eigentlichen „*Banques privées*“; im Vordergrund standen (und stehen) zumeist die *Genfer Privatbankiers*.

¹³⁵ Nach allgemeiner Ansicht soll insbesondere das *Haftungsrisiko* den *sorgsamem Umgang mit den Kundengeldern* sowie eine *spezielle Form der Unabhängigkeit* garantieren.

¹³⁶ Die (mögliche) Rechtsform der *Einzelunternehmung* bleibt in dieser Darstellung ausser Betracht.

¹³⁷ Zu den Mitgliedern: <http://www.genevaprivatebankers.com/fr/>; weitere Informationen: F & W Juni 2006, *Private Banking Invest*, 65 (Chart); ein Interview mit dem Präsidenten, *Pierre Darier*, findet sich in: SHZ vom 15. Februar 2006, 51 („Selbstsicher, aber nicht arrogant“).

¹³⁸ Der Begriff „*Privatbankier*“ ist geschützt als sog. *Kollektivmarke* und darf nur von den Mitgliedern der VSPB genutzt werden.

ten „*Pictet & Cie.*“ sowie „*LODH & Cie.*“ sein¹³⁹, und zwar angesichts ihrer wirtschaftlichen Bedeutung; „*Pictet & Cie.*“ und „*LODH & Cie.*“ gehören zu den „Top 10“ im Bereich der *Vermögensverwaltung* in der Schweiz¹⁴⁰.

2.2.4.2 *Rechtliches*

Die als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften organisierten Privatbankiers unterstehen dem *Bankengesetz* (BankG)¹⁴¹, das diese Rechtsformen des Personengesellschaftsrechts sogar als *Begriffselement* vorschreibt¹⁴². Mit dem bankengesetzlichen Begriff des Privatbankiers ist somit obligatorisch eine *unbeschränkte Haftung* (der Kollektivgesellschafter oder der Komplementäre)¹⁴³ verbunden¹⁴⁴.

Obwohl die Privatbankiers eine *eigenständige Bankenkategorie* nebst den Handelsbanken und den Kantonalbanken darstellen¹⁴⁵, gelten für sie – als Grundsatz – die *gleichen Regelungen* wie bei allen übrigen Banken (z.B. betreffend die EBK-Aufsicht oder die Vorschriften zu den Eigenmitteln). In einigen Bereichen stehen den Privatbankiers indes *Privilegien* gegenüber den anderen Banken zu (z.B. beim Reservefonds¹⁴⁶, bei den Jahresrechnungen¹⁴⁷ sowie schliesslich bei der Verantwortlichkeit¹⁴⁸).

¹³⁹ Als *Kollektivgesellschaften* sind nur „*Pictet & Cie.*“ sowie „*Hottinger & Cie.*“ organisiert; die übrigen Privatbankiers – also etwa „*Lombard Odier Darier Hentsch & Cie.*“ (LODH) – sind *Kommanditgesellschaften*.

¹⁴⁰ Bilanz 15/2006, 13. – 26. September 2006, 11 f. (Chart: a.a.O., 12); „*Pictet*“ auf Rang 6 mit einem verwalteten Vermögen von CHF 100 Mia. und „*LODH*“ auf Rang 7 mit einem verwalteten Vermögen von CHF 87,6 Mia. – hinter „*UBS Private Banking*“, „*CS PB*“, „*HSBC PB*“, „*Julius Bär*“ sowie „*Clariden Leu*“.

¹⁴¹ SR 952.0: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/952.0.de.pdf>.

¹⁴² Art. 1 Abs. 1 BankG: „Diesem Gesetz unterstehen die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen, nachstehend Banken genannt“.

¹⁴³ Vgl. dazu vorne 2.1.3/2.1.4.

¹⁴⁴ Hierzu: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 9 N 58.

¹⁴⁵ Details: ZOBL/KRAMER, N 601 ff.

¹⁴⁶ Die Privatbankiers müssen *keinen Reservefonds* äufnen, wenn sie sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder anbieten: Art. 5 Abs. 2 BankG.

¹⁴⁷ Die Privatbankiers müssen z.B. *keine Zwischenabschlüsse* erstellen und *keine Jahresrechnungen* veröffentlichen, wenn sie sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder anbieten: Art. 6 Abs. 6 BankG.

