

Neue und wiederentdeckte Rechtsformen im Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
SUSANNE KALSS,
HOLGER FLEISCHER
und HANS-UELI VOGT

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

144

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

144

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktorium:
Holger Fleischer, Ralf Michaels, Anne Röhel



Neue und wiederentdeckte Rechtsformen im Gesellschaftsrecht

Zwölftes deutsch-österreichisch-schweizerisches
Symposium, Wien, 1.–2. Juni 2023

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

Die Open-Access-Finanzierung wurde durch die Max-Planck-Gesellschaft (MPDL) ermöglicht.

ISBN 978-3-16-164485-6 / eISBN 978-3-16-164486-3

DOI 10.1628/978-3-16-164486-3

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. www.mohrsiebeck.com

© S. Kalss, H. Fleischer, H.-U. Vogt (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Der vorliegende Band geht auf ein Symposium an der Wirtschaftsuniversität Wien im Juni 2023 zurück. Er dokumentiert die Referate und Diskussionen des zwölften Jahrestreffens von Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Gegenstand der zweitägigen Debatten war die Grundsatfrage, wie sich das Tableau der Gesellschaftsformen im Zeitablauf verändert hat: Welche Rechtsformen sind in Deutschland, Österreich oder der Schweiz neu hinzugekommen, welche wurden wiederentdeckt oder aber ausgemustert? Von wem stammten die maßgeblichen Impulse? Wie haben sich die Neuschöpfungen im nationalen und internationalen Rechtsformenwettbewerb bewährt?

Wir danken allen Vortragenden sehr herzlich, die mit ihren kenntnisreichen Vorträgen maßgeblich zum Gelingen der Veranstaltung beigetragen haben. Ein weiterer Dank gebührt am Hamburger Max-Planck-Institut Ina Freisleben für die redaktionelle Überarbeitung der Manuskripte und Anja Rosenthal für die Erstellung der Druckvorlage.

Wien, Hamburg und Zürich
im November 2024

*Susanne Kalss
Holger Fleischer
Hans-Ueli Vogt*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
<i>Ulrich Torggler/Lena Tschurlovich</i> Land der Berge, Land am Strome ... Entwicklungen und Besonderheiten der Rechtsformen in Österreich	1
<i>Tizian Troxler</i> Rechtsformen in der Schweiz – Übersicht und Abgrenzungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspersönlichkeit	29
<i>Holger Fleischer</i> Ein Panorama der Rechtsformen in Deutschland.....	155
Diskussion (<i>Florian Ebner/Melanie Hollaus</i>)	179
<i>Lukas Glanzmann</i> Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz.....	183
<i>Julia Nicolussi</i> Die GmbH & Co. KG in Österreich.....	223
Diskussion (<i>Jakob Deutsch/Sarah Anna Fernbach</i>)	241
<i>Christoph B. Bühler</i> Die Unternehmensstiftung in der Schweiz	245
<i>Nikolaus Arnold</i> Die österreichische Privatstiftung.....	257
Diskussion (<i>Veronika Kubasta</i>).....	277

<i>Walter Bayer</i> Der Vorschlag einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen.....	279
<i>Birgit Weitemeyer</i> Sozialunternehmen und gemeinnützige GmbH in Deutschland.....	299
Diskussion (<i>Benedikt Hirschler/Kilian Juritsch</i>).....	323
<i>Stephan Frotz</i> Die Genossenschaft in Österreich.....	325
<i>Harald Bärtschi</i> Die Genossenschaft in der Schweiz.....	341
Diskussion (<i>Fabian Aubrunner</i>)	381
Autorenverzeichnis.....	385

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbgÄG	Abgabenrechtsänderungsgesetz (Österreich)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABGB-ON	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfB	Arbeit für Behinderte
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch (Österreich)
AIFM-UmsG	AIFM-Umsetzungsgesetz (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AK	Arbeiterkammer (Österreich)
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz (Österreich)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AOG	Aktienoptionengesetz (Österreich)
apa/APA	Austria Presse Agentur
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen
APRÄG	Abschlussprüfungsrechts-Änderungsgesetz (Österreich)
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz (Österreich)
arg.	argumentum
Art.	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz (Österreich)
AS	Amtliche Sammlung
ASKÖ	Arbeitsgemeinschaft für Sport und Körperkultur in Österreich
ASVO	Allgemeiner Sportverband Österreich
AT	Allgemeiner Teil; Länderkennzeichen Österreich
ATX	Austrian Trade Index (bedeutendster Aktienindex Österreichs)

Aufl. ausf.	Auflage ausführlich
BankG	Bankengesetz (Schweiz)
BAO	Bundesabgabenordnung (Österreich)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
BBi	Bundesblatt (Schweiz)
B Corp	Certified B Corporation (Gütesiegel im Rahmen eines privaten Zertifizierungsverfahrens)
Bd.	Band
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
BEG	Bürgerenergiegemeinschaft; Bundesgesetz über Bucheffekten (Schweiz)
Begr.	Begründung
BegrRegE	Begründung Regierungsentwurf
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, die nicht in der amtlichen Sammlung des BFH veröffentlicht werden
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI./BGBl	Bundesgesetzblatt (Deutschland/Österreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BK	Berner Kommentar
B Lab	B Lab Company (gemeinnützige Organisation mit Sitz in Penn- sylvania – USA)
BlgNR	Beilage/Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BLS	Bucerius Law School
BMAG	Börsenmantelaktiengesellschaft
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Deutschland)/Bundesministerium für Justiz (Österreich)
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BörseG	Börsegesetz (Österreich)
BörsG	Börsengesetz (Deutschland)
BRGÖ	Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs
BSK	Basler Kommentar
BSpG	Bausparkassengesetz (Österreich)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe

BStBl.	Bundessteuerblatt
BStFG	Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz (Österreich)
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
B.V./BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Niederlande, Belgien)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (Schweiz)
BVMW	Bundesverband mittelständische Wirtschaft
BWG	Bankwesengesetz (Österreich)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CA	Credit-Anstalt (Österreich)
CEPS	Center for Philanthropy Studies, Universität Basel
CH	Länderkennzeichen Schweiz
CMLR	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CSR	Corporate Social Responsibility
D	Kfz-Kennzeichen Deutschland
DAA	Decentralized Autonomous Association
dAktG	deutsches Aktiengesetz
DAO	Decentralized Autonomous Organization
dAstG	deutsches Außensteuergesetz
DB	Der Betrieb
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (Schweiz)
DCF	Discounted Cash Flow
DDSG	Erste Donau-Dampfschiffahrts-Gesellschaft
dGmbHG	deutsches GmbH-Gesetz
DGRV	Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DLT	Distributed-Ledger-Technologie (eine Form der dezentralen elektronischen Datenverarbeitung)
dRGBl.	Deutsches Reichsgesetzblatt
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (Schweiz)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EAG	Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz (Österreich)
EBOR	European Business Organization Law Review
EEG	Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
e.Gen.	eingetragene Genossenschaft
EKG	Erwerbsgesellschaftengesetz (Österreich)

EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EHRA	Eidgenössisches Handelsregisteramt
Eidg. Steuerverwaltung	Eidgenössische Steuerverwaltung
Einl.	Einleitung
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz (Österreich)
EL	Ergänzungslieferung
EMES	Forschungsnetzwerk zum Thema soziales Unternehmertum
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbStG	Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz (Österreich)
Erläut.	Erläuterung
ErIRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ESG	Environmental (Umwelt), Social (Soziales) und Governance (verantwortungsvolle Unternehmensführung)
ESS	économie sociale et solidaire
ESTG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuVECA	European Venture Capital Funds (Europäische Risikokapitalfonds)
e. V.	eingetragener Verein
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-AG	EWIV-Ausführungsgesetz
EWIVG	Gesetz über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung-Verordnung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBG	Firmenbuchgesetz (Österreich)
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Schweiz)
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Schweiz)
FinfraV	Finanzmarktinfrastrukturverordnung (Schweiz)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Schweiz)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Schweiz)
FL	Kfz-Kennzeichen Liechtenstein
FlexCo	Flexible Company (= Flexible Kapitalgesellschaft)
FlexKapG	Flexible Kapitalgesellschaft (Österreich)
FlexKapGG	Gesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft (Österreich)
FR	Finanz-Rundschau Ertragssteuerrecht
FS	Festschrift
FUS	Zeitschrift für Familienunternehmen und Strategie
FusG	Fusionsgesetz (Schweiz)

GAFI	Groupe d'action financière
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
Gen	Genossenschaft
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenRevG	Genossenschaftsrevisionsgesetz (Österreich)
Gen. Sess.	General Session
GenSpaltG	Genossenschaftsspaltungsgesetz (Österreich)
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Österreich)
GesbR-RG	Gesellschaft bürgerlichen Rechts-Reformgesetz (Österreich)
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz (Österreich)
GesRRL	Gesellschaftsrechtsrichtlinie
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewStG	Gewerbesteuergesetz
ggf.	gegebenenfalls
gGmbH	gemeinnützige GmbH
GIRÄG	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz (Österreich)
gl. M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbH & Co. OG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Offene Gesellschaft (Österreich)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHG-E	Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum
GmbH-gebV	GmbH mit gebundenem Vermögen
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbH-VE	GmbH in Verantwortungseigentum
GmgV	Gesellschaft mit gebundenem Vermögen
GroßKomm HGB	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch
GS	Gedächtnisschrift
gUG	gemeinnützige Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt)
GV	Generalversammlung (einer Aktiengesellschaft, Schweiz)
h. A.	herrschende Ansicht
Halbs.	Halbsatz
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz (Österreich)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRegV	Handelsregisterverordnung (Schweiz)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne

i. e. S.	im engeren Sinne
IfM	Institut für Mittelstandsforschung
i. H. v.	in Höhe von
IKE	Idiotiki Kefalaiochiki Etairia (Private Kapitalgesellschaft – Griechenland)
IKS-Handbuch	Handbuch Interne Kontrollsysteme
InfraGO AG	Die gemeinwohlorientierte Infrastrukturgesellschaft der Deutschen Bahn AG
insbes.	insbesondere
InvAG	Investmentaktiengesellschaft
InvKG	Investmentkommanditgesellschaft
IO	Insolvenzordnung
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz (Österreich)
ISA	INTERSPORT Austria Gesellschaft m.b.H.
i. S. d.	im Sinne des/der
ISÖ	INTERSPORT Österreich registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JB	Jahrbuch
JbJZW	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JBl	Juristische Blätter
J. Corp. L. Stud.	Journal of Corporate Law Studies
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J.L. Econ. & Pol'y	Journal of Law, Economics & Policy
JStG	Jahressteuergesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kollektivanlagengesetz (Schweiz)
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	Gesellschaftsform, bei der der persönliche haftende Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist
KartG	Kartellgesetz (Österreich)
KEG	Kommandit-Erwerbsgesellschaft (Österreich)
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft; Kartellgesetz
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KG mbH	Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung
KIG	Kollektivgesellschaft (Schweiz)
k. k.	kaiserlich-königlich
KKV	Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (Schweiz)
Kl.	Kläger/Klägerin
KmAG	Kommanditaktiengesellschaft (Schweiz)
KmG	Kommanditgesellschaft

KmGK	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Schweiz)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung
KOM	Europäische Kommission
krit.	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStH	Körperschaftsteuer-Hinweise
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KVAG	Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (Schweiz)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (Schweiz)
Leg.	Legislature
leg. cit.	zitierte Gesetzesstelle
Lfg.	Lieferung
lit.	littera
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitung
LLP	Limited Liability Partnership
L-QIF	Limited Qualified Investor Fund
Ls.	Leitsatz
LSK	Leitsatzkartei
Ltd./Ltd	Limited
m. a. W.	mit anderen Worten
mbH	mit beschränkter Haftung
m. E.	meines Erachtens
m. H.	mit Hinweis
Mio.	Million/Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
Mrd.	Milliarde/Milliarden
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NO	Notariatsordnung (Österreich)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NPLY	Non Profit Law Yearbook
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non-Profit-Organisationen
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖAMTC	Österreichischer Automobil-, Motorrad- und Touringclub
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Österreich)
ÖBI	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OEG	Offene Erwerbsgesellschaft (Österreich)
OENACE-Code	Code für die statistische Klassifikation von Wirtschaftstätigkeiten (Österreich)
OG	Offene Gesellschaft (Rechtsform in Österreich)
ÖG	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJA	Österreichisches Juristisches Archiv
ÖJZ	Österreichische Jurist:innen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
ÖRV	Österreichischer Raiffeisenverband
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
ÖVP	Österreichische Volkspartei
PACTE	Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (Frankreich)
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PartG mbB	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
PCC	Protected Cell Company (Liechtenstein)
Peng	Piestingtaler Energiegenossenschaft e.Gen.
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsrechtsgesetzbuch Liechtensteins)
PKG	Pensionskassengesetz (Österreich)
Pkt.	Punkt
Pressemitt.	Pressemitteilung
PS	Privatstiftung/Privatstiftungen
PSA	Prosta Spółka Akcyjna (Einfache Aktiengesellschaft – Polen)
PSG	Privatstiftungsgesetz (Österreich)
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RÄG	Rechnungslegungs-Änderungsgesetz (Österreich)
RAO	Rechtsanwaltsordnung (Österreich)
RBG	Raiffeisen Bankengruppe
RD <i>i</i>	Recht Digital
RdU	Recht der Umwelt
RdW	(Österreichisches) Recht der Wirtschaft
RefE	Referentenentwurf

RegE	Regierungsentwurf
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBl./RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
S.	Seite
S.A./SA	société anonyme
SARL	société à responsabilité limitée (GmbH – Frankreich)
SAS	société par actions simplifiée (vereinfachte AG – Frankreich)
SBI	Social Business Initiative
SCA	société en commandite par actions (KGaA – Frankreich)
SCE	Societas Cooperativa Europaea (Europäische Genossenschaft)
SCEG	Gesetz über die Societas Cooperativa Europaea
SCE-VO	Societas Cooperativa Europaea-Verordnung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)
Schw. BG	Schweizerisches Bundesgericht
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SE & Co. KGaA	Societas Europaea & Compagnie Kommanditgesellschaft auf Aktien
SEG	Societas Europaea-Gesetz
SEND	Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SE-VO	Societas Europaea-Verordnung
SFS	société à finalité sociale (Belgien)
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (Schweiz)
SIS	société d'impact sociétal (Luxemburg)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
SME	Small and Medium Enterprise/Small and Mid-sized Enterprise
sog.	sogenannter/sogenanntes
SPAC	Special Purpose Acquisition Company
SPE	Societas Privata Europaea (Europäische Privatgesellschaft)
SpG	Sparkassengesetz (Österreich)
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
StG	Stille Gesellschaft
StGB	Strafgesetzbuch
STGG	Staatsgrundgesetz (Österreich)

StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Schweiz)
StProt	Stenographisches Protokoll
StuW	Steuer und Wirtschaft
SUP	Societas Unius Personae (Europäische Einpersonengesellschaft)
SWI	Steuer und Wirtschaft International
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Tz.	Textzahl
u. a.	unter anderem; und andere
UCITS	Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities (EU-Richtlinie)
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
u. E.	unseres Erachtens
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UGB	Unternehmensgesetzbuch (Österreich)
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UmwG	Umwandlungsgesetz
U. Pa. J. Bus. L.	University of Pennsylvania Journal of Business Law
URÄG	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz (Österreich)
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz (Österreich)
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
u.v. a.m.	und viele andere mehr
UZH	Universität Zürich
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VE-GmbH	GmbH in Verantwortungseigentum
VerG	Vereinsgesetz (Österreich)
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs (Österreich)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vor/Vor/Vorb.	Vorbemerkung/Vorbemerkungen
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVAG	Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (Schweiz)
WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz (Österreich)
wbl/Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (Österreich)
WiEReG	Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz (Österreich)
Windsor Y. B. Access Just.	Windsor Yearbook of Access to Justice
WK	Wiener Kommentar
WKO	Wirtschaftskammer Österreich

WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTBG	Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (Österreich)
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEFIX	Zentraler Firmenindex
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
Zfs	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZiviZ-Survey	Zentrale repräsentative Datenerhebung zur organisierten Zivilgesellschaft in Deutschland
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen
ZTG	Bundesgesetz über Ziviltechniker (Österreich)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Land der Berge, Land am Strome ... Entwicklungen und Besonderheiten der Rechtsformen in Österreich

Ulrich Torggler/Lena Tschurlovich

I.	Einleitung	1
II.	Erste Strophe: Land der Berge, Land am Strome	2
	1. Einführung	2
	2. Land der Berge	4
	3. Land am Strome	6
	4. Land der Äcker	7
	5. Land der Dome	7
	6. Land der Hämmer	8
	7. Verteilung	9
III.	Zweite Strophe: Hast seit frühen Ahnentagen, hoher Sendung Last getragen	12
	1. Einführung	12
	2. Rechtsforminnovationen	13
	a) 1850–1900	13
	b) 1900–1994	13
	c) 1995 bis heute	16
	3. Rechtsformwartung	17
	a) Gesellschaft mbH	18
	b) Aktiengesellschaft	19
	4. Förderer und Verhinderer der Entwicklung	20
IV.	Dritte Strophe: Mutig in die neuen Zeiten, frei und gläubig sieh uns schreiten	26
V.	Schluss	28

Nach langem Stillstand ist in jüngster Zeit wieder Bewegung in die österreichische Rechtsformlandschaft gekommen. Der folgende Beitrag bietet einen Überblick über Entwicklung, Status quo, Reform- und Beharrungskräfte sowie Aufholbedarf *de lege ferenda*.

I. Einleitung

Idealerweise entspricht das Rechtsformangebot eines Staates den (insbes. sozialen und wirtschaftlichen) Bedürfnissen der Adressaten. Das sind in Österreich,

wo keinerlei „Exportambitionen“ erkennbar sind, vor allem die im Inland lebenden oder unternehmerisch tätigen natürlichen und moralischen Personen. Tatsächlich entspricht die Verteilung der existierenden Gesellschaften auf die vom österreichischen Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen auf den ersten Blick durchaus den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Landes (siehe dazu unten II. 7.).

II. Erste Strophe: Land der Berge, Land am Strome ...

1. Einführung

[1] Die Korrelation zwischen der österreichischen Sozial- und Wirtschaftsstruktur auf der einen und der Inanspruchnahme des Rechtsformangebots auf der anderen Seite belegt noch nicht, dass das österreichische Recht tatsächlich ein ausreichend ausdifferenziertes und flexibles Rechtsformangebot enthält, also die Gründerinnen und Gründer nicht bisweilen gezwungen sind, sich aus bloßem Mangel an besseren Alternativen einer gemessen an den eigenen Bedürfnissen an sich nicht ganz optimalen Rechtsform zu bedienen. Denn wie andere Rechtsordnungen¹ stellt das österreichische Recht den Anwendern einen geschlossenen Kreis von Rechtsformen zur Verfügung, woraus die Kundigen grundsätzlich² frei wählen können (*numerus clausus*).³ Das dient im Verbindung mit zwingenden Firmenzusätzen (§ 19 UGB) auch der „Markenfunktion“ im Rechtsverkehr und damit der Senkung von Transaktionskosten.⁴ Zwar hat die *Centros/Inspire*-Art-Rechtsprechung des EuGH das Rechtsformangebot theoretisch um alle Gesellschaftsformen des EWR erweitert; praktisch ist die Gründung und Instandhaltung einer ausländischen Rechtsform aber in den meisten Fällen prohibitiv teuer und insbesondere zu beratungsintensiv. Auch dürften die klassischen Anlaufstellen aus Notariat, Rechtsanwaltschaft und Steuerberatung schon aus Mangel eigener Expertise die Nachfrage tendenziell auf das genuin österreichische Rechtsformangebot lenken.

Für sich bringt der *numerus clausus* freilich wenig Beschränkungen, bietet die GesBR, die gem. § 1175 Abs. 1 Satz 2 ABGB „Auffangfunktion“ hat, doch weitestgehende Gestaltungsfreiheit (§ 1181 ABGB). Nicht möglich ist aber ihre gesellschaftsvertragliche Ausstattung mit Rechts- und Registerfähigkeit sowie – im

¹ Auch Länder wie Liechtenstein, Dänemark und Spanien, die zeitweilig auf den *numerus clausus* verzichteten, haben ihn schlussendlich eingeführt: *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1508 f.

² Siehe aber insbes. Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO, § 1 Abs. 1 PSG, § 1 Abs. 1 GenG, § 1 Abs. 2 GmbHG (siehe auch § 3 Abs. 1 VAG und § 1 Abs. 4 PartG); außerdem z. B. § 5 Abs. 1 Ziff. 1 BWG, § 5 Abs. 1 Ziff. 1 BSpG, § 6 Abs. 1 PKG, § 19 Abs. 1 GenRevG, § 1a RAO, § 22 NO, § 12 Abs. 3 ApoG, §§ 54, 61 WTPG 2017, § 52a Abs. 1 ÄrzteG 1998 (vgl. demgegenüber § 23 ZTG 2019).

³ *Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften, 2013, Rn. 50 ff.; ausf. *Fleischer*, ZGR 2023, 261.

⁴ *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 286 f.

Fall der Außengesellschaft – mit Haftungsbeschränkung (§§ 1175 Abs. 2, 1199).⁵ Diese Eigenschaften sind für die Beteiligten aber häufig *must-haves*, sodass sie auf „Umwegkonstruktionen“ (siehe dazu noch unten II. 7., III. 2. b)[5] und IV. [4]) oder körperschaftliche, insbesondere kapitalgesellschaftliche Rechtsformen ausweichen müssen.

Hinzu kommen zahlreiche weitere außerorganisatorische Faktoren,⁶ die die Wahlfreiheit verzerren. Vor allem ist die Rechtsformwahl in Österreich alles andere als abgaben- und insbesondere steuerneutral,⁷ und wird daher in der Praxis nicht selten durch diese außergesellschaftsrechtlichen Faktoren dominiert.⁸

[2] Das österreichische Rechtsformangebot entspricht im Wesentlichen jenem in benachbarten Rechtsordnungen:

Zu den Gesellschaftsformen des Privatrechts zählen neben der Auffang- und Grundform (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 ABGB; siehe dazu soeben II. 1. [1] bzw. sogleich II. 1. [3]), der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR; §§ 1175 ff. ABGB), insbesondere die Stille Gesellschaft (StG; §§ 179 ff. UGB), die Offene Gesellschaft (OG; §§ 105 ff. UGB), die Kommanditgesellschaft (KG, §§ 161 ff. UGB), die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV; EWIV-VO, EWIVG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH; GmbHG), die Aktiengesellschaft (AG; AktG), die Société Européenne (SE; SE-VO, SEG), der ideelle Verein (VerG), der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG; §§ 35 ff. VAG), der Sparkassenverein (§§ 4 ff. SpG), die Genossenschaft (GenG, GenRevG usw.) und die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, SCE; SCE-VO, SCEG). Strukturell handelt es sich um zwei Gruppen, namentlich um Gesellschaften im engeren Sinne, wozu in Österreich alle Personengesellschaften zählen (GesbR, StG, OG, KG, EWIV), und um Körperschaften (AG, GmbH, SE, Ideelle Vereine, VVaG, Genossenschaften und SCE).⁹

Weitere Rechtsformen des Privatrechts sind Einzelunternehmer und -innen (EU), Privatstiftungen (PSG), Sparkassen (Sp; SpG) sowie die Stiftungen und Fonds nach dem BStFG 2015. Anzunehmen ist, dass es vereinzelt noch Wirtschaftsvereine nach dem Vereinspatent 1852 gibt. Dieses wurde zwar mit 31.12.1999 aufgehoben, bestehende Wirtschaftsvereine wurden aber nicht zur Umwandlung oder Liquidation verpflichtet.¹⁰

[3] Eine Besonderheit des österreichischen Gesellschaftsrecht enthält § 1175 Abs. 4 ABGB: Danach sind die §§ 1175 – 1216e ABGB, die an sich die GesbR

⁵ Zum Ganzen *Torggler* (Fn. 3), Rn. 136 ff.

⁶ Vgl. auch *Bergmann/Kalss*, in: *Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl*, 2020, Rn. 1/27.

⁷ *Torggler* (Fn. 3), Rn. 10 ff.

⁸ Für einen Vergleich der laufenden Steuerbelastung siehe z. B. *Urnik/Steinhauser*, in: *Bergmann/Kalss* (Fn. 6), Rn. 23/1 ff.

⁹ Ausf. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 2002, 206 ff.; *Torggler*, in: *Straube/Ratka/Rauter, UGB I*, Stand 1.12.2012, rdb.at, § 105 Rn. 33 ff.

¹⁰ *Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts*, 2003, S. 72 ff.

regeln, subsidiär auch auf die übrigen Rechtsformen anwendbar. Das 27. Hauptstück des ABGB fungiert insofern als allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts.¹¹ Das erzeugt einige Auslegungsprobleme¹² und Kritik.¹³ Dabei bleibt oft unerwähnt, dass § 1216 ABGB der StF¹⁴ vor der GesbR-Reform nichts anderes angeordnet hatte. Das GesbR-Reformgesetz, BGBl I 2014/83, hat insofern kein Neuland betreten. Abzulehnen sind daher Tendenzen, vormals abschließende spezialgesetzliche Regelungen, wie insbesondere § 22 GmbHG über das Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter, nunmehr unter Verweis auf § 1175 Abs. 4 ABGB durch GesbR-Recht zu ergänzen.¹⁵ Beherzigt man dies, lösen sich die davon angeblich verursachten Auslegungsprobleme zu einem guten Teil in Luft auf.

2. Land der Berge

[1] Wie bereits erwähnt harmoniert die Verteilung der in Österreich existierenden Gesellschaften auf die verfügbaren Gesellschaftsformen durchaus mit den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Landes. Das gilt sogar gemessen an der idealisierenden Version dieser Verhältnisse in der Bundeshymne, die kurz nach dem zweiten Weltkrieg von der Schriftstellerin *Paula Preradović* zu einer wohl zu Unrecht *Wolfgang Amadeus Mozart* zugeschriebenen Melodie¹⁶ verfasst wurde. Nach ihrer ersten Strophe ist Österreich ein „Land der Berge, Land am Strome, Land der Äcker, Land der Dome. Land der Hämmer, zukunftsreich.“¹⁷

[2] Die prominente Erwähnung der Berge an erster Stelle spiegelt nicht nur die dominierende Stellung der Alpen in der österreichischen Topografie wider, sondern auch ihre zentrale Bedeutung als Reisemotiv der Touristinnen.¹⁸ In der Rechtsformrealität sind die Berge mitverantwortlich für die Bedeutung der Idealvereine. Das Vereinswesen prägt Österreich gesellschaftlich, politisch und wirtschaftlich.¹⁹

¹¹ ErlRV 270 BlgNR 25. GP 3; *Torggler*, GES 2012, 32, 34 f.; *Walch*, RdW 2015, 78, 78; *Krejci/Haberer*, in: Zib/Dellinger, UGB, § 1 Rn. 13; „Mutter aller Gesellschaftsformen“; *Warto*, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON, Stand 15.1.2021, rdb.at, § 1175 Rn. 54 ff.

¹² Z. B. *Koppensteiner*, wbl 2015, 301; *Walch*, RdW 2015, 78.

¹³ *Harrer*, RdW 2015, 626; *Warto* (Fn. 11), § 1175 Rn. 5, 59.

¹⁴ „Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Anordnungen sind auch auf die Handlungsgesellschaften anzuwenden; in so fern hierüber nicht besondere Vorschriften bestehen.“

¹⁵ RIS-Justiz RS0060098; *Kalss*, in: *Kalss/Torggler*, Big Data, 2017, S. 7, 23; dagegen bereits *Torggler*, in: *Kalss/Torggler*, Big Data, 2017, S. 1, 4; siehe außerdem *Koppensteiner*, wbl 2018, 428, 430 f.

¹⁶ <<https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/geschichte/bundeshymne.html>> (19.11.2024).

¹⁷ Bundesgesetz über die Bundeshymne der Republik Österreich, i. d. F. BGBl I 2011/127.

¹⁸ WKO Tourismus und Freizeitwirtschaft in Zahlen, S. 14; abrufbar unter <<https://www.wko.at/oe/tourismus-freizeitwirtschaft/tourismus-freizeitwirtschaft-in-zahlen-2024.pdf>> (19.11.2024).

¹⁹ Vgl. *Yeoh/Matzenberger*, Vereine von Musik bis Sport: Vielvereintes Österreich! (abrufbar unter <<https://www.derstandard.at/story/2000109784689/vereine-von-musik-bis-sport-vielvereintes-oesterreich>> (19.11.2024)): Land der „Vereinsmeier“.

Der Gesetzgeber des VerG 2002 bezeichnete die ideellen Vereine sogar als eine „unverzichtbare Säule unseres Gesellschafts- und Wirtschaftssystems“.²⁰

[3] Gem. § 1 Abs. 1 VerG müssen Vereine einen bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zweck verfolgen. Der ideelle Zweck ist zwar das zentrale Unterscheidungsmerkmal zu anderen Zusammenschlüssen, die Anforderungen an diesen sind aber nach der Rsp. deutlich weniger streng, als die Formulierung vermuten lässt.²¹

Besondere Erwähnung verdienen im „Land der Berge“ der österreichische Alpenverein und die Naturfreunde als mitgliederstarke, karitative Organisationen. Der Alpenverein ist mit über einer halben Million Mitglieder sogar einer der mitgliederstärksten Österreichs.²² Äußerst beliebt sind auch Sportvereine, darunter insbesondere Schiclubs, aber auch Fußball- und Tennisvereine, die Spitzenreiter gemessen an den Mitgliederzahlen sind.²³

Eine lange Tradition insbesondere in den alpinen Regionen haben auch Kulturvereine, (Blas-)Musikvereine und Chöre.²⁴ Jugendvereine verfolgen oft politische, kulturelle oder religiöse Zwecke, z. B. die Schülerverbindungen, Landjugend, Pfadfinder und Pfadfinderinnen sowie die katholische Jungschar. Einen unverzichtbaren Beitrag leisten die freiwilligen Feuerwehren mit ihrem Engagement – von den 4.800 Feuerwehren sind fast 4.500 freiwillig.²⁵

²⁰ ErlRV 990 BlgNR 21. GP 16.

²¹ Die Reichweite des Nebenzweckprivilegs ist im VerG nicht klar umrissen. Rspr. und Materialien sind durchaus großzügig; siehe insbes. ErlRV VerG, 990 BlgNR 21. GP 20: „Ein Verein darf sohin auch erwerbswirtschaftlich tätig sein und eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ausüben, solange nicht beim Verein anfallende Gewinne an Vereinsmitglieder vereinszweckwidrig ausgeschüttet oder an Dritte verteilt werden. Der Umstand allein, dass die Mitgliedschaft bei einem Verein den Mitgliedern materielle Vorteile – wie etwa ein Senken der Kosten ihrer Wirtschaftsführung – verschafft, bedeutet noch nicht, dass der Verein ‚auf Gewinn berechnet‘ ist (vgl. VfSlg 4411/63, 8844/80, 9566/82, 9879/83, 11735/88 m. w.N.). Aus all dem folgt, dass ein Verein einerseits in gewissem Rahmen auch auf Gewinn zielende Aktivitäten entfalten und andererseits auch seinen Mitgliedern durch die Erbringung wirtschaftlich werthafter Leistungen dienlich sein kann. Entscheidend ist und bleibt, dass der Vereinszweck als solcher nicht in der Gewinnerzielung besteht, und dass der Verein nicht bloß den Deckmantel für eine Erwerbstätigkeit seiner Mitglieder oder dritter Personen bildet (vgl. VfSlg 4411/63, 8844/80).“

²² *Yeoh/Matzenberger* (Fn. 19).

²³ Per 31.12.2023 hatten Fußballvereine insgesamt 247.649, Tennisvereine 196.697 und Skilaufrvereine 136.356 Mitglieder: Mitgliederstatistik der Sport Austria, abrufbar unter <https://www.sportaustria.at/fileadmin/Inhalte/Dokumente/Mitgliedsstatistik/Sport_Austria-Mitgliederstatistik2024.pdf> (19.11.2024).

²⁴ Der Österreichische Blasmusikverband hatte 2022 106.800 Mitglieder bei 2.197 Kapellen bzw. Vereinen. Der Österreichische Bundesverband für außerberufliches Theater zählte im Jahr 2022 1.256 Theatergruppen, darunter 1.020 Amateurtheatergruppen und 128 Schulschauspielgruppen. Dem Chorverband Österreich gehörten insgesamt 2.659 Chöre mit zusammen rund 84.400 Sängerinnen und Sängern an: Kulturstatistik 2022, abrufbar unter <https://www.statistik.at/fileadmin/user_upload/Kultur-2022_Webversion-barrierefrei.pdf> (19.11.2024).

²⁵ *Klatzer*, Bewährtes System im Stresstest, abrufbar unter <<https://orf.at/stories/3326776/>> (19.11.2024).

Die mitgliederstärksten Vereine in Österreich sind der ÖAMTC, das Rote Kreuz und die Sportvereine ASKÖ und ASVÖ mit jeweils über 900.000 Mitgliedern.²⁶

[4] Einflussreiche Vereine gestalten auch die Rechtsentwicklung mit, z. B. der Österreichische Gewerkschaftsbund und die Industriellenvereinigung (siehe auch noch unten III. 3. a)). Die ehemalige Zweiteilung der politischen Landschaft Österreichs in Rot (SPÖ) und Schwarz (ÖVP) zieht sich weiterhin durch die Vereinswirklichkeit. Historisch bedingt werden mit der SPÖ der ASKÖ (Breitensport), der ARBÖ (Kfz) und die Naturfreunde (Umweltschutz und Tourismus) assoziiert, mit der ÖVP die Sportunion, der ÖAMTC und der Alpenverein.

3. Land am Strome

Eine ehrenvolle Erwähnung verdient die 1823²⁷ als Aktiengesellschaft gegründete Erste Donau-Dampfschiffahrts-Gesellschaft (DDSG). Die umgangssprachlich als „Donaudampfschiffahrtsgesellschaft“ bekannte Gesellschaft ist nicht nur als langes Kompositum der deutschen Sprache berühmt, sondern war auch einst die größte Binnenreederei der Welt.²⁸ Mittlerweile wurde die DDSG in einen Personenverkehrs- und Frachttransports-Teil aufgespalten, beide werden als GmbH geführt.²⁹

Nennenswert ist außerdem die Wasserkraft, die mehr als 60% der österreichischen Elektrizität stellt.³⁰ In diesem Zusammenhang ist erstmals ein wichtiger wirtschaftlicher (und politischer) Akteur zu nennen, nämlich der österreichische Raiffeisenverband. Dieser vereint unter anderem Energieerzeuger unter sich, die als Energiegenossenschaften organisiert sind.³¹ Die bedeutenderen Akteure des Energiemarkts sind allerdings, ganz dem Registerstand entsprechend (siehe sogleich unter II. 7.), als Kapitalgesellschaften organisiert.³²

²⁶ Die Zahlen zu ASKÖ und ASVO stammen von der Sport Austria Mitgliederstatistik per 31.12.2023, abrufbar unter <https://www.sportaustria.at/fileadmin/Inhalte/Dokumente/Mitgliedsstatistik/Sport_Austria-Mitgliederstatistik2024.pdf> (19.11.2024); das Rote Kreuz hat laut Website über 1,1 Millionen Mitglieder, <<https://austrian-red-cross.foleon.com/jahresberichte/jahresbericht-2023/facts-and-figures>> (19.11.2024), der ÖAMTC sogar über 2,5 Millionen, <<https://www.oeamtc.at/presse/daten-und-fakten/>> (19.11.2024).

²⁷ Wegen Verlusten musste sie liquidiert und 1829 wiedergegründet werden: *Pisecky*, Tradition 1970, 49, 50.

²⁸ *Pisecky* (Fn. 27), 49, 49.

²⁹ DDSG Blue Danube Schifffahrt GmbH, FN 136917z, und First-DDSG Logistics Holding, FN 293420a.

³⁰ <<https://oesterreichsenergie.at/unser-strom/erneuerbares-oesterreich>> (19.11.2024).

³¹ Vgl. die Initiative der österreichischen Raiffeisen-Revisionsverbände <<https://energiegenossenschaften.kooperieren.at/>> (19.11.2024); allein 2022 wurden im Burgenland 19 Energiegenossenschaften gegründet, <<https://www.raiffeisen.at/bgld/de/nachhaltigkeit/energiegenossenschaften.html>> (19.11.2024).

³² Vgl. z. B. die Lieferanten mit der größten Kundenzahl (Verbraucher i. S. d. KSchG) je Netzbereich zum 31.12.2023, <https://www.e-control.at/veroeffentlichung_gem_%C2%A777b> (19.11.2024).

