

*Abschied vom Numerus clausus  
im Gesellschaftsrecht?*

---

PETER FORSTMOSER\*

**Inhaltsübersicht**

§ 1	Der Numerus clausus als steinernes Fundament des schweizerischen Gesellschaftsrechts .....	78
§ 2	Ein Gesellschaftsrecht ohne Numerus clausus: das frühere Liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht .....	81
§ 3	Tendenzen zur Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts im EU-Raum .....	82
§ 4	Änderungen im Kanon der schweizerischen Gesellschaftsformen.....	85
	I. Die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	85
	II. Erfolgreiche Vorstösse .....	86
	III. Die Einführung neuer Gesellschaftsformen durch das künftige Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Übersicht).....	89
	IV. Die Anlagegesellschaft.....	90
	V. Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen.....	91
	VI. Die Investmentgesellschaft .....	92
	VII. Fazit und Ausblick .....	93
§ 5	Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – wünschbar oder abzulehnen?.....	93
	I. Keine Preisgabe des Numerus clausus .....	94
	II. Wünschbarkeit einer Flexibilisierung des Angebots an Gesellschaftsformen.....	94

Vor kurzem hat der Bundesrat den *Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG)*, welches das geltende Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) vom 18. März 1994<sup>1</sup> total revidieren bzw. er-

---

\* Mein Assistent, lic.iur. YVES RUBELI, hat mit grossem Engagement das Material zusammengestellt und strukturiert und mich auch sonst bei der Ausarbeitung dieses Aufsatzes tatkräftig unterstützt. In der Abschlussphase haben auch meine Assistentin, RA lic.iur. CHRISTA-MARIA HARDER SCHULER, und mein Assistent, lic.iur. PATRIK R. PEYER, LL.M., mitgewirkt und eine Reihe noch offener Fragen geklärt. Die europarechtlichen Ausführungen hat Herr RA DIRK TRÜTEN, LL.M., durchgesehen. Ihnen allen bin ich dankbar.

<sup>1</sup> SR 951.31.

setzen soll, in die Vernehmlassung gegeben<sup>2</sup>. Mit dem KAG sollen – erstmals seit den Dreissigerjahren, als die GmbH in das schweizerische Recht aufgenommen wurde<sup>3, 4</sup> – drei zumindest dem Namen nach neue Gesellschaftsformen eingeführt werden: die Anlagegesellschaft, die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und die Investmentgesellschaft<sup>5</sup>.

Man hat in diesem Zusammenhang von einer Abkehr vom Grundsatz des Numerus clausus im schweizerischen Gesellschaftsrecht gesprochen<sup>6</sup>. Trifft dies zu, und – wenn ja – was ist davon zu halten?

## § 1 Der Numerus clausus als steinernes Fundament des schweizerischen Gesellschaftsrechts

a) Es ist heute unbestritten, dass das schweizerische Privatrecht vom Grundsatz des *Numerus clausus zulässiger Gesellschaftsformen* beherrscht ist<sup>7</sup>. Gewählt werden kann zwischen acht vorgeprägten Rechtsfiguren: der einfachen Gesellschaft, der Kollektivgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Genossenschaft und dem Verein<sup>8</sup>. Andere Formen – etwa in ausländischen Rechten vorgesehene oder solche, die

<sup>2</sup> Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf der vom Eidg. Finanzdepartement (EFD) eingesetzten Expertenkommission für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994, vorgelegt im November 2003, <www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/anlagefondsg.pdf> (besucht am 10. Januar 2005). Inzwischen ist die Vernehmlassung abgeschlossen und ausgewertet (vgl. Bericht des EFD über die Vernehmlassungsergebnisse zum Erläuterungsbericht inkl. Gesetzesentwurf der Expertenkommission „Totalrevision des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994“, <www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/12/anlagefondsg.pdf?text=1> [besucht am 10. Januar 2005]), und der Bundesrat hat das EFD damit beauftragt, im dritten Quartal 2005 einen Gesetzesentwurf und eine Botschaft für das KAG vorzulegen, vgl. Medienmitteilung des EFD vom 3. Dezember 2004, <www.efd.admin.ch/d/dok/medien/medienmitteilungen/2004/12/anlagefondsg.htm?> (besucht am 10. Januar 2005) sowie NZZ vom 4./5. Dezember 2004, 33.

<sup>3</sup> Dazu hinten § 4 I.

<sup>4</sup> Zu abgelehnten Reformvorschlügen vgl. hinten § 4 II.

<sup>5</sup> Zu diesen Formen hinten § 4 III.-VI. Der Begriff „Investmentgesellschaft“ findet sich bereits heute auf der Stufe der Selbstregulierung der Börse, vgl. hinten bei Anm. 79.

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten bei Anm. 82 ff.

<sup>7</sup> Vgl. etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A. Bern 2004, § 11 N. 2 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Personenrecht, Syst. Teil und Kommentar zu ZGB 52-59, Bern 1993, Syst. Teil N. 10 ff. (speziell für die juristischen Personen); WERNER VON STEIGER, Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/1, Basel/Stuttgart 1976, 239 ff.; ROLF H. WEBER, Schweiz. Privatrecht Bd. II/4, Basel/Genf/München 1998, 80 ff.; jeweils mit weiteren Hinweisen.

<sup>8</sup> Erweiterungen, die hier nicht interessieren, ergeben sich für die überlieferten Rechtsformen des kantonalen Rechts, vgl. ZGB 59 III. Keine Anwendung findet der Grundsatz des Numerus clausus im öffentlichen Recht, vgl. ZGB 59 I und WEBER (zit. Anm. 7) 80.

durch eine Kombination der gesetzlich vorgesehenen Rechtsformen geschaffen werden könnten – sind unzulässig<sup>9</sup>.

Gerechtfertigt wird der Numerus clausus mit Gründen des *Verkehrsschutzes* und der *Rechtersicherheit*<sup>10</sup>: Während *schuldrechtliche Verträge* nur für die Vertragsparteien Rechte und Pflichten begründen, treten Gesellschaften mit *Dritten* in Rechtsbeziehungen. Diese müssen sich darauf verlassen können, dass eine Gesellschaft – kraft ihrer Rechtsform – bestimmte Eigenschaften aufweist, etwa im Hinblick auf den Umfang der Vertretungsmacht ihrer Organe oder die Haftung für eingegangene Verpflichtungen. Aber auch die *Gesellschafter selbst* brauchen die Sicherheit und Vorhersehbarkeit gesetzlich vorgeformter Strukturen, jedenfalls bei Gesellschaften mit einem grossen und fluktuierenden Mitgliederbestand.

b) Dem *Bedürfnis nach Differenzierung* hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er für bestimmte Wirtschaftszweige – im Rahmen der bestehenden Rechtsformen – ergänzende und modifizierende Regelungen erlassen hat, so etwa für Banken<sup>11</sup>, Fondsleitungen<sup>12</sup> oder Versicherungsunternehmen<sup>13</sup>. In neuerer Zeit werden sodann zu Recht vermehrt Differenzierungen aufgrund der Grösse und wirtschaftlichen Bedeutung vorgenommen, so etwa im Fusionsgesetz<sup>14</sup> und künftig im Rechnungslegungs- und Revisionsrecht<sup>15</sup>.

c) Den nötigen *Spielraum für die private Rechtsgestaltung* räumt der Gesetzgeber ein, indem er die einzelnen Rechtsformen in der Regel nicht streng

<sup>9</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 11 N. 4 und WEBER (zit. Anm. 7) 81.

<sup>10</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 11 N. 5; v. STEIGER (zit. Anm. 7) 240; WEBER (zit. Anm. 7) 82.

<sup>11</sup> BG über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0) Art. 3 ff., welche Bestimmungen auf Verordnungsebene konkretisiert wurden.

<sup>12</sup> AFG 9, welche Bestimmung auf Verordnungsebene (Verordnung über die Anlagefonds [Anlagefondsverordnung, AFV] vom 19. Oktober 1994 [SR 951.311]) konkretisiert wurde (AFV 9 ff.).