¹⁴⁸ Bei den Privatbankiers geht die *OR-Verantwortlichkeit* vor und schliesst die BankG-Verantwortlichkeit aus: Art. 38 Abs. 2 BankG.

2.3 Situation de lege ferenda

2.3.1 Ruhe vor dem Sturm?

Während das *Kapitalgesellschaftsrecht* in der Schweiz seit einigen Jahren mit eigentlichen Sturmböen des Gesetzgebers konfrontiert wird¹⁴⁹, gibt es im Bereich des *Personengesellschaftsrechts* im besten Fall eine *leichte Brise*. Seit dem Beginn der 1990er-Jahre standen die Personengesellschaften zwar mehrfach zur Diskussion, bis zum heutigen Zeitpunkt hat sich indes (noch) nichts materialisiert. Ein kurzer *Rückblick*:

Im Jahre 1993 befasste sich die sog. *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* mit der Thematik und regte an, „als zusätzliche Organisationsform für kleine und mittlere Betriebe die Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung zu ermöglichen (GmbH & Co. KG), wie sie in anderen Ländern zur Verfügung steht“¹⁵⁰. Im Jahre 1998 folgte eine parlamentarische *Motion Raggenbass*, die indes zu keiner Gesetzesrevision führte¹⁵¹. Schliesslich unternahm in den Jahren 1998/1999 die *Arbeitsgruppe „GmbH-Revision“* einen weiteren Anlauf¹⁵² – doch der damalige Justizminister wies das Ansinnen zurück¹⁵³.

Schliesslich muss erwähnt werden, dass ein wirtschaftsrechtliches Gesetzgebungsprojekt der jüngsten Vergangenheit eine *neue Gesellschaftsform* einführen wird, die in eine vergleichbare Richtung der Haftungsbeschränkung bei Personengesellschaften geht. Es handelt sich um das *Kollektivanlagengesetz* (KAG) und um die sog. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen¹⁵⁴; diese neuartige Gesellschaftsform kann allenfalls als Modell in der Schweiz herangezogen werden.

M.E. besteht *de lege ferenda* ein gesetzlicher Revisionsbedarf beim Personengesellschaftsrecht hinsichtlich dem *unbeschränkt haftbaren Komplementär*, wobei insbesondere *zwei gesetzgeberische Modelle* im Vordergrund stehen dürften:

¹⁴⁹ Vgl. dazu vorne 1.1.1.

¹⁵⁰ Schlussbericht, 53; in diesem Zusammenhang seien „Gesellschafter und Gläubiger in geeigneter Weise zu schützen“ (a.a.O., 55).

¹⁵¹ Hinweise: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 14a; die Motion strebte die Zulassung von *juristischen Personen* als *unbeschränkt haftende* Gesellschafter sowohl bei den Kollektivgesellschaften als auch bei den Kommanditgesellschaften an (also: „GmbH & Co. KG“, nicht eine „PmbH“).

¹⁵² Hierzu: BÖCKLI, 18 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 14a.

¹⁵³ BÖCKLI, 18 FN 3.

¹⁵⁴ Vgl. dazu hinten 2.4.2.

Entweder (i) *bleibt* der *Komplementär* als unbeschränkt haftbarer Gesellschafter erhalten, allerdings werden *juristische Personen* (z.B. GmbH) zugelassen (Modell: „GmbH & Co. KG“)¹⁵⁵, oder (ii) der Komplementär-Status wird *abgeschafft*, d.h. es gibt bei einer solchen spezifischen Personengesellschaft nur noch *beschränkt haftbare* Kommanditäre (Modell: „PmbH“)¹⁵⁶. Rechtspolitisch schliessen sich diese beiden Modelle nicht aus, d.h. es besteht *keine Konkurrenz* zwischen ihnen, so dass ohne weiteres *beide* Gesellschaftsformen in der Schweiz eingeführt werden könnten – und m.E. sollten¹⁵⁷.