4. Land der Äcker

[1] Österreich hat eine Grundfläche von 83.878 km², davon werden 31% landwirtschaftlich und 41% forstwirtschaftlich genutzt.³³ In enger Verbindung dazu steht der Raiffeisensektor. Von den 1.790 österreichischen Genossenschaften sind beachtliche 1.400 Raiffeisengenossenschaften – das entspricht knappen 80%. Von den 1.400 Raiffeisengenossenschaften sind nur ca. 350 Raiffeisenbanken,³⁴ während die übrigen meist einen landwirtschaftlichen Fokus haben. Neben 80 Lagerhäusern zählt der Raiffeisenverband auch ca. 80 Molkereien und sonstige Milchverwertungsunternehmen sowie weitere Winzer-, Brauerei- und Viehverwertungs-genossenschaften.³⁵ Nicht von ungefähr ist der Raiffeisenverband ein maßgeblicher (Mit-)Gestalter des Genossenschaftsrechts.³⁶ Der praktischen Bedeutung der Genossenschaften steht eine eher stiefmütterliche Behandlung in der Literatur gegenüber (siehe aber immerhin *Frotz* in diesem Band, S. 325).³⁷

[2] Erwähnenswert sind im Land der Äcker auch die heimischen Stiftungen, die land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie Burgen und Schlösser in Österreich besitzen.³⁸ Daneben halten Privatstiftungen auch (Mehrheits-)Beteiligungen an Industrieunternehmen, verwalten Kunstsammlungen und Immobilien und verfolgen gemeinnützige Zwecke.³⁹ Bis zum Inkrafttreten des PSG am 1.9.1993 (siehe dazu noch unten III. 2. b)) konnten in Österreich nur Stiftungen zu gemeinnützigen Zwecken gegründet werden, die unter staatlicher Aufsicht standen (und stehen: § 15 BStFG 2015).⁴⁰

5. Land der Dome

In Österreich gibt es derzeit 16 gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 15 StGG), denen als Körperschaften öffentlichen Rechts Rechtspersönlichkeit zukommt.⁴¹ Darunter dominiert die römisch-katholische

³³ Agrarstrukturerhebung 2020, abrufbar unter <https://www.statistik.at/fileadmin/publications/SB_1-17_AS2020.pdf> (19.11.2024).

³⁴ Diese haben dafür aber stolze 1,7 Millionen Mitglieder, <<https://www.raiffeisen.at/raiffeisenblatt/de/bankengruppe/raiffeisen-in-zahlen.html#:~:text=rund%201%2C7%20Millionen%20Mitglieder,%C3%96sterreicher%20ist%20Kunde%20einer%20Raiffeisenbank>> (19.11.2024).

³⁵ Vgl. die Aufgliederung unter <<https://www.raiffeisenverband.at/de/raiffeisen-in-oesterreich0.html>> (19.11.2024).

³⁶ So wurde das GenSpaltG in der Nationalratssitzung verächtlich als „Lex Raiffeisen“ bezeichnet: StProt 39. Sitzung NR 26. GP 101.

³⁷ Vgl. zu Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1508. Weltweit sind etwa 1.200.000.000 Menschen Mitglied einer Genossenschaft; <<https://kooperieren.at/>> (19.11.2024).

³⁸ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 270, 271.

³⁹ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 270, 270 ff.

⁴⁰ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 270, 270.

⁴¹ <https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich/kirchenein__austritt_und_religionen/3/Seite.820015.html> (19.11.2024).

Kirche mit über 4,7 Millionen Mitgliedern. Ihr Vermögen ist ein gut gehütetes Geheimnis; nach Schätzungen soll sich der Wert allein des Inlandsvermögens im Milliardenbereich bewegen.⁴² Teil dieses Vermögens sind Immobilien, Wälder, Weingüter und Jagdgebiete – mit ca. 2.500 km² gehört die katholische Kirche zu den größten Grundbesitzern Österreichs.⁴³ Die tausenden juristischen Personen, die Vermögen nach dem Kirchengesetz verwalten,⁴⁴ sind zum Teil Organisationsformen eigener Art.

Ein bekanntes Beispiel für einen kirchennahen Konzern ist die Styria Media Group AG, an der zu 98,33% die Katholische Medien Verein Privatstiftung und zu 1,67% der Katholische Medien Verein beteiligt sind. Die Styria Media Group AG wurde 1869 als katholischer Pressverein der Diözese Graz-Seckau gegründet und hält unter anderem Beteiligungen an Radiosendern und Tageszeitungen (z. B. Die Presse, Kleine Zeitung).⁴⁵

6. Land der Hämmer

Erst an fünfter Stelle kommt in der Bundeshymne die Wirtschaft zur Sprache, was sicher dem Reim und nicht mangelnder Wertschätzung geschuldet ist (ein Schelm, wer Böses dabei denkt). Höchst modern wird außerdem von der Basis gedacht, neuhochdeutsch „bottom-up“: „Land der Hämmer“ bezieht sich auf die Schaffenskraft der Werktätigen.⁴⁶ Während man sich historisch für handwerkliche Betriebe zumeist der Personengesellschaft bedient hatte, wurden Industriebetriebe zumeist als GmbH oder AG geführt. Auch hier ist die GmbH insgesamt die verbreitetste Rechtsform; an der Spitze dominiert hingegen die AG: elf der 15 umsatzstärksten Industrieunternehmen sind Aktiengesellschaften.⁴⁷

Zum Land der Hämmer passte früher auch gut die Bergrechtliche Gewerkschaft, kodifiziert in § 138 des Berggesetzes 1854.⁴⁸ Es handelte sich um einen „Verein, zu dem Bergbau-Betriebe“ mit kapitalgesellschaftlichen Zügen. Mangels praktischer Bedeutung wurde die bergrechtliche Gewerkschaft nicht mehr in das Berggesetz 1954 aufgenommen (näher unter III. 2. b)[2].

⁴² 4,5 Milliarden schätzen *Frerk/Baumgarten*, Gottes Werk und unser Beitrag. Kirchenfinanzierung in Österreich, 2012, S. 75 ff., 266.

⁴³ <<https://www.derstandard.at/story/1328162577961/3-milliarden-euro-kolportiert-wieder-staat-die-kirche-finanziert>> (19.11.2024).

⁴⁴ Für an den Rechtsgrundlagen Interessierte empfiehlt sich *Free/Heckel*, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung. Handreichung für die Praxis, 3. Aufl. 2021.

⁴⁵ <https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190914_OTS0010/graz-150-jahre-styria-und-katholischer-medien-verein> (19.11.2024).

⁴⁶ *Bergthaler*, RdU-UT 2023, 9.

⁴⁷ Neben zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und zwei verdeckten Kapitalgesellschaften <<https://industriemagazin.at/maschinen-anlagenbau/top-250-die-groessten-industrieunternehmen-oesterreichs/>> (19.11.2024).

⁴⁸ Kaiserliches Patent, womit für den ganzen Umfang der Monarchie ein allgemeines Berggesetz erlassen wird, RGBl 1854/146.

7. Verteilung

[1] „Zukunftsreich“ ist nach der Bundeshymne das Land der Hämmer, was sich nachträglich auch am Registerstand zeigt: Zum Stichtag 31.12.2023 standen 131.377 Idealvereinen nach dem VerG (32,9%) etwa doppelt so viele Rechtsträger wirtschaftsorientierter Rechtsformen gegenüber, namentlich 196.299 Gesellschaften mbH (49,1%), 42.249 Kommanditgesellschaften (10,8%) und 21.930 Offene Gesellschaften (5,5%), 2.981 Privatstiftungen (0,7%), 1.804 Genossenschaften (0,5%), (nur) 1.253 AGs (0,3%), 39 SEs (0,01%), 27 EWIVs (0,07%), 22 Sparkassen (0,006%), 10 VVaGs (0,003%) und 4 SCEs (0,001%).⁴⁹ Damit ist etwa ein Drittel aller Gesellschaften als Idealverein organisiert, während die GmbH fast die Hälfte der registrierten Gesellschaften stellt. Von zahlenmäßig untergeordneter Bedeutung sind neben den vereinzelt supranationalen Rechtsträgern (SE, EWIV und SCE) auch Aktiengesellschaften – auf jede AG kommen gut 150 GmbHs und 100 Idealvereine. Anders sieht es freilich wie erwähnt nach der wirtschaftlichen Bedeutung aus.⁵⁰

[2] Unter den knapp 43.000 KGs dürften sich ca. 8.500 bis 9.350 GmbH & Co. KGs befinden.⁵¹ Die Zahl ist rückläufig: Zum 31.12.2009 bestanden noch 11.601 GmbH & Co. KGs bei insgesamt 42.121 Kommanditgesellschaften; rund jede vierte KG (27%) war daher eine „verdeckte Kapitalgesellschaft“.⁵²

Ein Grund für die schwindende Attraktivität der Rechtsformkombination ist das Ertragssteuerrecht.⁵³ Mitverantwortlich dürfte aber auch die seit dem IRÄG 1982 fortschreitende Annäherung insbesondere des Rechnungslegungs- und Gläubigerschutzregimes an das Kapitalgesellschaftsrecht sein,⁵⁴ namentlich in

⁴⁹ Unser herzlicher Dank gilt den Mitarbeitern der Compass-Verlag GmbH für die Unterstützung bei der Datensammlung sowie dem Bundesministerium für Justiz und dem Bundesministerium für Inneres für die Übermittlung der Aufzeichnungen.

⁵⁰ Oben bei und in Fn. 48.

⁵¹ Nach Auskunft der Compass-Verlag GmbH gab es am 17.11.2021 in Österreich 8.522 GmbH & Co. KGs, wobei in dieser Zahl solche Gesellschaften nicht enthalten waren, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet war oder die keinen OENACE-Code hatten. Eine aktuelle Firmenbuchabfrage zu „GmbH & Co KG“, „GmbH und Co KG“ und „GesmbH & Co KG“ weist ca. 9.350 derartige Gesellschaften aus (bei ca. 43.000 KG, was in etwa 22% entspricht). Basierend auf einer Statistik zum 1.1.2019 geht *Artmann*, in: FS Schauer, 2022, S. 1, 2 von rund einem Viertel der KG aus.

⁵² <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_06226_U1/fnameorig_198364.html> (19.11.2024).

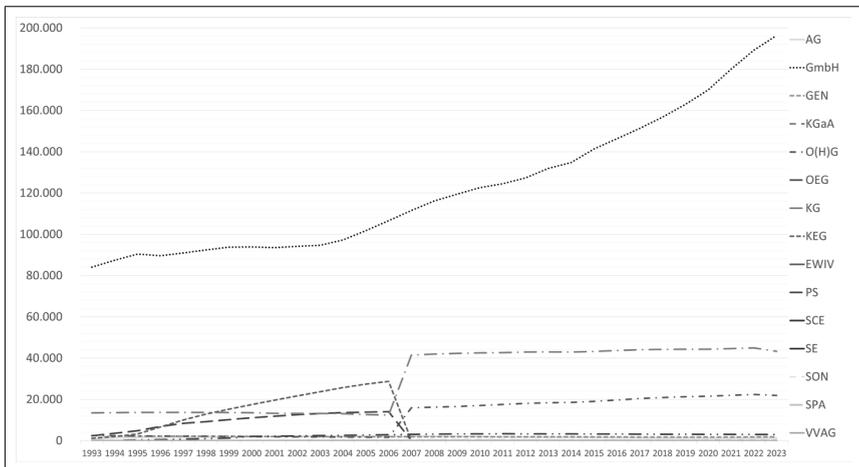
⁵³ *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2015, 373, 375.

⁵⁴ *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2015, 373, 374 f.

Bezug auf Transparenz (§ 221 Abs. 5 UGB), Kapitalerhaltung⁵⁵ und Krise (siehe insbes. § 4 Ziff. 3 EKEG, § 67 Abs. 1 IO, § 22 URG).⁵⁶

[3] Weiteren Aufschluss geben die Zahlen der Wirtschaftskammer Österreich (WKO), der gesetzlichen Interessenvertretung der Gewerbetreibenden, die nicht eingetragene Einzelunternehmerinnen einbeziehen. Diese Gruppe macht sogar 71% aller WKO-Mitglieder aus. Ihr stehen 5% eingetragene Einzelunternehmerinnen gegenüber; das Verhältnis ist also 14,2 zu 1. Unter den gewerblichen Gesellschaften ist wiederum die GmbH mit 79% an der Spitze, gefolgt von der KG mit 12% und der OG mit 7%. Vereine schaffen mit 2% sogar den vierten Platz unter den Rechtsformen,⁵⁷ was angesichts des Verbots der Gewinnausrichtung in § 1 Abs. 2 VerG nicht unbedingt überrascht.

[4] Noch deutlicher wird die Dominanz der GmbH, wenn man sich die Verbreitung der wirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaftsformen im Zeitablauf ansieht:



Quelle: Bundesministerium für Justiz; Stand 31.12.2023

⁵⁵ Grundlegend OGH 2 Ob 225/07p, RWZ 2008, 260 (Wenger) = GesRZ 2008, 310 (Stingl) = GES 2008, 315 (Bauer) = JAP 2008/2009, 100 (Rauter) = ÖBA 2009, 1522 (Bollenberger) = GesRZ 2009, 65 (Kalss/Eckert/Schörghofer) = RdW 2009, 326 (Nowotny) = GesRZ 2014, 340 (Bergmann/Schörghofer) = GES 2017, 20 (Bergmann/Schörghofer) = RdW 2018, 615 (Payer) = GES 2019, 3 (Aburumieh/Foglar-Deinhardstein); zur Judikaturentwicklung siehe RIS-Justiz RS0123863; Nowotny, in: Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, 2019, 33, 39 f.; zur Diskussion siehe die Beiträge in Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH & Co KG i. e. S. nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft?, 2011.

⁵⁶ Nicolussi, GesRZ 2022, 338, 340.

⁵⁷ WKO Mitgliederstatistik 2023, abrufbar unter <<https://www.wko.at/Statistik/Mitgliederstatistik/mitgliederstatistik23.pdf>> (19.11.2024) – Blendet man die Einzelunternehmer nicht aus, macht die GmbH 18% aller WKO-Mitglieder aus, die KG 3%, die OG 2% und Vereine 1%.

Dabei zeigt sich insbesondere seit 1993, mit Ausnahme eines kleinen Dämpfers 1996, ein steter Anstieg der GmbH in den letzten 30 Jahren. Zuwächse konnten zunächst auch die Erwerbsgesellschaften erzielen. Sie wurden, was die Sprünge um den Jahreswechsel 2006/2007 erklärt, im Zuge der Erweiterung des Anwendungsbereichs von O(H)G und KG um nicht vollkaufmännische Gesellschaften (§ 105 UGB; vgl. demgegenüber § 4 Abs. 2 HGB) gesetzlich in OG und KG umgewandelt (§ 907 Abs. 2 UGB i. d. F. Handelsrechts-Änderungsgesetz – HaRÄG, BGBl I 2005/120; siehe dazu auch noch unten III. 2. b)[3]). Seither konnten OG und KG nur (aber immerhin) moderate Zuwächse verzeichnen.

[5] Die Verteilung der Rechtsformen entspricht der Wirtschaftsstruktur. 99,8% aller heimischen Unternehmen sind kleine und mittlere Unternehmen (KMU).⁵⁸ Davon sind ca. 92% Kleinbetriebe mit weniger als zehn Beschäftigten, mehr als die Hälfte entfallen auf Ein-Personen-Unternehmen (56%).⁵⁹ Kleinunternehmen mit einer Beschäftigtenzahl zwischen zehn und 49 Personen machen 7% aller KMUs aus; nur 1% sind mittlere Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigten.⁶⁰

In Europa haben nur Deutschland, Luxemburg und Dänemark relativ gesehen gleich viel oder mehr mittlere Unternehmen.⁶¹ Mit 0,2% Großunternehmen, d. h. mit mehr als 250 Beschäftigten, liegt Österreich im EU-Durchschnitt.⁶²

⁵⁸ Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, KMU im Fokus 2023, S. 21 – abrufbar unter <https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:86188554-f53f-440c-8f59-dc756d67721a/FINAL%20KMU-FOKUS_2023_barrierefrei_final_21_02.pdf> (19.11.2024).

⁵⁹ Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, KMU im Fokus 2023, S. 21 – abrufbar unter <https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:86188554-f53f-440c-8f59-dc756d67721a/FINAL%20KMU-FOKUS_2023_barrierefrei_final_21_02.pdf> (19.11.2024).

⁶⁰ Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, KMU im Fokus 2023, S. 21 – abrufbar unter <https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:86188554-f53f-440c-8f59-dc756d67721a/FINAL%20KMU-FOKUS_2023_barrierefrei_final_21_02.pdf> (19.11.2024).

⁶¹ European Commission, Annual Report on European SMEs 2023/2024, S. 70 – abrufbar unter <https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/download/2bef0eda-2f75-497d-982e-c0d1cea57c0e_en?filename=Annual%20Report%20on%20European%20SMEs%202024.pdf> (19.11.2024).

⁶² Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, KMU im Fokus 2023, S. 21 – abrufbar unter <https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:86188554-f53f-440c-8f59-dc756d67721a/FINAL%20KMU-FOKUS_2023_barrierefrei_final_21_02.pdf> (19.11.2024); European Commission, Annual Report on European SMEs 2023/2024, S. 2 – abrufbar unter <https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/download/2bef0eda-2f75-497d-982e-c0d1cea57c0e_en?filename=Annual%20Report%20on%20European%20SMEs%202024.pdf> (19.11.2024).

III. Zweite Strophe: Hast seit frühen Ahnentagen, hoher Sendung Last getragen ...

1. Einführung

Die Dominanz der GmbH harmoniert wie erörtert durchaus mit der Wirtschaftsstruktur Österreichs (oben II. 7.). Das belegt für sich freilich nur den Mangel an besseren Alternativen, zumal in der Schweiz annähernd gleich viele marktwirtschaftliche Unternehmen durch Aktiengesellschaften wie durch GmbHs betrieben werden.⁶³

Im Vergleich mit OG und KG spielt sicher die zumindest ab höheren Gewinnen relativ attraktive Körperschaftsteuer eine Rolle, im Verhältnis zu anderen Körperschaften, dass diesen das Gesetz – vor allem bei Aktiengesellschaften – einen vergleichsweise hohen Rechtsformaufwand (vgl. §§ 86 ff. AktG mit § 29 GmbHG, § 100 ArbVG, § 268 Abs. 1 UGB) und engere Gestaltungsschranken aufbürdet. Das führt dazu, dass die Kautelarpraxis weniger leicht auf gesellschaftliche, wirtschaftliche und rechtliche Veränderungen reagieren kann als beim flexibleren Allzweckinstrument GmbH (§ 1 GmbHG)⁶⁴. Insofern ist der Erfolg der GmbH auch Verdienst des vor allem im 20. Jahrhundert höchst zögerlich agierenden Gesetzgebers.

Zu diesem nicht ganz unösterreichischen Beharren im Erreichten passt durchaus die zweite Strophe der Bundeshymne, welche wehmütig bis -leidig die ruhmreiche Vergangenheit Österreichs besingt: „Heiß umfehdet, wild umstritten, / Liegst dem Erdteil du inmitten, / Einem starken Herzen gleich. Hast seit frühen Ahnentagen / Hoher Sendung Last getragen, / Vielgeprüftes Österreich, / Vielgeprüftes Österreich.“⁶⁵

⁶³ Auf 135.813 GmbHs treffen 123.601 Aktiengesellschaften; Bundesamt für Statistik 2022, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/groesse-rechtsform-sektoren-regionale-verteilung.html>> (19.11.2024).

⁶⁴ § 4 Abs. 2 GmbHG, wonach Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, im Gesellschaftsvertrag nicht getroffen werden dürfen und keine rechtliche Wirkung entfalten, wird von der h. M. im Wesentlichen weginterpretiert (*Fell/Aicher*, in: Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, Stand 1.11.2018, rdb.at, § 4 Rn. 35 f. m. w. N.; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, S. 74; *Kalss*, in: Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 2005, S. 9, 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, 2007, § 4 Rn. 19; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I, 1996, Rn. 1/52; *Nowotny*, in: Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2017, Rn. 4/129; *Ostheim*, GesRZ 1974, 70; *Kastner*, JBl 1978, 404; vgl. auch OGH – 8 Ob 253/75, SZ 48/133; OGH – 1 Ob 141/66, SZ 39/111; OLG Innsbruck – 3 R 81/88, wbl 1988, 236). Die Regelung spielt allerdings auch nach der gegenteiligen Auffassung (*Torggler*, in: Fleischer/Kalss/Vogt, Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2011, S. 305, 307 ff.; *ders.*, in: Torggler, GmbHG, 2014, § 4 Rn. 8 ff.) keine große Rolle, weil die einzelnen Bestimmungen des GmbHG verbreitet Satzungsermächtigungen enthalten.

⁶⁵ Bundesgesetz über die Bundeshymne der Republik Österreich i. d. F. BGBl I 2011/127.

2. Rechtsforminnovationen

a) 1850–1900

Die prägende Periode für das Entstehen der modernen Rechtsformen ist in Österreich die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts.⁶⁶ In dieser Zeit wurden die meisten der heutigen Rechtsformen eingehender gesetzlich geregelt oder überhaupt erst eingeführt.⁶⁷ Zuvor war die Regelungsdichte gering. Ältere Regelungen betrafen zumeist nur die Gründung, das Verhältnis der „Privatvereine“ zum Staat und vereinzelte Fragen der inneren Organisation.⁶⁸

Namentlich mit dem AHGB wurde eine gesetzliche Grundlage für das Handelsrecht und die Handelsgesellschaften nicht allein der deutschsprachigen Länder des Kaisertums Österreich, sondern des gesamten deutschen Reiches geschaffen.⁶⁹ Die Kodifikation enthielt Bestimmungen über die Offene Handelsgesellschaft (Art. 85 ff.), die Kommanditgesellschaft (Art. 150 ff.), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 173 ff.), die Aktiengesellschaft (Art. 207 ff.) und die stille Gesellschaft (Art. 250 ff.). Die Regelungen über die AG wurden 1899 durch das (öffentlich-rechtliche) Aktienregulativ ergänzt. Genossenschaften hatten bereits mit 1873 ein eigenes Gesetz erhalten.⁷⁰

b) 1900–1994

[1] Den mit Abstand bedeutendsten Meilenstein der Entwicklung der Rechtsformen im 20. Jahrhundert bildete die Einführung der GmbH im Jahr 1906. Danach herrschte wieder Stillstand bei den Rechtsforminnovationen, bis 1939 das deutsche VAG in Österreich eingeführt wurde.⁷¹ Allerdings hatte der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in Österreich keinen durchschlagenden Erfolg; zum Stichtag 31.12.2023 waren nur zehn im Firmenbuch eingetragen (was die kleinen VVaGs ausklammert).⁷²

⁶⁶ In Deutschland ist die prägende Periode die Zeit von 1861 bis 1900, *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1505. Man könnte den Startpunkt auch bei 1852 setzen, als das Vereinspatent verabschiedet wurde. Dieses galt zwar bis 31.12.1999 – und war somit fast 150 Jahre in Bestand –, es entwickelte das Gesellschaftsrecht aber kaum weiter. Das Vereinspatent war die Rechtsgrundlage für die Konzessionierung aller auf Gewinn gerichteten Vereine, sohin insbesondere der Aktiengesellschaften. Für die (wenigen) bestehenden wirtschaftlichen Vereine ist das Vereinspatent 1852 aufgrund eines (vermuteten) legislativen Versehens noch heute in Kraft (siehe auch oben II. 1. [2]). Zu diesem *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 72 ff.

⁶⁷ *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1505.

⁶⁸ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 79.

⁶⁹ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 86.

⁷⁰ Die Genossenschaften vor Erlassung des GenG 1873 waren nach dem Vereinspatent 1852 konzessionspflichtige Vereine, *Nowotny*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rn. 5/30.

⁷¹ Davor unterlagen sie als Vereine dem Vereinspatent 1852.

⁷² Vgl. auch für Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1514.

1946, ein Jahr nach Kriegsende, wurde die Möglichkeit geschaffen, Werksgenossenschaften zu bilden.⁷³ Hintergrund war, dass man anlässlich der Verstaatlichungen ein Instrument zur Beteiligung der Belegschaft an lohnintensiven verstaatlichten Unternehmen schaffen wollte. Dieses Angebot wurde 2018, nachdem es nicht wirklich genutzt worden war, wieder aus dem Rechtsbestand genommen.

[2] Die „ehrwürdige bergrechtliche Gewerkschaft“⁷⁴ war bereits in das Berggesetz 1954 nicht mehr übernommen worden, weil sie einerseits kaum praktische Bedeutung in Österreich gehabt hatte und andererseits als für die verfolgten Zwecke nicht notwendig befunden wurde.⁷⁵ Ähnlich erging es der KGaA, die es nicht mehr ins AktG 1965 geschafft hat (was vielleicht ein Fehler war, wenn man sich die spätere Renaissance der Gesellschaftsform in Deutschland ansieht).

Hintergrund dieser Dezimierung des Rechtsformbestands und der kaum vorhandenen Rechtsformneuschöpfungen dieser Periode war wohl auch in Österreich, dass der Markt gesättigt und die Praxis mit den zur Verfügung stehenden Rechtsformen im Grundsatz befriedigt war.⁷⁶

[3] Eine bedeutsame, wenn auch vorübergehende Rechtsforminnovation brachte dann das Erwerbsgesellschaftengesetz (EGG), BGBl 1990/257, übrigens mit elf Paragraphen in wohlthuender Kürze, was freilich nur durch Verweis auf die subsidiäre Anwendung des OHG und KG-Rechts möglich war (§ 4 Abs. 1 *leg. cit.*). Bereits seit Mitte des 20. Jahrhunderts hatten die Interessenvertretungen der freien Berufe eine rechtsfähige Personengesellschaft zu freiberuflichen Zwecken gefordert.⁷⁷ Der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Partnerschaft für Freie Berufe (Partnerschaftsgesetz) sollte die OHG und KG an die Erfordernisse der freien Berufe anpassen,⁷⁸ scheiterte aber unerwartet am 10. Österreichischen Juristentag.⁷⁹

Nach einer einjährigen Schockstarre wurde die Diskussion auf Grundlage eines Privatentwurfs von *Heinz Krejci* wiederaufgenommen, der zur Grundlage des EEG wurde.⁸⁰ Das EGG wurde wesentlich von der Rechtsanwaltskammer vor-

⁷³ Werksgenossenschaftsgesetz, BGBl 1946/169, aufgehoben durch BGBl I 2018/61.

⁷⁴ *Kastner*, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechtes unter dem Gesichtspunkt der europäischen Integration, Gutachten zum zweiten Österreichischen Juristentag 1964, S. 8.

⁷⁵ Vgl. dazu die ErlRV 65 BlgNR 7. GP 32: „Die Gesellschaftsform der Gewerkschaft wurde nicht übernommen, da sie den modernen Anforderungen nicht mehr entspricht, die mit ihr verfolgten Zwecke auch durch andere Gesellschaftsformen, insbesondere die Gesellschaft mbH, erreicht werden können und weil die Gewerkschaften in Österreich keine praktische Bedeutung haben.“ Gewerkschaften, die nicht bis zum 31.12.1960 in eine andere Rechtsform umgewandelt waren, traten Kraft Gesetz in Liquidation.

⁷⁶ Vgl. auch *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1506.

⁷⁷ *Krejci*, in: FS 50 Jahre Österreichischer Juristentag 1959–2009. Dogmatik, Politik, Geschichte, 2009, S. 37, 147.

⁷⁸ Die Partnerschaft sollte auch nur Apothekern, Ärzten, Dentisten, Notaren, Patentanwälten, Rechtsanwälten, Tierärzten, Wirtschaftstreuhändern und Ziviltechnikern, soweit sie der jeweiligen Kammer angehören, zustehen.

⁷⁹ *Krejci* (Fn. 77), S. 148.

⁸⁰ *Krejci* (Fn. 77), S. 150.

angetrieben⁸¹ und ermöglichte den Berufsgruppen, die mangels Betriebs eines Handelsgewerbes keine OHG oder KG gründen konnten (§ 4 Abs. 2 HGB), die Gründung einer „kleinen Schwester“ in Form der OEG oder KEG. Wie erwähnt gingen die bestehenden OEG und KEG im Zuge der Öffnung von OG und KG für alle nicht gesetz- oder sittenwidrigen Zwecke durch § 105 UGB i. d. F. HaRäG 2005 in den zuletzt genannten Gesellschaftsformen auf (oben II. 7. [4]).

[4] Eine weitere bedeutende, zwar nicht unmittelbar den Gesellschaften zugehörige, aber doch verwandte Neuschöpfung ist jene der Privatstiftung durch das Privatstiftungsgesetz 1993. Zuvor waren Stiftungen nur zu gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken möglich gewesen, was zum erbrechtlich bedingten Zerfall wirtschaftlicher Vermögenseinheiten und zur Vermögensabwanderung in ausländische Stiftungen beigetragen hatte.⁸² Noch heute steht die Privatstiftung in Konkurrenz zu ihren insbesondere schweizerischen und liechtensteinischen Pendanten.

Die rasche Verbreitung war vor allem der steuerlichen Attraktivität geschuldet, konnte doch mit einer Privatstiftung vor allem das damals geltende Schenkungs- und Erbschaftssteuergesetz⁸³ vermieden werden. Diese und weitere steuerliche Vorteile sind später sukzessive entfallen, was zu einem Rückgang der österreichischen Privatstiftungen führte.⁸⁴ Auch die Aushöhlung der Stifter- und Begünstigtenrechte durch die Rechtsprechung⁸⁵ trägt zum Stiftungsschwund bei⁸⁶ und verstärkt wohl ganz entgegen den Intentionen das auch in der Rechtsprechung beklagte Kontrolldefizit in Bezug auf den Stiftungsvorstand, das in Liechtenstein und der Schweiz nicht besteht.⁸⁷ Heute stagnieren die Zahl der Privatstiftungen mit leicht abnehmender Tendenz.⁸⁸

⁸¹ *Ofner* in der Nationalratssitzung: „Die Väter dieser gesetzlichen Regelung waren die Anwälte. Ich sage das umso lieber, als ich bekanntlich selber einer bin.“ StProt 139. Sitzung NR 17. GP 16244.

⁸² ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 14.

⁸³ Bundesgesetz vom 30. Juni 1955, betreffend die Erhebung einer Erbschafts- und Schenkungssteuer (Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz 1955). Der VfGH hat § 1 Abs. 1 Ziff. 1 mit Erkenntnis vom 7.3.2007, G 54/06 u. a., § 1 Abs. 1 Ziff. 2 mit Erkenntnis vom 15.6.2007, G 23/07, aufgehoben.

⁸⁴ Wie die Privatstiftung 1993 im Vergleich zu 2023 besteuert wurde, kann bei *Pichler, ecoclex 2023*, 284 nachgelesen werden. Von den einstigen steuerlichen Vorteilen ist nur noch wenig übriggeblieben.

⁸⁵ Siehe v. a. RIS-Justiz RS0115030, beginnend mit OGH 26.4.2001 – 6 Ob 60/01 v, zuletzt 6 Ob 211/20b GesRZ 2021, 262 (*Hochedlinger*) = PSR 2021, 4 (*Gruber/Zollner*).

⁸⁶ *Reich-Rohrwig* nennt als weitere Gründe hohe Kostenbelastung, Zurückdrängung der Anonymität der Begünstigten und Desillusionierung hinsichtlich der Einfachheit einer Stiftung: *Reich-Rohrwig, ecoclex 2023*, 270, 272 f.

⁸⁷ *Torggler*, in: *Schurr*, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht – Anwendung, Auslegung und Alternativen, 2012, S. 87, 88 f. Ein Standortvergleich findet sich in *Blum/Schauer/Somary/Sciamanna/Novak/Rizzi/Frommelt/Quaderer*, Stiftungsrechtlicher Standortvergleich D-CH-AT-FL, *ecoclex-Script 2017*, 1.

⁸⁸ Näher *Arnold* in diesem Band, S. 257.

[5] Im Übrigen war die Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts der Praxis überlassen. Bereits früh wurde die (werbende) Einpersonen-GmbH durchgesetzt; bei der Gründung musste man sich bis zum EU-GesRÄG, BGBl 1996/304 (vgl. Art. 2 Abs. 1 Einpersonen-GmbH-RL⁸⁹) eines Strohmanns bedienen.⁹⁰ Die bekannteste Neuschöpfung der Praxis ist aber wohl die GmbH & Co. KG, die der OGH bereits 1906 anerkannt⁹¹ und seither (insbesondere hinsichtlich der Direkthaftung der Geschäftsführer gegenüber der KG⁹² und der Kapitalerhaltung⁹³) immer mehr einer eigenen Rechtsform angeglichen hat.⁹⁴

Im weitesten Sinn kann als letztlich praxisgeborene Rechtsformneuschöpfung schließlich die (Kapital-)Vorgesellschaft genannt werden, handelt es sich doch nach allgemeiner Auffassung um eine (nach h. M. sogar rechtsfähige)⁹⁵ Organisationsform *sui generis*.⁹⁶ Dieselbe Bedeutung wie in Deutschland hat sie in Österreich allerdings wegen der kürzeren Ersteintragungsverfahren nicht erlangt.⁹⁷

c) 1995 bis heute

[1] Neue Impulse brachte der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union per 1.1.1995. Bereits mit 1.10. desselben Jahres ist das EWIV-Ausführungsgesetz (EWIVG), BGBl 1995/521, in Kraft getreten, um die EWIV-VO⁹⁸ umzusetzen. 2004 folgte das SE-Gesetz (SEG), BGBl I 2004/67, und 2006 das SCE-Gesetz (SCEG), BGBl I 2006/104, auf Grundlage von SE-VO⁹⁹ bzw. SCE-VO¹⁰⁰.

Wie bereits erwähnt haben diese supranationalen Rechtsformen in Österreich bislang nur bescheidene Bedeutung erlangen können (oben II. 7. [1]), was zum

⁸⁹ Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 1989/395, 40; aufgehoben durch Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 2009/258, 20.

⁹⁰ ErlRV 32 BlgNR 20. GP 56.

⁹¹ Nicolussi, GesRZ 2022, 338, 339.

⁹² RIS-Justiz RS0059661, jüngst OGH – 6 Ob 61/21w, GesRZ 2022, 79 (Bauer) = ÖJA 2023, 129 (Müller).

⁹³ Siehe dazu bereits oben bei und in Fn. 55.

⁹⁴ Nicolussi, GesRZ 2022, 338, 338; Fleischer, ZIP 2023, 1505, 1509.

⁹⁵ Z. B. Enzinger, in: Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG, § 2 Rn. 25 m. w. N. (Stand 1.8.2020, rdb.at); a. A. Torggler (Fn. 3), Rn. 434 ff. m. w. N.

⁹⁶ Ausf. m. w. N. Torggler, Die Verbandsgründung, 2009, S. 144 ff.

⁹⁷ Dazu und zu weiteren Unterschieden zu Deutschland siehe Torggler, in: FS Straube, 2009, S. 153, 155 ff.

⁹⁸ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. L 1985/199, S. 1.

⁹⁹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 2001/302, 40.

¹⁰⁰ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. L 2003/207, 1.

einen an dem von vornherein überschaubaren Bedarf, zum anderen – vor allem bei der SE – auch an dem unübersichtlichen Regelungsgeflecht bestehend aus Verordnung, Ausführungsgesetz und subsidiär anwendbarem nationalen (Aktien-)Recht und dem dadurch erhöhten Beratungsaufwand beruht.

[2] Zwar keine neue Gesellschaftsform, wohl aber eine komplette Umgestaltung gegenüber dem aufsichtsrechtlich geprägten Vereinsgesetz 1951, brachte das Vereinsgesetz 2002, BGBl I 2002/66, aus Anlass des von den Vereinten Nationen ausgerufenen „Internationalen Jahrs der Freiwilligen 2001“.¹⁰¹ Wie schon Aufstieg und Fall der Eingetragenen Erwerbsgesellschaften waren es vor allem Durchschlagskraft und Vernetzung von *Heinz Krejci*, die das Projekt über die Ziellinie gebracht haben. Er war es auch, der das (in weiten Teilen eingeschlafene) Reformprojekt „200 Jahre ABGB“ geschickt für ein GesbR-Reformgesetz (GesbR-RG), BGBl I 2014/83, genutzt hat, das die Stammfassung der §§ 1175–1216 ABGB vollständig ersetzt und dabei in wesentlichen Bereichen, insbes. für das Innenverhältnis, OG-Recht übernimmt, aber z. B. auch stärker als bisher zwischen Innen- und Außengesellschaften differenziert.¹⁰²

[3] In jüngster Zeit gibt es in Österreich wieder Bestrebungen zur Erneuerung des Gesellschaftsrechts und insbesondere einer Erweiterung des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen. Von Erfolg gekrönt ist die Schaffung einer „Flexiblen Kapitalgesellschaft“ (ursprünglicher Arbeitstitel: „Austrian Limited“) als eigenständiger Sonderform der GmbH. Die Neuschaffung hat sich als einfacher als eine durchgreifende Modernisierung und Entschlackung von GmbH und AG erwiesen.¹⁰³ Abgemildert werden die Probleme, die mit einer Rechtsformneuschöpfung einhergehen, durch den (geplanten) Generalverweis auf das GmbHG.¹⁰⁴

3. Rechtsformwartung

Weitere Einblicke in die politischen Kräfte, die auf die Entwicklung des Gesellschaftsrechts Einfluss nehmen, geben die zahlreichen Reformen bestehender Gesellschaftsformen. Das Hauptaugenmerk des Gesetzgebers galt dem Kapitalgesellschaftsrecht. Einen wichtigen Schritt bildete die Einführung des Eigenkapitalersatz-Gesetzes (EKEG) durch das GIRÄG 2003, BGBl I 2003/92, nachdem das rechtsfortbildend eingeführte Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hatte.¹⁰⁵ Sonst stand nicht selten nur eine ein-

¹⁰¹ ErlRV 990 BlgNR 21. GP 16.

¹⁰² Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 2.

¹⁰³ *Torggler*, RdW 2021, 1.

¹⁰⁴ So § 1 Abs. 2 des Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz (FlexKapGG), BGBl I 2023/179; siehe dazu auch AB 2342 BlgNR 27. GP 1.