<sup>13</sup> BG betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01) Art. 7 ff.

<sup>14</sup> BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301). Sofern jeweils alle Gesellschafter zustimmen, können kleine und mittlere Unternehmen (KMU), welche in FusG 2 lit. e definiert werden, auf die Erstellung eines Fusions- bzw. Umwandlungsberichts (FusG 14 II bzw. 61 II), auf die Prüfung der für die Fusion resp. Umwandlung gesetzlich geforderten Dokumente durch einen besonders befähigten Revisor (FusG 15 II bzw. 62 II) sowie auf das Einsichtsverfahren (FusG 16 II bzw. 63 II) verzichten.

<sup>15</sup> Der Entwurf für die Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sieht für KMU Erleichterungen hinsichtlich des Prüfungsumfanges und der Prüfungsintensität (eingeschränkte Revision, weniger weit gehende Anforderungen an die fachliche Qualifikation und die Unabhängigkeit der Revisionsstelle) sowie für Kleinbetriebe die Möglichkeit eines Verzichts auf eine Revisionsstelle vor (E OR 727c, 729 ff., 727a, vgl. dazu Botschaft des Bundesrates 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., 3993 ff.).

an ein gesetzgeberisches Leitbild gebunden, sondern *flexibel ausgestaltet* hat.

Besonders ausgeprägt ist dies bei der *einfachen Gesellschaft*, deren Funktion als Subsidiärform und Auffangbecken<sup>16</sup> durch eine weitgehend dispositive gesetzliche Ordnung Rechnung getragen wird<sup>17</sup>, freilich in Verbindung mit einer zum Schutze Dritter erforderlichen zwingenden Regelung: der primären und solidarischen persönlichen Haftung aller Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden<sup>18</sup>.

Aber auch die als juristische Person durch das Gesetz weit stärker strukturierte *Aktiengesellschaft* lässt sich den unterschiedlichsten Bedürfnissen anpassen. Dies zeigt sich schon darin, dass die AG noch immer als die bei weitem häufigste Rechtsform, als eigentliche „bonne à tout faire“ für die unterschiedlichsten wirtschaftlichen Gebilde und Zielsetzungen Verwendung findet – vom personenbezogenen Kleinunternehmen bis zum global tätigen Grosskonzern, von der passiven Vermögensverwaltungsgesellschaft bis zum aktiven Produktions- und Vertriebsunternehmen.

Die übrigen Gesellschaftsformen sind mehr oder weniger stark an einen Typus gebunden, lassen aber stets Raum für Typabweichungen. Selbst das Genossenschaftsrecht, bei welchem es in der Revision von 1936 das erklärte Ziel des Gesetzgebers war, „mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies [zu] vertreib[en], was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist“<sup>19</sup>, lässt atypische Gebilde zu, wie etwa die Genossenschaften des Migros- und des Coop-Konzerns zeigen, die der gesetzgeberischen Idee der Selbsthilfegemeinschaft in keiner Weise entsprechen.

d) Während der letzten 65 Jahre blieb die Zahl der schweizerischen Gesellschaftsformen konstant. Anpassungen an gewandelte Bedürfnisse erfolgten – freilich nur ein einziges Mal im Rahmen der Überarbeitung des Aktienrechts 1968/1991 – durch die Reform einer bestehenden Gesellschaftsform. Das KAG bringt daher konzeptionell eine radikale Änderung – jedenfalls dann, wenn sich nicht bei näherem Zusehen ergeben sollte, dass sich unter den neuen Bezeichnungen lediglich zusätzliche Ausdifferenzierungen bestehender Rechtsformen verbergen<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Vgl. OR 530 II, wonach eine Gesellschaft als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist, wenn „nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen“.

<sup>17</sup> Vgl. die zahlreichen Bestimmungen, die mit Wendungen wie „wird es nicht anders vereinbart“ und ähnlich eingeleitet werden.

<sup>18</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 12 N. 30 ff.

<sup>19</sup> So der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission – SCHERER – in StenBullNR 1934 752.

<sup>20</sup> Dazu hinten § 4 IV.-VI.

## § 2 Ein Gesellschaftsrecht ohne Numerus clausus: das frühere Liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht

a) Dass im Gesellschaftsrecht ein Numerus clausus gilt, ist heute eine kaum je hinterfragte Selbstverständlichkeit. Aus heutiger Sicht erscheint es denn auch als Kuriosum, dass das bis in die Achtzigerjahre geltende Liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926 diesen Grundsatz nicht kannte. Vielmehr bestimmte PGR 629 I:

„Ausser den sonstigen im liechtensteinischen Rechte anerkannten und besonders geregelter Verbandspersonen kann jede in irgendeinem ausländischen Rechte anerkannte Verbandsperson zu einem wirtschaftlichen oder anderen Zwecke im Inland mittels öffentlicher Urkunde errichtet werden.“

Noch weiter ging die Freiheit bei den sog. *bewilligten Auslandsverbandspersonen* gemäss PGR 633-636. Diese „mussten sich an überhaupt keine Rechtsordnung, weder an eine ausländische noch an die inländische, halten. Sie erhielten ihre Struktur durch die Statuten, nur wenig eingeengt durch einzelne zwingende liechtensteinische Vorschriften. Freilich bedurften sie einer Bewilligung der Regierung“<sup>21</sup>.

b) Offenbar hat sich diese extrem offene Ordnung, die auf die Leitplanken abschliessend geregelter Gesellschaftsformen verzichten wollte, nicht bewährt. So sollen Verbandspersonen gemäss ausländischem Rechte „keine Bedeutung erlangt [haben], weil immer die liechtensteinische Regelung doch die günstigere und flexiblere war“, zumal „auch Kleingewerbetreibende ... die gängigen Gesellschaftsformen angesichts des bescheidenen Mindestkapitals, das zur Gründung einer Verbandsperson notwendig ist“, bevorzugt hätten<sup>22</sup>. Völlig bedeutungslos können diese Gebilde aber nicht gewesen sein; jedenfalls hat der Verfasser dieser Zeilen solche Verbandspersonen in der Praxis angetroffen.

Weil „die betont liberale Ausgestaltung [des liechtensteinischen Gesellschaftswesens] Missbräuchen und Auswüchsen Vorschub“ geleistet „und den liechtensteinischen Staat in seinem Ansehen beeinträchtigt“<sup>23</sup> hatte, wurde im Jahre 1980 eine umfassende Gesellschaftsrechtsreform beschlossen. Im Zuge dieser Reform wurden diverse Gesellschaftsformen aufgehoben.

<sup>21</sup> ANTON GUBSER, Grundriss der liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980, Vaduz 1980, 50.

<sup>22</sup> GUBSER (zit. Anm. 21) 50.

<sup>23</sup> HERBERT BATLINER, Liechtensteinische Gesellschaftsreform, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 1 (1980) 958 ff., 958.

ben, so auch die besondere Verbandsperson gemäss ausländischem Recht und die bewilligte Auslandsverbandsperson<sup>24</sup>. Dies geschah, nachdem schon früher Einschränkungen in der Rechtspraxis dadurch erfolgt waren, dass Verbandspersonen ausländischen Rechts nur noch dann zugelassen wurden, wenn keine entsprechende inländische Rechtsform zur Verfügung stand.

### § 3 Tendenzen zur Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts im EU-Raum

a) Der Verzicht auf einen Numerus clausus im früheren liechtensteinischen PGR wird wohl ein Unikum in der Geschichte des Gesellschaftsrechts bleiben. Eine vergleichbare Entwicklung – nämlich die Öffnung für ausländische Rechtsformen – ist allerdings aufgrund der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Rahmen der EU festzustellen.

In Weiterentwicklung der sog. „Centros-Entscheidung“ vom 9. März 1999<sup>25</sup> hat der EuGH im „Überseering-Entscheid“ vom 5. November 2002<sup>26</sup> sowie neuestens im Urteil „Inspire Art“ vom 30. September 2003<sup>27</sup> entschieden, dass einer Gesellschaft, welche nach dem Recht eines EU-Staates rechtmässig gegründet worden ist, die Anerkennung in einem anderen Mitgliedstaat – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs<sup>28</sup> – nicht verweigert werden darf.