2.3.2 Weitere Haftungsbeschränkungen bei Personengesellschaften – zwei gesetzgeberische Modelle

2.3.2.1 Modell einer „GmbH & Co. KG“

In *Deutschland* hat sich in der Praxis im Anschluss an ein Urteil des Deutschen Reichsgerichts im Jahre 1922 die sog. „GmbH & Co. KG“ entwickelt¹⁵⁸. Entgegen dem ersten Eindruck handelt es sich nicht um eine Körperschaft bzw. eine Kapitalgesellschaft (nämlich: GmbH), sondern um eine *Personengesellschaft* (nämlich: KG bzw. Kommanditgesellschaft), die *spezifisch ausgestaltet* ist. Das „Spezifikum“ ist, dass nicht eine natürliche Person, sondern eine *GmbH als unbeschränkt haftbarer Gesellschafter* fungiert; im Ergebnis handelt es sich also um eine „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“¹⁵⁹.

De lege lata ist dies im schweizerischen Recht unmöglich: „Unbeschränkt haftende Gesellschafter [also: Komplementäre] können nur natürliche Personen, Kommanditäre [d.h. beschränkt haftbare Gesellschafter] jedoch auch juristische Personen und Handelsgesellschaften sein“¹⁶⁰ – doch m.E. gibt es keine überzeugenden (rechtspolitischen) Gründe¹⁶¹ für die ausschliessliche Zulassung von natürlichen Personen als Komplemen-

¹⁵⁵ Vgl. dazu hinten 2.3.2.1.

¹⁵⁶ Vgl. dazu hinten 2.3.2.2.

¹⁵⁷ Vgl. dazu hinten 2.3.2.3.

¹⁵⁸ Übersicht statt aller: BÖCKLI, 23 ff. m.w.H.

¹⁵⁹ BÖCKLI, 24.

¹⁶⁰ Art. 594 Abs. 2 OR.

¹⁶¹ Den Bedenken von BÖCKLI, 25, gegen die angeblich *irreführende Benennung* der „GmbH & Co. KG“ könnte ohne weiteres entsprochen werden, indem eine *neue Bezeichnung* für diese Gesellschaftsform gefunden wird. Es scheint jedoch überflüssig, im heutigen Zeitpunkt kreative Energie auf diese Thematik zu konzentrieren.

täre. Rechtstechnisch wäre es sogar sehr einfach, im schweizerischen Recht eine „GmbH & Co. KG“ zu schaffen, indem nämlich Art. 594 Abs. 2 OR *ersatzlos gestrichen* wird.

2.3.2.2 Modell einer „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“ (PmbH)

Eine prominente Stimme aus der Doktrin propagierte kürzlich die Einführung einer sog. „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“ (PmbH); der Autor legte zu seinem Vorschlag sogar einen formulierten Gesetzestextentwurf sowie eine Kommentierung dazu vor¹⁶². Bei diesem Modell für eine neue Gesetzgebung wird (anders als bei einer „GmbH & Co. KG“)¹⁶³ die *Komplementärstellung abgeschafft*, d.h. es gibt *ausschliesslich* beschränkt haftbare *Kommanditäre* – es handelt sich bei dieser gesellschaftsrechtlichen „Partnerschaft“¹⁶⁴ m.a.W. um eine „Kommanditgesellschaft ohne Komplementär“¹⁶⁵.

Konsequenterweise – immerhin geht den Gläubigern eine persönliche Gesellschafterhaftung verloren – wird eine *Revisionspflicht* der Gesellschaft vorgeschlagen¹⁶⁶. Besonders interessant erscheint der weitere Vorschlag, für die Kommanditäre eine *minimale Kommanditsumme* (im Entwurf „Haftungssumme“ genannt) vorzusehen; konkret: „Die Haftungssumme beträgt für jeden Partner mindestens 10'000 Franken“ (Art. 619e)¹⁶⁷ – eine Idee notabene, die m.E. de lege ferenda für die *heutigen* Kommanditgesellschaften ebenfalls *prüfenswert* sein dürfte.