¹⁰⁵ ErlRV 124 BlgNR 22. GP 1.

zige Gesellschaftsform im Fokus. Resultat dieser „Politik der kleinen Schritte“¹⁰⁶ ist eine erhebliche Rechtszersplitterung im Gesellschaftsrecht.¹⁰⁷

a) Gesellschaft mbH

Wie schon bei der Schaffung des GmbHG waren auch bei dessen ersten Novellen die Handelskammern Impulsgeber.¹⁰⁸ Infolge des ersten Weltkriegs wurde bereits 15 Jahre nach Einführung des GmbHG eine Anhebung des Mindestkapitals notwendig. Auf Anregung des Finanzministers geschah dies mit der Novelle 1921,¹⁰⁹ blieb aber aufgrund der hohen Inflation ohne nachhaltigen Effekt.¹¹⁰ 1924 wurden die Mindestbeträge erneut angehoben und auf Anregung der Wiener Handelskammer¹¹¹ Verschärfungen der Kapitalaufbringung und Aufsichtsratspflicht verabschiedet.¹¹²

Die Verschärfung der Voraussetzungen, unter denen ein Aufsichtsrat zu bestellen war, war auch Gegenstand der GmbH-Novelle 1974.¹¹³ Parallel wurde die Arbeitnehmermitbestimmung im Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), BGBl 1974/22, eingeführt.

Auch bei der größeren Reform 1980¹¹⁴ standen Kapitalaufbringung und Aufsichtsrat im Vordergrund. Unter anderem wurde das Recht des Aufsichtsrats einer umfassenderen Regelung nach aktienrechtlichem Vorbild zugeführt (§§ 30a–30l GmbHG) und auf Drängen von Vertretern des Österreichischen Gewerkschaftsbunds und des Arbeitskammertags die Mitbestimmungsrechte des Aufsichtsrats ausgeweitet. Weitere wichtige Reformgegenstände waren eine Erhöhung des Mindeststammkapitals von 100.000 S auf 500.000 S, die (teilweise) Jahresabschlusspublizität und eine neuerliche Überarbeitung der (Sach-)Gründungsvorschriften.

Ziel des Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes 1982 (GesRÄG 1982), BGBl 1982/371, war vor allem die Insolvenzprophylaxe; unter anderem wurde eine stärkere Einbindung des Aufsichtsrats angeordnet.¹¹⁵ Die gleiche Stoßrichtung hatte das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1994 (IRÄG 1994), BGBl 1994/153, das eine Reaktion auf Großinsolvenzen des Jahres 1993¹¹⁶ war. Eingeführt wurde die Differenzhaftung bei überbewerteten Sacheinlagen (§ 10a GmbHG) nach deutschem Vorbild (§ 9 dGmbHG).¹¹⁷

¹⁰⁶ Siehe *Kastner*, in: FS Broda, 1976, S. 114 ff. = Gesammelte Aufsätze, 1982, S. 12, 29 ff.

¹⁰⁷ *Torggler*, in: FS Krejci, 2001, S. 945, 945.

¹⁰⁸ *Kleinszig*, BRGÖ 2021, 35, 36.

¹⁰⁹ Art. I BGBl 1921/577.

¹¹⁰ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2004, S. 141.

¹¹¹ *Kalss/Eckert* (Fn. 110), S. 142 f.

¹¹² Art. I BGBl 1924/246.

¹¹³ Art. I BGBl 1974/82.

¹¹⁴ BGBl 1980/320.

¹¹⁵ Art. II BGBl 1982/371.

¹¹⁶ ErlRV 1384 BlgNR 18. GP 8.

¹¹⁷ Art. VI BGBl 1994/153.

Neue Impulse brachte der durch die *Centros*-Rechtsprechung entfachte inner-europäische Wettbewerb der Rechtsformen, den die Wirtschaftskammer Österreich und die Industriellenvereinigung zum Anlass für die Forderung nach einer Absenkung des Mindeststammkapitals nahmen. Dem wurde durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/109, nachgekommen und das Mindeststammkapital von 35.000 Euro auf 10.000 Euro abgesenkt,¹¹⁸ was allerdings bereits im folgenden Jahr auf Drängen des Finanzministeriums¹¹⁹ durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2014¹²⁰ zugunsten einer auf zehn Jahre ab Gründung befristeten „Gründungsprivilegierung“ (§ 10b GmbHG) wieder zurückgenommen wurde. Erfreulicherweise wird diese unnötig komplizierte Regelung durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 (GesRÄG 2023), BGBl I 2023/179, aufgehoben; gleichzeitig wird das Mindeststammkapital wieder auf 10.000 Euro abgesenkt.¹²¹

b) Aktiengesellschaft

Geradezu eine Dauerbaustelle bildet das Aktienrecht. Das ist nicht nur europarechtlichen Vorgaben geschuldet, sondern vor allem genuin österreichischen Einflüssen, zumal das Aktienrecht in besonderem Maße dem Einfluss von Interessengruppen ausgesetzt ist.

Das kann bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückverfolgt werden, als Österreich mit seinem AHGB-Aktienrecht vor allem nach der Krise 1873 gegenüber anderen Ländern ins Hintertreffen geriet, u. a. aufgrund der hohen Besteuerung der AG und dem Festhalten am Konzessionssystem. Bestrebungen, die AG parallel zur Schaffung eines GmbHG einer modernen Neuregelung zuzuführen,¹²² scheiterten. Das Aktienregulativ 1899, eine Verordnung, konnte nur teilweise Abhilfe schaffen. Ein neuer Anlauf scheiterte 1929 erneut am Widerstand von Industrie, Banken und Finanzministerium. So blieb es bis zur Einführung des deutschen Aktiengesetzes nach dem „Anschluss“ 1938¹²³ beim Konzessionssystem.¹²⁴

¹¹⁸ BGBl I 2013/109.

¹¹⁹ Die Erläuterungen verweisen auf „steuerrechtliche Erwägungen“ – ErlRV 24 BlgNR 25. GP 27; siehe auch *Straube*, GmbH-Reform – und halb retour? Gedanken zu Eckpunkten der GmbH-Reform und ihrer teilweisen Rücknahme, in: FS Reich-Rohrwig, 2014, S. 223, 227. Hintergrund war die Minderung des Steueraufkommens durch Kapitalherabsetzungen und wegen der Anknüpfung der Mindest-Körperschaftsteuer an das Mindestnennkapital (§ 24 Abs. 4 KStG 1988).

¹²⁰ Abgabenrechtsänderungsgesetz 2014 (AbgÄG 2014), BGBl I 2014/13.

¹²¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 2.

¹²² *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 205 ff.

¹²³ Erste Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 11. April 1938, dRGBl. I, S. 385; Zweite Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 2. August 1938, dRGBl. I, S. 988.

¹²⁴ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 300 f.

Nach dem Zweiten Weltkrieg lautete eine Auflage der Alliierten, das deutsche AktG 1937 bis 31.12.1956 durch ein österreichisches Aktiengesetz zu ersetzen.¹²⁵ Nach einigen Bemühungen entschloss man sich allerdings, die Aktienrechtsentwicklung der BRD abzuwarten.¹²⁶ Das österreichische Aktiengesetz 1965 wurde dann ein vorsichtiger Kompromiss: Zwar wurden einige „Überbleibsel unösterreichischen Gedankengutes“¹²⁷ entfernt, z. B. die Angabe der Namen sämtlicher Vorstandsmitglieder und AR-Vorsitzenden auf allen Geschäftsbriefen, und kleinere Neuerungen eingefügt, wie die Vermehrung der Rechte des Aufsichtsrats und die Einführung einer Minoritätsvertretung im Aufsichtsrat; Grundstock bildete aber weiter das (nunmehr „austrifizierte“) deutsche Aktiengesetz 1937.¹²⁸

Von den wichtigsten Novellen wurden das GesRÄG 1982 und IRÄG 1994 bereits erwähnt,¹²⁹ 1982 wurde u. a. der (in der Folge mehrfach erweiterte)¹³⁰ Mindestkatalog von Rechtshandlungen eingeführt, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (§ 95 Abs. 5 AktG).¹³¹ Das GesRÄG 2004¹³² hat nach Vorbild der deutschen Aktienrechtsnovelle 1994¹³³ über die „kleine AG“¹³⁴ einige Erleichterungen für kleine, nicht börsennotierte Aktiengesellschaften eingeführt.¹³⁵ Die daraus resultierende und seither fortschreitende Zweiteilung des Aktienrechts hatte übrigens bereits *Franz Klein* vorhergesehen.¹³⁶

4. Förderer und Verhinderer der Entwicklung

[1] Zusammenfassend sind mehrere, zum Teil überlappende Entwicklungsstränge erkennbar, in denen unterschiedliche Einflüsse ausgemacht werden können:

Kern des österreichischen Gesellschaftsrechts bildete in seiner autonomen Frühphase das 21. Hauptstück des ABGB (§§ 1175 – 1216) mit seinen Regeln über die „Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe“ (§ 1175 Abs. 1

¹²⁵ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 332.

¹²⁶ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 336 ff.

¹²⁷ ErlRV 301 BlgNR 10. GP 61.

¹²⁸ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 347 f.

¹²⁹ Oben bei Fn. 120.

¹³⁰ Namentlich durch das Aktienoptionengesetz (AOG), BGBl I 2001/42, das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 (GesRÄG 2005), BGBl I 59, das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 (URÄG 2008), BGBl I 70, das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 (AktRÄG 2009), BGBl I 71, und das Börsegesetz 2018 und Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (BörseG 2018/WAG 2018), BGBl I 2017/107.

¹³¹ Art. I BGBl 1982/371.

¹³² Art. II BGBl I 2004/67.

¹³³ Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts, dBGBl I 1994/52.

¹³⁴ ErlRV 466 BlgNR 22. GP 4 f.

¹³⁵ *Elsner/Hössl/Torggler*, GesRZ 2017, 78, 84.

¹³⁶ *Klein*, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904, S. 61, abgedruckt in: *Doralt/Kalss, Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, 2004, S. 235.

ABGB in der Stammfassung, siehe auch oben II. 1.), das in Bezug auf Körperschaften durch das im Wesentlichen der Konzessionspflicht gewidmete Vereinspatent 1852, RGBI 253, und in Bezug auf Idealvereine etwas nachhinkend durch das Vereinsgesetz 1867, RGBI 1867, ergänzt wurde.

Es folgte eine längere Phase der Rechtsangleichung an den deutschen Rechtsbestand, beginnend mit dem AHGB, RGBI 1863/1, über das Genossenschaftsgesetz, RGBI 1873/70, das Aktienregulativ, RGBI 1899/175 und das GmbHG, RGBI 1906/58, bis hin zur Einführung des deutschen HGB-Personengesellschaftsrechts und des deutschen AktG 1937 nach dem „Anschluss“.

Dadurch wurde der Grundstock des österreichischen Gesellschaftsrechts geschaffen, der nach dem Zweiten Weltkrieg lange durch eine zögerliche „Politik der kleinen Schritte“ bloß verwaltet wurde. In dieser Phase weitgehender Stagnation kamen Impulse vor allem vom Insolvenzrecht, dessen Nachschärfungen unter dem Eindruck von Großinsolvenzen immer wieder zu Verschärfungen auch des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes führten (vgl. oben II. 7[2]), III. 3. a) und III. 3. b)), und aus Deutschland, wie bei der Schaffung von Erleichterungen für börsferne Aktiengesellschaften (unten III. 4. [3]).

Einen Entwicklungsschub brachte erst der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, mit der dadurch erforderlichen Umsetzungs- (insbes. EU-GesRÄG, BGBl 1996/304, und EU-UmgrG, BGBl I 2023/78) und Ausführungsgesetzgebung (EWIVG, BGBl 1995/521, SEG, BGBl I 2004/67, und SCEG, BGBl I 2006/104) (oben III. 2. c)[1]). Auch der durch die *Centros*-Rechtsprechung beförderte internationale Rechtsformwettbewerb hat in dieser Phase der Europäisierung Spuren hinterlassen (siehe dazu unter III. 3. a) sowie sogleich unter III. 4. [2]).

Parallel fand, nicht unwesentlich auf Grundlage bloßer Privatinitiative, eine Phase der Erneuerung statt, namentlich im Personengesellschaftsrecht (EGG, BGBl 1990/257 [oben III. 2. b)[3]], HaRÄG, BGBl I 2005/120 [oben II. 7. [4] und III. 2. b)[3]], GesbR-RG, BGBl I 2014/83 [oben II. 1. [3] und III. 2. c)[2]]) und Vereinsrecht (VerG 2002, BGBl I 2002/66 [oben III. 2. c)[2]], auch unten III. 4. [4]).

[2] Nach *Franz Klein*, dem „Vater“ des modernen österreichischen Zivilprozessrechts und bedeutendem Gesellschaftsrechtler,¹³⁷ ist der „Weg vom Gedanken zu einer Tat des Gesetzgebers [...] weit und verschlungen und nicht immer leicht zu erforschen, welche Ursachen den einen Gedanken zum geltenden Rechte erheben, anderen dies verschließen.“¹³⁸ Der historische Abriss hat aber immerhin einige Faktoren zutage gebracht:

Von außen wirkt wohl am stärksten die Steuerpolitik auf das Gesellschaftsrecht ein. Zum einen ist die Abgabenbelastung ein wesentlicher und nicht selten entscheidender Faktor der Rechtsformwahl. So hatte sie entscheidend zum anfänglichen Erfolg der Privatstiftung beigetragen (siehe unter III. 2. b)[4]), ebenso

¹³⁷ *Kalss/Eckert*, in: *Doralt/Kalss*, Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts, S. 13.

¹³⁸ *Klein* (Fn. 136), S. 187.

später allerdings zum Rückzug der GmbH & Co. KG (siehe unter II. 7. [2]). Zum anderen kommt auch direkter Einfluss aus dem Finanzministerium: Die Reformbestrebungen auf dem Gebiet des GmbH-Rechts in der 1. Republik zeigen ein erhebliches Misstrauen gegenüber der Rechtsform.¹³⁹ Vertreter des Finanzministeriums traten regelmäßig für besonders strenge Bestimmungen ein und gehen die ersten Novellen auch auf Anregungen des Finanzministeriums zurück (oben III. 3. a)).¹⁴⁰ Ging es dabei noch um den Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und der Gesellschaftsgläubiger,¹⁴¹ waren 2013 fiskalische Interessen ausschlaggebend, als die Herabsetzung des Stammkapitals durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 nach nicht einmal einem Jahr durch die Gründungsprivilegierung des § 10b GmbHG ersetzt wurde (was im Zuge des GesRÄG 2023 nun wieder rückgängig gemacht wurde, vgl. III. 3. a)).¹⁴² Es ist offensichtlich, dass diese erratische Reformpolitik der Planungssicherheit und dem Standort schadet.

[3] Externe Einflussnahmen kommen naturgemäß in erster Linie von den Interessenvertretungen. Unternehmerseits sind das vor allem die Wirtschaftskammer Österreich und die Industriellenvereinigung, eine freiwillige Interessenvertretung (vor allem) der österreichischen Industrie, die vor allem in Bezug auf das Aktienrecht aktiv ist.¹⁴³ Diese Organisationen geben – wenn auch einseitig – wichtige Impulse aus der Praxis und fördern die Innovation. So verdanken wir etwa die Einführung des PSG maßgeblich dem Drängen derselben.¹⁴⁴ Die Industriellenvereinigung spielte auch eine wichtige Rolle bei der Flexibilisierung der börsfernen („kleinen“) Aktiengesellschaft,¹⁴⁵ wobei weitere Erleichterungen – ebenfalls mit Unterstützung der Industriellenvereinigung – zwar angestoßen¹⁴⁶ und in das aktuelle Regierungsprogramm aufgenommen wurden,¹⁴⁷ infolge der Arbeiten an der Flexiblen Kapitalgesellschaft aber (hoffentlich einstweilig) noch warten müssen (siehe auch noch unter IV. [3]).

¹³⁹ *Kalss/Eckert* (Fn. 110), S. 140.

¹⁴⁰ *Kalss/Eckert* (Fn. 110), S. 140 ff. m. w. N.

¹⁴¹ Die offizielle Begründung der Regierungsvorlage 1924 ist, dass die Mindestbeträge infolge der Geldentwertung den vom Gesetz gewollten Zweck nicht mehr erfüllen (93 BlgNR 2. GP, abgedruckt bei *Kalss/Eckert* (Fn. 110), S. 434).

¹⁴² Siehe oben bei und in Fn. 126 ff.

¹⁴³ <<https://www.iv.at/Die-IV/LS/Organisation/Knotenseite.html>> (19.11.2024).

¹⁴⁴ Als „Vater“ des Privatstiftungsgesetzes 1993 wird Franz Helbich gehandelt – *H. Torggler*, in: König/Wallentin/Wiesner, GS Franz Helbich, 2014, S. 151, 152 – der die Reform 1984 angeregt hatte, was in der Folge von Wirtschaftskammer und Industriellenvereinigung aufgegriffen wurde: *Helbich*, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen: Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 2000, S. 1, 2 f.

¹⁴⁵ *Bieber*, in: FS Weissmann, 2003, S. 17, 31.

¹⁴⁶ *Elsner/Hössl/Torggler*, GesRZ 2017, 78, 84; siehe zuvor bereits *Kalss*, in: *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten zum 16. Österreichischen Juristentag II/1, 2006, S. 51, 61 ff.

¹⁴⁷ Regierungsprogramm 2020–2024, S. 25 – abrufbar unter <<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf>> (19.11.2024).

Als Impulstreiber fungieren zuweilen auch die Interessenvertretungen („Kammern“) der freien Berufe, etwa bezüglich des (schlussendlich nicht beschlossenen) Partnerschaftsgesetz und EGG 1990 (oben III. 2. b)[3]). Standesinteressen können aber umgekehrt auch Reformen behindern. Heiß umstritten war etwa die Einbeziehung der Angehörigen der freien Berufe in das HGB/UGB im Zuge der Handelsrechtsreform,¹⁴⁸ was zu dem merkwürdigen Kompromiss des § 4 Abs. 2 UGB¹⁴⁹ geführt hat. Besonders einflussreich ist infolge der relativ homogenen Interessen der Angehörigen die Notariatskammer, die verständlicherweise Formpflichten wohlwollend gegenübersteht und daher eine einschlägige „Entbürokratisierung“ vor allem des GmbH-Recht verhindert,¹⁵⁰ obwohl die Notariatsaktpflicht bei der Anteilsübertragung unter Lebenden (§ 76 Abs. 2 GmbHG) zwar sicher ihre Vorteile hat,¹⁵¹ aber ein anachronistisches¹⁵² und vor allem ineffizientes Mittel zur Erreichung ihrer Ziele und insbesondere zur Differenzierung von der (börsengängigen) Aktiengesellschaft ist.¹⁵³ Naturgemäß werden auch alle potentiellen Konkurrenzprodukte der GmbH von der Notariatskammer und nahestehenden Wissenschaftlern höchst kritisch gesehen, was wohl mitverantwortlich für das Scheitern von *Societas Privata Europea* (SPE)¹⁵⁴ und *Societas Unius Personae* (SUP)¹⁵⁵ gewesen sein dürfte¹⁵⁶ und die Einführung einer Flexiblen Kapitalgesellschaft (unten IV. [2]) bis zum allerletzten Moment in die Nähe des Scheiterns gebracht und letztlich zu dem unglücklichen Kompromiss des § 1 Abs. 2 FlexKapGG geführt hat.

Arbeitnehmerinteressen werden vor allem von der Arbeiterkammer (AK) und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB) in das Gesellschaftsrecht ein-

¹⁴⁸ Siehe dazu m. w. N. ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 7.

¹⁴⁹ § 4 Abs. 2 UGB lautet: „Angehörige der freien Berufe sind von der Anwendung der folgenden Abschnitte des Ersten Buches ausgenommen. Sie können sich jedoch durch Eintragung in das Firmenbuch freiwillig dem Ersten Buch unterstellen, sofern dem keine berufsrechtlichen Sonderbestimmungen entgegenstehen.“

¹⁵⁰ Vgl. auch *Torggler*, RdW 2021, 459.

¹⁵¹ *Rüffler*, in: *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts, 2022, S. 113, 114 f.; *Rüffler*, GES 2020, 349, 350; vgl. ferner *Rüffler*, Die Presse, 26.1.2021: „Die etablierte GmbH würde zerstört“, abrufbar unter <diepresse.com/5927221> (19.11.2024).

¹⁵² Dasselbe gilt übrigens im digitalen Zeitalter für die gem. § 11 UGB bei Firmenbuchanmeldungen und Musterzeichnungen grundsätzlich (vgl. § 11 Abs. 3 UGB und die vereinfachte Anmeldung gem. § 11 FBG) erforderliche notarielle Beglaubigung (und für die Musterzeichnung schlechthin).

¹⁵³ *Torggler*, RdW 2021, 459; ausf. m. w. N. siehe zuvor bereits *Schauer*, in: *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten zum 16. Österreichischen Juristentag II/1, 2006, S. 729 ff.

¹⁵⁴ Vgl. *Krejci*, *Societas Privata Europaea: zum Kommissionsvorschlag einer Europäischen Privatgesellschaft*, 2008; *ders.*, in: *Bachner/Cierpial/Lemanska/Liebscher*, Aktuelle Entwicklungen im polnischen, deutschen und österreichischen Privatrecht, 2010, S. 59; *ders.*, GES 2013, 429.

¹⁵⁵ Vgl. *Krejci*, GES 2015, 105.

¹⁵⁶ Siehe dazu auch *Straube*, in: *FS Nowotny*, 2015, S. 469, 481 ff.

gebracht, wobei wegen der Arbeitnehmermitbestimmung das Recht des Aufsichtsrats im Fokus steht.¹⁵⁷ Eine Einschränkung der Aufsichtsratspflicht oder -zuständigkeiten, die vor allem bei privaten Kapitalgesellschaften diskutabel wäre, ist – zumindest derzeit – politisch wohl undurchsetzbar. Die Erweiterung der Aufsichtsratspflicht bei der FlexCo gegenüber der GmbH (vgl. § 6 FlexKapGG mit § 29 GmbHG; unten IV.[2]) wird in den Materialien zwar (plausibel) mit der Möglichkeit von *de facto* einflusslosen Unternehmenswertanteilen (§§ 9 ff. FlexKapGG) und (weniger plausibel) mit der Möglichkeit von bedingtem und genehmigtem Kapital begründet,¹⁵⁸ ist zumindest im Ergebnis aber auch Zugeständnis an die Arbeitnehmerverbände (und eine der Notariatskammer sicher nicht unwillkommene *poison pill*).

Insgesamt sind Interessenvertretungen in Österreich daher wichtige Impulsgeber, aber auch politisch einflussreiche Verhinderer zur Durchsetzung von Sonderinteressen. Allerdings ist Lobbying durchaus auch ihre Aufgabe; erst der überragende Einfluss auf die politischen Prozesse macht es so problematisch.¹⁵⁹ Kritisch anzumerken ist auch, dass die Interessenvertretungen ihre eigenen Agenturprobleme haben, was insbesondere die Gefahr erzeugt, dass ihre Tätigkeit durch sachfremde Interessen von Funktionären, Managern als Mitgliedervertretern oder bloßen Teilen des vertretenen Berufsstandes mitbestimmt wird.

[4] Unter den inoffiziellen (Eigen-)Interessenvertretern sticht die Bankenlobby hervor, die zumindest historisch herausragenden Einfluss hatte. Nach *Eduard März* ist Österreichs Wirtschaftsgeschichte „zu einem Gutteil Bankengeschichte“¹⁶⁰.¹⁶¹ Hervorgetan haben sich die Banken besonders als Verhinderer, insbesondere von Aktienrechtnovellen.¹⁶² Ihre lukrative Rolle im Konzessionssystem verhinderte die Einführung eines modernen AktG vor 1939.¹⁶³ Das Aktienregulativ 1899 wurde als Konkordat zwischen den Aufgaben des Staates und den In-

¹⁵⁷ So kamen Anstöße für eine Reform des GmbHG um 1970 u. a. vom österreichischen Arbeiterkammertag, wo die Mitbestimmung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene auch bei der GmbH gefordert wurde. Daneben forderten die Interessenvertretungen der Arbeitnehmerinnen auch die Verstärkung des Gläubigerschutzes, um die Ansprüche der Arbeitnehmer und Konsumenten besser abzusichern, und die Übertragung der aktienrechtlichen Aufsichtsratsbestimmungen auf die GmbH. Diese Bestrebungen führten zur Verabschiedung des ArbVG 1974 (*Kalss/Eckert* (Fn. 110), S. 194 f.).

¹⁵⁸ 276/ME 27. GP Erläut. 3.

¹⁵⁹ *Torggler*, RdW 2021, 1.

¹⁶⁰ *März*, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I. Am Beispiel der k. k. priv. österreichischen Credit-Anstalt für Handel und Gewerbe, 1968, S. 11.

¹⁶¹ Ausf. zur frühen Bankengeschichte *Weigand*, Die österreichische Handelsrechtsgesetzgebung vor den großen Kodifikationen, 1997, S. 39 ff.; auch *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 40 ff.

¹⁶² Bezeichnenderweise wurde der Entwurf eines BankG 1932 wegen des Widerstands nie umgesetzt (*Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 294 f.).

¹⁶³ *Kalss/Burger/Eckert* (Fn. 10), S. 120 f.

teressen der Banken bezeichnet.¹⁶⁴ Bis heute bleiben Banken einflussreich, auch durch ihre Rolle als Finanzierer. In einer Krise geraten Gesellschaften oft in die Abhängigkeiten von Banken, wodurch diese Einfluss gewinnen.¹⁶⁵

Der Raiffeisenverband ist auch *der* maßgebliche Impulsgeber im Genossenschaftsrecht; zum Teil werden sogar Vorwürfe der Auftragsgesetzgebung erhoben.¹⁶⁶ Auch dies hat jahrzehntelange Tradition – so waren schon die politisch gut vernetzten landwirtschaftlichen Genossenschaften „Auftraggeber“ der Genossenschaftsnovellen 1934 und 1936, die den Verbandszwang zur Folge hatten.¹⁶⁷

Im Vereinsrecht wiederum scheiterten Reformvorhaben lange Zeit an dem politischen Einfluss einiger großer und mächtiger Vereine.¹⁶⁸

Insgesamt zeigen sich auch im Gesellschaftsrecht deutliche Manifestationen der Public-Choice-Theorie¹⁶⁹.

[5] Eine eher untergeordnete Rolle spielt die Wissenschaft. Sie beschränkt sich oft auf die Umsetzung politischer Vorgaben durch Mitwirkung an Arbeitsgruppen und bisweilen auch Beisteuerung von Textvorschlägen. Nur in Einzelfällen kann die Wissenschaft auch Impulsgeber sein, wie *Heinz Krejci* gezeigt hat (vgl. oben III. 2. b) [3]) und III. 2. c) [2]). Sonst darf von Wissenschaftlerinnen nicht allzu viel Innovationsfreude erwartet werden. Wer wertvolle Lebenszeit darauf verwendet hat, das geltende Recht zu verstehen und darzustellen, also beträchtliches Humankapital in Wissen und Wissensvorsprung investiert hat, ist vermutlich anfällig für einen gewissen *status quo bias*. Hinzu kommt nicht selten ein *confirmation bias*, der den Meinungsumschwung behindert.

[6] Insgesamt überwiegen im gesellschaftsrechtlichen Reformprozess die Beharrungskräfte. Es entspricht vielleicht überhaupt der österreichischen Mentalität, misstrauisch gegenüber Veränderungen zu sein – „if it aint broken, don't fix it“. Schon *Franz Klein* beklagte, dass ein „neuer Gedanke, der das System unserer über eine bestimmte Frage erworbenen Ansichten und Urtheile aufgeben oder stark ändern heißt, [...] zunächst dem Durchschnittsgeiste unwillkommen“ sei.¹⁷⁰ Auch wegen der beschränkten ministeriellen Ressourcen ist es freilich nicht unklug, Entwicklungen und Erfahrungen in anderen Ländern erst einmal abzuwarten.

¹⁶⁴ *Adler*, ZHR 1920, 178, 181.

¹⁶⁵ So ist z. B. das Sanierungsprivileg des EKEG (§ 13 EKEG) zwar kein „Bankenprivileg“, denn ein sanierungswilliger Dritter kann jeder sein (*Loewit*, ÖBA 2021, 592; auch *Vogt*, in: *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO, 2023, § 13 EKEG Rn. 1), eine gewisse Nähe zu institutionellen Kreditgebern kann man der Regelung aber dennoch unterstellen (vgl. auch *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz: Praxiskommentar zum EKEG samt Nebenbestimmungen in KO und AO, 2003, § 13 EKEG Rn. 1 f.).

¹⁶⁶ Siehe oben bei und in Fn. 138.

¹⁶⁷ *Tomanek*, in: *Dellinger*, GenG, 2014, Vor § 1 Rn. 25.

¹⁶⁸ *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG, 2009, Vor § 1 Rn. 10, 13 f.

¹⁶⁹ Grundlegend *Mueller*, Public Choice, 2003.

¹⁷⁰ *Klein*, Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Österreich, 1891, S. 28.

Hinzu kommt ein hoher Rechtfertigungsbedarf für jede Änderung, was sich insbesondere im *uphill battle* um eine durchgreifende Entstaubung des GmbH-Rechts oder Einführung einer neuen österreichischen Kapitalgesellschaft („Austrian Limited“) gezeigt hat. Gerade in der Wissenschaft dient das geltende Recht als starker Referenzpunkt, was zu erheblichem *anchoring* führt.¹⁷¹ Bei Interessengruppen dient der Verweis auf bestehende Regelungen in Verbindung mit Weltuntergangsszenarien als argumentatives Mittel zur Wahrung von „Besitzständen“. Oft drehte die Reformdiskussion daher einseitig um drohende Verluste an Rechtssicherheit und anderen hehren Werten. Die Effizienzfrage wurde kaum gestellt, geschweige denn fundiert diskutiert. Da leidet schon ein wenig, wer die Hauptaufgabe des Gesellschaftsrechts darin sieht, Transaktionskosten zu senken.¹⁷²

IV. Dritte Strophe: Mutig in die neuen Zeiten, frei und gläubig sieh uns schreiten ...

[1] Ganz im Gegensatz zu den beschriebenen Beharrungstendenzen verkündet die dritte Strophe der österreichischen Bundeshymne Dynamik: „Mutig in die neuen Zeiten/ Frei und gläubig sieh uns schreiten,/ Arbeitsfroh und hoffnungsreich“. ¹⁷³ Betätigungsfelder gäbe es durchaus:

[2] Zunächst besteht bei der GmbH ein gewisser Reformstau. Der am Beginn der Diskussion um die „Austrian Limited“ gemachte Vorschlag, stattdessen einige alte Zöpfe des GmbH-Rechts abzuschneiden,¹⁷⁴ hat sich leider als undurchführbar erwiesen. Unantastbar sind neben Aufsichtsratspflicht und -zuständigkeiten namentlich die Notariatsaktspflicht bei Gründung und (originärem oder derivativem) Anteilserwerb (vgl. dazu auch oben III. 4. [3]). Auch hatte sich die Politik bereits darauf festgelegt, eine *neue* Gesellschaftsform schaffen zu wollen, was man offensichtlich für besser verkäuflich hielt.

Gar so flexibel wie ihr Name verheißt, ist die neue FlexCo allerdings nicht, beruht sie doch im Kern auf dem subsidiär anwendbaren, zum Teil zwingenden GmbH-Recht (§ 1 Abs. 2 FlexKapGG). Immerhin gibt es einige Einschränkungen bei den Formpflichten: Gem. § 12 Abs. 1 FlexKapGG können FlexCo-Anteile unter Lebenden auch in der Form übertragen werden, dass eine Notarin oder eine Rechtsanwältin eine Urkunde darüber errichtet; bei Unternehmenswertanteilen genügt gem. § 9 Abs. 6 FlexKapGG die Schriftform. Das ist ein politischer Kompromiss; unverständlich bleibt, warum man per Handschlag die unbeschränkte Haftung eines OGisten oder Komplementärs auf sich nehmen kann, während man

¹⁷¹ Kahnemann, *Thinking, fast and slow*, 2011, S. 119 ff.

¹⁷² Grundlegend Jensen/Meckling, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305.

¹⁷³ Bundesgesetz über die Bundeshymne der Republik Österreich i. d. F. BGBl I 2011/127.

¹⁷⁴ Torggler, RdW 2021, 1.

bei der GmbH erst einmal ausführlich (und kostspielig) belehrt werden muss.¹⁷⁵ Schwer nachvollziehbar ist z. B. auch, warum erweiterte Möglichkeiten des Erwerbs eigener Anteile sowie genehmigtes und bedingtes Kapital der FlexCo vorbehalten sind (§§ 15 ff. FlexKapGG). Hauptleidtragende ist die GmbH. Sie bietet nun diese und andere Gestaltungsmöglichkeiten nicht, punktet aber im Wettbewerb mit der FlexCo immerhin mit einer weniger strengen Aufsichtsratspflicht und damit Mitbestimmung (§ 6 FlexKapGG; vgl. oben III.4. [3]) – *honnei soit ...!* Hinzu kommt, dass Reformvorschläge für das GmbH-Recht, die dann beiden Gesellschaftsformen zugutegekommen wären (§ 1 Abs. 2 FlexKapGG), etwa eine Abmilderung des hypertrophen Kapitalerhaltungsrechts, auf die lange Bank geschoben wurden.

[3] Das weitere, im Regierungsprogramm enthaltene Reformvorhaben der Flexibilisierung der börsfernen Aktiengesellschaft ist durch das zähe Ringen um die Austrian Limited/FlexCo in den Hintergrund geraten. Stoßrichtung ist der weitgehend zwingende Charakter des Aktienrechts, den schon *Franz Klein* als „schwere Rüstung“ und „an und für sich wenig zur Beweglichkeit des modernen Geschäftsstils passend“ bezeichnet hat.¹⁷⁶ Eine gewisse Rechtfertigung hat er bei börsnotierten Gesellschaften, die aber nur einen verschwindenden Bruchteil ausmachen.¹⁷⁷ Die FlexCo lässt das Bedürfnis nach einer „österreichischen SAS“ u. E. nicht vollständig entfallen, senkt aber *de facto* die Umsetzungschancen. Hinzu kommt, dass Aufsichtsratspflicht und -zuständigkeiten unter dem besonderen Schutz der Arbeiterkammer stehen (vgl. bereits oben III.4. [3]).

[4] Blickt man schließlich auf das Personengesellschaftsrecht, so fällt auf, dass dessen (auch steuerliche) Vorteile ohne unbeschränkte Gesellschafterhaftung nur, aber immerhin, über den Umweg der GmbH & Co. KG erreichbar sind. Preis ist der Rechtsformaufwand von zwei Rechtsträgerinnen für ein Unternehmen. Der Effizienz abträglich ist auch, dass die GmbH Anteilsübertragung eines Notariatsakts bedarf. Die Einheits-GmbH & Co. KG, die dieses Problem lösen könnte, erzeugt andere Schwierigkeiten, insbesondere bei der Geschäftsführerbestellung und -abberufung,¹⁷⁸ und kommt wohl auch deshalb in Österreich nur ganz vereinzelt vor.¹⁷⁹

Da einerseits besondere Missstände bei GmbH & Co. KG nicht beobachtet wurden und andererseits der doppelte Rechtsformaufwand offensichtlich ineffi-

¹⁷⁵ *Torggler*, RdW 2021, 459.

¹⁷⁶ *Klein*, (Fn. 136), S. 193.

¹⁷⁷ *Elsner/Hössl/Torggler*, GesRZ 2017, 78, 78 f.

¹⁷⁸ Vgl. zum zwingenden Charakter des § 15 Abs. 1 GmbHG OGH – 6 Ob 183/18g, RdW 2019, 464 = GesRZ 2019, 272 (*Kalss*) = GES 2019, 246 (*Birnbauer*) = EvBl 2019, 974 (*Leonhartsberger*) = ecolex 2019, 958 (*Engin-Deniz*) = GES 2021, 227 (*Rüffler*).

¹⁷⁹ Siehe immerhin OGH – 6 Ob 185/13v, RWZ 2014, 327 (*Wenger*) = GesRZ 2015, 52 (*Reich-Rohrwig/Zimmermann*) = ecolex 2015, 211 (*Kocab/Grund*) = wbl 2015/75 (*Auer*).

zient ist, wurde – wie bereits zuvor in Deutschland und der Schweiz¹⁸⁰ die Schaffung einer KG mbH vorgeschlagen.¹⁸¹ Die (überschaubare) Resonanz ist überwiegend positiv. *Harrer* dürfte allerdings den doppelten Rechtsformaufwand bei der GmbH & Co. KG für eine gerechte Strafe halten¹⁸² und *Nicolussi* glaubt, dass die kautelarjuristischen Pirouetten, die die GmbH & Co. KG notwendig macht, erwünschte Innovationsfreude erzeugen.¹⁸³ Beide Einwände sind u.E. mit dem Postulat eines transaktionskostenminimierenden Gesellschaftsrechts unvereinbar. Wie dem auch sei: Ohne Lobby sind die Umsetzungschancen des Vorschlags gering.¹⁸⁴

V. Schluss

Die Entwicklung des österreichischen Gesellschaftsrechts hat nach Fundamentlegung und Instandhaltung im 21. Jahrhundert endlich wieder Fahrt aufgenommen, wenn auch nur mit halber Kraft. Doch „Das ist der Fluch von unserm edlen Haus: Auf halben Weg und halber Tat/Mit halben Mitteln zauderhaft zu streben.“¹⁸⁵

¹⁸⁰ Z. B. *Röder*, ZHR 184 (2020), 457; *Henssler*, in: FS K. Schmidt, Bd. I, 2019, S. 449; *Otte-Gräbener*, in: FS Seibert, 2019, S. 613; *Jacobsen*, DSStR 2020, 1259; *Böckli*, in: FS Nobel, 2005, S. 17; *Herren-Senn*, SZW 2008, 269.