<sup>24</sup> GUBSER (zit. Anm. 21) 50.

<sup>25</sup> EuGH, 9. März 1999, *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Rs. 212/97, Slg. 1999 I-1459; Urteilstext u.a. veröffentlicht in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 10 (1999) 216 ff.; vgl. anstelle vieler PETER BEHRENS, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 19 (1999) 323 ff.; vgl. ferner DANIEL GIRSBERGER/RODRIGO RODRIGUEZ, Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER) 14 (2004) 559 ff., 564 f.

<sup>26</sup> EuGH, 5. November 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Rs. 208/00, Slg. 2002 I-9919; Urteilstext m. Anm. v. THOMAS WERNICKE veröffentlicht in: EuZW 13 (2002) 754 ff.; vgl. anstelle vieler WULF-HENNING ROTH, Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering*, IPRax 23 (2003) 117 ff.; vgl. ferner GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 565 f., sowie NZZ vom 17. Dezember 2002, 25.

<sup>27</sup> EuGH, 30. September 2003, *Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Rs. 167/01, Slg. 2003 I-10155; Urteilstext u.a. veröffentlicht in: EuZW 14 (2003) 687 ff.; es handelt sich um eine Plenarentscheidung, welche von sämtlichen fünfzehn Richtern des Plenums gezeichnet wurde; vgl. anstelle vieler PETER BEHRENS, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach *Inspire Art*, IPRax 24 (2004) 20 ff.; STEFAN LEIBLE/JOCHEN HOFFMANN, Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, EuZW 14 (2003) 677 ff.; ferner GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 567 ff.

<sup>28</sup> Im Umstand, dass eine Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat ohne die Absicht einer aktiven Tätigkeit in diesem Land und lediglich zum Zwecke eines Transfers in ein anderes EU-Land

Dadurch wird es möglich, in einem EU-Staat eine Gesellschaft zu gründen, ohne dort Aktivitäten auszuüben oder je ausüben zu wollen, und sodann ausschliesslich in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu sein<sup>29</sup>. Dies kann erstens durch Inanspruchnahme der sekundären Niederlassungsfreiheit geschehen, welche die Errichtung von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften in einem anderen EU-Mitgliedstaat ohne Sitz- oder Rechtsformwechsel der Muttergesellschaft erlaubt. Zweitens besteht die Möglichkeit, durch Gebrauch der primären Niederlassungsfreiheit den Verwaltungssitz aus dem ursprünglichen in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen<sup>30</sup>, ohne je im Gründungsstaat unternehmerisch aktiv gewesen zu sein. Freilich haben die erwähnten Entscheidungen nur für einzelne der bei der Sitzverlegung innerhalb des EU-Raums entstehenden Probleme eine Lösung gebracht<sup>31</sup>. Eine Klärung weiterer zentraler Fragen wird voraussichtlich die geplante 14. gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinie zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU bringen<sup>32</sup>.

Vereinfacht gesagt ist es eine Konsequenz der genannten Rechtsprechung, dass es im EU-Raum zulässig ist, eine beliebige Rechtsform, die in irgendeinem EU-Mitgliedstaat anerkannt ist, auszuwählen und mit dieser in irgendeinem anderen EU-Mitgliedstaat tätig zu sein. So ist es beispielsweise möglich, dass eine Gesellschaft, für welche im Gründungsstaat nur minimale Anforderungen bezüglich der Kapitalbasis bestehen, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, in dem weit höhere Mindestkapitalvorschriften bestehen, ohne dass in der Folge Anpassungen bezüglich des Mindestkapitals verlangt werden dürften und ohne dass diese Strategie als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre<sup>33</sup>. Das frühere liechtensteinische Recht, welches solche Freiheit – freilich nicht nur in einem eingegrenzten Wirtschaftsraum, sondern weltweit – gewährte, lässt grüssen.

c) Der EuGH hat in seiner über die Jahre hinweg entwickelten Rechtsprechung die Pluralität des europäischen Gesellschaftsrechts als Leitprinzip

gegründet wird, liegt nach Ansicht des EuGH kein Rechtsmissbrauch, sondern eine legitime Nutzung der Niederlassungsfreiheit; vgl. EuGH, 9. März 1999, *Centros* (zit. Anm. 25) Rdnr. 27.

<sup>29</sup> EuGH, 9. März 1999, *Centros* (zit. Anm. 25) Rdnr. 29.

<sup>30</sup> PETER BEHRENS, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu *Inspire Art*, IPRax 23 (2003) 193 ff., 203; ROBERT FREITAG, Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 10 (1999) 267 ff., insbes. 268 mit weiteren Verweisen.

<sup>31</sup> CARL BAUDENBACHER/DIRK BUSCHLE, Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach *Überseering*, IPRax 24 (2004) 26 ff., 28; vgl. auch DIRK TRÜTEN, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Anerkennung von Gesellschaften und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, Zürich 2001.

<sup>32</sup> Vgl. zur geplanten Richtlinie GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 571 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>33</sup> EuGH, 30. September 2003, *Inspire Art* (zit. Anm. 27) Rdnr. 142; EuGH, 5. November 2002, *Überseering* (zit. Anm. 26) Rdnr. 31 ff., insbes. Rdnr. 39.

herausgestrichen<sup>34</sup>. So war es voraussehbar, dass diese Rechtsprechung dazu führen würde, dass in einzelnen Mitgliedstaaten bislang nicht erlaubte bzw. unbekannte Gesellschaftsformen auftreten würden. Dies ist nun geschehen: Massenhaft sind inzwischen britische „Limited“ gegründet und nach Deutschland oder Österreich umgesiedelt worden<sup>35</sup>. Euphorisch wird denn auch im Klappentext eines einschlägigen „How to“-Buches festgestellt:

„Nach der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes darf die englische ‚Limited‘ nicht nur ungehindert in Deutschland tätig werden, sie darf auch ganz hierher umziehen. Die ‚Ltd‘ mit ausschliesslichem Sitz in Deutschland für ein paar Hundert Euro ist möglich. Wozu dann noch die teure und umständliche GmbH? Viele stempeln diese schon zum Auslaufmodell und predigen das hohe Lied der ‚Ltd‘.“<sup>36</sup>

Die EU-weite Freiheit in der Wahl der Gesellschaftsformen führt – es ist dies vielfach beschrieben worden – zu einem „Wettbewerb der Rechtsordnungen zwischen den Mitgliedstaaten“<sup>37</sup>, der allenfalls in einem „race to the bottom“ enden könnte<sup>38</sup>.

d) Dass die Möglichkeit, aus einem internationalen Angebot die attraktivste – will heissen: preisgünstigste und mit den geringsten Anforderungen versehene – Gesellschaftsform auszuwählen, auf die Schweiz überschwappt wird, ist nicht zu befürchten. Die Schweiz gilt bezüglich der EU-Niederlassungsfreiheit für juristische Personen und gemäss der erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofs als Drittstaat. Sie ist mithin – abgesehen von einer Ausnahme<sup>39</sup> – nicht direkt davon berührt<sup>40</sup>. Anders sieht es für diejenigen Gesellschaften aus, die eine Tochtergesellschaft im EU-Raum errichtet haben. Diese profitieren von der Niederlassungsfreiheit gemäss

<sup>34</sup> ERICH SCHANZE/ANDREAS JÜTTNER, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, Die Aktiengesellschaft (AG) 48 (2003) 661 ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu MICHAEL SILBERBERGER/OLIVER BUHL, Die britische Limited in Österreich und Deutschland. Die intelligente und innovative Alternative zur GmbH, Wien 2004, und KLAUS DEGENHARDT, Die „Limited“ in Deutschland, 3. A. Bremen 2004.