2.3.2.3 Folgerungen

Die *quantitative Bedeutungslosigkeit* der Kommanditgesellschaften¹⁶⁸ gegenüber den Körperschaften dürfte in erster Linie auf die *unbeschränkte Haftung des Komplementärs*, der eine *natürliche* Person sein muss, zurückzuführen sein. Sollen die Kommanditgesellschaften nach der jüngsten

¹⁶² BÖCKLI, 35 ff. (Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln) sowie 50 ff. (Vorschlag für einen Gesetzestext).

¹⁶³ Vgl. dazu vorne 2.3.2.1.

¹⁶⁴ Dadurch liegt natürlich die Assoziation zur „partnership“ (also zur Personengesellschaft) im angelsächsischen Bereich nahe.

¹⁶⁵ BÖCKLI, 30.

¹⁶⁶ BÖCKLI, 28 sowie 46 f.

¹⁶⁷ BÖCKLI, 51; zur Begründung: a.a.O., 28 sowie 42.

¹⁶⁸ Vgl. dazu vorne 1.2.1.

GmbH-Revision¹⁶⁹, durch die übrigens jegliche Haftung für die „Gesellschafter mit beschränkter Haftung“ abgeschafft wird, nicht gänzlich obsolet werden, ist ein *dringlicher Handlungsbedarf* gegeben. Beide gesetzgeberischen Modelle – also sowohl eine „GmbH & Co. KG“ als auch eine „PmbH“ – sind m.E. durchaus sinnvoll und könnten bzw. sollten parallel verfolgt werden; es besteht keine Konkurrenz¹⁷⁰.

M.E. müssten indes solche *beschränkt haftbaren* Personengesellschaften (unbesehen der Ausgestaltung als „GmbH & Co. KG“ oder als „PmbH“), sozusagen zur Kompensation, in Zukunft der *allgemeinen Revisionspflicht* (wie die Körperschaften) unterstehen¹⁷¹. Im Zusammenhang mit der entsprechenden OR-Revision¹⁷² wurde die Nichtunterstellung der Personengesellschaften sinnigerweise wie folgt begründet: „[I]m Aussenverhältnis drängt sich die Einführung einer Revisionspflicht [bei Personengesellschaften] nicht auf: (...). Dem Schutz der Gläubiger dient (...) die bestehende persönliche Haftung zumindest einzelner Gesellschafter besser als die Revisionspflicht“¹⁷³ – diese Argumentation würde bei einer „GmbH & Co. KG“ bzw. einer „PmbH“ natürlich *obsolet*.

2.4 Kollektivanlagengesetz (KAG)

2.4.1 Neuerungen bei den Kapitalgesellschaften

Das bisherige Anlagefondsgesetz (AFG)¹⁷⁴ wird zurzeit total revidiert¹⁷⁵ und bald ersetzt durch das *Kollektivanlagengesetz* (KAG)¹⁷⁶, das voraussichtlich auf den Beginn des Jahres 2007 in Kraft treten soll¹⁷⁷. Das KAG wird naturgemäss die grössten Folgen für die *Anlagefonds* haben, doch es

¹⁶⁹ Vgl. dazu vorne 1.1.1.

¹⁷⁰ A.M.: BÖCKLI, 24 ff. (v.a. 25 f.) sowie 35, der sich dezidiert *gegen eine schweizerische „GmbH & Co. KG“* ausspricht; tatsächlich ist diese Rechtsform sogar einfacher einzuführen, indem Art. 594 Abs. 2 OR gestrichen wird – dies dürfte für den Gesetzgeber allenfalls reizvoller sein, als eine Gesamtordnung für eine „PmbH“ zu entwerfen.

¹⁷¹ In Bezug auf die „PmbH“ bereits mit diesem Vorschlag: BÖCKLI, 28 sowie 46 f.

¹⁷² Vgl. dazu vorne 1.1.2.

¹⁷³ BBl 2004 3996.

¹⁷⁴ Hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/951.31.de.pdf>.

¹⁷⁵ Botschaft: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6395.pdf>; zudem: VON BÜREN/HASLER, 57 ff.

¹⁷⁶ Hierzu: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/5805.pdf>; Beratungen in den Eidgenössischen Räten: http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20050072; statt aller: BERTSCHINGER, 11 ff.; KÜHNE, 31.