¹⁸¹ *Schütt/Torggler*, RdW 2021, 164; *Torggler*, in: Kalss/Torggler, Reform des Gesellschaftsrechts, 2022, S. 49.

¹⁸² *Harrer*, NZ 2021, 531, 532.

¹⁸³ *Nicolussi*, GesRZ 2022, 338, 338.

¹⁸⁴ Vgl. für Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1512, wonach diese und weitere Vorschläge „aus rechtspolitischen Opportunitätsabwägungen mit Stillschweigen abgewiesen“ wurden.

¹⁸⁵ *Grillparzer*, Ein Bruderzwist in Habsburg, 1848, Zweiter Aufzug.

Rechtsformen in der Schweiz

Übersicht und Abgrenzungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspersönlichkeit

Tizian Troxler

I.	Einleitung	30
II.	Panorama der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen	30
	1. Vorbemerkungen	30
	2. Steckbriefe der Rechtsformen	31
	a) Verein	31
	b) Stiftung	32
	c) Einfache Gesellschaft	35
	d) Kollektivgesellschaft	39
	e) Kommanditgesellschaft	42
	f) Aktiengesellschaft	44
	g) Kommanditaktiengesellschaft	50
	h) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	53
	i) Genossenschaft	59
	j) Investmentgesellschaft mit variablem Kapital	68
	k) Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen	72
	3. Neue und wiederentdeckte Rechtsformen	75
	4. Reformbedarf	76
	5. Erweiterungsbedarf	78
	a) Problemerkfassung	78
	b) Die Rolle des zwingenden Rechts	81
	c) Die „optimale“ Zahl der zur Verfügung stehenden Rechtsformen	84
III.	Ausgewählte Fragen zur Abgrenzung der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen	86
	1. Vorbemerkungen	86
	2. Abgrenzungen der Rechtsformen gegen außen	89
	a) Abgrenzungen durch die Definition der Anstalt	89
	b) Abgrenzungen durch die Definition der Gesellschaft	90
	c) Abgrenzung durch die Eintragung im Handelsregister	95
	d) Abgrenzung durch den <i>numerus clausus</i> der Rechtsformen	96
	3. Abgrenzungen der Rechtsformen gegen innen	98
	a) Abgrenzung durch die Rechtspersönlichkeit	98
	b) Abgrenzung durch Zweck, Mittel und Tätigkeit	138
	c) Abgrenzung durch die Eignung zur externen Eigenkapitalbeschaffung zur Unternehmensfinanzierung	143
IV.	Zusammenfassung	153

I. Einleitung

Im vorliegenden Beitrag werden *ausgewählte* Fragen besprochen, die sich im Zusammenhang mit der Abgrenzung der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen in der Schweiz stellen. Dabei liegt der Fokus bei Aspekten, die für das Verständnis des Systems der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen und deren Einsatzbereiche hilfreich sind.¹

Nach einem Streifzug durch die Rechtsformen, bei dem auch Reform- und Erweiterungsbedürfnisse berücksichtigt werden (II.), wird auf die Abgrenzung der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen gegenüber anderen Rechtsverhältnissen eingegangen, was nachfolgend als *Abgrenzung gegen außen* bezeichnet wird (III.2.). Anschließend werden grundlegende Unterschiede zwischen den Rechtsformen herausgearbeitet, was *Abgrenzung gegen innen* genannt wird (III.3.).²

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Schweiz auch öffentlich-rechtliche Rechtsformen des Bundes oder der Kantone kennt.³ Es existieren zudem im Sinne eines echten Vorbehalts⁴ zugunsten des kantonalen Rechts in der Form von Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften vor allem im land- und forstwirtschaftlichen Bereich privatrechtliche Körperschaften nach kantonalem Recht. Auf diese zusätzlichen Rechtsformen kann im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden.⁵

II. Panorama der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen

1. Vorbemerkungen

Die bundesprivatrechtlichen Rechtsformen sind in der Schweiz im Zivilgesetzbuch⁶, dem Obligationenrecht⁷, das formell betrachtet den fünften Teil des ZGB mit eigenständiger Nummerierung bildet, sowie im Kollektivanlagengesetz⁸ ab-

¹ Für eine einführende und systematische Darstellung der schweizerischen Rechtsformen sei insbesondere verweisen auf *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023; *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2021; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021; *Chaudet et al.*, Droit suisse des affaires, 4. Aufl. 2023; *Montavon et al.*, Abrégé de droit commercial, 6. Aufl. 2017 und auf *Ruedin*, Droit des sociétés, 2. Aufl. 2007 sowie für eine übersichtliche Kurzdarstellung auf *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader*, Gesellschaftsrecht, in a nutshell, 4. Aufl. 2022.

² Teile dieses Beitrags, insbesondere III.3.a), wurden in SZW/RSDA5/2024, 542 ff. in einer leicht angepassten und teilweise ergänzten Form vorab veröffentlicht. Darauf sei an dieser Stelle ein für alle Mal integral verwiesen.

³ Vgl. hierzu etwa *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 1633 ff.

⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 1 ZGB und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 21 N 9.

⁵ Vgl. hierzu Art. 59 ZGB und Art. 829 OR sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 21.

⁶ ZGB, SR 210.

⁷ OR, SR 220.

⁸ KAG, SR 951.31.

schließend geregelt. Insgesamt existieren in der Schweiz die nachfolgend in der gesetzlichen Reihenfolge dargestellten elf bundesprivatrechtlichen Rechtsformen als *numerus clausus*.⁹

Das ZGB enthält zudem einen allgemeinen Teil zu den juristischen Personen. Letztere sind konzeptionell an die natürlichen Personen angelehnt, was sich insbesondere an den Definitionen der Rechtsfähigkeit¹⁰ und der Handlungsfähigkeit¹¹ der juristischen Personen zeigt. Bezeichnend ist auch, dass in der Schweiz die Organe einer juristischen Personen im Sinne der Realitätstheorie nicht als deren Vertreter, sondern als Bestandteil der juristischen Person betrachtet werden.¹² Handlungen der Organe im Rahmen der organschaftlichen Pflichten sind deswegen unmittelbare Handlungen der juristischen Person selbst.¹³ Dementsprechend können Organe die juristischen Personen sowohl durch rechtsgeschäftliches als auch durch sonstiges Verhalten verpflichten.¹⁴ Juristische Personen sind daher im schweizerischen Recht neben den handelnden Organen deliktstfähig.¹⁵

2. Steckbriefe der Rechtsformen

a) Verein

„[...] Der Verein ist eine personenbezogene Körperschaft, zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke, die ein kaufmännisches Unternehmen betreiben kann und für deren Verbindlichkeit vorbehaltlich einer anderen statutarischen Ordnung ausschließlich das Körperschaftsvermögen haftet [...]“.¹⁶

Der Verein stellt für das kulturelle Leben in der Schweiz die mit Abstand wichtigste Rechtsform dar.¹⁷ Das liegt vor allem daran, dass Vereine zu „[...] politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder anderen nicht wirtschaftlichen Aufgaben [...]“ ohne behördliche Mitwirkung und ohne Eintragung im Handelsregister¹⁸ die Persönlichkeit mit gleichzeitiger Haftungsbegrenzung der Mitglieder¹⁹ erlangen, „[...] sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen [...]“, aus den in Schriftform zu errichtenden Vereinsstatuten ersichtlich ist.²⁰ Letztere müssen lediglich über den Vereinszweck sowie über

⁹ Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 2 f.

¹⁰ Art. 53 ZGB.

¹¹ Art. 54 ZGB.

¹² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 19, 24 ff., 31 ff.

¹³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 31 ff.

¹⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 31.

¹⁵ Art. 55 Abs. 2 und 3 ZGB. Zur Strafbarkeit juristischer Personen vgl. Art. 102 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0).

¹⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 5.

¹⁷ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 105 ff.

¹⁸ Vgl. zu den als Ausnahme vom Grundsatz bestehenden Eintragungspflichten Art. 61 ZGB. Die Ausnahme geht auf die bereits vor Einführung des ZGB existierende Praxis in der Ost- und Zentralschweiz zurück (vgl. BBl 1904 IV, S. 19).

¹⁹ Art. 75a ZGB.

²⁰ Art. 60 Abs. 1 und 2 ZGB.

die Vereinsmittel und -organisation Aufschluss geben.²¹ Die Gründung einer juristischen Person als Organisationsträger kann somit rein privatautonom unter einfachsten formellen und materiellen Voraussetzungen erfolgen.²²

Für die Beliebtheit und große Verbreitung des Vereins als Rechtsform dürfte zudem auch dessen außerordentlich großen Gestaltungsfreiheiten ursächlich sein.²³ So sind die meisten im Gesetz enthaltenen Bestimmungen dispositiv.²⁴ Keine andere bundesprivatrechtliche Körperschaft bietet mehr privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten. Nach *Meier-Hayoz/Forstmoser* wollte der „[...] Gesetzgeber [...] damit die unzähligen, oft nur losen Verbindungen zu nichtwirtschaftlichen Zwecken möglichst wenig einschränken [...]“.²⁵ Das gilt insbesondere für die Gestaltung der mitgliedschaftsrechtlichen bzw. innergesellschaftlichen Verhältnisse, bei der selbst erhebliche Abweichungen von der nach dispositivem Recht demokratischen Grundstruktur des Vereins zulässig sind.²⁶

Die gesetzlich zwingenden Vorschriften beziehen sich denn auch entweder auf die Entstehung des Vereins,²⁷ die allfällig bestehende Pflicht zur Eintragung im Handelsregister²⁸ und zur Führung eines Mitgliederverzeichnisses²⁹ oder aber sie umfassen Schutzvorschriften zugunsten des Vereins oder Dritter. Vereinzelt bestehen zudem zwingende Individualschutzrechte im Interesse der Mitglieder.³⁰

Die mit der liberalen Regelung verbundenen Nachteile im Verkehrsschutz werden einerseits durch die Unzulässigkeit der Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks mit dem Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens³¹ und durch die in den letzten Jahren eingeführten rechtsformübergreifenden Regelungen der Rechnungslegung und Revisionspflicht entschärft.³²

b) Stiftung

„[...] Unter einer Stiftung im Sinne von ZGB 80 ff. versteht man ein Vermögen, das von einer Person oder mehreren Personen zu einem von ihr bzw. ihnen festgesetzten Zweck in der Weise verselbständigt wird, dass das Vermögen aus dem Rechtskreis des Stifters ausgeschieden und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet wird [...]“.³³

²¹ Art. 60 Abs. 1 ZGB.

²² Siehe zu den Gründungsmodalitäten auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 94 ff.

²³ Vgl. hierzu Art. 63 ZGB sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 34 ff.

²⁴ Vgl. Art. 63 OR.

²⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 34 f. m. w. H.

²⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 37 f.

²⁷ Art. 60 ZGB.

²⁸ Art. 61 ZGB.

²⁹ Art. 61a ZGB.

³⁰ Vgl. zu den zwingenden Vorschriften etwa Art. 64 Abs. 3, Art. 65 Abs. 3, Art. 69a ff., Art. 70 Abs. 2, Art. 71, Art. 75, Art. 75a; Art. 77 ff. ZGB.

³¹ *Jung*, in: Handschin, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. 2016, vor Art. 620–625 OR, N 168; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 29 ff. und § 20 N 25 ff.

³² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 20 N 36.

³³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 80.

Bei den Stiftungen handelt es sich um die einzigen bundesprivatrechtlich geregelten Anstalten.³⁴ Sie stellen verselbständigte Vermögen dar, die einem besonderen Zweck gewidmet sind und die über eine eigene Rechtspersönlichkeit und Organe, nicht aber über Mitglieder verfügen.³⁵ Sie werden durch die Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck in einer öffentlichen Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen errichtet und sind im Handelsregister einzutragen.³⁶

Der Zweck und die Organisation der Stiftung sind im Grundsatz unveränderlich³⁷ und die Stiftungsorgane sind verpflichtet, den in der Stiftungsurkunde festgehaltenen Willen des Stifters mit dem gestifteten Vermögen umzusetzen. So sind Änderungen in der Organisationsstruktur nur auf Antrag der Aufsichtsbehörde und nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans durch die zuständige Behörde möglich, „[...] wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung dringend erfordert [...]“.³⁸ Und Zweckanpassungen dürfen nur auf Antrag der Aufsichtsbehörde durch die zuständige Behörde vorgenommen werden, „[...] wenn deren ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist [...]“.³⁹ Nur unter diesen restriktiven Voraussetzungen können auch „[...] Auflagen oder Bedingungen, die den Stiftungszweck beeinträchtigen, aufgehoben oder abgeändert werden [...]“.⁴⁰ Eine gewisse Flexibilität beim Zweck und der Organisation kann allerdings durch eine breite Zwecksetzung, „kaskadenartig“ festgelegte Zwecke oder auch in den gesetzlichen Grenzen durch Änderungsvorbehalte im Errichtungsakt erreicht werden.⁴¹ Die Organisation muss zudem nicht zwingend in der Stiftungsurkunde festgelegt werden, welche im Grundsatz unabänderlich ist, sondern kann auch in einem anpassbaren Reglement normiert werden.⁴²

Für die Organisation und die Art der Verwaltung besteht gleich wie bei der Festlegung des Stiftungszwecks eine große Gestaltungsfreiheit des Stifters. Die Stiftung muss allerdings grundsätzlich über eine Revisionsstelle verfügen.⁴³ Da die Stiftung über keine Mitglieder verfügt, welche die ordnungsgemäße Ausführung überwachen und bei Bedarf korrigierend intervenieren könnten, unterstehen die Stiftungen bzw. die für die Stiftung als Organe handelnden Personen grund-

³⁴ *Weber*, in: Tercier, Einleitung und Personenrecht, SPR II/4, 1998, S. 82.

³⁵ Art. 52 Abs. 1 ZGB; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 77, 80.

³⁶ Art. 80 i. V.m. Art. 81 ZGB. Die Ausnahmen für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen sind seit dem 1.1.2016 weggefallen (*Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 10, 12). Vgl. noch zum alten Recht *Weber* (Fn. 34), S. 95.

³⁷ Siehe hierzu Art. 85 ff. ZGB und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 77, 81.

³⁸ Art. 85 ZGB.

³⁹ Art. 86 Abs. 1 ZGB.

⁴⁰ Art. 86 Abs. 1 ZGB.

⁴¹ Art. 86a ZGB; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 10, 18.

⁴² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 83.

⁴³ Vgl. Art. 83b und 87 ZGB.

sätzlich der öffentlich-rechtlichen Aufsicht das jeweils zuständigen Gemeinwesens.⁴⁴

Unterformen der Stiftungen bilden die Familienstiftungen⁴⁵, die kirchlichen Stiftungen⁴⁶, die Personalfürsorgestiftungen⁴⁷ sowie die Anlagestiftungen⁴⁸, für die jeweils Sondervorschriften bestehen. So sind die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen unter Vorbehalt des öffentlichen Rechts nicht der Aufsichtsbehörde für Stiftungen⁴⁹ unterstellt und von der Revisionspflicht befreit.⁵⁰ Auf die Personalfürsorgestiftungen und die Anlagestiftungen kommen je nach Ausgestaltung neben den Regelungen des ZGB arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen einschließlich Sonderregelungen bei der Aufsicht zur Anwendung.⁵¹

Familienstiftungen dürfen nur zur „[...] Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken [...]“ errichtet werden.⁵² Familienfideikomisse sind nicht mehr zulässig.⁵³ Dementsprechend sind auch „[...] voraussetzungslose Zahlungen zur Finanzierung des allgemeinen Lebensunterhalts [...], oder eine Regelung, bei der sich der Stifter die gleiche Verfügungsfreiheit über das Stiftungsvermögen wie über seine eigenen Mittel vorbehält [...]“ nach geltendem Recht unzulässig.⁵⁴

Die kirchlichen Stiftungen weisen eine organisatorische Verbindung zu einer Religionsgemeinschaft auf und erfüllen einen kirchlichen Zweck, der u. a. in der Förderung der religiösen Lehre oder der Missionstätigkeit bestehen kann. Nicht als Stiftungszweck einer kirchlichen Stiftung anerkannt werden dementsprechend rein karitative Zielsetzungen und Tätigkeiten. Kirchliche Stiftungen unterstehen nicht der staatlichen, sondern der kirchlichen Aufsicht.⁵⁵

Personalfürsorge- bzw. Personalvorsorgestiftungen bezwecken die Versicherung der Arbeitnehmenden gegen die Risiken Alter, Tod und Invalidität. Bei den Anlagestiftungen handelt es sich demgegenüber um vom KAG ausgenommene kollek-

⁴⁴ Art. 84 Abs. 1 ZGB.

⁴⁵ Art. 335 i. V.m. Art. 80 ff. i. V.m. Art. 87 ZGB.

⁴⁶ Art. 80 ff. i. V.m. Art. 87 ZGB.

⁴⁷ Art. 89a ZGB.

⁴⁸ Art. 53g ff. Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40).

⁴⁹ Art. 84, Art. 87 Abs. 1 ZGB. Vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 10.

⁵⁰ Art. 83b Abs. 1, 87 Abs. 1bis ZGB.

⁵¹ Vgl. im Einzelnen die detaillierten Verweisungen in Art. 89a ZGB sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 13.

⁵² Art. 335 Abs. 1 ZGB.

⁵³ Art. 335 Abs. 2 ZGB.

⁵⁴ Art. 335 ZGB; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 10 m. w. H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Kritisch zu dieser Zweckeinschränkung insbesondere im Hinblick auf die derzeit gescheiterte Einführung des Trusts in der Schweiz *Opel/Oesterheld*, Der Schweizerische Trust wird scheitern, die Alternative heisst Familienstiftung, NZZ vom 6.7.2022.

⁵⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 12.

tive Kapitalanlagen, die der Verwaltung von Vorsorgevermögen dienen.⁵⁶ Sie legen dementsprechend die Gelder anderer beruflicher Vorsorgeeinrichtungen an.⁵⁷

Die Stiftung wird in der Schweiz sodann auch als Unternehmensträgerin eingesetzt. Die sogenannte Unternehmens- oder auch Unternehmungsstiftung ist eine gesetzlich nicht gesondert geregelte „[...] Stiftung, die eine wesentliche unternehmerische Tätigkeit entfaltet oder eine massgebende Beteiligung an einem oder mehreren Unternehmen hält [...]“.⁵⁸ Es handelt sich somit neben den Dachstiftungen, Bankenstiftungen, Verbraucherstiftungen und anderen Stiftungstypen um einen von der Praxis entwickelten besonderen Typus der Stiftung.⁵⁹

c) Einfache Gesellschaft

„[...] Die einfache Gesellschaft ist eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft, die – ohne ein kaufmännisches Unternehmen betreiben zu dürfen – wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgt und deren Teilhaber mit ihrem ganzen Vermögen primär, unbeschränkt und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften [...]“.⁶⁰

Die einfache Gesellschaft ist als Grund- und Auffanggesellschaft konzipiert.⁶¹ Die Vorschriften der einfachen Gesellschaft kommen dementsprechend dann zur Anwendung, wenn eine Gesellschaft nach Art. 530 Abs. 1 OR⁶² vorliegt und „[...] nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen [...]“.⁶³ Das Recht der einfachen Gesellschaft kommt aber auch bei den Personenhandelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen subsidiär und ergänzend zur Anwendung, sofern die spezialgesetzlichen Regelungen oder die Gesellschaftsverträge nichts Abweichendes enthalten.⁶⁴ Aufgrund des breiten Einsatzbereichs der einfachen Gesellschaft ist ihre rechtliche Ordnung nicht auf ein bestimmtes Leitbild ausgerichtet, sondern neutral gestaltet.⁶⁵

Bei der einfachen Gesellschaft handelt es sich um eine auf vertraglicher Grundlage beruhende Rechtsgemeinschaft und somit im Kern um besonderes Vertragsverhältnis,⁶⁶ das sich von den übrigen im OR geregelten Verträgen hauptsächlich

⁵⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. a KAG.

⁵⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 13 f.

⁵⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 8; *von Steiger*, in: *von Steiger, Handelsrecht*, SPR VIII/1, 1976, S. 239. Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Bühler* (S. 245) in diesem Tagungsband.

⁵⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 16 f.

⁶⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 6.

⁶¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 6 f.; *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 610.

⁶² Vgl. hierzu nachfolgend unter III. 2. b).

⁶³ Art. 530 Abs. 2 OR. Vgl. *von Steiger* (Fn. 58), S. 211–313, 231 f.

⁶⁴ *von Steiger* (Fn. 58), S. 324, 335 f. Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 10 sowie nachfolgend unter II. 2. d), e) und i).

⁶⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 7 f.

⁶⁶ *von Steiger* (Fn. 58), S. 324; *Fellmann/Müller*, *Berner Kommentar*, 2006, vor Art. 530–551 OR, N 143 sprechen von der „[...] Gesellschaft als eines Schuldverhältnisses der Gesellschafter untereinander [...]“.

durch die *gemeinsame Zweckverfolgung mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln* unterscheidet.⁶⁷ Dementsprechend kann die einfache Gesellschaft zwar eine organisierte Struktur aufweisen; für ihre Entstehung ist das aber nicht erforderlich.⁶⁸ Die Charakterisierung der einfachen Gesellschaft als ein dergestalt besonderes Vertragsverhältnis bringt auch die Gesetzssystematik zum Ausdruck. So ist das Recht der einfachen Gesellschaft in der zweiten Abteilung des Obligationenrechts eingeordnet und gehört somit zu den einzelnen Vertragsverhältnissen und nicht zu den Handelsgesellschaften und Genossenschaften.⁶⁹

Der im Kern rein vertraglichen Verbindung der Gesellschafter entspricht es auch, dass diese nur nach stellvertretungsrechtlichen Grundsätzen gegenüber Dritten verpflichtet werden können.⁷⁰ Eine Haftung der „Gesellschaft“ bzw. der Personenmehrheit für das deliktische Handeln der anderen Gesellschafter ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 50 f. OR möglich.⁷¹ Im Verhältnis zu Dritten existiert somit keine Gesellschaft als eigenständiges und verkehrsfähiges Rechtssubjekt, sondern nur eine Vielzahl von Einzelpersonen, welche sich nur nach den allgemeinen stellvertretungsrechtlichen⁷² Regeln gemeinschaftlich als Personengesamtheit gegenüber Dritten verpflichten können.⁷³

Trotz dieser Einordnung und Qualifikation der einfachen Gesellschaft enthält das Gesetz freilich Vorschriften, welche Transaktionen mit einfachen Gesellschaften bzw. mit der vertraglich verbundenen Personenmehrheit erleichtern und dergestalt zu einer beschränkten Verselbständigung der Gesellschaft im Außenverhältnis führen.⁷⁴ So stipuliert Art. 543 Abs. 3 OR, dass „[...] eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, [...] vermutet [wird], sobald ihm die Geschäfts-

⁶⁷ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 23 ff. sowie nachfolgend unter III.2.b)(4).

⁶⁸ *Druey/Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 39–52, N 5 ff.

⁶⁹ Vgl. hierzu die Überschrift vor Art. 184 OR.

⁷⁰ *Druey/Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 53–70, N 43; *Vonzun*, in: *FS Handschin*, 2020, S. 751, 753 Vgl. hierzu Art. 543 OR und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 82 ff. m. H. auf die neuere Lehre, wonach das Stellvertretungsrecht nur analog und nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt.

⁷¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 93; *von Steiger* (Fn. 58), S. 383.

⁷² Möglich sind die Bestellung von Vertretern nach der gewöhnlichen (bürgerlichen) Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) und die nichtkaufmännische Prokura (Art. 458 Abs. 3 OR). Die kaufmännische Prokura (Art. 458 Abs. 1 und 2 OR), die anderen Handlungsvollmachten (Art. 462 OR) und die Regelungen für Handelsreisende (Art. 348b OR) setzen demgegenüber (nach dem Gesetzeswortlaut) den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes des Geschäftsherrn voraus, das mit der einfachen Gesellschaft nach h. M. nicht betrieben werden darf (vgl. dazu auch III.3.b)(2)). Eine Besonderheit bei der Vertretung der einfachen Gesellschaft durch einen Gesellschafter besteht allerdings darin, dass der Vertreter als Mitglied der einfachen Gesellschaft mitverpflichtet wird und somit auch für sich selbst handelt.

⁷³ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 17 ff.

⁷⁴ Vgl. *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 17 ff.

führung überlassen ist [...]“.⁷⁵ Art. 544 Abs. 3 OR stellt zudem die Vermutung der Solidarhaftung auf, wenn „[...] die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen [...]“ sind und mit diesem Dritten nichts anderes vereinbart wurde.⁷⁶ Das gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft als Bruchteilsgemeinschaft oder Gesamthand strukturiert ist,⁷⁷ was die Rechtssicherheit erhöht und die Durchsetzung der gegenüber der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter bestehenden Ansprüche erleichtert, wobei die Gesellschafter nicht nur solidarisch, sondern auch primär und unbeschränkt persönlich haften.⁷⁸ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich gutgläubige Dritte zudem auf eine ganze „Anscheinskaskade“ bei der rechtsgeschäftlichen Interaktion mit der einfachen Gesellschaft berufen.⁷⁹

Für die einfache Gesellschaft kennzeichnend sind aber vor allem die Gestaltungsfreiheiten.⁸⁰ Das trifft in erster Linie auf das Innenverhältnis und somit auf die zu leistenden Beiträge, die Gewinn- und Verlustbeteiligung, die Gesellschaftsbeschlüsse, die Geschäftsführung und die Treuepflicht der Gesellschafter zu.⁸¹ Aber auch im Außenverhältnis bestehen praktisch relevante Gestaltungsmöglichkeiten. So kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass Gläubiger eines Gesellschafters mehr als nur dessen Liquidationsanteil zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen können.⁸² Und selbst die für die einfache Gesellschaft charakteristische Solidarhaftung der Gesellschafter kann – wie bereits erwähnt – gegenüber Dritten in einer vertraglichen Vereinbarung zwischen diesen und den Gesellschaftern abbedungen werden.⁸³

Der Auffangcharakter, die weitreichenden Gestaltungsfreiheiten und die fehlende Pflicht zur Eintragung im Handelsregister machen die einfache Gesellschaft zu einer vielfältig einsetzbaren und in der Praxis stark verbreiteten Rechtsform.⁸⁴ Es können mit ihr sowohl nichtwirtschaftliche als auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.⁸⁵ Sie kann als stille Gesellschaft⁸⁶ bzw. als reine Innengesell-

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 84 f.; *von Steiger* (Fn. 58), S. 430 ff.

⁷⁶ *Druey/Druey Just* (Fn. 70), N 54 ff.

⁷⁷ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 20 ff.

⁷⁸ Vgl. zur Haftung *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 9, 90 ff.

⁷⁹ *Druey/Druey Just* (Fn. 70), N 45 ff.

⁸⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 7.

⁸¹ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 43 ff.

⁸² Art. 544 Abs. 2 OR.

⁸³ Art. 544 Abs. 3 OR; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 90; *von Steiger* (Fn. 58), S. 444 f.

⁸⁴ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 12 f., N 23 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 158 ff.

⁸⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 31; *von Steiger* (Fn. 58), S. 334.

⁸⁶ Siehe hierzu auch *Naef*, ZBJV 1960,257–288.

schaft⁸⁷ existieren oder gegen außen im Rechtsverkehr auftreten.⁸⁸ Sie kann eine Gelegenheitsgesellschaft⁸⁹ aber auch eine auf längere Dauer angelegte Struktur sein.⁹⁰ Und durch die fehlenden Publizitätspflichten können Kosten gespart und „[...] unerwünschte Einblicke Dritter vermieden werden [...]“.⁹¹ Als Kehrseite der Gestaltungsfreiheiten bestehen nur wenige Verkehrs-, Dritt-, und Minderheits- bzw. Beteiligenschutzvorschriften.⁹² Die einfache Gesellschaft eignet sich deswegen auch nur bedingt für größere Organisationen, sei dies hinsichtlich der Mitgliederzahlen oder des Umfangs der wirtschaftlichen Tätigkeit.⁹³ Dementsprechend kann die einfache Gesellschaft keine Firma, sondern nur einen Namen haben. Sie darf zudem unter einer gemeinsamen Firma⁹⁴ kein kaufmännisches Unternehmen betreiben.⁹⁵ Die einfache Gesellschaft wird sonst *ipso iure* zur Kollektivgesellschaft.⁹⁶

⁸⁷ Wobei dann gewisse von Praxis und Lehre entwickelte Sonderregelungen zu beachten sind (vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 15). Gegen die Bildung von Sonderregeln für die stille Gesellschaft und die Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 65. Die stille Gesellschaft wird deswegen gelegentlich auch als „[...] besonderer Gesellschaftstypus [...]“ bezeichnet (*von Steiger* (Fn. 58), S. 236, 344). Zur Unterbeteiligung als einfache Gesellschaft vgl. *von Steiger* (Fn. 58), S. 347. Zur Unterscheidung von Innen- und Außengesellschaft auch *Jung*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 1–286, § 3 N 23.

⁸⁸ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 57 ff.

⁸⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 155, § 15 N 25; *von Steiger* (Fn. 58), S. 346 f.

⁹⁰ *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 17; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 149.

⁹¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 160.

⁹² So besteht bspw. ein unentziehbares und unverzichtbares Recht der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter darauf, sich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheit unterrichten zu lassen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen (Art. 541 Abs. 2 OR).

⁹³ So schon *Siegwart*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Obligationenrecht, 1938, Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 1: „[...] Eine starke Mehrheit der Zahl der Beteiligten macht das Institut der einfachen Gesellschaft zur Zweckverfolgung ungeeignet und ruft nach der Bildung einer Körperschaft [...]“.

⁹⁴ Das Gesetz spricht in Art. 552 Abs. 1 OR von „Firma“, was insofern zutrifft, als die einfache Gesellschaft, sobald sie unter einem gemeinsamen Namen ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, zur Kollektivgesellschaft wird, die dann eine „Firma“ und keinen Namen hat. Der spezifische handelsrechtliche Firmenschutz setzt allerdings die Eintragung der Firma im Handelsregister voraus (Art. 956 OR).

⁹⁵ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 14 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 9, 32. Eine in der Praxis tolerierte Ausnahme besteht allerdings dann, wenn an der einfachen Gesellschaft auch oder ausschließlich juristische Personen beteiligt sind. Die Bildung der Kollektivgesellschaft ist dann gesetzlich ausgeschlossen (Art. 552 Abs. 1 OR), weswegen auf das Rechtsverhältnis das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gelangt. In der neueren Lehre wird in solchen Konstellationen auch die analoge Anwendbarkeit des Rechts der Kollektivgesellschaft vertreten (*Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 34 f.; *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 15). Vgl. auch unten unter III.3. b) (2).

⁹⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 33; *von Steiger* (Fn. 58), S. 329.

Für die Entstehung der einfachen Gesellschaft genügt es, wenn die Parteien mit Rechtsbindungswillen⁹⁷ einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln verfolgen wollen.⁹⁸ Ein Bewusstsein der mit der einfachen Gesellschaft verbundenen Rechtsfolgen ist nicht erforderlich, wohl aber die Bereitschaft, „[...] die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten [...]“.⁹⁹

Die einfache Gesellschaft kann folglich ohne behördliche Mitwirkung und ohne ein bestimmtes Gesellschaftsvermögen entstehen.¹⁰⁰ Auch bestehen keine Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag.¹⁰¹ Die einfache Gesellschaft kann daher nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen auch durch konkludentes Handeln der Gesellschafter gegründet werden.¹⁰² In der Praxis treten deswegen auch immer wieder Fälle auf, in denen sich die Parteien erst bei Streitigkeiten der Tatsache bewusst werden, dass sie eine einfache Gesellschaft mit den entsprechenden im Innen- und im Außenverhältnis wirkenden Rechtsfolgen begründet haben, so etwa bei Konkubinen.¹⁰³

d) Kollektivgesellschaft

„[...] Die Kollektivgesellschaft (KIG) 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 [...]“.¹⁰⁴

Bei der Kollektivgesellschaft sind zwei Arten zu unterscheiden: die kaufmännische und die nichtkaufmännische.¹⁰⁵ Bei der *kaufmännischen Kollektivgesellschaft* handelt es sich um eine Gesellschaft im Sinn von Art. 530 Abs. 1 OR, deren Zweck im Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes unter einer gemeinsamen Firma besteht.¹⁰⁶ Die kaufmännische Kollektivgesellschaft entsteht *ipso iure* sobald eine einfache Gesellschaft mit nur natürlichen Personen als Gesellschafter ein kaufmännisches Unternehmen unter einer gemeinsamen Firma¹⁰⁷ betreibt.¹⁰⁸ Sie kann somit, ohne

⁹⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 105.

⁹⁸ Zum Ganzen von Steiger (Fn. 58), S. 354 ff. sowie nachfolgend unter III. 2. b) (4).

⁹⁹ BGer 4A_533/2014 vom 29.4.2015, E. 2.2.3. Vgl. zum Ganzen auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 97 ff.

¹⁰⁰ Vgl. von Steiger (Fn. 58), S. 354 ff., 380.

¹⁰¹ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 7, 99.

¹⁰² Vgl. hierzu Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 11 N 16 und § 12 N 99 f.

¹⁰³ Vgl. hierzu Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 99 und generell zu diesem Nachteil des Systems der freien Gesellschaftsbildung Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 11 N 16.

¹⁰⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 13 N 5.

¹⁰⁵ Druey/Druey Just, in: Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 1), S. 71–81, N 2 ff. und N 8.

¹⁰⁶ Art. 552 Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu oben Fn. 94.

¹⁰⁸ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 13 N 74 f.

dass es den Beteiligten bewusst ist, durch konkludentes Handeln entstehen.¹⁰⁹ Die Eintragung im Handelsregister ist diesfalls zwar zwingend und für den Eintritt der handelsrechtlichen Sonderregelungen erforderlich,¹¹⁰ aber für die Entstehung der Kollektivgesellschaft nur von deklaratorischer Bedeutung.¹¹¹

Die *nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft* ist demgegenüber eine Gesellschaft im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR, die *kein* kaufmännisches Unternehmen betreibt, die aber im Außenverhältnis dennoch unter einer gemeinsamen Firma auftritt. Die Eintragung im Handelsregister ist für ihre Entstehung konstitutiv.¹¹²

Zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft besteht insofern eine strukturelle Verwandtschaft, als die Kollektivgesellschaft in wesentlichen Aspekten auf der einfachen Gesellschaft aufbaut.¹¹³ Das zeigt sich vor allem im Innenverhältnis.¹¹⁴ So kommt auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander zunächst der Gesellschaftsvertrag zur Anwendung. Enthält der Gesellschaftsvertrag aber keine Regelung, gilt das Recht der einfachen Gesellschaft, sofern das Kollektivgesellschaftsrecht nichts Abweichendes bestimmt.¹¹⁵ Die rechtliche Basis des Innenverhältnisses ist demnach das Recht der einfachen Gesellschaft, das aber durch den Gesellschaftsvertrag oder das Recht der Kollektivgesellschaft abgeändert sein kann.¹¹⁶

Trotz dieser inneren Verbindung und den sich daraus ergebenden Gemeinsamkeiten bestehen wesentliche Unterschiede zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft. So ist die Kollektivgesellschaft *zwingend* eine Gesamthandschaft der Gesellschafter,¹¹⁷ während die einfache Gesellschaft auch als Bruchteilsgemeinschaft strukturiert sein kann.¹¹⁸ An der Kollektivgesellschaft dürfen zudem nur natürliche Personen beteiligt sein.¹¹⁹ Vor allem aber tritt die Kollektivgesellschaft im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft im Außenverhältnis

¹⁰⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 74.

¹¹⁰ *Druey/Druey Just.*, (Fn. 105), N 2 ff.

¹¹¹ Art. 552 Abs. 2 i. V. m. Umkehrschluss von Art. 553 OR. Bestimmte rechtliche Folgen (etwa der Firmenschutz nach Art. 956 OR) setzen hingegen die Handelsregistereintragung voraus (vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 79).

¹¹² Art. 553 OR.

¹¹³ Siehe hierzu schon oben unter II.2.c).

¹¹⁴ Siehe hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 45 ff.

¹¹⁵ Art. 557 OR.

¹¹⁶ Vgl. hierzu *Druey/Druey Just.*, (Fn. 105), N 9.

¹¹⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 21.

¹¹⁸ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 20 ff.

¹¹⁹ Art. 552 Abs. 1 OR; *Druey/Druey Just.*, (Fn. 105), N 19. Diese Regelung wurde erst mit der Gesellschaftsrechtsrevision von 1936 eingeführt. Unter dem bis dahin für die Kollektivgesellschaft geltenden OR von 1881 konnten auch juristische Personen Mitglieder der Kollektivgesellschaft sein (vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 13 f.). Die Regelung ist in der Lehre umstritten und deren Abschaffung wurde bereits von der sog. „Groupe de réflexion“ vorgeschlagen (vgl. hierzu *Forstmoser*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 254, 274).

nis als verselbständigtes Subjekt auf.¹²⁰ So kann die Kollektivgesellschaft „[...] unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden [...]“.¹²¹ Damit verbunden sind auch besondere Verkehrsschutzvorschriften, etwa hinsichtlich der Vertretungsbefugnis und der Vertretungsmacht der Gesellschafter.¹²² Auch bildet das Gesellschaftsvermögen, ob schon dieses formaljuristisch den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht,¹²³ ein für die Gesellschaftsgläubiger privilegiertes Haftungssubstrat.¹²⁴

Die Gesellschaft wird zudem nicht nur durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines zur Vertretung befugten Gesellschafters oder Dritten verpflichtet, sondern haftet auch für „[...] den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtung begeht [...]“.¹²⁵ Dadurch nähert sich das Handeln der Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft an das Handeln von Organen einer juristischen Person an.¹²⁶

Die Verselbständigung im Außenverhältnis wirkt sich zudem auch auf das Haftungsregime aus. Die Gesellschafter haften zwar persönlich, unbeschränkt und solidarisch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.¹²⁷ Ein Gesellschafter kann jedoch erst dann für die Gesellschaftsschulden persönlich belangt werden, „[...] wenn er selbst in Konkurs geratet oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist [...]“.¹²⁸

Inwiefern die Verselbständigung im Außenverhältnis auch auf das Innenverhältnis durchschlägt, ob also bspw. ein Gesellschafter, der einen Auslagenersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft hat, gleich wie ein externer Gläubiger die Gesellschaft unter ihrer Firma einklagen kann, oder aber aufgrund des im Innenverhältnisses bestehenden Gesamthandverhältnisses gegen alle Mitgesellschafter klagen muss, kann an dieser Stelle offengelassen werden.¹²⁹

¹²⁰ Vgl. hierzu *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 16 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 17 ff.; *Druey/Druey Just*, (Fn. 105), N 34 ff.