<sup>36</sup> DEGENHARDT (zit. Anm. 35) a.a.O. Ähnlich titelte die Presse, vgl. etwa die im Vorwort von SILBERBERGER/BUHL (zit. Anm. 35) wiedergegebenen Zitate: „Lieber ‚limited‘ als beschränkt – die GmbH als Auslaufmodell“ (Financial Times Deutschland vom 30. September 2003), „Freie Auswahl im europäischen Gesellschaftsrecht“ (F.A.Z. vom 8. Oktober 2003), „Englische Limited gilt als Pendant zur deutschen GmbH“ (Frankfurter Rundschau vom 27. März 2004), „‚Limited‘ macht GmbH den Garaus“ (Rheinische Post vom 28. April 2004).

<sup>37</sup> So schon der Schlussantrag des Generalanwalts LA PERGOLA, 16. Juli 1998, Rs. 212/97, Slg. 1999 I-1459, Rdnr. 20.

<sup>38</sup> Ablehnend zu dieser Befürchtung – zumindest für grosse Gesellschaften – GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 582.

<sup>39</sup> Vgl. detailliert zur Ausnahme im Bereich der Dienstleistungsfreiheit GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 575.

<sup>40</sup> Dies zumindest, wenn in Übereinstimmung mit GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 574 davon ausgegangen wird, dass die juristischen Personen vom Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG und ihren Mitgliedstaaten (SR 0.142.112.681) nicht erfasst werden.

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) 43 ff.<sup>41</sup>, wie sie vom EuGH in der vorn skizzierten Rechtsprechung konkretisiert worden ist.

## § 4 Änderungen im Kanon der schweizerischen Gesellschaftsformen

Dass das Gesellschaftsrecht dem Prinzip des Numerus clausus unterworfen ist, bedeutet – es zeigt dies die bevorstehende Revision und Erweiterung des Rechts der kollektiven Kapitalanlagen – keineswegs zwangsläufig, dass die Zahl zugelassener Gesellschaften unverändert bleiben muss: Es ist durchaus denkbar, geänderten oder speziellen Bedürfnissen nicht bloss durch Anpassungen und Ausdifferenzierungen bestehender Rechtsformen Rechnung zu tragen<sup>42</sup>, sondern auch durch die Einführung neuer sowie allenfalls die Aufhebung obsolet gewordener Gesellschaftsformen.

In der Schweiz hat man sich diesbezüglich schwer getan. Immerhin wurden im letzten Jahrhundert eine Rechtsform neu eingeführt (vgl. Ziff. I.), wurden und werden verschiedene Ergänzungen zumindest diskutiert (vgl. Ziff. II.) und steht nun eine Erweiterung im Rahmen des KAG vor der Tür (vgl. Ziff. III.-VII.).

### I. Die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

a) Erstmals und – dies sei vorweggenommen – bisher letztmals seit dem Inkrafttreten der schweizerischen Gesellschaftsrechtskodifikation im Jahre 1881 wurden die schweizerischen Gesellschaftsformen anlässlich der Totalrevision des Gesellschaftsrechts vom 18. Dezember 1936 ergänzt: Damals wurde die GmbH neu in das schweizerische Recht eingeführt.

b) Die schweizerische GmbH ist ein Retortenbaby, das – ohne Ahnen in der schweizerischen Rechtstradition – gestützt auf das deutsche Vorbild gezeugt worden ist. Ob für die neue Rechtsform ein Bedarf bestehe, war damals durchaus umstritten<sup>43</sup>. Schliesslich setzte sich aber die Ansicht des Bundesrates durch, die GmbH könne das Bedürfnis nach einem

<sup>41</sup> GIRSBERGER/RODRIGUEZ (zit. Anm. 25) 576, 581 f.; TRÜTEN (zit. Anm. 31) 47.

<sup>42</sup> Dazu vorn bei Anm. 11 ff.

<sup>43</sup> Vgl. die Ausführungen zur Gesetzesentstehung bei HERBERT WOHLMANN, GmbH-Recht, Basel/Frankfurt 1997, 2.

rates durch, die GmbH könne das Bedürfnis nach einem „Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Vergesellschaftungsformen“ befriedigen<sup>44</sup>.

c) An einem solchen Bedürfnis konnte man freilich lange Zeit zweifeln. Die GmbH blieb ein Mauerblümchen, das in der Praxis nur zögerlich gediehen ist: Noch Ende 1991 gab es weniger als 2800 Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH, neben wohl mehr als 100'000 Kleinaktiengesellschaften. Anscheinend hatte der Gesetzgeber die Wünsche der Praxis verkannt.

Der Befund änderte sich schlagartig mit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts Mitte 1992. Seither ist die GmbH zum Star geworden und hat bei Neugründungen die AG weit hinter sich gelassen. Ende 2004 gab es in der Schweiz 76'428 GmbHs (neben knapp 175'000 Aktiengesellschaften)<sup>45</sup>. Einmal mehr hat sich gezeigt, wie schwer es ist, Voraussagen über die Bedürfnisse der Praxis zu machen. Aber es hat sich auch gezeigt, dass es durchaus Sinn machen kann, Rechtsformen grosszügig zur Verfügung zu stellen, auch wenn nicht feststeht, dass die Praxis danach lechzt.

## II. Erfolglose Vorstösse

Im letzten Jahrzehnt sind von verschiedener Seite Vorstösse für eine Erweiterung der Gesellschaftsformen gemacht worden, die jedoch alleamt schon in einem frühen Stadium der gesetzgeberischen Vorarbeiten gestrandet (vgl. nachfolgend lit. a, b und c) resp. – im Falle der Organisationsformen für freie Berufe (vgl. nachfolgend lit. d) – steckengeblieben sind:

a) PETER NOBEL hat gemeinsam mit ALAIN HIRSCH einen ausformulierten und begründeten Vorschlag für eine *private Aktiengesellschaft* gemacht, deren Einführung an die Stelle einer Überarbeitung des Rechts der GmbH hätte treten sollen<sup>46</sup>.

Das Projekt wurde vom Bundesrat – entsprechend dem Antrag einer Arbeitsgruppe, die einen Vorentwurf für eine Revision des Rechts der GmbH

<sup>44</sup> Botschaft des Bundesrates zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 21. Januar 1928, BB1 1928 I 205 ff., 273.

<sup>45</sup> SHAB No. 9 vom 13. Januar 2005; im Jahre 2004 verringerte sich die Anzahl der Aktiengesellschaften gesamtschweizerisch um 221 auf 174'149, während die Anzahl der GmbHs um 7795 zunahm.

<sup>46</sup> ALAIN HIRSCH/PETER NOBEL, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 ff.; ausführlich sodann PETER NOBEL, L'alternative: SA privée au lieu de Sàrl, in: ROCHAT/FERRARI (Hrsg.), Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, 203 ff.; vgl. auch CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die GmbH und die Private AG, in: MEIER-SCHATZ (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, 111 ff.

erarbeitet hatte<sup>47</sup> – abgelehnt, weil die AG genügend anpassungsfähig sei und mit der GmbH eine echte Alternative zur Verfügung stehe. Eine „kleine Aktiengesellschaft zusätzlich zur GmbH“ lehnte der Bundesrat mit der Begründung ab, es „entstünde eine unnötige Vielfalt ähnlicher Gesellschaftsformen, und das Recht der GmbH müsste dennoch revidiert werden“<sup>48</sup>.

b) Vom Bundesrat abgelehnt wurde aber auch der Vorschlag, juristische Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafterinnen in der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft zuzulassen, womit die Bildung der in Deutschland sehr verbreiteten „GmbH & Co. KG“ möglich geworden wäre. Eine entsprechende Anregung hatte schon die *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* gemacht<sup>49</sup>, und sie wurde in der Folge in einem parlamentarischen Vorstoss<sup>50</sup> aufgenommen. Vom Bundesrat wurde sie – im Einklang mit dem Expertenbericht zum Vorentwurf für eine GmbH-Reform<sup>51</sup> – zurückgewiesen, weil die „Verbindung einer Kommanditgesellschaft mit einer GmbH ein ausserordentlich kompliziertes Konstrukt“ sei, das „die Anforderungen an eine einfache und klare Regelung, die an eine Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) zu stellen sind, nicht zu erfüllen vermag“<sup>52</sup>.

c) Während die Expertenkommission für eine Reform des Rechts der GmbH in ihrer Ablehnung sowohl der Vorschläge für eine private AG wie auch derjenigen für die Ermöglichung der GmbH & Co. KG durchdrang, hat sie ihrerseits eine Abfuhr erlitten mit der Idee, eine neue, als „*Personengesellschaft mit beschränkter Haftung*“ bezeichnete Rechtsform zu kreieren<sup>53</sup>. Bei dieser hätten sämtliche Gesellschafter nur beschränkt, im Rahmen einer im Handelsregister einzutragenden Summe gehaftet, womit eine Art Kommanditgesellschaft ohne unbeschränkt haftende Gesellschafter geschaffen worden wäre bzw. – aus anderer Sicht – eine Gesellschaft, die keine juristische Person gewesen wäre, bei der aber dennoch die Risikobeschränkung aller beteiligten natürlichen Personen konsequent hätte umgesetzt werden können.