¹⁷⁷ Ablauf der Referendumsfrist: 12. Oktober 2006.

zeitigt ebenfalls Auswirkungen auf die *Gesellschaften*, und zwar sowohl auf die *Kapitalgesellschaften* als auch auf die *Personengesellschaften*¹⁷⁸.

In den vorliegenden Ausführungen interessieren die Körperschaften bzw. die *Kapitalgesellschaften* nur am Rande; der guten Ordnung halber sei immerhin erwähnt, dass das KAG in diesem Bereich *zwei grosse Neuerungen* mit sich bringen wird:

Im Hinblick auf zulässige Rechtsformen für *kollektive Kapitalanlagen* führt das KAG¹⁷⁹ (i) den – m.E. mit gutem Grund über Jahre hinweg postulierten¹⁸⁰ – sog. *SICAV* bzw. die „Investmentgesellschaft mit *variablem* Kapital“ (eine „offene“ Kapitalanlage gemäss Art. 8 KAG)¹⁸¹ ein und regelt (ii) den sog. *SICAF* bzw. die „Investmentgesellschaft mit *festem* Kapital“ (eine „geschlossene“ Kapitalanlage gemäss Art. 9 KAG)¹⁸². Die *SICAV* sowie die *SICAF* werden durch zahlreiche *Verweisungen* im Gesetz *ähnlich wie AG* behandelt¹⁸³; diese beiden neuen Gesellschaftsformen werden in Zukunft viel zu diskutieren geben¹⁸⁴.

2.4.2 Neuerungen bei den Personengesellschaften: Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

Durch die legislatorische Hintertüre wird mit dem KAG eine *neue* Personengesellschaft eingeführt, nämlich die *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (eine „geschlossene“ Kapitalanlage gemäss Art. 9

¹⁷⁸ Vgl. dazu hinten 2.4.2.

¹⁷⁹ Alle kollektiven Kapitalanlagen unterstehen dem KAG, und zwar „*unabhängig von der Rechtsform*“: Art. 2 Abs. 1 KAG.

¹⁸⁰ Statt aller: KUNZ, Flexibilisierung, 39; KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 155/N 163 f.

¹⁸¹ *SICAV* = „société d'investissement à capital *variable*“; Art. 36 ff. KAG; Übersicht: VON BÜREN/HASLER, 61 ff.; BERTSCHINGER, 14 f.

¹⁸² *SICAF* = „société d'investissement à capital *fixe*“; Art. 110 ff. KAG; BERTSCHINGER, 16 f.

¹⁸³ M.E. handelt es sich bei beiden Gesellschaftsformen um *Körperschaften*; zu den Verweisungen – *SICAV*: Art. 37 Abs. 1 KAG (Gründung), Art. 38 Abs. 2 KAG (Firma), Art. 145 Abs. 4 KAG (Verantwortlichkeit); *SICAF*: Art. 112 KAG (generelle Verweisung), Art. 145 Abs. 4 KAG (Verantwortlichkeit).

¹⁸⁴ *Beispielsweise* mag es auf den ersten Blick unproblematisch erscheinen, die *SICAF* als Finanzintermediäre dem *Geldwäschereigesetz* zu unterstellen (Art. 2 Abs. 2 lit. b GwG), doch damit werden einer AG bestimmte Pflichten gegenüber ihren Aktionären auferlegt, die sie m.E. grösstenteils *nicht erfüllen kann*; detailliert zur Thematik: KUNZ, Investmentgesellschaften, 249 ff.

KAG)¹⁸⁵; m.E. ergibt sich die Rechtsnatur als spezifische Form der *Persongesellschaften*¹⁸⁶ u.a. aus zahlreichen *Verweisungen* auf das Recht der Kommanditgesellschaften im OR¹⁸⁷. Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, die durch die Methode der Rechtsvergleichung von *ausländischen* Ordnungen inspiriert wurde¹⁸⁸, kann *de lege ferenda als Modell* für die Schweiz betrachtet werden¹⁸⁹.