¹²¹ Art. 562 OR.

¹²² Vgl. Art. 563 ff. sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 62 ff.; *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 35 ff.

¹²³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 20.

¹²⁴ Art. 570 Abs. 1 OR. Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 20.

¹²⁵ Art. 567 Abs. 3 OR. Die h. L. geht davon aus, dass dies analog auch für Prokuristen der Gesellschaft gilt (vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 9 N 40 m. H. auf andere Meinungen).

¹²⁶ Vgl. hierzu Art. 55 ZGB.

¹²⁷ Art. 552 Abs. 1 und 568 Abs. 1 OR.

¹²⁸ Art. 568 Abs. 3 OR. Vgl. zu dieser gestuften Haftung insbesondere auch *Vogt*, GesKR 2009, 96 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 36 ff. Siehe im Übrigen zur Verselbständigung des Außenverhältnisses unten unter III.3.a)(3)(d).

¹²⁹ Vgl. zum Durchschlagen der Verselbständigung auf das Innenverhältnis *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 93 ff. (für Zitat) und Art. 552, 553 OR, N 2 m. w. H. auch auf die ältere Rechtsprechung: „[...] Von den innengesellschaftlichen Verhältnissen wird vielfach behauptet, dass sie sich restlos in Beziehungen der Gesellschafter untereinander auflösen, und dass also innerhalb dieser Sphäre nie der einzelne Gesellschafter zur Gesellschaft in Gegensatz

Die Kollektivgesellschaft ist auf die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke ausgerichtet. Zulässig, wenn in der Praxis auch nur selten, sind aber auch ideelle Zwecke.¹³⁰ Die Bestandszahlen und auch die wirtschaftliche Bedeutung der im Handelsregister eingetragenen Kollektivgesellschaft ist im Vergleich zu den Aktiengesellschaften und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gering. Durch die Entstehung der kaufmännischen Kollektivgesellschaft ohne Handelsregistereintrag dürfte ihre Verbreitung und Bedeutung in der Praxis aber größer sein, als die Handelsregistereinträge vermuten lassen. Für die bewusste Verwendung der Kollektivgesellschaft als Rechtsträger dürfte mitunter auch die transparente Besteuerung eine zentrale Rolle spielen.¹³¹

e) Kommanditgesellschaft

„[...] Die Kommanditgesellschaft (KmG) 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 [...] haften neben dem Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft subsidiär, unbeschränkt und solidarisch, ein oder mehrere Gesellschafter [...] haften nur bis zu einem bestimmten Betrag [...]“.¹³²

Die Kommanditgesellschaft ist im Wesentlichen eine Kollektivgesellschaft,¹³³ die wie diese eine kaufmännische oder nicht kaufmännische Gesellschaft sein kann, bei der aber zwingend zwei Kategorien von Mitgliedern existieren: die unbeschränkt haftenden Komplementäre, die nur natürliche Personen sein können, und die nur in der Höhe der Kommanditsumme¹³⁴ haftenden Kommanditäre, die auch juristische Personen oder Rechtsgemeinschaften sein können.¹³⁵ Mit der Bildung unterschiedlicher Mitgliederkategorien, soll die Beteiligung an der Gesellschaft in unterschiedlichen Rollen und Funktionen ermöglicht werden. Die Kom-

trete. Begründet wird dies hauptsächlich damit, dass der Gesellschaft, auch der Kollektiv-Gesellschaft, die juristische Persönlichkeit fehle. [...] Die formaljuristische Erwägung vom Fehlen der juristischen Persönlichkeit ist nicht entscheidend. Es muss vielmehr auch hier von Fall zu Fall untersucht werden, wie weit auch nach Innen die Gesellschaft als eine Einheit behandelt werden kann [...] Die Behandlung der gesellschaftsrechtlichen Ansprüche als solche für oder gegen die Gesellschaft in dem hier geschilderten Umfang darf aber nicht dazu führen, dass die Lage der Gläubiger dadurch benachteiligt oder begünstigt wird. In diesem Sinne bleiben sie eben doch immer ein Innenverhältnis [...]“.

¹³⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 32.

¹³¹ Vgl. hierzu eingehend *Oesterhelt/Schreiber*, Besteuerung von personenbezogenen Unternehmen, SJZ 2023, S. 132 ff.

¹³² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 5.

¹³³ *Druey/Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann*, (Fn. 1), S. 83–89, N 8; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 6.

¹³⁴ Vgl. zur Funktion, der Eintragung im Handelsregister und der Abgrenzung von der Kommanditeinlage *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 38 ff.; *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 34 ff.

¹³⁵ *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 4 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 15 ff. Art. 594 Abs. 1 i. V. m. Art. 601 Abs. 1 i. V. m. Art. 608 Abs. 1 OR.

manditäre nehmen dabei die Rolle der Geldgeber ein, die aber sonst nicht an der Geschäftsführung beteiligt sein wollen und deswegen auch ihr Risiko begrenzen möchten, während die Komplementäre in die Geschäftsführung als Unternehmer eingebunden sind und deswegen auch bereit sind, mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden zu haften.¹³⁶

Die innere Verwandtschaft zur Kollektivgesellschaft ergibt sich auch daraus, dass auf die Verhältnisse der Gesellschafter unter sich, sofern dem Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes zu entnehmen ist, die Vorschriften über die Kollektivgesellschaft zur Anwendung gelangen.¹³⁷ Und auch auf das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten sowie für die Gründung, Auflösung, Liquidation, den Gesellschafterwechsel und Verjährung kommt, sofern keine abweichenden Regelungen bestehen, *im Grundsatz* das Recht der Kollektivgesellschaft zur Anwendung.¹³⁸

Die Unterteilung der Mitglieder in Komplementäre und Kommanditäre wirkt sich nicht nur auf die Haftung aus. Anders als bei der Kollektivgesellschaft kommt nach dispositiven Gesetzesrecht nicht allen Gesellschaftern die Geschäftsführungskompetenz zu, sondern grundsätzlich¹³⁹ nur den Komplementären.¹⁴⁰ Auch das Widerspruchsrecht der Kommanditären und deren Informationsrechte sind gegenüber den Komplementären eingeschränkt.¹⁴¹ Die Gesellschaft kann sodann nur durch die Komplementäre in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Regeln vertreten werden.¹⁴² Und der Tod oder die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft eines Kommanditärs stellt anders als bei den Komplementären keinen Auflösungsgrund dar.¹⁴³ An den Gesellschaftsbeschlüssen nehmen die Kommanditäre aber gleichermaßen wie die Komplementäre teil.¹⁴⁴

Aus Verkehrsschutzgründen verlieren die Kommanditäre die Haftungsprivilegien, wenn sie im Außenverhältnis wie Komplementäre auftreten.¹⁴⁵ Das ist etwa dann der Fall, wenn sie für die Gesellschaft Geschäfte abschließen, ohne dabei ausdrücklich zu erklären, dass sie nur als Prokuristen oder Bevollmächtigte

¹³⁶ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 7, 11, 73.

¹³⁷ Art. 598 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 34.

¹³⁸ Vgl. Art. 603, 604, 613 ff., 619 OR. Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 66 ff.

¹³⁹ Vgl. zu den Ausnahmen Art. 535 i. V.m. Art. 598 i. V.m. Art. 557 Abs. 2 sowie Art. 419 OR und *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 24 für die Möglichkeiten einer abweichenden vertraglichen Gestaltung.

¹⁴⁰ *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 24. Art. 599 f. OR.

¹⁴¹ Art. 600 Abs. 2 OR. *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 25.

¹⁴² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 62: „[...] Kommanditäre können die Gesellschaft nur als Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte oder nach allgemeinem Stellvertretungsrecht vertreten, nicht dagegen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter [...]“. *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 30. Art. 603 OR.

¹⁴³ Art. 619 Abs. 2 OR.

¹⁴⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 56.

¹⁴⁵ *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 31.

handeln.¹⁴⁶ Oder wenn die Gesellschaft vor der Eintragung im Handelsregister im Verkehr aufgetreten ist, sofern die Kommanditäre nicht beweisen können, dass den Dritten die Haftungsbegrenzung bekannt war.¹⁴⁷ Die Beschränkung der Haftung auf die Kommanditsumme gilt zudem nicht, wenn der Kommanditär „[...] selbst oder [...] die Gesellschaft mit seinem Wissen gegenüber Dritten eine höhere Kommanditsumme kundgegeben [...]“ hat.¹⁴⁸

Die Kommanditgesellschaft erweist sich gleich wie die übrigen Personengesellschaften als eine „[...] sehr flexible Gesellschaftsform [...]“,¹⁴⁹ die funktional zwischen der Kollektivgesellschaft und der Aktiengesellschaft angesiedelt ist.¹⁵⁰ Sie ist vor allem bei Familienunternehmen verbreitet, bei denen nicht alle Familienmitglieder als geschäftsführende Gesellschafter unternehmerisch tätig sein wollen, sondern einige primär als Kapitalgeber an der Gesellschaft beteiligt sein möchten.¹⁵¹ Sie entsteht oft im Rahmen sogenannter Konversionen, wenn ein Kollektivgesellschafter stirbt und dessen Erben mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter als Komplementäre die Gesellschaft fortführen wollen, oder wenn eine Kollektivgesellschaft zur Eigenkapitalbeschaffung den Kreis möglicher Investoren bzw. Gesellschafter erweitern möchte.¹⁵² Gleich wie die Kollektivgesellschaft ist sie aber wenig verbreitet und wirtschaftlich im Vergleich zur Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von weit geringerer Bedeutung.

f) Aktiengesellschaft

„[...] Die Aktiengesellschaft (AG) ist eine kapitalbezogene Körperschaft, die in der Regel wirtschaftliche Zwecke verfolgt und ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, für deren Verbindlichkeiten ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen haftet und die ein in bestimmter Höhe festgesetztes, in Teilsommen (Aktien und allenfalls Partizipationsscheine) zerlegtes Grundkapital (Aktienkapital und allenfalls auch Partizipationskapital) aufweist [...]“.¹⁵³

Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine typische Kapitalgesellschaft mit festem Grundkapital.¹⁵⁴ Im Zentrum steht die Rolle der Mitglieder als Eigenkapitalgeber¹⁵⁵ und nicht deren persönliche Eigenschaften.¹⁵⁶ Gesellschafter kön-

¹⁴⁶ Art. 605 OR.

¹⁴⁷ Art. 606 OR.

¹⁴⁸ Art. 608 Abs. 2 OR.

¹⁴⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 74.

¹⁵⁰ *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 9 ff.

¹⁵¹ *Druey/Druey Just* (Fn. 133), N 21.

¹⁵² Vgl. *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 16 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 14 N 70, 75.

¹⁵³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 14. Vgl. zur Begriffsumschreibung auch *Bärtschi*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 379–577, N 1.

¹⁵⁴ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 31 f., 49 ff. Zur Entwicklung des schweizerischen Aktienrechts vgl. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 13 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 16, 31 f.; *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 613.

¹⁵⁶ *Jutzi/Herzog*, in: *Nobel/Müller, Berner Kommentar, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde*, 2023, S. 53–133, N 7, 27; *Kunz*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 289–378, N 33.

nen Aktionäre¹⁵⁷ oder Partizipanten¹⁵⁸ sein, wobei in beiden Fällen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet.¹⁵⁹ Aktionäre und Partizipanten können demnach im Konkurs der Gesellschaft nicht mehr als ihre Einlagen verlieren, sofern sie sich auf die Rolle als Eigenkapitalgeber beschränkt haben,¹⁶⁰ d. h. keine formelle, materielle oder faktische Organstellung einnehmen und nicht durch einen nach außen erweckten Anschein oder aus Rechtsverhältnissen, welche die Aktionärsstellung überlagern, eine weitergehende Haftung für die Gesellschaftsschulden übernommen haben.¹⁶¹ Die Aktiengesellschaft ist zudem im Sinne eines gesetzgeberischen, aber *nicht* durch zwingende Normen verfestigtes Leitbilds auf die Eigenkapitalbeschaffung bei einer großen Anzahl externer Investoren ausgerichtet.¹⁶²

Die Aktiengesellschaft enthält insbesondere Aufgrund der Funktion zur Beschaffung von Eigenkapital bei einer Vielzahl externer Investoren im Vergleich zu den Personengesellschaften weitergehende zwingende (Schutz-)Vorschriften.¹⁶³ Das betrifft unter anderem die Gründungsvorschriften¹⁶⁴ sowie die Kapital-,¹⁶⁵ Gläubiger-,¹⁶⁶ Individual-¹⁶⁷ und Minderheitsschutzrechte.¹⁶⁸ Dennoch ist sie eine flexible Rechtsform mit einem bemerkenswert breiten Anwendungsspektrum.¹⁶⁹ Sie kann für wirtschaftliche, nicht wirtschaftliche und selbst gemeinnützige Zwecke mit oder ohne kaufmännischem Unternehmen eingesetzt werden¹⁷⁰ und von der lokalen Kleingesellschaft ohne Revisionsstelle mit nur einem Aktionär, der zugleich einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer ist (Einpersonen-AG),¹⁷¹ bis hin zur börsenkotierten und global tätigen Großgesellschaft mit mehreren hunderttausend Aktionären und einer modernen Corporate Governance strukturiert sein.¹⁷² Es handelt sich deswegen auch um die nach der Gesellschaft mit be-

¹⁵⁷ Art. 620 Abs. 3 OR.

¹⁵⁸ Art. 656a Abs. 1 und 2 OR.

¹⁵⁹ *Jutzi/Herzog* (Fn. 156), N 20, 22, 24; *Druey/Glanzmann*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 91–105, N 15. Art. 620 OR.

¹⁶⁰ Vgl. *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 613.

¹⁶¹ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 911 ff., 1086.

¹⁶² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 18, 25 f. m. w. H. Vgl. hierzu auch nachfolgend unter III. 3. c).

¹⁶³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 20.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 629 ff. OR.

¹⁶⁵ Vgl. etwa Art. 725a OR.

¹⁶⁶ Vgl. etwa Art. 725, Art. 725b OR.

¹⁶⁷ Vgl. etwa Art. 689 ff., Art. 726a Abs. 4 OR.

¹⁶⁸ Vgl. etwa Art. 697a, Art. 697d, Art. 699b, Art. 704 OR.

¹⁶⁹ Hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 44 N 27, 43 ff., 1085 ff.

¹⁷⁰ *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 13; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 24, 43 ff.

¹⁷¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 37 ff.

¹⁷² Vgl. zu den Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft eingehend *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 119 ff. Vgl. auch *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 46 ff.; *Bärtschi* (Fn. 153), N 4 und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 15 ff., 25 ff.

schränkter Haftung am zweithäufigsten im Handelsregister eingetragenen Rechtsform, der eine enorme wirtschaftliche Bedeutung zukommt.¹⁷³

Dementsprechend bietet das Aktienrecht große Gestaltungsspielräume bei der internen Organisation und der externen Kontrolle. So verfügt sie mit dem Verwaltungsrat im Grundsatz über ein monistisches Leitungsorgan.¹⁷⁴ Es ist aber zulässig, die Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung zu delegieren, sofern dabei dem Verwaltungsrat als Ausfluss des organschaftlichen Paritätsprinzips keine unentziehbaren und nicht delegierbaren Kompetenzen entzogen werden.¹⁷⁵ Damit wird aber zugleich auch verhindert, dass ein dualistisches System nach deutschem Vorbild mit Vorstand und Aufsichtsrat bei der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht in Reinform umgesetzt werden kann.¹⁷⁶ Das Aktienrecht hält zudem eine große Bandbreite von im Grundsatz zulässigen Arten und Durchführungformen von Generalversammlungen bereit. Abhängig von den statutarischen Grundlagen und allfälligen weiteren Voraussetzungen, kann eine Generalversammlung in Präsenz¹⁷⁷, virtuell¹⁷⁸, hybrid¹⁷⁹, an einem oder mehreren Tagungsorten gleichzeitig, im In- und Ausland¹⁸⁰ oder auch auf dem Korrespondenzweg in Papierform oder digital¹⁸¹ durchgeführt werden.¹⁸² Auch der Einsatz elektronischer Hilfsmittel zur Ermittlung der Abstimmungsergebnisse insbesondere an einer Generalversammlung mit Tagungsort ist zulässig.¹⁸³ Untersteht die Gesellschaft nur der eingeschränkten Revisionspflicht,¹⁸⁴ so kann mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf deren Durchführung verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.¹⁸⁵

Und selbst die Kapitalvorschriften erweisen sich als genügend flexibel, um den meisten Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden.¹⁸⁶ So muss das Mindestkapital von 100.000 CHF nur zur Hälfte liberiert sein¹⁸⁷ und es besteht die Mög-

¹⁷³ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 44 N 1085 ff.

¹⁷⁴ Art. 707 ff. OR.

¹⁷⁵ Art. 716a f. OR.

¹⁷⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 728.

¹⁷⁷ Art. 701a f. OR.

¹⁷⁸ Art. 701d i. V.m. Art. 701e ff. OR.

¹⁷⁹ Art. 701c i. V.m. Art. 701e ff. OR.

¹⁸⁰ Art. 701a f. OR.

¹⁸¹ Art. 701 Abs. 3 OR.

¹⁸² Vgl. hierzu *Bärtschi* (Fn. 153), N 249 ff.

¹⁸³ Sog. Televoting. Vgl. hierzu *Forstmoser/Küchler*, Aktienrecht 2020, 2022, Art. 701e OR, N 7.

¹⁸⁴ Art. 727a Abs. 1 i. V.m. Art. 727 OR.

¹⁸⁵ Art. 727a Abs. 2 ff. OR.

¹⁸⁶ Vgl. zum Eigenkapital und den Kapitalschutzvorschriften eingehend *Glanzmann*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 107–138.

¹⁸⁷ Bei der Errichtung der Gesellschaften (Art. 629 OR) muss die Einlage (Art. 633 bis 643a OR) für mindestens 20 Prozent des Nennwertes jeder Aktie (Art. 622 Abs. 4, Art. 624 OR) geleistet werden (Art. 632 Abs. 1 OR). Die Mindesteinlage muss aber jedenfalls 50.000 CHF betragen (Art. 632 Abs. 1 OR) und bei Kapitalveränderungen sowie der Übertragung nicht

lichkeit, das Aktienkapital nicht nur durch die ordentliche Kapitalerhöhung oder -herabsetzung zu verändern,¹⁸⁸ sondern auch ein an Wandel- oder Optionsrechte geknüpft bedingtes Kapital¹⁸⁹ oder ein Kapitalband¹⁹⁰ zu schaffen. Die Aktien können zudem jeden beliebigen Nennwert aufweisen, sofern er größer als null ist.¹⁹¹ Das Aktienkapital kann statt in Schweizerfranken in einer für die Geschäftstätigkeit wesentlichen und vom Bundesrat als zulässig erklärten ausländischen Währung festgelegt werden, wobei diesfalls die Buchführung und die Rechnungslegung in der gleichen Währung zu erfolgen haben.¹⁹² Neben dem Aktienkapital kann sodann ein Partizipationskapital¹⁹³ geschaffen werden. Im Unterschied zu den Aktionären haben die Partizipanten aber kein Stimmrecht und (im Grundsatz) keine damit zusammenhängenden Rechte.¹⁹⁴ Auch die Ausgabe von Genussscheinen¹⁹⁵, unechten Stimmrechtsaktien¹⁹⁶ und Vorzugsaktien¹⁹⁷ ist, wenn auch nicht uneingeschränkt, zulässig und erlaubt dadurch Abweichungen vom kapitalgesellschaftstypischen Proportionalitätsprinzip.¹⁹⁸

Das zwingende Aktienrecht garantiert den Aktionären, dass diese selbst durch einen qualifizierten oder einstimmigen Beschluss der Generalversammlung gesellschaftsrechtlich nicht zu mehr als zur Leistung der bei der Gründung oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung zugesicherten Einlagen verpflichtet werden können.¹⁹⁹ Auch sind sie nach der h. L. weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den anderen Aktionären zur Treue verpflichtet.²⁰⁰ Die Kombination dieser beiden fundamentalen aktienrechtlichen Prinzipien hat insofern den Vorteil, als sie Investoren die Verfolgung rein eigennütziger Ziele unter einem klar abgesteckten Pflichtenexus ermöglicht, was die Kapitalbeschaffung erleichtert.²⁰¹

vollliberierter Aktien gelten Sondervorschriften (vgl. Art. 652c, Art. 685, Art. 653a Abs. 2 und Art. 693 Abs. 2 OR).

¹⁸⁸ Art. 650 ff., Art. 653j ff. OR.

¹⁸⁹ Art. 653 ff. OR.

¹⁹⁰ Art. 653s ff. OR.

¹⁹¹ Art. 622 Abs. 4 OR.

¹⁹² Art. 621 Abs. 2 OR. Vgl. zum Ganzen *Jutzi/Herzog* (Fn. 156), N 28 ff., 74 ff.

¹⁹³ Art. 656a ff. OR.

¹⁹⁴ Art. 656a Abs. 1 i. V. m. Art. 656c Abs. 1 bis 2 OR. Siehe aber Art. 656c Abs. 3 ff. OR für gleichwohl bestehende Mitgliedschaftsrechte der Partizipanten.

¹⁹⁵ Art. 657 OR.

¹⁹⁶ Art. 693 ff. OR.

¹⁹⁷ Art. 654 ff. OR.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 23.

¹⁹⁹ *Druey/Glanzmann*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 185–205, 1 ff. 620 Abs. 2 i. V. m. Art. 680 Abs. 1 OR. Das schließt freilich nicht aus, dass im Einzelnen spezifische gesetzliche Pflichten der Aktionäre, insbesondere bei Aktiengesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, existieren (vgl. bspw. Art. 697j, Art. 697n OR, Art. 120 ff. und Art. 125 ff. Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG; SR 985.1)).

²⁰⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 246. Kritisch *von Steiger* (Fn. 58), S. 296.

²⁰¹ Vgl. zu den weiteren Voraussetzungen der effektiven externen Eigenkapitalbeschaffung nachfolgend III.3.c).

Die fehlende Treuepflicht kann sich aber freilich auch nachteilig auf die Minderheitsaktionäre auswirken, deren Schutz sich für eine effektive Kapitalbeschaffung bei einer großen Anzahl externer Kleininvestoren als nützlich, wenn nicht gar als notwendig erweist.²⁰² Gesetz, Rechtsprechung und Lehre versuchen daher die gerade durch die fehlende Treuepflicht aufbrechenden Defizite beim Minderheitenschutz durch spezifische mitgliedschaftsrechtliche Individual- und Minderheitsrechte, durch die Gebote der Sachlichkeit und der schonenden Rechtausübung²⁰³ sowie der Verpflichtung des Verwaltungsrates, im Interesse der gesamten Gesellschaft zu handeln und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln,²⁰⁴ auszugleichen. Diese Maßnahmen vermögen die negativen Folgen der fehlenden Treuepflicht aber selbstverständlich nicht vollständig zu kompensieren. Vor allem macht sich bei der Ausübung der Individual- und Minderheitsrechte das Problem des kollektiven Handelns²⁰⁵ und bei der prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen vor dem Konkurs der Gesellschaft die Problematik der Klage auf Leistung an die Gesellschaft²⁰⁶ sowie die Prozessrisiken²⁰⁷ neben den strukturell bedingten Informationsdefiziten negativ bemerkbar. Der Schutz von Minderheitsaktionären gilt deswegen und aus anderen Gründen gerade im internationalen Vergleich als ausbaufähig.²⁰⁸

²⁰² Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Individualinteressen der kontrollierenden Aktionäre nicht mit den Interessen der Minderheitsaktionäre kongruent sind, weil sich die kontrollierenden Aktionäre durch „Related Party Transactions“ oder ähnliche Mechanismen zulasten der Gesellschaft und somit auf Kosten der Minderheitsaktionäre Vorteile verschaffen können. Gegen solche Transaktionen besteht zwar insbesondere mit der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) und der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) ein aktienrechtliches Schutzdispositiv. Dieses kann aber bspw. Transaktionen, die zu marktüblichen Bedingungen im Interesse der kontrollierenden Aktionäre erfolgen, die aber für die Gesellschaft nicht optimal sind (bspw. Unternehmenskauf ohne Synergiegewinn), nur bedingt abfangen.

²⁰³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 239 f.

²⁰⁴ Art. 717 OR.

²⁰⁵ *Forstmoser et al.*, REPRAX 2 (2012), 1, 36 m. w. H.

²⁰⁶ Vgl. Art. 678 Abs. 4, 756 Abs. 1 OR.

²⁰⁷ Im Grundsatz gilt, dass die unterliegende Partei die gesamten Prozesskosten (Art. 95 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272)) zu tragen hat (Art. 106 ZPO), die sich im Grundsatz nach dem Streitwert der auf Leistung an die Gesellschaft eingeklagten Forderung bemessen. Die Problematik wird nunmehr allerdings durch Art. 107 Abs. 1 bis ZPO abgeschwächt, der eine andere Kostenverteilung bei Abweisung einer auf Leistung an die Gesellschaft lautenden Klage in das fakultative Ermessen des Gerichtes stellt. Es ist sogar zulässig, der Gesellschaft Kosten aufzuerlegen, selbst wenn sie bei einer Rückerstattungsklage oder einer Verantwortlichkeitsklage nicht selbst Prozesspartei war, der Anspruch aber auf Leistung an sie eingeklagt wurde.

²⁰⁸ Vgl. hierzu etwa World Bank Group, *Doing Business 2022, Economy Profile Switzerland, Comparing Business Regulation in 190 Economies*, abrufbar unter <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/s/switzerland/CHE.pdf>> (25.11.2024). Die Schweiz erreicht in dieser Studie in der Kategorie „protecting minority investors“, welche die Aspekte „minority shareholders’ rights in related-party transactions and in corporate governance“ umfasst, lediglich Platz 105 von 190.

Die Aktiengesellschaft eignet sich sodann auch als Gefäß für Unternehmen *im öffentlichen Interesse* oder für *gemischtwirtschaftliche* Unternehmen.²⁰⁹ So kann einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft statutarisch das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle der Aktiengesellschaft abzuordnen, selbst wenn diese Körperschaft keine Aktionärin der betreffenden Aktiengesellschaft ist.²¹⁰ Die entsprechenden Mitglieder werden also nicht durch die Generalversammlung gewählt, sondern direkt von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestellt. Diese Abordnungsmöglichkeit besteht selbst bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind.²¹¹ Die dergestalt abgeordneten Organmitglieder haben in den entsprechenden Organen die gleichen Rechte und Pflichten²¹² wie die von der Generalversammlung gewählten.²¹³

Die nahezu universelle Einsatzmöglichkeit der Aktiengesellschaft machen Differenzierungen durch Sondervorschriften aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Kriterien erforderlich.²¹⁴ Solche finden sich nicht nur im Obligationenrecht, sondern auch im Kapitalmarktrecht. Das betrifft einerseits Spezialregulierungen für Aktiengesellschaften, deren Aktien,²¹⁵ Partizipationsscheine²¹⁶ oder irgendeine Form von „Beteiligungspapieren“²¹⁷ an einer Börse kotiert sind oder die Anleihenobligationen²¹⁸ ausstehend haben. Vor allem die Spezialvorschriften für Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Aktien haben sich seit der Jahrtausendwende zu einem regelrechten Sonderrecht entwickelt.²¹⁹ Es wurde deswegen auch verschiedentlich angeregt, für solche und generell für große, andererseits aber auch für kleine Aktiengesellschaften, gesonderte Unterformen oder gar gänzlich eigene Rechtsformen zu schaffen.²²⁰ Im Rahmen der letzten Aktienrechtsrevision wurde die Idee allerdings verworfen und am Grundsatz der Einheit des Aktienrechtes mit punktuellen Spezialvorschriften festgehalten.²²¹

²⁰⁹ Jung (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 163 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 51 ff.; Weber, in: Nobel/Müller (Fn. 156), S. 709–718, N 12 ff. und *passim*.

²¹⁰ Art. 762 Abs. 1 OR.

²¹¹ Art. 762 Abs. 5 OR. Vgl. Weber (Fn. 209), N 27.

²¹² Zur Haftung der abberufenden Körperschaft siehe Art. 762 Abs. 4 OR. Vgl. zur Problematik des „doppelten Pflichtenexus“ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 58 f. m. w. H.

²¹³ Art. 762 Abs. 3 OR.

²¹⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 16 N 27 f.

²¹⁵ Art. 623, Art. 626 Abs. 2, Art. 653c Abs. 3 Ziff. 2, Art. 685d ff., Art. 686 Abs. 2 bis, Art. 689 Abs. 2, 689c Abs. 1, Art. 697 Abs. 2, Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1, Art. 697j Abs. 3, Art. 698 Abs. 3, Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1, Art. 699b Abs. 1 Ziff. 1, Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 701b Abs. 2, Art. 702 Abs. 5, Art. 710 Abs. 1, Art. 712 Abs. 1, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 8, Art. 716b Abs. 2, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4, Art. 732 ff. OR. Vgl. hierzu auch Jutzi/Herzog (Fn. 156), N 121 ff.

²¹⁶ Art. 656b Abs. 1 OR.

²¹⁷ Art. 622 Abs. 1 bis und 2 bis, Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4, Art. 958e Abs. 1 Ziff. 2, Art. 962 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

²¹⁸ Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b OR.

²¹⁹ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 10 N 202 ff., § 19 N 192.

²²⁰ Vgl. hierzu Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 16 N 22 m. w. H.

²²¹ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 16 N 28.

Auf Aktiengesellschaften, deren ausschließlicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist, kommen ergänzend die Bestimmungen des Kollektivanlagengesetzes für die Investmentgesellschaften mit festem Kapital zur Anwendung.²²² Zu beachten sind zudem die Differenzierungen nach wirtschaftlichen Größenkriterien im Rechnungslegungs-²²³, Revisions-²²⁴ und Umstrukturierungsrecht²²⁵ und bei den Geschlechterquoten²²⁶ sowie in den Bereichen der nicht finanziellen Berichterstattung²²⁷, den Transparenz- und Sorgfaltspflichten, die im Zusammenhang mit der Rohstoffgewinnung²²⁸ sowie mit Konfliktmineralien und Kinderarbeit²²⁹ zur Anwendung gelangen. Es handelt sich dabei zwar mehrheitlich um rechtsformübergreifende Regulierungen,²³⁰ die aber gerade bei der Aktiengesellschaft aufgrund ihrer breiten Einsatzmöglichkeiten und der großen wirtschaftlichen Bedeutung von besonderer Relevanz sind.

g) Kommanditaktiengesellschaft

„[...] Die Kommanditaktiengesellschaft (KmAG) ist eine Abart der AG mit zwei Gesellschaftergruppen. Komplementäre leiten die Gesellschaft und nehmen eine Stellung ähnlich der von Kollektivgesellschaftern ein, Sie müssen natürliche Personen sein und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft subsidiär unbeschränkt und solidarisch. Durch diese Besonderheit weist die KmAG eine personalistische Komponente auf. Die Rechtsstellung der Kommanditaktionäre entspricht – mit Vorbehalt hinsichtlich der Mitwirkungsrechte – weitgehend derjenigen von Aktionären einer AG [...]“.²³¹

Die Kommanditaktiengesellschaft stellt in mehrfacher Hinsicht eine Besonderheit dar. So handelt es sich *nicht* etwa um eine Kommanditgesellschaft, bei der

²²² Art. 110 ff. KAG. Man könnte an dieser Stelle freilich einwenden, dass die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) nicht nur eine Abwandlung oder Unterform der Aktiengesellschaft, sondern gleich wie die Kommanditaktiengesellschaft eine eigene Rechtsform darstellt. Gleiches gilt in Analogie zum Personengesellschaftsrecht, bei dem die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen trotz der inneren Verbindung nicht als Abwandlungen oder Unterformen der einfachen Gesellschaft, sondern als eigenständige Rechtsformen qualifiziert werden. Gegen die Behandlung der SICAF als eigenständige Rechtsform spricht aber Art. 110 Abs. 1 KAG, der klar festhält, dass die SICAF eine Aktiengesellschaft im Sinne des Obligationenrechts – und somit keine neue Rechtsform – sei. Gl. M. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 125; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 135.

²²³ Art. 957, Art. 961 ff., Art. 963a OR. Vgl. hierzu *Brändli*, in: *Nobel/Müller* (Fn. 156), S. 741–753, N 7 ff.

²²⁴ Art. 727 f. OR.

²²⁵ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 28.

²²⁶ Art. 734f OR.

²²⁷ Art. 964a OR.

²²⁸ Art. 964d OR.

²²⁹ Art. 964j OR.

²³⁰ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 198 ff.

²³¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 4. Vgl. zur Begriffsumschreibung auch *Bärtschi*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 579–586, N 1.

die Anteile der Kommanditäre in Aktien ausgegeben werden, sondern im Kern um eine *modifizierte Aktiengesellschaft* mit einer besonderen Kategorie von Mitgliedern.²³² Sie unterscheidet sich in dieser Hinsicht „[...] von der wesentlich stärker personengesellschaftlich geprägten ‚Kommanditgesellschaft auf Aktien‘ in Deutschland und Frankreich, die eine Mischform darstellt [...]“.²³³

Die „Modifikation“ auf Basis der Aktiengesellschaft ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst: So hält Art. 764 Abs. 2 OR fest, dass auf die Kommanditaktiengesellschaft das Aktienrecht zur Anwendung gelangt, sofern das Gesetz selbst nichts anderes bestimmt. Die Kommanditaktiengesellschaft ist somit im Wesentlichen eine Aktiengesellschaft, die neben den gewöhnlichen Aktionären zwingend über eine weitere Kategorie von Mitgliedern bzw. Aktionären verfügt, die subsidiär, unbeschränkt und persönlich für die Gesellschaftsschulden haften und deren Stellung jener von Kollektivgesellschaftern nachgebildet ist.²³⁴ Sie ist somit eine „rechtliche Chimäre“, die auf dem Fundament der Aktiengesellschaft ruht und die mit Elementen der Kollektivgesellschaft angereichert wurde. Es genügt deswegen für die Entstehung einer Kommanditaktiengesellschaft auch nicht, dass ein Kommanditkapital „[...] in Teile, die lediglich das Mass der Beteiligung mehrerer Kommanditäre regeln [...]“, zerlegt wird. Auf solche Gesellschaften kommt nicht etwa das Recht der Kommanditaktiengesellschaft und der Aktiengesellschaft, sondern ausschließlich das Recht der Kommanditgesellschaft zur Anwendung.²³⁵

Die Kommanditaktiengesellschaft nimmt aber auch insofern ein Sonderstellung im Gefüge der Rechtsformen ein, als nur gerade *acht* existieren, die alle bis auf eine im Kanton Genf und davon alle bis auf eine in der Stadt Genf ihren Sitz haben²³⁶ und dadurch, dass sie ganz überwiegend für Banken verwendet wird.²³⁷ Die geringe Verbreitung dürfte neben den auch bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestehenden Möglichkeiten, die Kapitalbezogenheit mit personalistischen Einschlüssen zu verbinden, nicht zuletzt auf die spärliche gesetzliche Regulierung und die geringe wissenschaftliche Durch-

²³² *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 615, spricht von einer „[...] société mixte [...]“. Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 4 f.; *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 5.

²³³ *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 5.

²³⁴ Art. 764 Abs. 1 OR. *Druey/Glanzmann*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 313–315, N 2 f. Die Regelungen werden allerdings nicht vollständig, sondern nur punktuell übernommen (vgl. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165). Zulässig sind nach der hier vertretenen Auffassung auch Einpersonen-KmAG. Die beiden Mitgliederrollen können somit – bereits bei der Gründung – auf einer *natürlichen* Person vereint werden (gl. M. *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 615; *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 26; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 34 m. w. H. auch auf abweichenden Meinungen).

²³⁵ Art. 764 Abs. 3 OR.

²³⁶ Stand 28.6.2023 gemäß <www.zefix.ch>.