<sup>47</sup> Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern 1999, 68-77.

<sup>48</sup> Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BB1 2002 3148 ff., 3167 ff.; in den Vernehmlassungen waren die Auffassungen geteilt, vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bern 5. Juli 2000, 8 und 375 ff.

<sup>49</sup> Schlussbericht vom 24. September 1993, 53.

<sup>50</sup> Motion 97.3142 „Juristische Person als unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft“ von NR HANSUELI RAGGENBASS, eingereicht am 20. März 1997, in Form eines Postulates überwiesen am 9. Oktober 1998.

<sup>51</sup> Vgl. vorn Anm. 47.

<sup>52</sup> Botschaft 2002 (zit. Anm. 48) 3168; auch in diesem Punkt waren die Ansichten in den Vernehmlassungen geteilt.

<sup>53</sup> Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 47) 77.

Der Bundesrat befand indessen, es habe ein „wirklich wesentliches Bedürfnis für eine Ergänzung der herkömmlichen Rechtsformen ... nicht überzeugend dargelegt“ werden können<sup>54</sup>. Auch würde infolge der Reform des GmbH-Rechts „der Bedarf nach ergänzenden zusätzlichen Rechtsformen weitgehend entfallen“<sup>55</sup>.

Die Idee ist nun – freilich nur für eng fokussierte Einsatzmöglichkeiten – mit dem Vorentwurf zum KAG wieder auf dem Tisch<sup>56</sup>.

d) Im Jahre 2000 ist der Bundesrat durch einen parlamentarischen Vorstoss<sup>57</sup> beauftragt worden, die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen freier Berufe (Anwaltskanzleien, Ärztekollektive usw.) abzuklären und dem Parlament – soweit erforderlich – einen Entwurf für eine geeignete gesetzliche Grundlage zu unterbreiten. Die Bedürfnisse und Handlungsalternativen dieser Berufsgruppen zu eruieren und eine geeignete juristische Ausgestaltung zu schaffen, drängt sich nach Ansicht der Kommission für Rechtsfragen auf, da die Aktiengesellschaft aufgrund der persönlichen Haftung und der bei freien Berufen verlangten Unabhängigkeit weder für Anwaltskanzleien noch für Ärztekollektive geeignet sei. Im Ausland seien daher spezifische Organisationsmöglichkeiten geschaffen worden, wie etwa die Partnerschaftsgesellschaft oder die Anwaltskapitalgesellschaft (namentlich als GmbH). – Das Projekt schien lange Zeit – und vielleicht ad calendae graecas – auf Eis gelegt<sup>57a</sup>; es scheint nun allerdings erneut diskutiert zu werden.

e) Der schweizerische Gesetzgeber hat sich also bislang einer Erweiterung der Palette verfügbarer Gesellschaftsformen konsequent widersetzt. Er hat aber umgekehrt auch darauf verzichtet, Gesellschaftsformen wegen geringer Nachfrage aus dem Angebot zu nehmen. So stand die Eliminierung der *Kommandit-AG* nie zur Diskussion, obwohl es nur etwa ein Dutzend Gesellschaften dieser Rechtsform gibt<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Botschaft 2002 (zit. Anm. 48) 3168; auch in dieser Frage wurden in den Vernehmlassungen unterschiedliche Ansichten vertreten.

<sup>55</sup> Botschaft 2002 (zit. Anm. 48) 3168 f.

<sup>56</sup> Vgl. hinten Ziff. V..

<sup>57</sup> Motion 99.3656 „Rechtliche Organisationsformen für freie Berufe“ von SR ANTON COTTIER, eingereicht am 22. Dezember 1999, von beiden Räten überwiesen (SR: 8. März 2000, NR: 7. Dezember 2000).

<sup>57a</sup> Telefonische Auskunft des Eidg. Handelsregisteramtes vom Januar 2005.

<sup>58</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 17 N. 39 ff. Eine Lanze für die Kommandit-AG hatte schon die *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* in ihrem Schlussbericht (zit. Anm. 49) 45 ff. gebrochen.

### III. Die Einführung neuer Gesellschaftsformen durch das künftige Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Übersicht)

a) Obwohl das geltende Anlagefondsgesetz erst seit Anfang 1995 in Kraft ist, erteilte der Vorsteher des Eidg. Finanzdepartements (EFD) im Februar 2002 einer Expertenkommission den Auftrag für eine Revision. Diese Kommission legte im März 2003 einen „Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf“ vor, der in einer im November 2003 leicht überarbeiteten Version in die Vernehmlassung ging. Im Oktober 2004 waren die Vernehmlassungsergebnisse ausgewertet, und Anfang Dezember 2004 beauftragte der Bundesrat das EFD damit, im dritten Quartal 2005 einen Gesetzesentwurf und eine Botschaft für ein Kollektivanlagegesetz (KAG) vorzulegen<sup>59</sup>.

b) Der Auftrag der Expertenkommission bestand in erster Linie darin, die Kompatibilität mit dem internationalen Umfeld und besonders demjenigen im EU-Raum (wieder)herzustellen und Massnahmen „zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz“ vorzuschlagen<sup>60</sup>. Auch sollten die „Unterstellung von gesellschaftsrechtlich strukturierten Formen der kollektiven Kapitalanlage“ unter das AFG und die Einführung neuer gesellschaftsrechtlicher Anlagevehikel geprüft werden<sup>61</sup>.

c) Die ursprünglich als Teilrevision in Auftrag gegebene Überarbeitung des AFG mutierte in der Kommissionsarbeit zur *Totalrevision*, welche einen eigentlichen *Paradigmenwechsel* beinhaltet<sup>62</sup>: An die Stelle des geltenden AFG, das nur kollektive Kapitalanlagen auf schuldvertraglicher Basis<sup>63</sup> erfasst, soll künftig das KAG treten, das *alle* Formen der kollektiven Kapitalanlage regelt, entsprechend dem Grundsatz „same business same rules“. Dabei werden *drei Formen gesellschaftlicher Kapitalanlagen* genannt und geregelt:

- die *Anlagegesellschaft* als offene kollektive Kapitalanlage,
- die *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* als geschlossene Form und

<sup>59</sup> Vgl. vorn Anm. 2.

<sup>60</sup> Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 8.

<sup>61</sup> Erläuterungsbericht, (zit. Anm. 2) 8.

<sup>62</sup> Zum Inhalt allgemein vgl. Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) passim; URS BERTSCHINGER, Vom Anlagefondsrecht zum Recht der kollektiven Kapitalanlage, AJP 14 (2005) 3 ff., 11 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 10 N. 116d und § 22 N. 130a ff.; URS SCHENKER, Das neue Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG), Baker&McKenzie, Zürich 2004.

<sup>63</sup> Und auch diese nicht vollständig, vgl. die Übersicht bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 7) § 22 N. 60.

– die *Investmentgesellschaft* als weitere geschlossene Form.

Inwieweit handelt es sich um für das schweizerische Recht *neue Rechtsformen*?