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ist eine Gesellschaft, deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist¹⁹⁰. Wenigstens ein Mitglied haftet unbeschränkt (Komplementär), die anderen Mitglieder (Kommanditärinnen und Kommanditäre) haften nur bis zu einer bestimmten Vermögenseinlage (der Kommanditsumme)¹⁹¹; für eine Kommanditgesellschaft aussergewöhnlich ist, dass (i) der *Komplementär* („General Partner“), der *unbeschränkt* haftet¹⁹², eine AG mit Sitz in der Schweiz sein muss¹⁹³. Eine Abweichung gibt es ebenfalls bei (ii) den *Kommanditären* („Limited Partners“), die – trotz bloss *beschränkter*

¹⁸⁵ Übersicht: BÖHLER, 506 ff.; VON BÜREN/HASLER, 70 ff.; BÖCKLI, 33; eine (gesetzliche) *Abkürzung* für diese Rechtsform ist *nicht* vorgesehen – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6474.

¹⁸⁶ BERTSCHINGER, 16, spricht von einer „Kommanditgesellschaft im Sinne des Obligationenrechts mit gewissen Besonderheiten“; ähnlich die Botschaft zum KAG: BBl 2005 6473.

¹⁸⁷ Art. 99 KAG (generelle Verweisung); Art. 105 Abs. 2 KAG (Ausschluss von Gesellschaftern); Art. 145 Abs. 3 KAG (Verantwortlichkeit); folglich stellt das KAG eine „*lex specialis*“ zum OR dar – in diesem Sinne bereits die Botschaft zum KAG: BBl 2005 6473.

¹⁸⁸ Allg.: BÖCKLI, 32 f.; VON BÜREN/HASLER, 70 m.w.H. in FN 52; im Vordergrund der Inspiration stehen die sog. „*Limited Liability Partnerships*“ (LLP) in *angelsächsischen* Rechtsordnungen – z.B. in Grossbritannien seit dem Jahre 2000 und in verschiedenen US-Gliedstaaten seit Jahrzehnten – sowie die „*GmbH & Co. KG*“ aus *Deutschland*: vgl. dazu vorne 2.3.2.1. Zudem: TADDEI, 5 ff.

¹⁸⁹ Vgl. dazu vorne 2.3.

¹⁹⁰ Art. 103 Abs. 1 KAG: „Die Gesellschaft tätigt Anlagen in Risikokapital“ (darunter verstanden wird sog. „*Private Equity*“, d.h. insbesondere Eigenkapital für *neue* Unternehmen oder für Unternehmen *ohne* *kotierte* Beteiligungspapiere – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6475); diese *Zweckeinschränkung* stellt einen wesentlichen Unterschied zur OR-Kommanditgesellschaft dar.

¹⁹¹ Art. 98 Abs. 1 KAG.

¹⁹² Die Zulassung einer *juristischen Person* als *unbeschränkt haftbarer* Gesellschafter wird zugunsten der Gläubiger durch eine *erhöhte Transparenz kompensiert* – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6424; ein Aspekt, der m.E. *de lege ferenda* zu berücksichtigen ist: vgl. dazu vorne 2.3.2.3.

¹⁹³ Art. 98 Abs. 2 KAG.

Haftung – sog. „qualifizierte Anleger“ sein müssen¹⁹⁴. Weitere Besonderheiten¹⁹⁵ gegenüber der OR-Kommanditgesellschaft:

Die Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen benötigen eine *hoheitliche Bewilligung* durch die EBK¹⁹⁶ und *entstehen* erst mit *erfolgter HR-Eintragung*¹⁹⁷. Anders als für die „normalen“ Personengesellschaften¹⁹⁸ ist für diese KAG-Personengesellschaft eine *Revisionsstelle* obligatorisch¹⁹⁹ sowie ein *Austrittsrecht* für Kommanditäre²⁰⁰ vorgesehen. Des Weiteren gibt es ein spezifisches *Konkurrenzverbot* für die Gesellschafter²⁰¹ sowie ein besonderes *Informationsrecht* für die Kommanditäre²⁰². Schliesslich ist die *Bezeichnung* „Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen“ gesetzlich geschützt²⁰³.