²³⁷ Siehe hierzu die über <www.zefix.ch> unter der Rechtsform Kommanditaktiengesellschaft abrufbaren Handelsregisterauszüge.

dringung der Materie und die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten zurückzuführen sein.²³⁸

Die Kommanditaktiengesellschaft weicht, abgesehen von der Haftung der unbeschränkt haftenden Mitglieder, die zwingend natürliche Personen sein müssen,²³⁹ nur bei der Organisation, der Auflösung und der Kündigungsmöglichkeit in wesentlichen Punkten von der Aktiengesellschaft ab. Das bedeutet insbesondere auch, dass sowohl die beschränkt als auch die unbeschränkt haftenden Mitglieder „[...] nur durch ihre Einlagen auf die Aktien am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind. Eine Beteiligung außerhalb des Aktienkapitals mit Sondereinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter, wie sie etwa das deutsche Recht kennt, ist unzulässig [...]“.²⁴⁰

Bei den von der Aktiengesellschaft abweichenden Vorschriften handelt es sich durchwegs um Bestimmungen, die der besonderen Rolle der unbeschränkt haftenden Mitglieder Rechnung tragen. Das trifft vor allem auf die Mitwirkungsrechte zu: So verfügt die Kommanditaktiengesellschaft nicht über einen von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrat. Stattdessen bilden die in den Statuten namentlich genannten unbeschränkt haftenden Mitglieder von Gesetzes wegen die Verwaltung, der die Geschäftsführung und die Vertretung zukommt.²⁴¹ Es handelt sich somit um eine Art Selbstorganschaft.²⁴²

Die Organisation weicht aber auch insofern von der Aktiengesellschaft ab, als „[...] Beschlüsse der Generalversammlung über Umwandlung des Gesellschaftszweckes, Erweiterung oder Verengung des Geschäftsbereiches und Fortsetzung der Gesellschaft über die in den Statuten bestimmte Zeit hinaus [...] der Zustimmung der Mitglieder der Verwaltung [...]“ bedürfen.²⁴³ Gleiches gilt für den Beschluss der Generalversammlung, die Gesellschaft vor einem in den Statuten festgelegten Termin aufzulösen.²⁴⁴ Auch kann den Mitgliedern der Verwaltung nur nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften die Geschäftsführung und Vertretung aus wichtigen Gründen entzogen werden.²⁴⁵

Mit der gesetzlich geregelten Zusammensetzung der Verwaltung wird den Aktionären die Möglichkeit der Wahl und Abberufung der Mitglieder des obersten Leitungsorgans der Gesellschaft und somit – bis auf die Möglichkeit des Entzugs der Geschäftsführung und Vertretung aus wichtigen Gründen – das wichtigste Instrument genommen, um eine Unternehmensführung in ihrem Interesse sicherzustellen.²⁴⁶ Die Kommanditaktiengesellschaft verfügt deswegen mit der neben der Verwaltung und der Generalversammlung bestehenden Aufsichtsstelle über

²³⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 39.

²³⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 22.

²⁴⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 14.

²⁴¹ *Bärtschi* (Fn. 231), N 8; Art. 765 Abs. 1 OR.

²⁴² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 24.

²⁴³ Art. 766 OR. *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 14.

²⁴⁴ Art. 770 Abs. 2 OR. Vgl. zum Ganzen auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 21.

²⁴⁵ *Bärtschi* (Fn. 231), N 8. Art. 767 Abs. 1 i. V.m. Art. 565 OR.

²⁴⁶ Vgl. hierzu auch unten unter III.3.c)(5).

ein besonderes Organ, um diesen Nachteil zu kompensieren.²⁴⁷ Die Aufsichtsstelle²⁴⁸ entspricht funktional zwar zunächst der Revisionsstelle einer AG.²⁴⁹ Sie wird aber durch die Generalversammlung unter Ausschluss der unbeschränkt haftenden Mitglieder bzw. der Verwaltung gewählt.²⁵⁰ Die Aufsichtsstelle kontrolliert zudem nicht nur die Jahresrechnung, sondern sie überwacht dauernd die Geschäftsführung²⁵¹ und ist berechtigt, im Namen der Gesellschaft gegen die Mitglieder der Verwaltung Verantwortlichkeitsklagen zu erheben.²⁵² Dieses Recht steht ihr bei arglistigem Verhalten von Mitgliedern der Verwaltung selbst bei einem gegenteiligen Beschluss der Generalversammlung zu.²⁵³ Aufgrund dieser Zusatzfunktion, die mit den Unabhängigkeitsvorschriften für Revisionsgesellschaften nicht ohne Weiteres zu vereinbaren sind, werden die Funktionen der Rechnungsprüfung einerseits und der Aufsicht über die Geschäftstätigkeit andererseits in der Praxis vielfach auf zwei Organe aufgeteilt.²⁵⁴

Das persönliche Substrat der Kommanditaktiengesellschaft bildet wie bei den Personengesellschaften die Persönlichkeit der unbeschränkt haftenden Mitglieder. Der Bestand der Kommanditaktiengesellschaft hängt deswegen vom persönlichen Schicksal der unbeschränkt haftenden Gesellschafter ab. Anders als bei der Kollektivgesellschaft führt aber erst das Ausscheiden, der Tod, die Handlungsunfähigkeit oder der Konkurs *sämtlicher* unbeschränkt haftender Gesellschafter zur Beendigung der Gesellschaft.²⁵⁵ Im Übrigen gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaft.²⁵⁶

Die unbeschränkt haftenden Mitglieder können zudem aus der Gesellschaft austreten bzw. ihre Mitgliedschaft kündigen.²⁵⁷ Die Gesellschaft wird diesfalls mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, sofern die Statuten nichts Abweichendes bestimmen.²⁵⁸

h) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

„[...] Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine teils kapitalbezogene, teils personenbezogene Körperschaft, die meist wirtschaftliche Zwecke verfolgt und in der Regel ein

²⁴⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 32; *Druey/Glanzmann* (Fn. 234), N 7 und 12. Die h. L. geht von der Möglichkeit des Opting-out auch hinsichtlich der Überwachung der Geschäftsführung aus (kritisch *Bärtschi* (Fn. 231), N 11).

²⁴⁸ Im OR von 1881 noch als „Aufsichtsrath“ bezeichnet (Art. 676 Ziff. 5 OR 1881).

²⁴⁹ *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 31.

²⁵⁰ Art. 768 Abs. 2 OR.

²⁵¹ Art. 768 Abs. 1 OR.

²⁵² Art. 768 Abs. 1 OR.

²⁵³ Art. 769 Abs. 2 OR. Vgl. auch *Druey/Glanzmann* (Fn. 234), N 7 und 12.

²⁵⁴ *Bärtschi* (Fn. 231), N 11.

²⁵⁵ Art. 770 Abs. 1 OR.

²⁵⁶ Art. 770 Abs. 2 OR.

²⁵⁷ Art. 771 Abs. 1 OR.

²⁵⁸ Art. 771 Abs. 2 OR.

kaufmännisches Unternehmen betreibt, die ein in bestimmter Höhe festgesetztes Stammkapital aufweist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet [...]“.²⁵⁹

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde in der Schweiz erst mit der Revision des Gesellschaftsrechts von 1936 nach deutschem Vorbild als „[...] Reortortenbaby [...]“²⁶⁰ mit „[...] helvetischen Ver(schlimm)besserungen [...]“²⁶¹ eingeführt.²⁶² Sie konnte sich in der Schweiz allerdings erst ab den 1990er Jahren etablieren.²⁶³ Bestandszahlenmäßig hat sie die Aktiengesellschaft nunmehr sogar zurückgelassen und den ersten Platz der im Handelsregister eingetragenen Rechtsformen eingenommen.²⁶⁴ Sie kann, gleich wie die Aktiengesellschaft, für wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Zwecke mit oder ohne kaufmännischem Unternehmen verwendet werden und wird dementsprechend vielfältig eingesetzt.²⁶⁵

Nach der Legaldefinition ist die „[...] Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind [...]“, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.²⁶⁶ Es handelt sich somit ähnlich wie bei der Kommanditgesellschaft und der Kommanditaktiengesellschaft um eine Kreuzung zwischen einer Personen- und einer Kapitalgesellschaft.²⁶⁷ Im Unterschied zur Kommanditgesellschaft und zur Kommanditaktiengesellschaft wird die Verbindung zwischen den Personen- und kapitalgesellschaftsrechtlichen Elementen aber nicht durch unterschiedliche Mitgliederkategorien erzeugt, sondern durch die Vermengung der beiden Aspekte in „[...] einer einzigen Form von Mitgliedschaft [...]“.²⁶⁸

Sie ist eine Kapitalgesellschaft, weil die Stellung als Gesellschafter untrennbar mit der Beteiligung am Stammkapital verbunden ist.²⁶⁹ Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung verfügt zwingend über ein festes Grundkapital, das Stamm-

²⁵⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 7. Vgl. zur Begriffsumschreibung auch *Bärtschi*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 587–616, N 1.

²⁶⁰ *Forstmoser*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 254, 271.

²⁶¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 16: „[...] Das schweizerische GmbH-Recht ist zwar nach deutschem Muster geschaffen worden. Mit schweizerischem Perfektionismus wurde aber da und dort im Sinne eines swiss finish ‚Verbesserungen‘ angebracht, die sich im Nachhinein überwiegend als Missgriffe erwiesen haben [...]“.

²⁶² *Glanzmann*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 317–330, N 4 ff. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 8.

²⁶³ Zu den Gründen vgl. *Forstmoser*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 254, 272 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 18, 169; *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 14.

²⁶⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 170 f.; vgl. *Glanzmann* (Fn. 262), N 9.

²⁶⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 34 ff.

²⁶⁶ Art. 772 Abs. 1 i. V. m. Art. 794 OR.

²⁶⁷ *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 616: „[...] La société à responsabilité limitée est une société mixte, qui combine les caractéristiques de la société en nom collectif et de la société anonyme dans un seul et même statut d’associé [...]“. Vgl. ähnlich auch *von Steiger* (Fn. 58), S. 236.

²⁶⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 9.

²⁶⁹ Art. 772 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 OR. Vgl. für diese Eigenschaft der Kapitalgesellschaft *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 54, 97 und *von Steiger* (Fn. 58), S. 270.

kapital, das in Stammanteile aufgeteilt ist und mindestens 20.000 CHF betragen muss.²⁷⁰ Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter bemessen sich im Grundsatz nach Maßgabe der Kapitalbeteiligung bzw. -einlage.²⁷¹ Besonders deutlich zeigt sich die Kapitalbezogenheit auch bei den wichtigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung. Solche erfordern nicht nur zwei Drittel der vertretenen Stimmen, sondern auch „[...] die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals [...] mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist [...]“²⁷² wodurch gleichzeitig indirekt auch ein „Präsenzquorum des Stammkapitals“ für wichtige Beschlüsse besteht.

Die Personenbezogenheit zeigt sich daran, dass die Rolle der Mitglieder nicht auf deren Kapitaleinlage beschränkt ist. Am deutlichsten kommt dies am dispositiven Prinzip der *gemeinschaftlichen*²⁷³ Selbstorganschaft der Gesellschafter zum Ausdruck,²⁷⁴ die nicht nur die ansonsten körperschaftliche Struktur durchbricht, sondern auch das Haftungsrisiko der Gesellschafter im Vergleich zur Aktiengesellschaft erhöht.²⁷⁵ Wird vom Prinzip der Selbstorganschaft abgewichen und die Geschäftsführung einem oder mehreren Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter sein müssen, übertragen (Drittorganschaft),²⁷⁶ kommen diesen im Grundsatz gesetzlich festgelegte, unentziehbar und undelegierbare Aufgaben zu.²⁷⁷ Im Unterschied zur Aktiengesellschaft können die Statuten aber vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen oder einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können, wobei die Genehmigung keinen Einfluss auf die Haftung der Geschäftsführer hat.²⁷⁸ Die Statuten können zudem vorsehen, dass einzelnen Mitgliedern *ad personam* ein Vetorecht gegen bestimmte, statutarisch zu umschreibende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zusteht.²⁷⁹ Einzelnen Mitgliedern kann somit ungeachtet ihrer Kapitalbeteiligung eine Schlüsselstellung in der Gesellschaft eingeräumt werden.²⁸⁰ Die Personenbezogenheit zeigt sich aber auch an den im Vergleich zur Aktiengesellschaft weiterreichenden Individualrechten der Gesellschafter. So hat jeder Gesellschafter das Recht, von der Geschäftsführung Aus-

²⁷⁰ Art. 773 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 38 ff.

²⁷¹ Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 30, 65.

²⁷² Art. 808b Abs. 1 OR.

²⁷³ Die Geschäftsführungskompetenz steht somit nicht jedem einzelnen Gesellschafter zu, sondern nur allen Gesellschaftern gemeinsam. Im Außenverhältnis gilt dagegen der Grundsatz der Einzelvertretungsbefugnis (Art. 814 Abs. 1 OR). Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 131.

²⁷⁴ *Glanzmann* (Fn. 262), N 39 ff.

²⁷⁵ Art. 809 Abs. 1 OR. Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 31, 33, 58, 130 ff.

²⁷⁶ Art. 809 Abs. 2 ff. OR.

²⁷⁷ Art. 810 Abs. 2 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 129.

²⁷⁸ Art. 810 Abs. 2 i. V. m. Art. 811 OR. Vgl. hierzu *Bärtschi* (Fn. 259), N 58.

²⁷⁹ Art. 807 OR.

²⁸⁰ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 120 ff.

kunft über *alle Angelegenheit der Gesellschaft* zu verlangen.²⁸¹ Und wenn die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat, kann jeder Gesellschafter *uneingeschränkt* in die Geschäftsbücher und Akten Einsicht nehmen.²⁸² Dieses im Vergleich zur Aktiengesellschaft weiterreichende Einsichts- und Auskunftsrecht, das an den Rechten der Mitglieder des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft angelehnt ist,²⁸³ rechtfertigt sich, weil die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft zur Treue und zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet sind.²⁸⁴ Jedem Gesellschafter steht zudem das Recht zu, aus wichtigem Grund auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Austritt aus der Gesellschaft zu klagen.²⁸⁵ Spiegelbildlich steht auch der Gesellschaft das Recht zu, aus wichtigem Grund auf Ausschluss eines Gesellschafters zu klagen.²⁸⁶ Mit den Vorzugs- und Stimmrechtsstammanteilen wird zudem die Möglichkeit geschaffen, um vom kapitalgesellschaftstypischen Proportionalitätsprinzip abzuweichen und personenbezogenen Aspekten Rechnung tragen zu können.²⁸⁷ Auch ist die Schaffung eines Partizipationskapitals ausgeschlossen, da „[...] die rein finanzielle Beteiligung des Partizipanten [...] der personenbezogenen Ausgestaltung der [...]“ Gesellschaft mit beschränkter Haftung widerspräche.²⁸⁸

Aufgrund der kapitalbezogenen Elemente und wegen der zahlreichen gesetzlichen Verweise²⁸⁹ auf das Aktienrecht könnte die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch als „[...] kleine Schwester der [...]“ Aktiengesellschaft betrachtet werden.²⁹⁰

Diese Sichtweise ist zwar in vielerlei Hinsicht zutreffend. Gleichzeitig verstellt sie aber auch der Blick auf wesentliche Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsformen, die sich nicht nur in den oben bereits erwähnten (personenbezogenen) Aspekten zeigen. So ist es im Gegensatz zur Aktiengesellschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich, den Gesellschaftern statutarisch weitergehende Pflichten aufzuerlegen als die bloße Liberierung der übernomme-

²⁸¹ Art. 802 Abs. 1 OR. Vgl. zu den Einschränkungsmöglichkeiten Art. 802 Abs. 3 f. OR.

²⁸² Art. 802 Abs. 2 OR. Vgl. zu den Einschränkungsmöglichkeiten Art. 802 Abs. 3 f. OR.

²⁸³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 91 m. w. H.

²⁸⁴ Art. 803 OR. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 166; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 68 f.

²⁸⁵ Art. 821 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 786 Abs. 3 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 106 ff.

²⁸⁶ Art. 823 OR.

²⁸⁷ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 2 Ziff. 4 i. V. m. Art. 799 OR.

²⁸⁸ *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 166; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 53.

²⁸⁹ Vgl. Art. 773 Abs. 2, Art. 774a, Art. 777c Abs. 2, Art. 781 Abs. 5, Art. 790a Abs. 5, Art. 797a bis 801, Art. 805 Abs. 5, Art. 808c, Art. 814 Abs. 4, Art. 818 bis 820, Art. 821a Abs. 1, Art. 826 Abs. 2, Art. 827 OR sowie *Glanzmann* (Fn. 262), N 10.

²⁹⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 146. Vgl. zur Verwandtschaft zur Aktiengesellschaft auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 13 f. und zur im Rahmen der Revision von 2005 teilweise in dieser Richtung vertretenen Auffassung bzw. postulierten Zielsetzung *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 17 m. w. H.

nen Kapitalanteile.²⁹¹ So können die Statuten bis zum Doppelten des Nennwertes der Stammanteile Nachschusspflichten der Gesellschafter vorsehen,²⁹² wobei die Gesellschafter nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüssen haften.²⁹³ Die Statuten können die Gesellschafter darüber hinaus zu Nebenleistungen verpflichten und in diesem Zusammenhang Konventionalstrafen vorsehen, sofern dies dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Zusammensetzung des Mitgliederkreises dient. Leistungen von Geld- oder Vermögenswerten zur Deckung des Eigenkapitalbedarfs unterstehen aber den Vorschriften der Nachschüsse, wenn keine angemessene Gegenleistung vorgesehen wird.²⁹⁴ Und alle Gesellschafter und nicht nur die Geschäftsführer²⁹⁵ sind der Gesellschaft nicht nur zur bereits erwähnten Treue verpflichtet, sondern unterliegen zudem einem Konkurrenzverbot.²⁹⁶

Ein wesentlicher Unterschied zur Aktiengesellschaft zeigt sich sodann auch an der *fehlenden Kapitalmarktfähigkeit*. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde bewusst als *nicht kapitalmarktfähige Kapitalgesellschaft* ausgestaltet.²⁹⁷ Dementsprechend kann die freie Übertragung von Stammanteilen weitergehend eingeschränkt werden als bei der Aktiengesellschaft. Nach dispositivem Recht sind die Stammanteile „[...] streng vinkuliert [...]“.²⁹⁸ Die rechtswirksame rechtsgeschäftliche Übertragung setzt die Zustimmung der Gesellschafterversammlung voraus, welche die Zustimmung ohne Begründungspflicht verweigern kann.²⁹⁹ Von diesem Grundsatz kann unter dem Vorbehalt besonderer Erwerbsarten³⁰⁰ statutarisch in beide Richtungen abgewichen werden: Es kann auf das Zustimmungserfordernis ganz verzichtet werden oder die Ablehnung der Zustimmung nur beim Vorliegen bestimmter Gründe³⁰¹ oder bei der Übernahme der Stammanteil durch die Gesellschaft zum wirklichen Wert zugelassen werden.³⁰² Die Abtretung kann aber auch gänzlich ausgeschlossen werden.³⁰³ Auch statutarische Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufrechte an den Stammanteilen zu Gunsten der Gesellschaft oder von Gesellschaftern sind zulässig.³⁰⁴ Die fehlende Kapitalmarktfähigkeit ergibt

²⁹¹ Glanzmann (Fn. 262), N 47 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 64.

²⁹² Art. 795 ff. OR.

²⁹³ Art. 795 OR. Zum Ganzen Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 73 ff.

²⁹⁴ Art. 796 i. V.m. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 4. OR. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 70 ff.

²⁹⁵ Vgl. hierzu Art. 812 OR.

²⁹⁶ Art. 803 OR.

²⁹⁷ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 10 BBl 2002, S. 3154, 3160, 3171, 3181, 3184, 3204, 3249.

²⁹⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 99.

²⁹⁹ Art. 786 Abs. 1 OR. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 99.

³⁰⁰ Vgl. Art. 788 OR. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 102.

³⁰¹ Bspw. die Sicherung der Erfüllung statutarischer Nachschusspflichten.

³⁰² Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 100.

³⁰³ Art. 786 Abs. 2 OR. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 18 N 101. Das Austrittsrecht aus wichtigem Grund bleibt diesfalls gewahrt (Art. 786 Abs. 3 OR).

³⁰⁴ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

sich aber vor allem daraus, dass selbst wenn auf ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung gänzlich verzichtet wird und keine statutarischen Hemmnisse wie Nachschusspflichten oder Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufrechte bestehen, keine leichte, rasche und vor allem rechtssichere Übertragung der Stammanteile möglich ist.³⁰⁵ So können Urkunden über Stammanteile nur als Beweisurkunden oder Namenpapiere errichtet werden, was nach der hier vertretenen Auffassung ausschließt, dass Stammanteile als einfach Wertrechte,³⁰⁶ Registerwertrechte³⁰⁷ oder Bucheffekten³⁰⁸ ausgegeben werden können, *sofern* und *soweit* damit eine *Umgehung* der fehlenden Kapitalmarktfähigkeit angestrebt wird.³⁰⁹ Damit richtet sich die Übertragung der Stammanteile, bei der sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft der Schriftform bedürfen,³¹⁰ nach zessionsrechtlichen Grundsätzen.³¹¹ Letzteres wirkt sich insbesondere auf die Einreden aus, die nicht wie bei Ordre- und Inhaberpapieren³¹² oder Registerwertrechten³¹³ beschränkt sind. Die Kapitalmarktfähigkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird zudem durch die Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister³¹⁴ und das Verbot eines öffentlichen Angebots zur Zeichnung von Stammanteilen³¹⁵ erheblich eingeschränkt, wenn nicht geradezu ausgeschlossen. Dies alles erschwert nicht nur die Kapitalbeschaffung am primären Kapitalmarkt, sondern auch die Bildung eines liquiden sekundären Kapitalmarktes für Stammanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, was sich wiederum im Sinne einer Rückkoppelung negativ auf die Kapitalbeschaffung auswirkt.³¹⁶

³⁰⁵ Vgl. zu diesem Kriterium auch nachfolgend unter III.3.c)(4).

³⁰⁶ Art. 973c OR.

³⁰⁷ 973d ff. OR.

³⁰⁸ Art. 3 Bundesgesetz über Bucheffekten (BEG, SR 957.1).

³⁰⁹ Art. 784 Abs. 1 OR. Vgl. im Ergebnis ähnlich *Bärtschi*, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Wertpapierrecht, 2006, Art. 6 BEG, N 103 m. w. H. auch auf abweichende Meinungen. Der Ausschluss der Registerwertrechte ergibt sich vor allem daraus, dass diesen die gleiche Funktion wie Wertpapiere öffentlichen Glaubens zukommt, die Ausgabe von Stammanteilen in der Form von Wertpapieren öffentlichen Glaubens aber gerade ausgeschlossen ist (vgl. hierzu *Weber* (Fn. 156), S. 207–225, N 15, 18; *Zellweger-Gutknecht/Monnerat*, in: Omlor/Möslein/Grundmann, Elektronische Wertpapiere, 2021, S. 13 ff.).

³¹⁰ Art. 785 Abs. 1 OR.

³¹¹ *Furter*, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Wertpapierrecht, 2012, Art. 967 OR, N 13; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 104 BBl 2002, S. 3185; *Handschin/Trunig*, Die GmbH, 3. Aufl. 2019, § 15 N 36.

³¹² Vgl. Art. 979 und Art. 1146 OR.

³¹³ Art. 973e Abs. 4 OR. Vgl. zu den mit der DLT-Gesetzgebung eingeführten Registerwertrechten *Weber* (Fn. 309), *passim*.

³¹⁴ Art. 719 OR. Vgl. zur Publizität der Mitgliedschaft auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 114 ff.

³¹⁵ Art. 781 Abs. 3 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 18 N 52.

³¹⁶ Vgl. hierzu auch nachfolgend III. 3. c. (4).

i) Genossenschaft

„[...] Die Genossenschaft (Gen) ist eine personenbezogene Körperschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, die typischerweise in der Hauptsache bestimmte wirtschaftliche Zwecke ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe verfolgt, die ein kaufmännisches Unternehmen betreiben kann und für deren Verbindlichkeiten vorbehaltlich einer anderen statutarischen Ordnung ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen haftet [...]“.³¹⁷

Die Genossenschaft dürfte eine der ältesten heute noch existierende Organisationsform in der Schweiz sein. So sind in der Schweiz spätestens seit dem Mittelalter Alp-, Tal-, Mark- und andere Genossenschaften verbreitet. Diese alten bzw. vorliberalen Genossenschaften, die heute teilweise noch fortbestehen,³¹⁸ sind allerdings von den sogenannten modernen Genossenschaften, die erstmals auf Bundesebene mit dem Obligationenrecht von 1881 kodifiziert wurden, zu unterscheiden.³¹⁹ Die vorliberalen Genossenschaften erfassten die Genossenschafter in ihrer gesamten Rechtsstellung. Die Rechtsfähigkeit der Genossenschafter war mit anderen Worten untrennbar mit ihrer Stellung in der Genossenschaft verbunden und Genossenschaften waren oftmals in sich geschlossene Strukturen.³²⁰ Moderne Genossenschaften wie jene des Obligationenrechts stellen demgegenüber Rechtsformen mit eigener Rechtspersönlichkeit dar, in denen sich rechtsfähige Personen freiwillig organisieren können und die typischerweise nach dem Prinzip der offenen Türe³²¹ strukturiert sind.³²²

Das heute geltende Genossenschaftsrecht beruht im Kern noch weitgehend auf der 1936 in Kraft getretenen Totalrevision, mit der wesentliche Änderungen im Vergleich zum OR von 1881 eingeführt wurden.³²³ Der Zweck dieser Revision bestand insbesondere darin, die Genossenschaft in Übereinstimmung mit der damaligen Genossenschaftsdoktrin scharf gegenüber der Aktiengesellschaft abzugrenzen.³²⁴

³¹⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 4. Vgl. zur Begriffsumschreibung auch *Bärtschi*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 617–648, N 1.

³¹⁸ Vgl. hierzu Art. 59 Abs. 3 ZGB.

³¹⁹ *Troxler*, in: *FS Handschin*, 2020, S. 691, 691 f.

³²⁰ *Troxler* (Fn. 319), S. 691, 692 m. w. H. Vgl. zur allmählichen Ablösung des mittelalterlichen Kollektivismus, der Auflösung der alten Verbandsstrukturen und der Entstehung des „neuezeitlichen Individualismus“ ab dem 16. Jahrhundert *Egger*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Zürcher Kommentar), Bd. 1, 1930, vor Art. 52 ZGB, N 1.

³²¹ Vgl. Art. 683 f. OR 1881 und Art. 828 Abs. 1 i. V. m. Art. 839 und Art. 842 OR. Bei der Genossenschaft im Obligationenrecht ist dieser Grundsatz im Prinzip zwingend, es besteht jedoch nach der h. L. kein klagbarer Anspruch auf Beitritt. Ein solcher kann sich aber aus Art. 7 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) oder Art. 5 Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVAG, SR 832.12) ergeben (vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 36 ff.).

³²² Vgl. zu diesem heute noch feststellbaren Unterschied zwischen den alten Genossenschaften nach kantonalem Recht und der „modernen“ Genossenschaft des Obligationenrechts auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 21 N 28.

³²³ *Troxler* (Fn. 319), S. 691, 701 und *passim*.

³²⁴ *BB1* 1928, S. 285 f.: „[...] Aktiengesellschaft und Genossenschaft sind wirtschaftliche Gegensätze. Die Aktiengesellschaft ist Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft Personenvereinigung. Die erstere ist durch ein in einzelne Teile zerlegtes, feststehendes Grundkapital dar-

Es sollte nicht nur eine besondere Rechtsform für genossenschaftliche Selbsthilfeorganisationen geschaffen werden,³²⁵ sondern auch ausgeschlossen werden, dass die Genossenschaft zur Umgehung aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Vorschriften für gewinnstrebige Unternehmen verwendet werden konnte.³²⁶ Das Genossenschaftsrecht steht deswegen in vielen Punkten im Gegensatz zu den beiden anderen Körperschaften des Obligationenrechts, der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.³²⁷

Nach der Legaldefinition von Art. 828 Abs. 1 OR ist eine Genossenschaft

„[...] eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt oder die gemeinnützig ausgerichtet ist [...]“.

Die hauptsächliche Förderung oder Sicherung (bestimmter) wirtschaftlicher Interessen oder die gemeinnützige Ausrichtung schließen rein gewinnstrebige Genossenschaften aus.³²⁸ Genossenschaften können somit nicht uneingeschränkt zur Erzielung von Gewinn zwecks Ausschüttung an die Genossenschafter eingesetzt werden. Genossenschaften können ohne Grundkapital gegründet und be-

gestellt; die Genossenschaft ist eine Vereinigung persönlicher wirtschaftlicher Kräfte, die mit einer vermögensrechtlichen Grundlage verbunden sein kann, aber nicht verbunden zu sein braucht, bei der aber in allen Fällen die Mitglieder nicht, wie bei den kapitalistischen Vereinigungen, blosse Träger von Vermögensrechten sind, sondern das persönliche Substrat der Genossenschaft bilden. Fast immer stehen die Genossenschaften in irgendeiner Verbindung zur privaten Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder. Die Aktiengesellschaft ist ausgesprochene Handelsgesellschaft, die Genossenschaft ist es nicht. Auch dort, wo sie auf gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, liegt der Hauptzweck in der ökonomischen Förderung ihrer Mitglieder. Das kann geschehen dadurch, dass diesen die für ihre private Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft notwendigen Bedarfsartikel beschafft, ihre Produkte abgenommen und verwertet werden, der notwendige Kredit gewährt oder in anderer Weise die private Wirtschaft unterstützt, gestärkt, gefördert wird. In vielen Fällen genügt zur Erreichung dieser wirtschaftlichen Förderung der Zusammenschluss der Einzelpersonen, ohne dass es auch nur eines gemeinsamen Geschäftsbetriebes bedürfen würde [...]“. Vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 12, 64.

³²⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 4.

³²⁶ BBl 1928, S. 284, 286, 292 und *Troxler*, in: Kilgus/Fabrizio, Berner Kommentar, Art. 828–838 OR, 2021, S. 1–87, N 130 ff., 141 ff., 146, 150, 152, 154 m.w.H. Die Entwicklung atypischer Gebilde, welche sich von den dem Gesetzgeber vorgeschwebten Selbsthilfeorganisationen erheblich unterscheiden, konnte freilich nicht verhindert werden (vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 12). Vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 188.

³²⁷ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 10.

³²⁸ *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 15; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 22, 25 m.w.H.; *Troxler* (Fn. 326), N 208. Vgl. Hierzu auch *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 618: „[...] Contrairement aux autres formes de société, la société coopérative ne vise pas à réaliser un bénéfice pour elle-même en vue de le distribuer ensuite à ses associés. Elle cherche à favoriser directement les intérêts économiques de ses associés [...]“.

trieben werden und falls ein solches besteht, muss dieses zwingend variabel sein, um der offenen Mitgliedschaftsstruktur Rechnung tragen zu können.³²⁹

Das Hauptinteresse der Genossenschafter und zugleich das wichtigste Recht der Genossenschaft geht auf die Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen,³³⁰ was abhängig vom statutarischen Zweck der Genossenschaft insbesondere das Recht

- zum Bezug von Leistungen von der Genossenschaft auf Rechnung der Genossenschafter (Bezugs- und Konsumgenossenschaften); oder
- zum Erbringen von Leistungen an die Genossenschaft auf Rechnung der Genossenschaft (Absatz- und Verwertungsgenossenschaften); oder
- zur Mitarbeit in der Genossenschaft auf Rechnung der Genossenschaft (Produktivgenossenschaften) beinhalten kann.³³¹

Dementsprechend sollen Gewinne nach den Vorstellungen des Gesetzgebers thesauriert oder aber, wenn die Ausschüttung statutarisch vorgesehen ist, proportional zur Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen an die Genossenschafter rückvergütet werden.³³² Es ist daher unzulässig auf Anteilscheine eine Quote des Jahresgewinnes auszurichten, die den landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten übersteigt,³³³ und es kommen im Vergleich zur Aktiengesellschaft und zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung weitergehende Reservebildungspflichten, aber auch Reservebildungsmöglichkeiten zur Anwendung.³³⁴ Genossenschaftern kommt zudem beim Austritt oder Ausschluss nach dispositivem Recht weder ein Anspruch auf Abfindung noch auf Rückzahlung des Anteilscheines zu.³³⁵ Und selbst im Fall der Auflösung und Liquidation darf das Vermögen der Genossenschaft bzw. der Liquidationsüberschuss nur bei einer statutarischen Grundlage an die Genossenschafter verteilt werden und muss sonst „[...] zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet werden [...]“.³³⁶ Der Anteilschein verkörpert deswegen das Risikopotenzial einer Aktie oder eines Stammanteils mit den Gewinn-

³²⁹ Art. 828 Abs. 2 OR. Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 43 ff.; *Troxler* (Fn. 326), N 175.

³³⁰ Das ergibt sich bereits aus dem wirtschaftlichen Gegensatz zur Aktiengesellschaft. Es steht nicht das Dividendeninteresse im Vordergrund, sondern die unmittelbare Förderung der Mitglieder durch die Tätigkeit der Genossenschaft (vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 14 ff., N 89 ff.; *Bärtschi* (Fn. 317), N 32; *Jutzi/Herzog*, ZBJV 2021, 1, 12 f.; BGE 118 II 168, E. 3. B) aa); *Druey/Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 331–343, N 42 f.)

³³¹ Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 26 f., 34.

³³² Art. 859 Abs. 1 und 2 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 92 f.

³³³ Art. 859 Abs. 3 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 96.

³³⁴ Vgl. Art. 860 ff. mit Art. 671 ff. und Art. 801 OR. Vgl. zum Ganzen auch *Jutzi/Herzog*, ZBJV 2021, 1, 12 f.

³³⁵ Art. 864 f. OR. *Druey/Just* (Fn. 330), N 15 f.; *Bärtschi* (Fn. 317), N 35 f.

³³⁶ Art. 913 Abs. 2 und 4 OR.

chancen einer Obligation, was den Anteilschein, neben anderen Gründen, als reines Investitionsvehikel bewusst unattraktiv macht.³³⁷

Die Übertragung des Anteilscheines bzw. des Genossenschaftsanteils bewirkt zudem anders als bei den Kapitalgesellschaften keine Übertragung der Mitgliedschaft.³³⁸ Im Grundsatz und mit wenigen Ausnahmen³³⁹ gilt der Personenbezogenheit der Genossenschaft entsprechend,³⁴⁰ dass die Stellung als Genossenschafter weder übertragen noch derivativ erworben werden, sondern nur mit den entsprechenden Beschlüssen der Genossenschaft originär durch Beitritt begründet und durch Austritt, Ausschluss oder Tod beendet wird.³⁴¹ Anteilscheine dürfen zudem nicht als Wertpapier, sondern nur als Beweisurkunden errichtet werden und können somit nur nach zessionsrechtlichen Grundsätzen übertragen werden.³⁴² Das zwingende Kopfstimmprinzip³⁴³ verhindert ein nach der Kapitalbeteiligung abgestuftes Stimmrecht bzw. die Umsetzung des bei der Aktiengesellschaft im Grundsatz geltenden kapitalbezogenen Proportionalitätsprinzips.³⁴⁴ Genossenschaften dürfen zudem nach der Praxis des Bundesgerichtes kein Partizipations- bzw. Beteiligungskapital schaffen.³⁴⁵

Dies alles erschwert selbstredend die Eigenkapitalbeschaffung;³⁴⁶ es macht die Genossenschaft aber zugleich – und darin bestand die Absicht des Gesetzgebers – für „Spekulanten“ unattraktiv.³⁴⁷ Für Bankgenossenschaften, bei denen sich die Einschränkungen bei der Eigenkapitalbeschaffung in der Praxis besonders nachteilig ausgewirkt haben und an die das Bankengesetz³⁴⁸ höhere Anforderungen an die Corporate Governance stellt, besteht deswegen die Möglichkeit, ein dem

³³⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 96.

³³⁸ Art. 849 Abs. 1 OR. *Bärtschi* (Fn. 317), N 19 ff., 93 f.

³³⁹ Vgl. etwa Art. 841, Art. 847 Abs. 2 und 3, Art. 848, Art. 849 Abs. 3 und Art. 850 Abs. 2 OR; sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 116.

³⁴⁰ Vgl. Art. 839 ff. und Art. 867 Abs. 3 und 4 OR.

³⁴¹ Art. 849 Abs. 1, Art. 847 Abs. 1 OR. Zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 113 ff.

³⁴² Art. 853 Abs. 3 OR. Vgl. *Bärtschi* (Fn. 317), N 14 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 44, 111. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Ausgabe in der Form echter Namenpapiere zulässig sei, da auch diese nach zessionsrechtlichen Grundsätzen übertragen werden (vgl. dazu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 112).

³⁴³ Art. 885 OR.

³⁴⁴ Vgl. zum Ausschluss von Vorzugsrechten und Gründervorteilen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 102.

³⁴⁵ BGE 140 III 206, E. 3.7. *Bärtschi* (Fn. 317), N 16. Kritisch zu diesem Entscheid *Forstmoser/Taisch/Troxler*, Jusletter vom 14.7.2014. Befürwortend demgegenüber *Jutzi/Herzog*, ZBJV 2021, 1, 8 m. w. H.; *Wohlmann*, Jusletter vom 15.9.2014, *passim*. Vgl. zur Ausnahme für Bank- bzw. Kreditgenossenschaften sogleich nachfolgend. Vgl. zur noch vor BGE 140 III 206 vertretbaren Auffassung zur Zulässigkeit eines Beteiligungskapitals für Genossenschaften *Taisch/Troxler*, AJP 2013, S. 407 ff.

³⁴⁶ Vgl. hierzu auch *Jutzi/Herzog*, ZBJV 2021, 1, 3.

³⁴⁷ BBl 1928, S. 302; *Forstmoser et al.*, REPRAX 2 (2012), 1, 20.