#### IV. Die Anlagegesellschaft

a) Die Anlagegesellschaft<sup>64</sup> wird im KAG als „Gesellschaft mit variablem Kapital“ umschrieben, deren „Eigenkapital nicht zum voraus bestimmt ist“, wobei „der Verwaltungsrat grundsätzlich jederzeit berechtigt ist, neue Anteile auszugeben, und grundsätzlich jederzeit verpflichtet ist, ausgegebene Anteile zurückzunehmen“. Ausschliesslicher Zweck einer Anlagegesellschaft ist „die Verwaltung ihres eigenen Vermögens“<sup>65</sup>.

Auf die Anlagegesellschaft sollen grundsätzlich die Bestimmungen des OR über die Aktiengesellschaft zur Anwendung kommen, wobei jedoch zahlreiche Regeln – etwa diejenigen betreffend die Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals, die Ausschüttung von Dividenden und das Vorgehen bei Kapitalverlust – ausgeschlossen sind.

b) Mit der Anlagegesellschaft soll in der Schweiz die im Ausland verbreitete *Société d'investissement à capital variable* (SICAV) eingeführt werden, wobei als Vorbild die luxemburgische SICAV-Gesetzgebung diente<sup>66</sup>. Der Erläuterungsbericht bezeichnet die Anlagegesellschaft – vielleicht etwas selbstgefällig – als „eine der innovativsten Schöpfungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs“, mit der „eine neue Gesellschaftsform“ geschaffen worden sei<sup>67</sup>. Damit werde zwar – so wird mit leichtem Bedauern konstatiert – „der Grundsatz des Numerus Clausus der Gesellschaftsformen durchbrochen bzw. um eine weitere Rechtsform ergänzt“. Es werde „zum Wohle des Finanzplatzes Schweiz aber ein flexibles Vehikel geschaffen, das ... die Wettbewerbsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz gerade bei Fondsanbietern ausländischer Herkunft steigern wird“<sup>68</sup>.

c) Die Qualifikation der Anlagegesellschaft als „neue Gesellschaftsform“<sup>69</sup> erfolgt m.E. zu Recht: Die Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts ist

geprägt durch ihr – in der Legaldefinition ausdrücklich verankertes<sup>70</sup> und in der Ausgestaltung der Rechtsform prominentes – „zum voraus bestimmtes Kapital“, eine Qualifikation, die sich auch durch die geplante und hoch erwünschte Flexibilisierung des Aktienkapitals<sup>71</sup> nicht ändern wird. Entfällt dieses Begriffselement, dann handelt es sich nicht mehr um eine AG, auch wenn die aktienrechtlichen Bestimmungen zu einem guten Teil Anwendung finden, wie dies ja heute schon bei der GmbH der Fall ist.

#### V. Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

a) Gemäss KAG ist die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen „eine Kommanditgesellschaft im Sinne des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (Art. 594 ff. OR)“, die sich aber von der herkömmlichen Kommanditgesellschaft in grundlegenden Punkten unterscheidet, so namentlich darin, dass „unbeschränkt haftende Gesellschafter juristische Personen sein können“ und dass die Dauer der Gesellschaft zwölf Jahre nicht übersteigen darf<sup>72</sup>.

b) Zweck des Vehikels soll „die kollektive Kapitalanlage in Risikokapital“ sein<sup>73</sup>. Es soll für Private-Equity-Investitionen zur Verfügung stehen und der im Ausland gebräuchlichen „Limited Partnership“ (LP) entsprechen<sup>74</sup>. Aus Gründen des Anlegerschutzes ist vorgesehen, dass „Kommanditäre ausschliesslich qualifizierte Anleger“ sein dürfen<sup>75</sup>.

c) Während das KAG die Anlagegesellschaft terminologisch klar von der AG abgrenzt, wird die für Private-Equity-Investitionen vorgesehene Form ausdrücklich als „Kommanditgesellschaft“ definiert. Trotzdem liegt m.E. nicht einfach eine Unterart der herkömmlichen Kommanditgesellschaft vor: Diese ist aufgrund ihrer Legaldefinition dadurch gekennzeichnet, dass unbeschränkt haftende Gesellschafter „nur natürliche Personen“ sein können<sup>76</sup>, ein Begriffselement, das die (schweizerische) Kommanditgesellschaft ebenso prägt wie das feste Grundkapital die AG. Die Kommanditgesellschaft für

<sup>64</sup> Vgl. KAG 13 ff.

<sup>65</sup> KAG 13 I lit. a.

<sup>66</sup> Zum deutschen Pendant eingehend KAI-UWE STECK/RAINER SCHMITZ, Die Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem und fixem Grundkapital, AG 49 (2004) 658 ff.

<sup>67</sup> Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 68 f.

<sup>68</sup> Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 69.

<sup>69</sup> Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 68.

<sup>70</sup> OR 620 I.

<sup>71</sup> Vgl. dazu HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 4 (2002) 1 ff., 4.

<sup>72</sup> KAG 19. Dass eine zeitliche Begrenzung nötig sein soll, wurde in verschiedenen Vernehmlassungen bestritten und wird noch Gegenstand der politischen Auseinandersetzung sein.

<sup>73</sup> KAG 19 I lit. a.

<sup>74</sup> Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 78.

<sup>75</sup> KAG 19 I lit. d.

<sup>76</sup> OR 594 II.

kollektive Kapitalanlagen ist daher m.E. eine *eigenständige Personengesellschaft* neben der Kollektivgesellschaft und der herkömmlichen Kommanditgesellschaft<sup>77</sup>.

## VI. Die Investmentgesellschaft

a) Die Investmentgesellschaft ist gemäss KAG eine „Aktiengesellschaft im Sinne des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (Art. 620 ff.), deren Zweck auf die kollektive Kapitalanlage beschränkt ist“. Zur Anwendung kommt vollumfänglich Aktienrecht, ergänzt durch zusätzliche Anforderungen des KAG. So braucht es für die massgebenden Organe eine Bewilligung, bestehen Spezialbestimmungen bezüglich Prospekt und Rechenschaftsablage und muss in den Dokumenten von Publikumsinvestmentgesellschaften, deren Anteile kotiert sind, darauf hingewiesen werden, dass diese allenfalls nur mit einem Abschlag (Discount) verkauft werden können.

b) Die Investmentgesellschaft ist die *körperschaftliche Alternative zum klassischen schuldvertraglichen Anlagefonds*. Während aber die bisherigen schuldvertraglich konzipierten Anlagefonds durchwegs offene Fonds (open end funds) sind, handelt es sich bei der Investmentgesellschaft um ein „Closed-end-Vehikel“<sup>78</sup>.

c) Investmentgesellschaften sind unter geltendem Gesellschaftsrecht *gewöhnliche Aktiengesellschaften*. Eine Sonderstellung haben sie (soweit ihre Aktien – was üblich ist – kotiert sind) nur, aber immerhin insofern, als sie dem „Zusatzreglement für die Kotierung von Investmentgesellschaften“ der SWX Swiss Exchange<sup>79</sup> unterstellt sind. Dadurch sollte die Berichterstattung derjenigen von schuldvertraglichen Anlagefonds angepasst werden.

d) Die Investmentgesellschaft ist – anders als die Anlagegesellschaft – auch unter dem künftigen KAG als *Aktiengesellschaft* zu qualifizieren, welche sich durch ihren besonderen Zweck (der im Rahmen möglicher Gesellschaftszwecke von gewöhnlichen Aktiengesellschaften liegt) auszeichnet

<sup>77</sup> Im Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse (zit. Anm. 2) werden denn auch die Anlagegesellschaft und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen gemeinsam unter dem Titel „Einführung neuer Rechtsformen“ besprochen, a.a.O. 11 f.

<sup>78</sup> Vgl. Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 82.

<sup>79</sup> In Kraft seit 1. März 1998, Version Februar 2001, <[www.swx.com/download/admission/regulation/rules/addrules\\_invcomp\\_de.pdf](http://www.swx.com/download/admission/regulation/rules/addrules_invcomp_de.pdf)> (besucht am 10. Januar 2005).

und für deren Aktivitäten im KAG spezialgesetzlich besondere Anforderungen aufgestellt werden. Es handelt sich *nicht* um eine neue Rechtsform<sup>80</sup>.