3. Schlussbemerkungen

Die *Personengesellschaften* in der Schweiz spielen unter *quantitativen* Aspekten im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften bloss in der „2. Liga“ – dies ist ein Faktum²⁰⁴, das nicht notwendigerweise beklagt, aber zur Kenntnis genommen werden muss. Der Druck auf die Personengesellschaften dürfte in naher Zukunft sogar noch zunehmen, weil sich die *GmbH* nach der entsprechenden OR-Revision allenfalls als *künftiger*

¹⁹⁴ Art. 98 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 KAG.

¹⁹⁵ *Ursprünglich* war für die Gesellschaftsdauer eine *zeitliche Limite von 12 Jahren* vorgesehen, damit die Kommanditäre „ihr Geld zurückerhalten und anschliessend frei entscheiden können, ob sie in ein neues Projekt investieren wollen“ – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6474; dies wäre eine *besondere „Exit“-Variante* zugunsten gewisser Gesellschafter gewesen, die indes in den parlamentarischen Beratungen – etwas überraschend – *ersatzlos* (und ohne Diskussionen) *gestrichen* wurde.

¹⁹⁶ Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG; zu genehmigen ist insbesondere der *Gesellschaftsvertrag*: Art. 15 Abs. 1 lit. c KAG.

¹⁹⁷ Die HR-Eintragung ist *konstitutiv*: Art. 100 Abs. 1 KAG-Botschaft zum KAG: BBl 2005 6473.

¹⁹⁸ Vgl. dazu vorne 1.1.2.

¹⁹⁹ Art. 107 KAG; die Botschaft zum KAG hält fest, dass die Bezeichnung einer Revisionsstelle „dem Wesen einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich fremd“ sei: BBl 2005 6476.

²⁰⁰ Art. 105 Abs. 1 KAG – Botschaft zum KAG: BBl 2005 6476.

²⁰¹ Art. 104 KAG.

²⁰² Art. 106 KAG.

²⁰³ Art. 12 Abs. 2 KAG.

²⁰⁴ Vgl. dazu vorne 1.2.1.

Idealtypus für KMU etablieren könnten²⁰⁵ – ist also das Ende nahe für die Personengesellschaften in der Schweiz?

Wohl kaum – die Personengesellschaften werden ihren Platz (nicht nur für Privatbankiers)²⁰⁶ künftig behaupten und, je nach legislatorischer Unterstützung, sogar noch ausbauen können. Ein *grosser Vorzug* der Personengesellschaften sollte nicht unterschätzt werden: Zwar gibt es offene Rechtsfragen²⁰⁷, doch nicht allzu viele, d.h. die *Rechtssicherheit ist gross*. Ein bzw. der *zentrale Nachteil* ist allerdings, dass es (noch) keine Personengesellschaften gibt, bei denen die *Haftung aller Gesellschafter* adäquat beschränkt werden kann.

Dies sollte m.E.²⁰⁸ der *Gesetzgeber ändern* – zumindest wenn er die *Formenvielfalt* der Gesellschaften ausbauen und damit die *Wahlfreiheit* der Wirtschaftssubjekte erhöhen will:

Sinnvoller Ansatz ist die *Kommanditgesellschaft*, bei der die *Rechtsstellung des Komplementärs* zu ändern bzw. zu temperieren ist – ob (i) als Komplementär *juristische* Personen zugelassen werden (Modell: „GmbH & Co. KG“)²⁰⁹, oder ob (ii) die Komplementärstellung *generell abgeschafft* wird (Modell: „Partnerschaft mit beschränkter Haftung“ bzw. „PmbH“)²¹⁰, spielt *im Prinzip keine Rolle*; am Ende wird sich die (KMU-) Wirtschaft eher für die eine oder für die andere Form der „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung entscheiden“, doch der Gesetzgeber hat überhaupt diese *Möglichkeiten zu schaffen*. Dass *kein dogmatischer Sündenfall* gegeben wäre, zeigt die bald zum juristischen Alltag gehörende *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* gemäss neuem KAG²¹¹.

²⁰⁵ Vgl. dazu vorne 1.2.2.

²⁰⁶ Vgl. dazu vorne 2.2.4.

²⁰⁷ Vgl. dazu vorne 2.2.2.

²⁰⁸ Vgl. dazu vorne 2.3.2.3.

²⁰⁹ Vgl. dazu vorne 2.3.2.1.

²¹⁰ Vgl. dazu vorne 2.3.2.2.