³⁴⁸ BankG, SR 952.0.

aktienrechtlichen Partizipationskapital nachgebildetes Beteiligungskapital zu schaffen.³⁴⁹

Anders als bei den übrigen Gesellschaften im schweizerischen Recht setzt die Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder voraus, wobei diese Mindestzahl nicht nur bei der Gründung, sondern auch danach eine konstitutive Voraussetzung der Genossenschaft darstellt.³⁵⁰ Die gegenüber den anderen Gesellschaften höhere Mindestzahl der Mitglieder wird unter anderem mit der für die Genossenschaft typischen und bereits in der Legaldefinition erwähnten *gemeinsamen Selbsthilfe* zu begründen versucht.³⁵¹ Das ist aber insofern weder zeitgemäß noch konsistent mit der Praxis, als heute völlig beitragslose Genossenschaften, in denen selbst die historisch betrachtet zentrale Treuepflicht³⁵² der Genossenschafter faktisch zur Inhaltslosigkeit erodiert ist, als zulässig erachtet oder zumindest im Sinne der „normativen Kraft des Faktischen“ toleriert werden.³⁵³

Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaften haftet nach dispositiver Regelung nur das Genossenschaftsvermögen.³⁵⁴ Die Statuten können aber – neben anderen Leistungspflichten oder auch Duldungs- und Unterlassungspflichten³⁵⁵ – sowohl beschränkte als auch unbeschränkte subsidiäre und persönliche Haftungen der Mitglieder oder in Kombination dazu oder alleine beschränkte oder unbeschränkte Nachschusspflichten der Mitglieder vorsehen.³⁵⁶ Dadurch sollen insbesondere die durch das fakultative und falls vorhandene zwingend variable Grundkapital bestehenden Einschränkungen bei der Kreditwürdigkeit der Genossenschaft kompensiert werden können.³⁵⁷ Vor diesem Hintergrund ist auch die Pflicht zur Eintragung der Genossenschafter in das Handelsregister bei Genossenschaften mit einer beschränkten oder unbeschränkten Haftung oder Nachschusspflicht der Genossenschafter zu verstehen,³⁵⁸ während im Übrigen nur ein *nicht* öffentliches Verzeichnis der Genossenschafter zu führen ist.³⁵⁹

Sofern das Gesetz selbst keine Ausnahmen enthält, haben die Mitglieder der Genossenschaft die gleichen Rechte und Pflichten. Das trifft insbesondere auf das Stimmrecht zu.³⁶⁰ Als Ausdruck der demokratischen und personenbezogenen

³⁴⁹ Vgl. hierzu Art. 11 Abs. 2bis, Art. 14, Art. 14a und Art. 14b BankG sowie eingehend *Jutzi/Herzog*, ZBJV 2021, 1, *passim*.

³⁵⁰ Art. 831 OR. Vgl. hierzu *Cramer*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 103 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 55 sowie BGE 138 III 407, E. 2 und etwas relativierend BGer 4A_370/2015 vom 16.12.2015, E. 2.8.

³⁵¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 55 m. w. H.

³⁵² Art. 866 OR. Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 28, 77 ff.

³⁵³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 30.

³⁵⁴ Art. 868 OR.

³⁵⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 28, 80.

³⁵⁶ Art. 869 ff. OR. Zum Ganzen auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 28, 81 f.

³⁵⁷ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 51 ff.

³⁵⁸ Art. 877 OR.

³⁵⁹ Art. 837 OR. Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 108 ff.

³⁶⁰ Art. 854 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 28, 73.

Struktur der Genossenschaft ist das *Kopfstimmprinzip* bei der Genossenschaft zwingend.³⁶¹ Nach der Intention des Gesetzgebers sollen die Genossenschafter wie in einer Landsgemeinde persönlich und unmittelbar an der Entscheidungsfindung in der Generalversammlung mitwirken, weswegen auch das Vertretungsrecht erheblich eingeschränkt ist.³⁶² So können sich in der Generalversammlung Genossenschafter nur durch andere Genossenschafter vertreten lassen und kein Bevollmächtigter darf mehr als einen Genossenschafter vertreten.³⁶³ Dass diese Regelungen zwar urdemokratisch sind, aber gerade bei mitgliederstarken Genossenschaften auf Grund der Problematik des kollektiven Handelns zu Defiziten bei der Governance führen können, musste schon dem Gesetzgeber von 1936 bewusst gewesen sein.³⁶⁴ So können bei Genossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern statt Generalversammlungen sogenannte *Urabstimmungen* durchgeführt werden, d. h. die Beschlüsse auf dem Korrespondenzweg schriftlich gefasst werden.³⁶⁵ Das reduziert für die Mitglieder die Aktivitätskosten und kann somit die Anreize verbessern, um sich trotz der bei mitgliederstarken Genossenschaften geringen relativen Stimmkraft an der Willensbildung der Genossenschaft zu beteiligen. Bei Genossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder Genossenschaften sind, können die Befugnisse der Generalversammlung statutarisch ganz oder teilweise an eine *Delegiertenversammlung* übertragen werden.³⁶⁶ Die Statuten können dabei nicht nur die Zusammensetzung, Wahlart und Einberufung der Delegiertenversammlung regeln, sondern auch das Stimmrecht der Delegierten in Abweichung vom Kopfstimmprinzip gestalten.³⁶⁷ Bei Genossenschaften mit mehr als 1.000 Mitgliedern können die Statuten zudem vorsehen, dass jeder Genossenschafter bis zu neun andere Genossenschafter vertreten darf.³⁶⁸ Es besteht sodann auch die Möglichkeit, von mehrstufigen Genossenschaften. So können drei oder mehrere Genossenschaften einen *Genossenschaftsverband* in der Rechtsform der Genossenschaft gründen.³⁶⁹ In der Regel bildet die Delegiertenversammlung das oberste Organ in einem Genossenschaftsverband, wobei beim Stimmrecht der Delegierten vom Kopfstimmprinzip abgewichen werden darf.³⁷⁰ Die Genossenschaftsverbände können mit der Überwachung der geschäftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder betraut werden

³⁶¹ Art. 855 i. V. m. Art. 885 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 103.

³⁶² Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 137.

³⁶³ Art. 886 Abs. 1 OR.

³⁶⁴ *Troxler* (Fn. 319), S. 691, 701 f. m. w. H.

³⁶⁵ Art. 880 OR. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 140.

³⁶⁶ Art. 892 OR. *Bärtschi* (Fn. 317), N 58; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 139.

³⁶⁷ Art. 892 OR.

³⁶⁸ Art. 886 Abs. 2 OR. *Bärtschi* (Fn. 317), N 52.

³⁶⁹ Art. 921 OR. Es gilt somit hier nicht die Mindestmitgliederzahl von sieben. Zum Genossenschaftsverband vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 164 ff.

³⁷⁰ Art. 922 OR.

und es kann ihnen sogar das Recht eingeräumt werden, Beschlüsse der Mitglieder-genossenschaften gerichtlich anzufechten.³⁷¹

Das Gesetz hält somit verschiedene Möglichkeiten bereit, um die mit dem Kopfstimmprinzip bei mitgliederreichen Genossenschaften verbundene Kontrolldefizite ausgleichen zu können. Diese Optionen sind aber alle *fakultativer* Natur.³⁷² Wachsen Genossenschaften, besteht somit die Gefahr, dass die Governance-Strukturen nicht angepasst werden und die Genossenschaften in einen Zustand abgleiten, in dem Reformen nur noch schwer durchführbar sind oder dass Reformen im Interesse einer aktiven Kerngruppe von Genossenschaftern durchgesetzt werden, welche etwa durch die Einführung einer Delegiertenversammlung primär deren Machterhalt dienen.³⁷³ Die Entkoppelung der Mitgliedschaft vom Anteilschein in Kombination mit dem grundsätzlich geltenden Kopfstimmprinzip verunmöglichen zudem die Kontrolle der Genossenschaft durch die Kapital- und Übernahmehäufigkeiten.³⁷⁴ Diese und weitere Aspekte sind deswegen bei einem Vergleich der Governance-Strukturen zwischen Großgenossenschaften und börsenkotierten Gesellschaften zu berücksichtigen.

Auch sind die Kontroll- und Informationsrechte der Mitglieder im Vergleich zur Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bei der Genossenschaft weniger stark ausgebaut.³⁷⁵ So besteht kein gesetzlicher Anspruch auf Zustellung des Lageberichtes, der Konzernrechnung, des Jahresberichtes und des Revisionsberichtes vor den Generalversammlungen oder Urabstimmungen, an denen darüber Beschlüsse zu fassen sind. Die genannten Unterlagen müssen lediglich zehn Tage vor der Beschlussfassung am Sitz der Genossenschaft den Genossenschaftern zur Einsichtnahme *aufgelegt* werden.³⁷⁶ Erst nach der Generalversammlung besteht während eines Jahres ein Anspruch auf Zustellung des genehmigten Geschäftsberichtes und des Revisionsberichtes, sofern die Unterlagen nicht elektronisch zugänglich sind.³⁷⁷ Die Auskunftsrechte der Mitglieder sind zudem bei der Genossenschaft im Vergleich zur Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung weniger ausgebaut. So können die Genossenschafter zwar „[...] die Revisionsstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen [...]“.³⁷⁸ Ein formelles, individuelles Auskunftsrecht gegenüber der Verwaltung³⁷⁹ oder gar das Instrument

³⁷¹ Art. 924 OR.

³⁷² *Forstmoser*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 228; *Troxler* (Fn. 319), S. 691, 702 m.w.H.

³⁷³ Vgl. für die Einführung zwingender Korrekturmechanismen ab einer bestimmten Anzahl von Genossenschaftern *Forstmoser*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 229 f.

³⁷⁴ Vgl. hierzu auch *Wohlmann*, NZZ vom 4.5.2018.

³⁷⁵ Vgl. hierzu auch *Wohlmann*, Jusletter vom 15.9.2014, Rn. 27.

³⁷⁶ Art. 856 Abs. 1 OR. *Bärtschi* (Fn. 317), N 26.

³⁷⁷ Art. 856 Abs. 2 OR.

³⁷⁸ Art. 857 Abs. 1 OR.

³⁷⁹ A.M. *Bärtschi* (Fn. 317), N 27.

der Sonderuntersuchung besteht bei der Genossenschaft indessen nicht.³⁸⁰ Nach Art. 857 Abs. 2 OR ist eine „[...] Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen [...] nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss der Verwaltung und unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gestattet [...]“. Und das Gericht kann lediglich verfügen, dass die Genossenschaft einem Genossenschafter „[...] über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen durch beglaubigte Abschrift aus ihren Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen hat [...]“.³⁸¹ Ohne begründeten und glaubhaften „Anfangsverdacht“ dürfte dieser gerichtlich durchsetzbare Auskunftsanspruch indessen ins Leere laufen.³⁸²

Die Verwaltung der Genossenschaft muss *mindestens* drei natürliche Personen umfassen, wobei die Mehrheit aus Genossenschafte rn zu bestehen hat.³⁸³ Abgesehen davon sind die Gestaltungsoptionen weiterreichend als bei der Aktiengesellschaft, weil ein zwingender Katalog mit unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen der Verwaltung fehlt.³⁸⁴ So können die Statuten „[...] einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Verwaltung einem oder mehreren von dieser gewählten Ausschüssen übertragen [...]“.³⁸⁵ Auch können die Statuten entweder die Generalversammlung oder die Verwaltung selbst dazu ermächtigen, „[...] die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung an eine oder mehrere Personen, Geschäftsführer oder Direktoren zu übertragen, die nicht Mitglied der Genossenschaft zu sein brauchen [...]“.³⁸⁶ Es besteht zudem – analog zur Aktiengesellschaft – die Möglichkeit, öffentlich-rechtlichen Körperschaften statutarisch das Recht zur Entsendung von Mitgliedern der Verwaltung oder der Revisionsstelle einzuräumen.³⁸⁷ Es gilt aber gleich wie bei der Aktiengesellschaft

³⁸⁰ Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 235; Wohlmann, Jusletter vom 15.9.2014, Rn. 27.

³⁸¹ Art. 857 Abs. 3 OR. Bärtschi (Fn. 317), N 27.

³⁸² Analoges galt bei der aktienrechtlichen Sonderprüfung und gilt weiterhin bei der Sonderuntersuchung nach revidiertem Aktienrecht. Vgl. Schenker, GesKR 2019, 18, 35 und *passim* sowie Schenker/Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, 2023, S. 189, 193 ff.

³⁸³ Art. 894 OR. Vgl. hierzu auch Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 229 ff. und Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 145 f.

³⁸⁴ Inwieweit selbst eine Delegation der in Art. 902 OR genannten Pflichten der Verwaltung zulässig ist, ist nicht abschließend geklärt. Da es sich um gesetzliche Pflichten der Verwaltung handelt, ist eine Delegation nach der hier vertretenen Auffassung zwar nicht ausgeschlossen, die Verwaltung bleibt aber trotz Delegation vollumfänglich für die Pflichterfüllung verantwortlich. Im Ergebnis dürfte deswegen ein ähnlicher Pflichtenexus wie der in Art. 716a OR definierte bestehen, der faktisch undelegierbar ist (vgl. in diesem Sinne auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 142; Bärtschi (Fn. 317), N 63, N 66).

³⁸⁵ Art. 897 i. V. m. Art. 902 OR. Umstritten ist, ob auch eine Delegation an einen Delegierten der Verwaltung zulässig ist (vgl. Bärtschi (Fn. 317), N 64).

³⁸⁶ Art. 898 Abs. 1 OR. Bärtschi (Fn. 317), N 65.

³⁸⁷ Art. 926 OR. Vgl. hierzu auch oben unter II.2. d). Unzulässig ist es jedoch, den Körperschaften des öffentlichen Rechts ein höheres Stimmgewicht zu gewähren (vgl. zum Ganzen Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 175 ff.).

das Paritätsprinzip und trotz der fehlenden Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung keine Kompetenzvermutung zugunsten der Generalversammlung.³⁸⁸ Das bedeutet auch, dass eine Aufgabenübertragung an zusätzliche statutarische Organe nur insofern zulässig ist, als diese durch das Gesetz nicht *zwingend* einem gesetzlichen Organ (Generalversammlung,³⁸⁹ Verwaltung³⁹⁰ und ggf. Revisionsstelle³⁹¹) zugewiesen sind.³⁹²

Die Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Revision und Liquidation befassten Personen ist im Vergleich zur Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung weniger streng.³⁹³ So besteht eine Haftung der Mitglieder der Verwaltung und der Liquidatoren gegenüber den *Genossenschaftlern* und *Gläubigern* nur im Falle der *Überschuldung*, wenn die entsprechenden gesetzlichen Pflichten schuldhaft verletzt wurden.³⁹⁴ Ansonsten besteht die Organhaftung³⁹⁵ nur gegenüber der Genossenschaft. Die Genossenschafter haben somit außerhalb des Überschuldungsfalls kein Recht, eine Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Genossenschaft einzuleiten.³⁹⁶ Immerhin besteht aber insofern eine Verschärfung gegenüber der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und der aktienrechtlichen Rückerstattungsklage.³⁹⁷ als im Konkurs der Genossenschaft die Mitglieder der Verwaltung

„[...] den Genossenschaftsgläubigern gegenüber zur Rückerstattung aller in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch als Gewinnanteile oder unter anderer Bezeichnung gemachten Bezüge verpflichtet [sind], soweit diese ein angemessenes Entgelt für die Gegenleistung übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden sollen [...]“.³⁹⁸

Der praktische Einsatzbereich der Genossenschaft ist vielfältig. Sie bietet eine interessante Alternative zur Kapitalgesellschaft, die eine vereinsähnliche Struktur aufweist³⁹⁹ und die abgesehen zur reinen Gewinnstrebigkeit uneingeschränkt für wirtschaftliche aber auch für ideelle und gemeinnützige Zwecke eingesetzt

³⁸⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 131.

³⁸⁹ Art. 879 ff. OR.

³⁹⁰ Art. 894 ff. OR.

³⁹¹ Art. 906 f. OR. Zur Revisionsstelle und der Möglichkeit zum Opting-out *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 150 f.

³⁹² So etwa die Kompetenzen der Generalversammlung (Art. 879 OR) oder der Revisionsstelle, sofern eine solche zwingend vorgeschrieben ist (Art. 906 i. V. m. Art. 727 ff. OR). *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 129.

³⁹³ Art. 916 ff. OR. Vgl. hierzu auch *Wohlmann*, Jusletter vom 15.9.2014, Rn. 27.

³⁹⁴ *Bärtschi* (Fn. 317), N 96 f.

³⁹⁵ Erfasst sind dann nicht nur die Mitglieder der Verwaltung und die Liquidatoren, sondern auch die Geschäftsführer und die Revisionsstelle bzw. deren Mitglieder (vgl. hierzu *Bärtschi* (Fn. 317), N 96 f.).

³⁹⁶ Art. 916 i. V. m. Art. 917 OR.

³⁹⁷ Diese findet bei der Genossenschaft analog Anwendung, *Bärtschi* (Fn. 317), N 31.

³⁹⁸ Art. 904 Abs. 1 OR.

³⁹⁹ Vgl. in diesem Sinne etwa *Druey/Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 331–343, N 16.

werden kann.⁴⁰⁰ Dennoch sind die Bestandszahlen der im Handelsregister eingetragenen Genossenschaften seit Dekaden rückläufig. Dies darf allerdings nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass der Genossenschaftssektor in der Schweiz nach wie vor von volkswirtschaftlich großer Bedeutung ist. So bestehen im Konsum-, Versicherungs-, Landwirtschafts- und Bankenbereich Großgenossenschaften, die teilweise systemrelevant sind. Die Eignung der Genossenschaft als Rechtskleid für Organisationen der gemeinsamen Selbsthilfe ist zudem weiterhin gegeben, wie insbesondere die Verbreitung der Genossenschaft in der Landwirtschaft und dem gemeinnützigen Wohnbau zeigt.⁴⁰¹

Abschließend bleibt zum einen anzumerken, dass für Versicherungsgenossenschaften⁴⁰² und Kreditgenossenschaften⁴⁰³ jeweils Sondervorschriften bestehen, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann.⁴⁰⁴ Zum anderen enthält das geltende Genossenschaftsrecht trotz der 1936 bewusst angestrebten scharfen Trennung von der Aktiengesellschaft zahlreiche Verweise auf das Aktienrecht, die insbesondere durch spätere Revisionen eingeführt wurden.⁴⁰⁵

j) *Investmentgesellschaft mit variablem Kapital*

Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) ist eine Gesellschaft, deren Kapital in Unternehmer- und Anlegeraktien unterteilt ist und deren Anzahl Aktien nicht im Voraus bestimmt ist, für deren Verbindlichkeit nur das Gesellschaftsvermögen haftet und deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist.⁴⁰⁶

Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital⁴⁰⁷ ist eine offene kollektive Kapitalanlage⁴⁰⁸ i. S. d. Kollektivanlagengesetzes.⁴⁰⁹ Es handelt sich mit anderen Wor-

⁴⁰⁰ Vgl. etwa die Zweckartikel des „Migros-Genossenschafts-Bunds“, der „Radgenossenschaft der Landstrasse“ und der „Mobility Genossenschaft“, abrufbar unter <www.zefix.ch> (25.11.2024).

⁴⁰¹ Vgl. im Einzelnen zur wirtschaftlichen Bedeutung *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 179 ff.

⁴⁰² *Bärtschi* (Fn. 317), N 59; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 171 ff.

⁴⁰³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 169 ff.; *Bärtschi* (Fn. 317), N 95.

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu Art. 861, Art. 920 OR für die Kreditgenossenschaften und Art. 841 Abs. 2, Art. 848, Art. 869 Abs. 1, Art. 870 Abs. 1, Art. 877 Abs. 3, Art. 893 Abs. 1, Art. 896 Abs. 2, Art. 920 OR für die Versicherungsgenossenschaften.

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu Art. 831 Abs. 2, Art. 874 Abs. 2, Art. 896 Abs. 2, Art. 903, Art. 906 Abs. 1, Art. 908, Art. 913, Art. 917 Abs. 2, Art. 920 OR.

⁴⁰⁶ Vgl. Art. 36 Abs. 1 KAG.

⁴⁰⁷ Vgl. für eine übersichtliche Darstellung *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 125 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. Art. 36 ff. KAG für die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, zum Begriff der kollektiven Kapitalanlage Art. 7 KAG, zum Begriff der offenen kollektiven Kapitalanlage Art. 8 KAG und zu den offenen kollektiven Kapitalanlagen mit Teilvermögen Art. 92 ff. KAG.

⁴⁰⁹ Neben der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital steht der vertragliche Anlagefonds als weitere Form für offene kollektive Kapitalanlagen zur Verfügung (vgl. Art. 25 ff. KAG). Die zulässigen Arten (Effektenfonds, Immobilienfonds und übrige Fonds für traditionelle und für alternative Anlagen sowie künftig als „Limited Qualified Investor Fund“ (L-QIF)) der kol-

ten um ein „[...] Fondsprodukt in Gesellschaftsform [...]“⁴¹⁰ bei dem der jederzeitige Ein- und Austritt der Gesellschafter ohne Statutenänderung möglich ist.⁴¹¹ Dementsprechend besteht der *einzig zulässige* Gesellschaftszweck in der kollektiven Kapitalanlage.⁴¹²

Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital ist eine eigene Rechtsform⁴¹³ und nicht etwa eine Unterart der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft.⁴¹⁴ So liegt das prägende Strukturelement⁴¹⁵ der Aktiengesellschaft, das zum Voraus bestimmte Aktienkapital, bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital nicht vor und es kommen zahlreiche weiterer Sonderregelungen im Vergleich zur Aktiengesellschaft zur Anwendung.⁴¹⁶ Und im Gegensatz zur Genossenschaft, die zwar nur über ein variables Grundkapital verfügen kann, aber nicht für rein gewinnstrebige Zwecke eingesetzt werden darf, ist die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital gewinnstrebig.⁴¹⁷ Dementsprechend verweist das KAG auch nur punktuell und ergänzend oder korrigierend, etwa bei der Gründung,⁴¹⁸ der Firma,⁴¹⁹ der Generalversammlung,⁴²⁰ dem Verwaltungsrat,⁴²¹ dem Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten und der entsprechenden Meldepflichten⁴²², den Kontrollrechten der Aktionäre⁴²³ oder der Auflösung⁴²⁴ auf die aktienrechtlichen Bestimmungen und gar nicht auf das Genossenschaftsrecht.

Mit der Einführung der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital sollte die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz gesteigert werden. Ziel war

lektiven Kapitalanlagen werden in Art. 53 ff. KAG geregelt). Vgl. zum L-QIF BBl 2020, S. 6885 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 52 ff.

⁴¹⁰ BBl 2005, S. 6420.

⁴¹¹ *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴¹² Art. 36 Abs. 1 lit. d KAG, Art. 52 Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV, SR 951.311). Dadurch wird der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens ausgeschlossen (vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 73).

⁴¹³ BBl 2005, S. 6420; *Forstmoser*, in: FS Nobel, 2005, S. 77, 90 f. und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 31, 33, 112, 116.

⁴¹⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 115 f.

⁴¹⁵ Daran ändern die revidierte Legaldefinition in Art. 620 OR, welche das zum Voraus bestimmte Kapital nicht mehr ausdrücklich erwähnt, und das eingeführte Kapitalband nichts. Auch bei den Aktiengesellschaften mit Kapitalband ist das jeweils maßgebliche Aktienkapital aus dem Handelsregister ersichtlich; gleiches gilt für die Bandbreite der möglichen Kapitalveränderungen, zu deren Vornahme der Verwaltungsrat durch die Generalversammlung ermächtigt wurde.

⁴¹⁶ Vgl. BBl 2005, S. 6420 und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 115 f.

⁴¹⁷ Das ergibt sich m. E. bereits aus dem Begriff der Kapitalanlage (vgl. hierzu BGE 116 Ib 273, E. 2c).

⁴¹⁸ Art. 37 Abs. 1 KAG.

⁴¹⁹ Art. 38 Abs. 2 KAG.

⁴²⁰ Art. 50 Abs. 3 KAG.

⁴²¹ Art. 51 Abs. 6 KAG.

⁴²² Art. 46 Abs. 3 und Art. 46a KAG.

⁴²³ Art. 48 KAG.

⁴²⁴ Art. 97 Abs. 3 KAG.

es, „[...] ein flexibles Vehikel [...]“ zu schaffen, „[...] das eine vollwertige Alternative zum vertraglichen Anlagefonds [...]“ sein sollte.⁴²⁵ Bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital sind daher weder das Kapital noch die Anzahl Aktien im Voraus statutarisch oder anderweitig bestimmt.⁴²⁶ Es existieren zudem notwendigerweise zwei Arten von Aktien, die Unternehmer- und die Anlegeraktien, die zugleich je ein Teilvermögen der Gesellschaft bilden.⁴²⁷ Daneben können weitere Teilvermögen mit eigenen Aktienkategorien geschaffen werden.⁴²⁸ Jedes dieser Teilvermögen stellt eine eigene kollektive Kapitalanlage mit eigenem Nettoinventarwert dar.⁴²⁹ Dadurch können unter einer Investmentgesellschaft mit variablem Kapital mehrere kollektive Kapitalanlagen mit eigener Anlagestrategie bestehen.⁴³⁰ Dem fehlenden festen Grundkapital entspricht es, dass die Unternehmer- und Anlegeraktien keinen Nennwert aufweisen, dafür aber vollständig *in bar* liberiert sein müssen.⁴³¹ Die Gründung erfordert die Leistung einer auf Verordnungsstufe festgelegten Mindesteinlage, die dauernd einzuhalten ist.⁴³² Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital hat zudem nach der Gründung ein vom Bundesrat per Verordnung festgelegtes Mindestvermögen aufzuweisen, das innerhalb einer bestimmten Frist zu äufnen ist.⁴³³ Die Unternehmeraktionäre haben dabei die für die Gründung erforderliche Mindesteinlage zu leisten und werden im Falle der Auflösung gegenüber den Anlegeraktionären nachrangig befriedigt; sie erhalten dafür im Gegensatz zu den Anlegeraktionären das Recht, über die Auflösung der Gesellschaft oder von Teilvermögen zu beschließen.⁴³⁴ Es muss zudem dauernd ein angemessenes Verhältnis zwischen den Einlagen der Unternehmeraktionäre und dem Gesamtvermögen der Gesellschaft bestehen. Das kann im Ergebnis zu faktischen Nachschusspflichten der Unternehmeraktionäre führen, wenn die entsprechenden Schwellenwerte aufgrund von Wertschwankungen unterschritten werden.⁴³⁵ Es lässt sich zudem auf gesellschaftsrechtlicher Ebene⁴³⁶

⁴²⁵ BBl 2005, S. 6420.

⁴²⁶ Art. 36 Abs. 1 lit. a KAG.

⁴²⁷ Art. 36 Abs. 1 lit. b. *Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al., Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 40 KAG, N 26.

⁴²⁸ Vgl. Art. 40 Abs. 4 i. V.m. Art. 94 KAG; BBl 2005, S. 6421 und dortige Fn. 33; *Rayroux/Vogt Scholler* (Fn. 427), Art. 40 KAG, N 2.

⁴²⁹ *Rayroux/Vogt Scholler* (Fn. 427), Art. 40 KAG, N 26a.

⁴³⁰ BBl 2005, S. 6421.

⁴³¹ Art. 40 Abs. 2 i. V.m. Art. 37 Abs. 1 KAG. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴³² Art. 37 Abs. 2 KAG, Art. 54 KKV. Derzeit sind abhängig von der konkreten Organisationsstruktur 250.000 CHF oder 500.000 CHF als Mindesteinlage erforderlich. Vgl. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴³³ Art. 36 Abs. 2 KAG. Vgl. hierzu auch *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴³⁴ Art. 41 Abs. 1 und 2 i. V.m. Art. 46 ff. i. V.m. Art. 78 ff. i. V.m. Art. 96 Abs. 2 lit. a und lit. c Ziff. 1 i. V.m. Art. 97 Abs. 3 KAG; BBl 2005, S. 6421.

⁴³⁵ *Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al. (Fn. 427), Art. 42 KAG, N 8.

⁴³⁶ Dieses Risiko kann allerdings durch einen Aktionärbindungsvertrag unter den Unternehmeraktionären eingegrenzt werden (*Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al. (Fn. 427), Art. 42 KAG, N 8).

nicht ausschließen, dass durch die Rückgabe von Aktien der Unternehmeraktionären „[...] für die (verbleibenden) Unternehmeraktionäre zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund von Wertschwankungen oder einer Erhöhung der Vermögensmasse eine faktische Nachschusspflicht resultiert [...]“.⁴³⁷ Jede Aktie muss zudem zwingend einer Stimme entsprechen⁴³⁸ und die Ausgabe von Partizipationsscheinen, Genussscheinen oder Vorzugsaktien ist unzulässig.⁴³⁹

Der offenen Struktur entsprechend können bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital ohne Statutenänderung oder Handelsregistereintragung jederzeit zum Nettoinventarwert⁴⁴⁰ neue Aktien ausgegeben werden und Aktien auf Ersuchen eines Aktionärs zurückgekauft werden.⁴⁴¹ Mehr noch, die Aktionäre haben im Grundsatz das Recht, jederzeit gegenüber der Gesellschaft die Rücknahme der Aktien und deren Auszahlung *in bar* zu verlangen.⁴⁴² Das gilt im Grundsatz sowohl für die Anleger- als auch die Unternehmeraktionäre.⁴⁴³ Letztere können ihre Aktien aber nur zurückgeben, wenn „[...] das angemessene Verhältnis zwischen Einlagen und Gesamtvermögen der SICAV auch nach der Rücknahme eingehalten ist; und die Mindesteinlage nicht unterschritten wird [...]“.⁴⁴⁴ Es besteht jedoch kein Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre⁴⁴⁵ und das Ausgabe- und Rückgaberecht⁴⁴⁶ unterliegt selbst bei den Anlegeraktionären gewissen gesetzlichen und gegebenenfalls statutarischen Schranken.⁴⁴⁷

Der offenen Struktur der kollektiven Kapitalanlage entspricht es auch, dass die Aktien im Grundsatz frei übertragbar sein müssen. Die Statuten können bei Investmentgesellschaften mit variablem Kapital, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, lediglich vorschreiben, dass der Anlegerkreis auf im Sinne des

⁴³⁷ *Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al. (Fn. 427), Art. 42 KAG, N 8.

⁴³⁸ Art. 39, Art. 47 Abs. 1 KAG, Art. 55 Abs. 5 KKV. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴³⁹ Art. 40 Abs. 5 KAG. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴⁴⁰ „[...] Der Nettoinventarwert pro Anteil ergibt sich aus dem Verkehrswert der Anlagen, vermindert um allfällige Verbindlichkeiten, dividiert durch die Anzahl der im Umlauf befindlichen Anteile [...]“ (Art. 83 Abs. 2 KAG). Vgl. für Ausnahmen Art. 83 Abs. 2 KAG sowie für das Auskunftsrecht der Anleger Art. 84 KAG.

⁴⁴¹ *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 126.

⁴⁴² Art. 78 Abs. 2 KAG. Die Einzelheiten bei verschiedenen Anteilsklassen werden durch den Bundesrat geregelt (Art. 78 Abs. 3 KAG).

⁴⁴³ *Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al. (Fn. 427), Art. 42 KAG, N 8.

⁴⁴⁴ Art. 58 Abs. 2 KKV.

⁴⁴⁵ Art. 42 Abs. 3 KAG. Vgl. aber den Vorbehalt nach Art. 61 Abs. 1 KAG für Immobilienfonds.

⁴⁴⁶ Der Bundesrat kann insbesondere „[...] bei kollektiven Kapitalanlagen mit erschwerter Bewertung oder beschränkter Marktfähigkeit Ausnahmen vom Recht auf jederzeitige Rückgabe vorsehen [...] jedoch höchstens auf fünf Jahre aussetzen [...]“ (Art. 79 KAG). Die Rückzahlung kann zudem im Interesse der Gesamtheit der Anleger aufgeschoben werden (Art. 81 KAG).

⁴⁴⁷ Art. 42 Abs. 1 i. V.m. Abs. 3 i. V.m. Art. 78 bis 82 KAG.

Kollektivanlagengesetzes qualifizierte Anleger eingeschränkt ist.⁴⁴⁸ Wird die Zustimmung zur Übertragung verweigert, ist die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital allerdings zum Rückkauf der Aktien verpflichtet.⁴⁴⁹

Die Organisation der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital gleicht mit der Generalversammlung⁴⁵⁰ und dem Verwaltungsrat⁴⁵¹ jener der Aktiengesellschaft. Das Kollektivanlagengesetz verweist denn auch an den entsprechenden Stellen auf die einschlägigen Bestimmungen im Obligationenrecht.⁴⁵² Abweichungen zur Aktiengesellschaft bestehen insofern, als jährlich innerhalb von vier Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs die ordentliche Generalversammlung stattzufinden hat, der Verwaltungsrat aus mindestens drei und höchstens sieben Mitgliedern bestehen muss, die Delegation der Geschäftsführung nur bei einer statutarischen Grundlage zulässig ist, die geschäftsführenden Personen der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und deren Depotbank⁴⁵³ gegenseitig unabhängig sein müssen und die Administration nur an eine bewilligte Fondsleitung nach Art. 32 des Finanzinstitutsgesetz⁴⁵⁴ delegiert werden darf. Die Investmentgesellschaft für variable Kapitalanlagen muss zudem zwingend über eine Prüfgesellschaft i. S. v. Art. 126 ff. KAG und nicht nur über eine ordentliche Revisionsstelle verfügen.⁴⁵⁵

k) Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KmGK) ist eine Gesellschaft, deren ausschliesslicher Zweck in der kollektiven Kapitalanlage besteht und auf die, sofern das KAG nichts anderes bestimmt, die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft zur Anwendung gelangen. Komplementäre müssen Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz und Kommanditäre qualifizierte Anleger nach Art. 10 Abs. 3 oder 3ter KAG sein.

Bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen handelt es sich um eine geschlossene kollektive Kapitalanlage⁴⁵⁶ nach dem Kollektivanlagengesetz.⁴⁵⁷ Ihr *ausschliesslicher* Zweck besteht in der kollektiven Kapitalanlage, wo-

⁴⁴⁸ Art. 40 Abs. 3 KAG.

⁴⁴⁹ Art. 40 Abs. 3 i. V. m. Art. 82 Abs. 2 KAG.

⁴⁵⁰ Zulässig sind auch Abstimmungen auf dem Korrespondenzweg (vgl. Art. 43 Abs. 2 lit. e KAG).

⁴⁵¹ Art. 51 KAG.

⁴⁵² Vgl. Art. 50 Abs. 3 und Art. 51 Abs. 6 KAG.

⁴⁵³ Siehe hierzu Art. 72 ff. KAG.

⁴⁵⁴ FINIG, SR 954.1.

⁴⁵⁵ Art. 52 und Art. 126 ff. KAG.

⁴⁵⁶ Zum Begriff der kollektiven Kapitalanlage vgl. Art. 7 KAG und zum Begriff der geschlossenen kollektiven Kapitalanlage Art. 9 KAG.

⁴⁵⁷ Neben der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen existiert die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) als weitere Form für geschlossene kollektive Kapitalanlagen, die allerdings keine eigene Rechtsform, sondern eine Unterart der Aktiengesellschaft ist (vgl. Art. 110 ff. KAG und oben unter II. 2. f)).

bei die Anlagen der Gesellschaft im Grundsatz⁴⁵⁸ in Risikokapital zu erfolgen haben.⁴⁵⁹ In Anlehnung an die Kommanditgesellschaft haftet wenigstens ein Mitglied als Komplementär unbeschränkt, während die anderen Mitglieder als Kommanditäre nur bis zur Höhe der Kommanditsumme haften.⁴⁶⁰ Aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit kommen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kommanditgesellschaft generell zur Anwendung, sofern das KAG punktuell nichts anderes bestimmt.⁴⁶¹ Dennoch handelt es sich bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen um eine eigene Rechtsform und nicht um eine Unterart der Kommanditgesellschaft.⁴⁶²

Die Qualifikation als eigene Rechtsform ergibt sich vor allem aus dem von der Kommanditgesellschaft abweichenden Gesellschafterkreis:

- Anders als bei der Kommanditgesellschaft, bei der nur natürliche Personen als unbeschränkt haftende Mitglieder zulässig sind, *müssen* bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen die Komplementäre zwingend Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz sein.⁴⁶³ Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen entspricht somit *konzeptionell* der im angelsächsischen Raum verbreiteten „Limited Partnership“, allerdings mit dem Unterschied, dass sie nur für die kollektive Kapitalanlage verwendet werden darf.⁴⁶⁴ Sofern die als Komplementäre beteiligten Aktiengesellschaften über keine Bewilligung als Vermögensverwalter für kollektive Kapitalanlagen verfügen, dürfen sie nur in einer einzigen Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen als Komplementäre tätig sein.⁴⁶⁵
- Kommanditäre können nur qualifizierte Anleger im Sinne von Art. 10 Abs. 3 oder 3^{ter} KAG sein.

Gleich wie bei der nicht kaufmännischen Kommanditgesellschaft ist die Eintragung der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen im Handelsregister für die Entstehung konstitutiv.⁴⁶⁶ Anders als bei der Kommanditgesellschaft enthält das Kollektivanlagegesetz für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen zwingende Vorschriften zum Inhalt des schriftlich⁴⁶⁷ abzufassenden Gesellschaftsvertrags und des Prospekts. Erforderlich sind unter anderem in Anlehnung an die Statuten der SICAV Angaben über „[...] die Anlagen, die Anlagepolitik, die Anlagebeschränkungen, die Risikoverteilung, die mit der Anlage

⁴⁵⁸ „[...] Der Bundesrat kann auch andere Anlagen zulassen [...]“ (Art. 103 Abs. 2 KAG).

⁴⁵⁹ Art. 103 Abs. 1 KAG.

⁴⁶⁰ Art. 98 Abs. 1 i. V. m. Art. 103 KAG.

⁴⁶¹ Art. 99 KAG.

⁴⁶² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 128.

⁴⁶³ Art. 98 Abs. 2 KAG.

⁴⁶⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 130.