## VII. Fazit und Ausblick

a) Mit der Anlagegesellschaft und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen schlägt der Gesetzgeber *zwei neue Rechtsformen* vor. Keine dieser beiden Gesellschaften lässt sich als Unterart einer bestehenden Gesellschaftsform verstehen, weil in beiden Fällen ein wesentliches Begriffselement fehlt:

- bei der Anlagegesellschaft im Vergleich zur AG das feste Grundkapital
- und bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen das bei der Kommanditgesellschaft des schweizerischen OR unabdingbare Erfordernis der Beteiligung (mindestens) einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person.

b) In der Vernehmlassung sind die beiden neuen Rechtsformen generell und mit nur wenigen Ausnahmen *begrüsst* worden. Es darf daher erwartet werden, dass ihrer Einführung in der parlamentarischen Beratung kaum Widerstand entgegengesetzt werden wird. Doch wird es – wie das EFD schreibt<sup>81</sup> – „eine der Hauptherausforderungen der weiteren Arbeiten sein, diesen Bereich möglichst nahtlos ins schweizerische Fonds- und Gesellschaftsrecht zu integrieren“.

## § 5 Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – wünschbar oder abzulehnen?

Was ist von der Erweiterung des Angebots an Gesellschaftsformen im schweizerischen Recht – sie könnte auch in anderen Gebieten als dem der kollektiven Kapitalanlage Schule machen – zu halten? Dazu vorab eine Klarstellung:

<sup>80</sup> Konsequenterweise wird die Investmentgesellschaft im Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse (zit. Anm. 2) nicht bei den neu einzuführenden Rechtsformen abgehandelt, sondern unter dem Titel „Unterstellung bestehender Formen der kollektiven Kapitalanlage“, gemeinsam mit der Anlagestiftung, a.a.O. 12.

<sup>81</sup> Medienmitteilung (zit. Anm. 2).

## I. Keine Preisgabe des Numerus clausus

a) Im Zusammenhang mit den Vorschlägen für eine Erweiterung der zulässigen Formen kollektiver Kapitalanlage ist – mit kritischem Unterton – moniert worden, es erfolge eine Abkehr vom Prinzip des Numerus clausus: „Mit der Einführung der Anlagegesellschaften durchbricht der Gesetzgeber still und heimlich den Numerus clausus des schweizerischen Gesellschaftsrechts“<sup>82</sup>. Dies soll auch von einigen Rechtswissenschaftlern angeprangert worden sein<sup>83</sup>.

b) Solche Kritik ist unbegründet: Es bleibt dabei, dass in der Schweiz nur eine bestimmte, geschlossene Zahl von gesellschaftlichen Organisationsformen zur Verfügung steht. Es findet lediglich eine Erweiterung der bis anhin zur Verfügung gestellten Formen durch zwei neue statt<sup>84</sup>, so wie in den Dreissigerjahren eine Erweiterung durch die Einführung der GmbH erfolgt ist.

Am Numerus clausus wird mithin festgehalten, und es ist dies im Interesse der Verkehrssicherheit auch künftig unabdingbar.

## II. Wünschbarkeit einer Flexibilisierung des Angebots an Gesellschaftsformen

a) Eine andere Frage ist, ob man in Zukunft bei der Einführung neuer Gesellschaftsformen weniger zurückhaltend sein sollte als bis anhin. Soll die Einführung neuer Rechtsformen – während des bald 125-jährigen Bestehens des OR ein einziges Mal durchexerziert und nun ein zweites Mal diskutiert – künftig vermehrt der Lösung von neuartigen oder neu intensivierten Bedürfnissen dienen?

b) Lehre und Rechtspolitik waren diesbezüglich bisher äusserst zurückhaltend: Die *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* kam 1993 zum Schluss,

<sup>82</sup> ra. [MICHAEL RASCH], Grundzüge des neuen Kapitalanlagegesetzes. Stillter und heimlicher Bruch des Gesellschaftsrechts, NZZ vom 28. Juni 2004, 20; vgl. auch BERTSCHINGER (zit. Anm. 62) 14.

<sup>83</sup> ra. [MICHAEL RASCH], Hintergeht das Kapitalanlagegesetz das Gesellschaftsrecht?, NZZ vom 9. Oktober 2004, 32.

<sup>84</sup> So auch – korrigierend zu seiner Aussage in NZZ vom 28. Juni 2004 (zit. Anm. 82) – ra. in seinem Beitrag in NZZ vom 9. Oktober 2004 (zit. Anm. 83), in welchem er die Kritik für „übertrieben“ hält, da es sich „eher um eine Erweiterung bzw. Bereicherung für spezifische Anlagen und nicht um einen Bruch des Schweizer Gesellschaftsrechts“ handle.

es sei die Schaffung einer zusätzlichen Gesellschaftsform „abzulehnen“<sup>85</sup>. Und der Bundesrat lehnte das Postulat der Einführung einer „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ knapp zehn Jahre später ebenfalls ab, zum einen, weil er hierfür keinen echten Bedarf erkennen konnte, zum andern aber auch, weil „eine zu grosse Normenvielfalt den Bedürfnissen namentlich der kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) nach einer möglichst einfachen Rechtsordnung nicht entspricht und zudem in einer zunehmend internationalisierten Wirtschaft Schwierigkeiten bereitet“<sup>86</sup>. Abgelehnt wurde vom Bundesrat auch die Zulassung der „GmbH & Co. KG“, weil sie für KMU zu kompliziert sei<sup>87</sup>.

c) M.E. sind diese Befürchtungen nicht stichhaltig: Die Zulassung neuer Rechtsformen schafft für Private breiteren Spielraum, der ihnen – sofern ein begründeter Bedarf angemeldet wird – nicht vorenthalten zu werden braucht. Sollte sich eine neue Rechtsform für einfachere Verhältnisse als zu kompliziert erweisen, dann werden die KMU ihre Finger davon lassen. Eher aber ist anzunehmen, dass sich in der Kautelar-Jurisprudenz gewisse Standardformen einspielen werden, die sich auch für einfache Verhältnisse bewähren<sup>88</sup>.

d) Es gibt aber m.E. nicht nur kaum stichhaltige Gründe, die *gegen* eine allfällige Erweiterung der Palette verfügbarer Gesellschaftsformen sprechen, sondern vielmehr eine ganze Reihe von *valablen* Gründen *dafür*:

aa) Eine Erweiterung der *Flexibilität* ist im Wirtschaftsrecht grundsätzlich erwünscht. Artenvielfalt im Gesellschaftsrecht ist daher positiv zu beurteilen, immer vorausgesetzt, die Verkehrssicherheit und der Schutz der Beteiligten bleiben gewahrt.

bb) Die Erfahrung zeigt, dass dann, wenn für ein gewisses Instrument ein Bedarf besteht, die *Praxis Wege sucht und findet*, diesen zu befriedigen. So sind etwa vielfältige Formen von Umstrukturierungen – Fusionen zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform wie auch Rechtsformumwandlungen – von der Praxis entwickelt und von den Gerichten abegesegnet worden, lange bevor das Fusionsgesetz dafür die gesetzliche Basis schuf. Dies war legitim und wirtschaftlich sinnvoll. In der rechtlichen Beurteilung musste aber hinter

<sup>85</sup> Schlussbericht (zit. Anm. 49) 54. Immerhin regte sie die Zulassung der GmbH & Co. KG an, vgl. vorn bei Anm. 49.

<sup>86</sup> Botschaft 2002 (zit. Anm. 48) 3168.

<sup>87</sup> Vgl. vorn bei Anm. 52.

<sup>88</sup> Diese Erfahrung hat man im Aktienrecht gemacht: Zumindest in kleineren Verhältnissen gleichen sich die Statuten verschiedener Gesellschaften fast wie ein Ei dem anderen, wodurch die – von der gesetzlichen Ordnung her eher komplexe – AG für einfache Strukturen handhabbar wird. Eine ähnliche Entwicklung ist seit einigen Jahren bei der GmbH festzustellen.

solche extra legem entwickelten Vorgänge oft ein grosses Fragezeichen gesetzt werden.