²¹¹ Vgl. dazu vorne 2.4.2 ILEG.

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT, ANDREAS C. (ZK-ALBRECHT): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- BERETTA, PIERA (ZK-BERETTA): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- BERETTA, PIERA (Strukturanpassungen): Strukturanpassungen, Schweizerisches Privatrecht, SPR VIII/8, Basel 2006.
- BERTSCHINGER, URS: Vom Anlagefondsrecht zum Recht der kollektiven Kapitalanlage, AJP 2005, 3.
- BÖCKLI, PETER: Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für Peter Nobel, Bern 2005, 17.
- BÖHLER, CHRISTIAN: Anlagevehikel für Private Equity – Einführung der Limited Partnership im schweizerischen Recht, ST 2006, 506.
- VON BÜREN, ROLAND/HASLER, DANIEL: Ein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für Peter Nobel, Bern 2005, 57.
- BURKHALTER, THOMAS: Zur KMU-Relevanz des Swiss Code of Best Practice, in: Jusletter vom 15. Dezember 2003.
- BUXBAUM CARONI, MIRELLA: Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs, Diss., Zürich 1987.
- FELLMANN, WALTER (Grundfragen): Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 1997, 285.
- FELLMANN, WALTER (Rechtsformen): Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, Anwalts-Revue 2003, 339.
- FELLMANN, WALTER/MÜLLER, KARIN: Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., AJP 2000, 637.
- FORSTMOSER, PETER: Corporate Governance – eine Aufgabe auch für KMU?, in: FS für Dieter Zobl, Zürich 2004, 475.
- GIRSBERGER, DANIEL/FURRER, ANDREAS/KRUMMENACHER, PETER: Wirtschaftsrecht, Zürich 2006.
- GLANZMANN, LUKAS: Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006.
- GUGGENBÜHL, MARKUS (ZK-GUGGENBÜHL): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- HANDSCHIN, LUKAS (Systematik): Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 437.
- HANDSCHIN, LUKAS (Gesellschaften): Kaufmännische einfache Gesellschaften, in: Aktuelle Rechtsfragen zum Gesellschaftsrecht – Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 31.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), Basel/Frankfurt am Main 2002.
- KÜHNE, ARMIN: Fortschrittliche Revision des Anlagefondsgesetzes, NZZ Nr. 94/2004, 31.

- KUNZ, PETER V. (Flexibilisierung): Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 2000, 39.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht – Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Umwandlung): Umwandlung und Vermögensübertragung im schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 810.
- KUNZ, PETER V. (Fusionsgesetz): Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Aktuelle Rechtsfragen zum Gesellschaftsrecht – Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 185.
- KUNZ, PETER V. (Corporate Governance): Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für Peter Böckli, Zürich 2006, 471.
- KUNZ, PETER V. (Umbruch): Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 2006, 145.
- KUNZ, PETER V. (Investmentgesellschaften): Investmentgesellschaften – ein Testfall für das Geldwäschereigesetz (GwG)?, ZBJV 2006, 249.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSE, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2004.
- NOBEL, PETER (Corporate Governance): Corporate Governance und Aktienrecht – Bedeutung für KMU?, in: FS für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 325.
- NOBEL, PETER (Finanzmarktrecht): Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004.
- PFEIFER, MICHAEL (ZK-PFEIFER): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- STAEHELIN, DANIEL: Baukonsortium Remetschwil – Zürcher Anwaltskanzlei – Basler Advokaturbüro – drei neuere Entscheide zu den Personengesellschaften, SZW 2000, 308.
- VON STEIGER, WERNER: Die Personengesellschaften, Schweizerisches Privatrecht, SPR VIII/1, Basel 1976.
- TADDEI, FILIPPO: Die US-amerikanische Partnership im Vergleich zum schweizerischen Recht, Diss., Basel 2004.
- VISCHER, MARKUS/GNOS, URS P.: Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, AJP 2006, 783.
- VONZUN, RETO: Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss., Basel 2000.
- WEBER, ROLF H.: Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, SPR II/4, Basel 1998.
- WEIBEL, THOMAS (ZK-WEIBEL): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- ZOBL, DIETER/KRAMER, STEFAN: Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.