Richtiger ist es, wenn sich der Gesetzgeber rechtzeitig neuen legitimen Bedürfnissen stellt und eine angemessene Ordnung schafft. Dies dient der Rechtssicherheit, reduziert den Transaktionsaufwand und beugt Umgehungen vor.

- cc) Weiter hat die Erfahrung gezeigt, dass es oft *schwer vorhersehbar* ist, welche der vom Gesetzgeber offerierten Formen in der Praxis bevorzugt wird. Die Präferenzen der Wirtschaft können sich auch in unerwarteter Weise ändern. So hätte niemand geahnt, dass die GmbH nach Jahrzehnten des Dahinsehbens innert weniger Jahre zur populärsten Form für Neugründungen werden könnte.

Es kann daher zweckmässig sein, auch solche Gestaltungsformen zur Verfügung zu stellen, für welche im Moment kein „wirklich wesentliches Bedürfnis“<sup>89</sup> besteht, um so die gestalterische Freiheit der Privaten zu erweitern. Dass freilich nur dann legiferiert werden sollte, wenn von der Praxis ein entsprechender Bedarf angemeldet und plausibel gemacht worden ist, versteht sich von selbst.

- dd) Es scheint mir auch durchaus wünschenswert, wenn der Gesetzgeber für ein bestimmtes Bedürfnis *mehr als eine Lösung* anbietet, so wie es das künftige KAG tun wird: Die Erweiterung der Möglichkeiten kollektiver Kapitalanlagen wird zu einem Wettbewerb zwischen den verschiedenen schuldvertraglich oder gesellschaftsrechtlich konzipierten Gefässen führen, und in der Praxis werden sich die optimalen Lösungen – allenfalls auch mehr als eine – herauskristallisieren. Auch im Rahmen des Gesellschaftsrechts kann ein *Wettbewerb zwischen verschiedenen Rechtsformen* nicht schaden.
- ee) Im Auge zu behalten ist aber auch der *internationale Wettbewerb der Gesellschaftsrechte*<sup>90</sup>. Wiederum ist die Entwicklung im Recht der kollektiven Kapitalanlagen illustrativ: Sowohl die Reform des AFG in den frühen Neunzigerjahren wie auch dessen bevorstehende Ablösung durch das KAG wurden im Wesentlichen angestossen durch den Zwang, international konkurrenzfähig zu bleiben, um eine Abwanderung des Fondsgeschäfts ins Ausland zu unterbinden oder zumindest einzuschränken<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> So aber die vom Bundesrat gesetzte Hürde, vgl. BBl 2002 (zit. Anm. 48) 3168.

<sup>90</sup> Vgl. dazu vorn bei Anm. 25 ff.

<sup>91</sup> Vgl. zur Reform des AFG nach 1990 PETER FORSTMOSER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Anlagengesetz, Bd. I, Zürich 1997, Einleitung N. 3 ff. und für das KAG den Auftrag an

Im Rahmen des Gesellschaftsrechts ist vielleicht weniger eine Abwanderung zu befürchten, wohl aber ein Wettbewerbsnachteil der Schweizer Exportwirtschaft, wobei freilich zuzugeben ist, dass die Schweiz schon heute ein liberales und flexibles Gesellschaftsrecht kennt und Konkurrenzfähigkeit im Steuerrecht und im Arbeitsvertragsrecht weit wichtiger sein dürfte.

- ff) Die *schnellere* Gangart der wirtschaftsrechtlichen Entwicklung in den letzten Jahren ist offenkundig<sup>92</sup>. Dies könnte auch zu einer Beschleunigung des Bedarfs nach neuen Gesellschaftsformen führen.
- gg) All dies spricht für eine erhöhte Flexibilität (auch) im Gesellschaftsrecht. Dabei sind freilich drei *caveats* angebracht:
- Flexibilität darf nicht mit Laxheit verwechselt werden. *Rechtssicherheit, Verkehrsschutz und Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter* müssen erhalten bleiben, auch bei der Zulassung neuer Konstruktionen<sup>93</sup>.
  - *Neue* Formen sind *systemgerecht* zu konzipieren, damit sie sich ohne Bruch in das System des schweizerischen Gesellschaftsrechts einfügen, aber auch, damit Dritte vertraute Regelungen etwa hinsichtlich der Vertretungsmacht und der Haftung vorfinden<sup>94</sup>.
  - Und schliesslich darf der Grundsatz des *Numerus clausus der Gesellschaftsformen nicht angetastet* werden. Neue Formen mögen hinzukommen, vielleicht auch einmal bisherige verschwinden, aber immer im Rahmen eines Systems, das eine *geschlossene Zahl* verfügbarer Gefässe zur Verfügung hält. Abzulehnen sind daher Kreationen *extra legem*, aber auch *Kombinationen* gesetzlich geregelter Formen.

die Expertenkommission, Erläuterungsbericht (zit. Anm. 2) 7 ff.; ähnlich BERTSCHINGER (zit. Anm. 62) 14.

<sup>92</sup> So blieb das schweizerische Gesellschaftsrecht während mehr als fünf Jahrzehnten – bis zur Einführung des revidierten Aktienrechts Mitte 1992 – praktisch unverändert. Seither folgten Reformen und Reformvorhaben Schlag auf Schlag: Genannt seien das Inkrafttreten des Börsengesetzes und später des Fusionsgesetzes, die Anstrengungen für eine Reform des Rechts der Rechnungslegung und der Revision sowie des GmbH-Rechts und endlich der Vorschlag für eine Erweiterung der Gesellschaftsrechtsformen im KAG.

<sup>93</sup> Die im KAG vorgeschlagenen neuen Formen respektieren m.E. dieses Erfordernis: Bedarfsgerechte Erleichterungen werden kompensiert durch verschärfte Anforderungen an anderer Stelle.

<sup>94</sup> Im KAG wird dies versucht, indem so weit wie sinnvoll bewährte Regeln übernommen werden: die der Aktiengesellschaft für Anlagengesellschaften und die der Kommanditgesellschaft für die neue Private-Equity-Gesellschaft.

e) Folgt man diesen Postulaten, dann fragt es sich, ob nicht gesetzgeberische Vorschläge des letzten Jahrzehnts aus der Schublade geholt werden sollten, in die sie vielleicht allzu früh und ohne ausreichende Diskussion und Bedarfsklärung versenkt worden sind:

- die *Erweiterung des Anwendungsbereichs der Kommanditgesellschaft* durch Verzicht auf die in ausländischen Rechten nicht gegebene Einschränkung, wonach unbeschränkt haftende Komplementäre nur natürliche Personen sein können<sup>95</sup>,
- die Ergänzung der Personengesellschaften durch eine „*Personengesellschaft mit beschränkter Haftung*“<sup>96</sup>, die es allen beteiligten natürlichen Personen ermöglichen würde, ihre Haftungsrisiken zu begrenzen,
- und schliesslich der vom Jubilar eingebrachte Vorschlag der Einführung einer *privaten Aktiengesellschaft*<sup>97</sup>, die freilich m.E. als *zusätzliche* Möglichkeit zur GmbH hinzukommen und nicht an ihre Stelle treten sollte<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Dieser Forderung wird – wie gezeigt (vorn bei Anm. 72) – im Rahmen des KAG nachgekommen, aber nur für eng begrenzte Einsatzmöglichkeiten.

<sup>96</sup> Dazu vorn bei Anm. 53 ff.

<sup>97</sup> Dazu vorn bei Anm. 46 ff.

<sup>98</sup> In seiner Eigenschaft als Mitglied der *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* (1993) und der *Expertenkommission für eine Revision des Rechts der GmbH* (1995 ff.) hat der Verfasser noch eine rigidere Haltung eingenommen. Seither ist eine gewisse Altersmilde (oder ist es Altersweisheit?) über ihn gekommen.



*Peter Nobel*

---

# Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts

Festschrift für Peter Nobel  
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von:

ROBERT WALDBURGER  
CHARLOTTE M. BAER  
URSULA NOBEL  
BENNO BERNET



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005