⁴⁶⁵ Art. 98 Abs. 2 KAG.

⁴⁶⁶ Art. 100 Abs. 1 KAG.

⁴⁶⁷ Art. 102 Abs. 2 KAG.

verbundenen Risiken sowie die Anlagetechniken, die Delegation der Geschäftsführung sowie die Vertretung [und] den Beizug einer Depot- und Zahlstelle [...]“.⁴⁶⁸

Auch hinsichtlich des Konkurrenzverbotes bestehen Abweichungen zur Kommanditgesellschaft. So dürfen bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen die Kommanditäre von Gesetzes wegen ohne Zustimmung der Komplementäre andere Geschäfte betreiben oder sich an anderen Unternehmen beteiligen.⁴⁶⁹ Und die Komplementäre dürfen, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt,

„[...] ohne Zustimmung der [...] Kommanditäre für eigene und für fremde Rechnung andere Geschäfte betreiben und sich an anderen Unternehmen beteiligen, sofern dies offen gelegt wird und die Interessen der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen dadurch nicht beeinträchtigt werden [...]“.⁴⁷⁰

Diese im Vergleich zu den Personenhandelsgesellschaften weniger strengen Regelungen waren erforderlich, damit die Anlagetätigkeit der Anleger nicht durch ein Konkurrenzverbot eingeschränkt und die Investition in eine Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen unattraktiv wurde.⁴⁷¹

Im Gesellschaftsvertrag kann zudem vorgesehen werden, dass der Komplementär unter Vorbehalt der für die Kommanditgesellschaft geltenden Ausschlussregeln, über den Ein- und Austritt von Kommanditären beschließen kann.⁴⁷² Mehr noch, der Bundesrat kann gestützt auf Art. 82 KAG den Zwangsausschluss von Gesellschaftern vorschreiben und dadurch direkt in die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises eingreifen.

Auch bei den Informationsrechten der Kommanditäre bestehen Abweichungen zur Kommanditgesellschaft. So können diese jederzeit unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses der Portfoliogesellschaften Einsicht in die Geschäftsbücher nehmen.⁴⁷³ Die Kommanditäre haben zudem mindestens vierteljährlich Anspruch darauf, über den Geschäftsgang der Gesellschaft Auskunft zu erhalten.⁴⁷⁴ Ein wichtiger Unterschied zur Kommanditgesellschaft besteht sodann hinsichtlich der externen Kontrolle. Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen untersteht der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht⁴⁷⁵ und verfügt zwingend über eine Prüfgesellschaft im Sinne von Art. 126 KAG.

⁴⁶⁸ Art. 102 Abs. 1 lit. h bis j KAG. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 132.

⁴⁶⁹ Art. 104 Abs. 1 KAG. Vgl. zur Frage der dispositiven Natur von Art. 104 Abs. 1 KAG *du Pasquier/Poskriakov*, in: Bösch et al. (Fn. 427), Art. 104 KAG, N 5.

⁴⁷⁰ Art. 104 Abs. 2 KAG.

⁴⁷¹ BBl 2005, S. 6395 ff., 6424.

⁴⁷² Art. 105 Abs. 1 und 2 KAG.

⁴⁷³ Art. 106 Abs. 1 KAG.

⁴⁷⁴ Art. 106 Abs. 2 KAG.

⁴⁷⁵ FINMA.

3. Neue und wiederentdeckte Rechtsformen

Seit dem Inkrafttreten des Kollektivanlagengesetzes am 1.1.2007 sind in der Schweiz keine neuen bundesprivatrechtlichen Rechtsformen mehr hinzugekommen. Mit der Einführung der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen wurde die zuvor neun bundesprivatrechtlichen Rechtsformen um zwei ergänzt.⁴⁷⁶

Falls es in der Schweiz Rechtsformen gibt, die als „wiederentdeckt“ qualifiziert werden könnten, dann gehört die Genossenschaft sicherlich dazu. Die Bestandszahlen sind zwar seit mehreren Jahrzehnten sinkend.⁴⁷⁷ Dennoch wird die Genossenschaft immer wieder als Alternative zur Kapitalgesellschaft in Erwägung gezogen und tatsächlich auch eingesetzt. Das betrifft insbesondere Geschäftsmodelle der Sharing Economy und generell solche, bei denen nicht der Kapitalgewinn, sondern die direkte Förderung wirtschaftlicher oder ideeller Ziele im Vordergrund steht.⁴⁷⁸

Die Genossenschaft kann aber auch in einem negativen Sinne als wiederentdeckte Rechtsform betrachtet werden. So wurden vor allem die Großgenossenschaften in den letzten Jahren nicht von Skandalen verschont, deren Ursache teilweise in einer vermeintlich unzureichenden Governance erkannt wurde.⁴⁷⁹ Die Großgenossenschaften haben sich zudem in eine Richtung entwickelt, die mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers teilweise nur noch schwer in Übereinstimmung gebracht werden können. Es bestehen deswegen auch an mehreren Stellen Diskrepanzen zwischen dem historisch ausgelegten Gesetzesrecht und der gelebten und akzeptierten Praxis.⁴⁸⁰ Diese Entwicklungen und der Reformstau im Genossenschaftsrecht⁴⁸¹ haben nun auch zu ihrer Wiederentdeckung in der Politik und zu entsprechenden Reformforderungen geführt.⁴⁸²

Zu beachten ist zudem, dass die bestehenden Rechtsformen immer wieder für neue Einsatzzwecke entdeckt und verwendet werden. Dies ist möglich, weil die schweizerischen Rechtsformen generell weite Gestaltungspielräume und Einsatzmöglichkeiten erlauben. Sie können daher oft ohne Interventionen des Gesetzgebers für neue Bedürfnisse nutzbar gemacht werden. Das trifft in jüngster Zeit etwa auf die Verwendung von Aktiengesellschaften als Special Purpose Acquisi-

⁴⁷⁶ Vgl. zum Ganzen *Forstmoser* (Fn. 413), S. 80.

⁴⁷⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 180.

⁴⁷⁸ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 186 sowie etwa die Zweckartikel der „Mobility Genossenschaft“ und der „Project R Genossenschaft“, abrufbar unter <www.zefix.ch> (25.11.2024).

⁴⁷⁹ Vgl. hierzu etwa Medienmitteilung der FINMA vom 14.6.2018, Raiffeisen mit schwerwiegenden Mängeln bei Corporate Governance, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2018/06/20180614-mm-raiffeisen/>> (25.11.2024).

⁴⁸⁰ Vgl. hierzu nachfolgend unter D. sowie *Forstmoser et al.*, REPRAX 2 (2012), 1, *passim* und *Troxler* (Fn. 326), N 174 ff. und 198 ff.

⁴⁸¹ Vgl. hierzu nachfolgend unter D.

⁴⁸² Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 196.

tion Company (SPAC)⁴⁸³ oder die (versuchte) Strukturierung von Decentralized Autonomous Organizations (DAO) als Verein⁴⁸⁴ zu.

4. Reformbedarf

Zahlreiche Rechtsformen wurden in den letzten Jahren teilweise grundlegend revidiert. Das trifft insbesondere auf die Aktiengesellschaft,⁴⁸⁵ die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁴⁸⁶ und die Stiftung⁴⁸⁷ zu.

Diese Reformen führten punktuell auch zu Anpassungen bei den anderen Rechtsformen.⁴⁸⁸ Zahlreiche Änderungen erfassten zudem mehrere Rechtsformen durch rechtsformenübergreifende Regulierungsprojekte in den Bereichen des Rechnungslegungs-, Revisions-, Firmen- und Handelsregisterrechts, der Transparenz, der nichtfinanziellen Berichterstattung und der Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Kinderarbeit und Konfliktmineralien.⁴⁸⁹ Am Verein und den Personengesellschaften sowie auch an den Kernbestimmungen der Kommanditaktiengesellschaft zogen die meisten dieser Revisionsvorhaben aber nahezu spurlos vorbei.

So wurde das Vereinsrecht seit dem Erlass des ZGB nur punktuell revidiert. Die Änderungen betrafen dabei vor allem Aspekte mit Drittwirkung, wie etwa die bereits erwähnte Pflicht für bestimmte Vereine, sich im Handelsregister eintragen zu lassen⁴⁹⁰ und ein Mitgliederverzeichnis zu führen,⁴⁹¹ aber auch die grundsätzliche Unterstellung unter das rechtsformenübergreifende⁴⁹² Rechnungslegungs- und Revisionsrecht,⁴⁹³ die Regelungen zur Beseitigung von Mängeln in der Organisation⁴⁹⁴ oder auch zu den Verhaltenspflichten der Organe bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.⁴⁹⁵

⁴⁸³ Vgl. hierzu <<https://www.six-group.com/de/products-services/the-swiss-stock-exchange/listing/equities/ipo/spac.html>> (25.11.2024).

⁴⁸⁴ Was dann auch als „Decentralized Autonomous Association (DAA)“ bezeichnet wird. Vgl. hierzu <<https://www.mme.ch/de-ch/magazin/artikel/decentralized-autonomous-association-daa>> (25.11.2024). Gegen die Verwendung des Vereins als Rechtsform für eine DAO spricht allerdings der Grundsatz des einheitlichen Sitzes nach Art. 56 ZGB (vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 10 sowie *Jutzi/Ambühl*, Fintech und DLT, 2023, Rn. 498).

⁴⁸⁵ BBl 2017, S. 399 ff.; vgl. hierzu auch *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 7 ff.

⁴⁸⁶ BBl 2007, S. 1589 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 10 N 90 f.

⁴⁸⁷ BBl 2021, S. 2992 ff.

⁴⁸⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 10 N 61 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 10 N 92 ff.

⁴⁹⁰ Art. 61 ZGB.

⁴⁹¹ Art. 61a ZGB.

⁴⁹² Im Einzelnen bestehen durchaus rechtsformenabhängige Unterschiede, etwa für den Verein hinsichtlich der Rechnungslegung oder bei den Personengesellschaften hinsichtlich der fehlenden Revisionspflicht.

⁴⁹³ Art. 69a f. ZGB.

⁴⁹⁴ Art. 69c ZGB.

⁴⁹⁵ Art. 69d ZGB.

Die einfache Gesellschaft wurde zuletzt im Zuge der Schaffung des ZGB und der damit verbundenen partiellen Revision des Obligationenrechts von 1881, die 1912 in Kraft getreten ist, revidiert. Im Kern beruht die einfache Gesellschaft aber noch weitgehend auf dem OR von 1881.⁴⁹⁶ Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wurden demgegenüber erst im Rahmen der 1936 in Kraft getretenen Revision modernisiert. Auch sie beruhen aber noch weitgehend auf dem OR von 1881.⁴⁹⁷ Die Kommanditaktiengesellschaft basiert hinsichtlich der vom Aktienrecht abweichenden Sonderregelungen noch weitgehend auf dem Recht von 1936. Durch die dynamischen Verweise auf das Aktienrecht wurde sie aber freilich indirekt von den aktienrechtlichen Revisionen erfasst.

Der größte Reformbedarf dürfte derzeit aber nicht bei diesen letzteren Rechtsformen, sondern bei der Genossenschaft bestehen, das seit der Gesellschaftsrechtsrevision von 1936 nicht mehr grundlegend angepasst wurde.⁴⁹⁸ Bei dieser letzten grundlegenden Revision wurde die Genossenschaft bewusst als „Antithese“ zur Aktiengesellschaft ausgestaltet.⁴⁹⁹ Es sollten sich nur noch Unternehmen oder Organisationen in der Rechtsform der Genossenschaft konstituieren können, die nach den Vorstellungen der damaligen Genossenschaftsdoktrin als echte Genossenschaften betrachtet werden konnten.⁵⁰⁰ Man verfolgte damit aber nicht nur ideologische Ziele, sondern wollte auch Rechtsumgehungen verhindern, die in Anbetracht der gleichzeitigen Verschärfung des Aktienrechts ohne Anpassungen im Genossenschaftsrecht zu erwarten gewesen wären.⁵⁰¹ Die scharfe Trennung zwischen Genossenschaft und Aktiengesellschaft sollte zudem auch die staatliche Förderung und steuerrechtliche Privilegierung der Genossenschaft erleichtern.⁵⁰²

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Änderungen im Steuerrecht, aber letztlich vor allem die „normative Kraft des Faktischen“⁵⁰³ haben seit 1936 allerdings zahlreiche Entwicklung in der Praxis zugelassen, die nur noch schwer mit diesen historischen Zielsetzungen des Gesetzgebers und dem Gesetzeswortlaut in Übereinstimmung gebracht werden können.⁵⁰⁴ So sind heute völlig beitragslose Genossenschaften möglich, obschon die Genossenschaft nach den Vorstellungen

⁴⁹⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des ZGB und der damit verbundenen partiellen Revision des OR von 1881 *Gauch/Stöckli*, in: *Gauch/Stöckli*, OR Schweizerisches Obligationenrecht, 54. Aufl. 2022, Einleitung, S. XXXVIII–XLII, S. XXXVIII ff.

⁴⁹⁷ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des OR von 1936 *Gauch/Stöckli* (Fn. 496), S. XXXVIII ff. sowie zur Revision des Rechts der Kollektivgesellschaft *Siegwart* (Fn. 93), S. XI und 242 f.

⁴⁹⁸ *Forstmoser*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 210 f. Vgl. *Forstmoser*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 254, 275, der bereits Ende der 1990er Jahre diesbezüglich von einer „[...] Pen- denz des schweizerischen Gesetzgebers [...]“ gesprochen hat.

⁴⁹⁹ Vgl. oben unter II.2. i).

⁵⁰⁰ *Troxler* (Fn. 326), N 325 ff.

⁵⁰¹ *Troxler* (Fn. 326), N 145.

⁵⁰² *Troxler* (Fn. 326), N 128, 161.

⁵⁰³ *Forstmoser*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 215.

⁵⁰⁴ *Forstmoser et al.*, REPRAX 2 (2012), 1, *passim*; *Troxler* (Fn. 326), N 174, 198 ff. Vgl. auch *Forstmoser*, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 210 ff.

des historischen Gesetzgebers und der Legaldefinition in Art. 828 OR Selbsthilfegemeinschaften mit Treuepflichten der Genossenschafter sein sollten.⁵⁰⁵ Selbst die völlige Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern im Bereich des genossenschaftlichen Zweckgeschäftes wird toleriert.⁵⁰⁶ Bei Großgenossenschaften existieren zudem zahlreiche Governance-Probleme, die insbesondere durch das zwingende Kopfstimmprinzip verursacht werden.⁵⁰⁷ Schon aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber die sinnvollen oder faktisch nicht mehr umkehrbaren Entwicklungen in das Gesetz überführen und gleichzeitig einige noch korrigierbare Fehlentwicklungen ausbessern.⁵⁰⁸ Letzteres trifft insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Mindestmitgliederzahl zu.⁵⁰⁹

5. Erweiterungsbedarf

a) Problemerkfassung

Mit dem *numerus clausus*⁵¹⁰ der Rechtsformen⁵¹¹ ist die naheliegende Frage verbunden, ob das zur Verfügung stehende Portfolio an Rechtsformen ausreicht, um alle legitimen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Organisationsbedürfnisse abzudecken.⁵¹² Die Berechtigung dieser Frage wird einerseits in der rechtshisto-

⁵⁰⁵ Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 214 ff. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 65, 77, 83; BGE 93 II 30, E. 2. Vgl. Aber das *obiter dictum* in BGE 138 III 407, E. 2.5.1.

⁵⁰⁶ Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 216; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 28, 65.

⁵⁰⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 65, 139 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. zum Reformbedarf und zur Reformvorschlägen insbesondere Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 210 f. für eine umfassenden Zusammenstellung der Reformvorschläge in Wissenschaft, Politik und Tagespresse sowie zum Ganzen *passim*.

⁵⁰⁹ Forstmoser, in: FS Handschin (Fn. 319), S. 205, 224 f.

⁵¹⁰ Forstmoser (Fn. 413), *passim*; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 11 N 2. Siehe zum *numerus clausus* aus einer rechtsdogmatischen, rechtsvergleichenden, rechtsökonomischen und rechtspolitischen Perspektive Fleischer, ZGR 2023, 261 ff. sowie nachfolgend unter III.2.d).

⁵¹¹ Vgl. hierzu Fleischer, ZGR 2023, 261, 263: „[...] Es empfiehlt sich, ausschließlich von einem *numerus clausus* von Rechts- oder Gesellschaftsformen und nicht von einem solchen gesetzlichen Gesellschaftstypen zu sprechen. Der Ausdruck ‚Typus‘ sollte vielmehr den Erscheinungsformen der Rechtspraxis, z. B. Familiengesellschaft, sowie den gesetzlichen Leitbildern, z. B. typische oder atypische KG, vorbehalten bleiben [...]“. So schon von Steiger, in: von Steiger (Fn. 58), S. 239 f. Vgl. zur Typologie im Gesellschaftsrecht *ders.*, a. a. O., S. 301 ff. Im Ergebnis gleich und zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „Gesellschaftstypen“ auch Weber (Fn. 34), S. 78 f. Ein eigentlicher Typenzwang besteht dann auch in der Schweiz nicht – oder jedenfalls nur sehr eingeschränkt und in der Praxis stark relativiert durch die gesetzlichen Ausschlüsse bestimmter Kombinationen von Zweck, Mittel und Tätigkeit, etwa die Bildung einer „gewinnstrebigen Genossenschaft“. Es handelt sich dann aber nicht um eine Einschränkung, die sich aus dem „Typus“ ergibt, sondern aus dem Begriff der Rechtsform selbst bzw. dem zwingenden Gesetzesrecht (vgl. in diesem Sinne Meier-Hayoz/Schluemp/Ott, ZSR 1971, 1. Halbband, 293, 318 f.; Jung, in: Handschin (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 110 ff. und zum deutschen Recht Fleischer, ZGR 2023, 261, 268).

⁵¹² Vgl. zum *numerus clausus* auch Kunz, SJZ 2008, 557, 559 ff.

rischen Perspektive erkennbar: So wurde die Zahl der zulässigen *bundesprivatrechtlichen* Rechtsformen seit dem Obligationenrecht von 1881 laufend erweitert: zunächst durch die Einführung des Zivilgesetzbuches (Stiftungen), dann durch die Revision des Gesellschaftsrechts von 1936 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und alsdann durch die Einführung des KAG (Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und Investmentgesellschaft mit variablem Kapital). Es existierten zudem Bestrebungen zur Einführung einer *Personengesellschaft mit beschränkter Haftung*, einer *Partnerschaftsgesellschaft* für freie Berufe,⁵¹³ zur Zulassung *juristischer Personen als unbeschränkt haftende Mitglieder* der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, einer *privaten Aktiengesellschaft* für überschaubare und personenbezogene Verhältnisse sowie eines *Trusts* nach schweizerischem Recht.⁵¹⁴ Aufgehoben wurden demgegenüber seit dem OR von 1881 *keine* bundesprivatrechtlichen Rechtsformen.⁵¹⁵ In der Tendenz ist folglich eine stetige Erweiterung des Portfolios an Rechtsformen und somit der Handlungsfreiheiten zu verzeichnen. Rückschauend waren die Gestaltungsfreiheiten damit eher zu eng als zu weit.

Die Berechtigung dieser Frage verdeutlicht sich aber auch aus rechtsvergleichender Perspektive: So existieren zahlreiche auch wirtschaftlich bedeutende ausländische Rechtsformen ohne Äquivalente in der Schweiz.⁵¹⁶ Zu denken ist etwa an Personenhandlungsgesellschaften mit juristischen Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter,⁵¹⁷ an Kapitalgesellschaften mit variablem Kapital für unternehmerische Tätigkeiten⁵¹⁸ oder an Kapitalgesellschaften ohne (relevantes) Mindestgrundkapital.⁵¹⁹ Mit dem Kollektivanlagengesetz wurden denn auch mit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und der Kommanditgesellschaft

⁵¹³ Vgl. zu den Möglichkeiten der Verwendung der Aktiengesellschaft für die freiberufliche Tätigkeit *Jung*, in: Handschin (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 128 ff.

⁵¹⁴ Siehe hierzu und zum Ganzen *Forstmoser*, in: FS Nobel (Fn. 413), S. 86 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 10, 13 m.w.H. und *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 585. Vgl. zu den vorgeschlagenen neuen Rechtsformen auch *Ger mann*, Die personalistische AG und GmbH, 2015, S. 133 ff. sowie *Kunz* (Fn. 156), N 227 ff.

⁵¹⁵ *Forstmoser* (Fn. 476), S. 88. Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 11: „[...] Allgemein ist dazu festzuhalten, dass für die Streichung etablierter Rechtsformen solange kein Anlass besteht, als an solchen ein (wenn auch vielleicht geringes) praktisches Bedürfnis besteht und keine Missbräuche vorkommen. Die – populäre – Kürzung von Gesetzen hätte in diesen Fällen nicht etwa grössere Freiheit für Private zur Folge, sondern im Gegenteil eine Einschränkung ihrer Wahlmöglichkeiten [...]“.

⁵¹⁶ Vgl. für einen Überblick zu neueren, außerhalb der Schweiz entstandenen Rechtsformen *Fleischer*, NZG 2022, 827, *passim*.

⁵¹⁷ So etwa die GmbH & Co. KG nach deutschem Recht (vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 12 ff., § 14 N 15 ff., § 18 N 63).

⁵¹⁸ So etwa die *Société à responsabilité limitée (SARL) à capital variable* nach französischem Recht, die eine Unterart der gewöhnlichen SARL darstellt, abrufbar unter <<https://bpfcreation.fr/quest-ce-quune-sarl-a-capital-variable>> (25.11.2024).

⁵¹⁹ So etwa die Unternehmergesellschaft (UG) nach deutschem Recht, die eine Sonderform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung darstellt (<<https://www.fuer-gruender.de/wissen/>

für kollektive Kapitalanlagen zwei neue Rechtsformen nach ausländischen Vorbildern, der SICAV nach luxemburgischem Recht⁵²⁰ und der Limited Partnership nach angelsächsischem Recht, in der Schweiz eingeführt.⁵²¹

Ob ein aktueller praktischer Erweiterungsbedarf der Rechtsformen in der Schweiz besteht, ist mit dieser Feststellung freilich nicht geklärt. Die Antwort darauf hängt entscheidend davon ab, wie flexibel die zur Verfügung stehenden Rechtsformen sind,⁵²² ob also die in anderen Rechtsordnungen allenfalls nur durch spezifische Rechtsformen erfüllbaren Organisationsbedürfnisse in der Schweiz bereits mit den bestehenden Rechtsformen ausreichend befriedigt werden können. Tatsächlich sind nicht nur die Personengesellschaften, sondern auch die Körperschaften einschließlich der Aktiengesellschaft in der Schweiz sehr dehnbar und an die Anforderungen der Praxis anpassbare Rechtsgefäße.⁵²³ Im Ausgangspunkt steht denn auch im Gesellschaftsrecht gleich wie im übrigen Privatrecht die Privatautonomie.⁵²⁴ Gesellschaftsrechtliche Vorschriften sind im Zweifelsfall dispositiv und nicht zwingend.⁵²⁵ Die Gestaltungsfreiheiten werden zudem durch die Überlagerung der organisationsrechtlichen Strukturen mit vertraglichen Vereinbarungen⁵²⁶ oder auch durch die Möglichkeit sogenannter Doppelgesellschaften⁵²⁷ – soweit diese gesetzlich zulässig sind⁵²⁸ – erweitert. Zu beachten sind zudem auch die Nutzungsmöglichkeiten ausländischer Rechtsformen innerhalb der kollisionsrechtlichen Grenzen.⁵²⁹ Gleichwohl lassen sich nicht alle im Ausland bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten in der Schweiz realisieren. Vorderhand

existenzgründung-planen/recht-und-steuern/rechtsform/unternehmergesellschaft/> (25.11.2024)) oder die britische Limited (Ltd.) (vgl. hierzu *Forstmoser* (Fn. 413), 84).

⁵²⁰ BBl 2005, S. 6420.

⁵²¹ BBl 2005, S. 6423.

⁵²² Vgl. hierzu auch *Fleischer*, NZG 2022, 827, 835 „[...] Theoretisch genügt eine einzige Rechtsform, sofern ihr Regelungsrahmen hinreichend flexibel und geschmeidig ist [...]“.

⁵²³ Vgl. hierzu *Bühler*, GesKR 2013, 541, 542; *Forstmoser* (Fn. 413), 79 f.; *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, 2015; *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 79 und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 11.

⁵²⁴ Siehe hierzu *Taisch/Troxler*, AJP 2013, 407, 417 sowie zu den gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen bzw. Sonderheiten insbesondere hinsichtlich der Rechtsgestaltung durch Mehrheitsbeschlüsse *Bühler*, GesKR 2013, 541, 546 m. w. H.

⁵²⁵ Vgl. hierzu *Bühler*, GesKR 2013, 541, 542 m. w. H.; *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 56, 79 für die Aktiengesellschaft. Kritisch dazu *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 61 ff. für die Aktiengesellschaft, bei der vom Grundsatz des zwingenden Charakters mit ausnahmsweisen Freiräumen auszugehen sei und die Gestaltungsfreiheit nicht zu vermuten sei.

⁵²⁶ Siehe hierzu eingehend *Forstmoser/Küchler*, Aktionärsbindungsverträge, 2015.

⁵²⁷ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 153 f.

⁵²⁸ So können bspw. juristische Personen nicht unbeschränkt haftendes Mitglied einer Personenhandelsgesellschaft sein.

⁵²⁹ Vgl. hierzu Art. 150 ff. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291). Vgl. insbesondere auch die Sonderanknüpfungen in Art. 156 ff. IPRG. Bemerkt sei, dass die „Centros-Rechtsprechung“ des Europäischen Gerichtshofs im Grundsatz für die Schweiz als Drittstaat nicht gilt (*Forstmoser* (Fn. 413), 82 ff.).

könnte sich daher eine Erweiterung der Rechtsformen trotz der bestehen Gestaltungsspielräume als opportun erweisen, um sogenannte „[...] ‘mismatch costs’, die darin bestehen, dass die Beteiligten ihre individuellen Gestaltungsvorstellungen nicht verwirklichen können und auf weniger passende gesetzliche Gussformen ausweichen müssen [...]“ zu vermeiden.⁵³⁰

Eine vollständige Analyse des Erweiterungsbedarfs kann an dieser Stelle freilich nicht erfolgen. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht die Essenz der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen, auf die nachfolgend kurz eingegangen wird, zum einen in der Notwendigkeit des zwingenden Rechts im Bereich des Organisationsrechts. Das verdeutlicht sich vor dem Hintergrund, dass Rechtsformen im Kern unterschiedliche, verbindliche Kombinationen nicht nur dispositiver, sondern gerade auch zwingender Vorschriften sind. Zum anderen stellt sich das Problem der optimalen Zahl bzw. des optimalen Umfangs des *numerus clausus* an Rechtsformen.

b) Die Rolle des zwingenden Rechts

Die Rolle des zwingenden Rechts und des Formenzwangs⁵³¹ wird rechtsdogmatisch in der Rechtssicherheit und insbesondere im Verkehrs-, Dritt- und Minderheitenschutz sowie in der Ordnungs-, Orientierungs- und Legitimierungsfunktion gesehen.⁵³² Damit wird im Ergebnis aber vielfach nur die Begründung und Rechtfertigung der Notwendigkeit zwingender Vorschriften verschoben bzw. durch die Annahme, dass zwingende Vorschriften aus den genannten Gründen erforderlich sind, verdrängt.

Ein schärferes Bild gewinnt man dagegen, wenn zunächst die Frage gestellt wird, welche Aspekte der Rechtsformen alleine mit vertraglichen Mitteln nachkonstruiert werden könnten.⁵³³ Rechtsformen, insbesondere solche mit einer eigenen juristischen Persönlichkeit, erzeugen Rechtsfolgen und Rechtswirkungen, die nicht nur gegenüber rechtsgeschäftlich mit der Gesellschaft verbundenen internen und externen Personen wirken, sondern auch gegenüber Dritten. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der nachfolgend noch vertieft zu besprechenden

⁵³⁰ Vgl. hierzu *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 275 zum amerikanischen Recht mit Verweis auf *Kobayashi/Ribstein*, 9 J.L. Econ. & Pol’y 521 (2013); sowie *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 283 zur analogen Problematik im Sachenrecht.

⁵³¹ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.2.d).

⁵³² *Bühler*, GesKR 2013, 541, 542, 546 f.; *Forstmoser* (Fn. 413), S. 79; *Jung* (Fn. 87), § 3 N 110; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 8 f.; *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 591 ff.; *Weber* (Fn. 34), S. 82; *von Steiger* (Fn. 58), S. 240 f. Analog zum deutschen und europäischen Recht: *Hopt*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 123, 128 ff.; *Wiedmann*, ZGR-Sonderheft 13, 1997, 5, 7 ff. Auf die Missbrauchsverhinderungsfunktion des *numerus clausus* deutet auch die Entwicklung des liechtensteinischen Rechts hin. Der *numerus clausus* wurde dort erst 1980 zur Bekämpfung von Missbräuchen der zuvor praktisch schrankenlosen Gestaltungsfreiheiten eingeführt (vgl. hierzu *Forstmoser* (Fn. 413), S. 81).

⁵³³ Vgl. in diesem Sinne *Hansmann/Kraakman*, 110 Yale L.J. 387, 390 (2000).

starken Vermögensabschirmung juristischer Personen.⁵³⁴ Letztere erlaubt die Bildung gesonderter Vermögen („asset partitioning“⁵³⁵) und dergestalt auch die Verschiebung von Vermögenswerten vom persönlichen Vermögen eines Gesellschafters, das für die persönlichen Schulden dieses Gesellschafters haftet, in das Gesellschaftsvermögen, das nur für die Gesellschaftsschulden haftet.⁵³⁶ Die Gründung einer Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit und das Einbringen von Vermögenswerten in diese Gesellschaft entzieht somit den Privatgläubigern dieses Gesellschafters das zuvor bestehende Haftungssubstrat, obschon wirtschaftlich betrachtet bei der Einpersonengesellschaft der Gesellschafter und sonst die Gesamtheit der Gesellschafter gemeinschaftlich weiterhin „Eigentümer“ der betreffenden Vermögenswerte sind.⁵³⁷ Eine solche im Prinzip *erga omnes* wirkende Rechtsfolge der Gesellschaftsbildung und Vermögensverschiebung bzw. -abschirmung kann mit vertraglichen Mitteln alleine nicht nachgebildet werden.⁵³⁸ Generell lässt sich festhalten, dass einzelne Aspekte der juristischen Persönlichkeit alleine durch vertragliche Mittel nicht rekonstruiert werden können. Vor diesem Hintergrund verdeutlicht sich auch, dass Rechtsformen bzw. Gesellschaften entgegen Art. 530 Abs. 1 OR nicht rein vertragliche Gebilde sind, sondern sofern und soweit sich die Gesellschaftsbildung auch auf unbeteiligte Dritte auswirkt, eine organisationsrechtliche Komponente hinzutritt, die nur durch zwingendes Recht erzeugt werden kann.⁵³⁹

Eine greifbarere Begründung der Notwendigkeit zwingenden Rechts liefert zudem auch die Rechtsökonomik: Geht man von der Präsomtion aus, dass das Recht im Bereich des marktformigen Güter- und Leistungsaustausches und somit gerade auch im Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht nach Effizienzkriterien gestaltet sein sollte,⁵⁴⁰ kann die Regulierung durch zwingendes Recht dann geboten sein, wenn dies zur Verhinderung von Vertrags- bzw. Marktversagen erforderlich ist, wenn also ohne die regulatorischen Eingriffe wohlfahrtsökonomische Effizienzverluste eintreten würden.⁵⁴¹ Aus einer regulierungstheoretischen Perspektive kann zudem auch die (Markt-)Steuerungsfunktion des zwingenden Rechtes erwähnt werden, dass durch Eingriffe in den freien Markt bestimmte

⁵³⁴ Vgl. hierzu nachfolgend § 3 C. 2. B. cc.

⁵³⁵ *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 390.

⁵³⁶ Vgl. zum sog. Trennungsprinzip *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 115 ff.

⁵³⁷ Im Falle einer Betreibung kann zwar der Gesellschaftsanteil gepfändet und verwertet, nicht aber die Gesellschaft aufgelöst werden. Besonders klar hat dies der Gesetzgeber bei der Aktiengesellschaft herausgestellt. So hält Art. 680 Abs. 2 OR ausdrücklich fest: „[...] Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionäre nicht zu [...]“.

⁵³⁸ Vgl. hierzu unten bei Fn. 776.

⁵³⁹ Vgl. hierzu auch *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 390: „[...] This means that organizational law is much more important as property law than as contract law [...]“.

⁵⁴⁰ Vgl. hierzu *Schäfer*, in: Schäfer/Ott, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 1 ff.; *Ott*, in: Schäfer/Ott (Fn. 540), S. 25 ff.

⁵⁴¹ Vgl. hierzu etwa *Brunetti*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2021, S. 164 ff. So auch *Bühler*, GesKR 2013, 541, 546 m. w. H. in dortiger Fn. 64.

staatliche Ziele außerhalb der wohlfahrtsökonomischen Effizienz (bspw. Verteilungsziele) verwirklicht werden sollen.⁵⁴²

Damit eng verbunden ist die Frage, inwiefern durch die Verengung der Gestaltungsfreiräume durch das zwingende Recht eine Standardisierung erzeugt wird, welche die rechtliche Interaktion nicht nur der Gesellschafter, sondern aller Marktteilnehmer erleichtert und dergestalt die Transaktionskosten – eine typische Ursache des Vertrags- und Marktversagens – senkt.⁵⁴³ Deutlich zeigt sich dieser Effekt bspw. an Art. 680 Abs. 1 OR, wonach dem Aktionären außer den gesetzlich abschließend aufgeführten keine weiteren Pflichten – und nach der h. L. auch keine Treuepflicht⁵⁴⁴ – zukommt oder statutarisch auferlegt werden können.⁵⁴⁵ Diese Regelung erleichtert die Investition in eine Aktiengesellschaft und die Bildung eines liquiden sekundären Kapitalmarktes, da keine Notwendigkeit besteht, den mit der Investition verbundenen Pflichtenexus je Einzelfall zu prüfen.⁵⁴⁶

Die Frage, ob die in den Rechtsformen enthaltenen zwingenden Vorschriften aus dogmatischen, rechtsökonomischen oder anderen Gründen tatsächlich immer erforderlich sind, kann an dieser Stelle nicht in der erforderlichen Breite und Tiefe erörtert werden.⁵⁴⁷ Ungeachtet dessen erscheint es unbestreitbar, dass zwingendes Recht aus wohlfahrtsökonomischen Effizienzgründen oder wegen anderen Zielsetzungen in bestimmten Bereichen notwendig ist. Vor diesem Hintergrund ist weder eine universelle, frei gestaltbare Rechtsform, noch die Erweiterung des *numerus clausus*⁵⁴⁸ mit zusätzlichen Rechtsformen, noch die Ausdehnung der Gestaltungsspielräume der bestehenden Rechtsformen uneingeschränkt geboten.⁵⁴⁹

Unabhängig davon, mit welchen Mitteln die Gestaltungsfreiheiten erweitert werden, stellt sich vorab die Frage, ob dadurch die Umgehung von notwendigen, zwingenden Vorschriften ermöglicht wird. Besteht Einigkeit darüber, dass an einer Stelle zwingende Vorschriften zur Korrektur oder Verhinderung von Vertrags- oder Marktversagen oder aus anderen Gründen erforderlich sind, wäre es geradezu zu sinnwidrig, im Ergebnis die Umgehung dieser Vorschriften durch die Auswei-

⁵⁴² Vgl. hierzu auch *Bühler*, GesKR 2013, 541, 547.

⁵⁴³ Vgl. hierzu auch *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 282 f.

⁵⁴⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 246. Kritisch hierzu *von Steiger* (Fn. 58), S. 296, da die Treuepflicht nicht mit der Leistungspflicht gleichzusetzen ist.

⁵⁴⁵ *Weber* (Fn. 34), S. 83.

⁵⁴⁶ *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 43.

⁵⁴⁷ Siehe zu den „klassischen“ Gründen des zwingenden Rechts (Gläubigerschutz, Verkehrerschutz, Minderheitenschutz) *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 7 f. sowie *Bühler*, GesKR 2013, 541, *passim* und eingehend zu den dennoch bestehenden Gestaltungsfreiheiten im Gesellschaftsrecht *Häusermann* (Fn. 523), *passim*.

⁵⁴⁸ Vgl. zum *numerus clausus* nachfolgend § 3 B. IV.

⁵⁴⁹ Vgl. ähnlich auch *Bühler*, GesKR 2013, 541, 549 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 11. Grundsätzlich für eine Erweiterung des *numerus clausus* demgegenüber *Germann* (Fn. 514), S. 140: „[...] Artenvielfalt im Gesellschaftsrecht ist positiv zu beurteilen und führt zu einem gesunden Wettbewerb zwischen den verschiedenen Rechtsformen, was wiederum Revisionen, und damit legislatorische Perfektionierung vorantreibt. Insofern gilt: Variatio delectat [...]“ und *Forstmoser* (Fn. 413), S. 95 ff.

tung der Gestaltungsfreiheiten an anderer Stelle zu ermöglichen oder zu erleichtern. Die Ausdehnung der Gestaltungsfreiheiten – mit welchem Mittel auch immer – erscheint nur opportun, wenn dadurch nicht zugleich die Wirksamkeit erforderlicher zwingender Bestimmungen untergraben wird. Die Erweiterungen dürfen mit anderen Worten nicht zu Brüchen im bestehenden System der Rechtsformen führen – sofern die entsprechenden Regelungen als sinnvoll bzw. gerechtfertigt erachtet werden können.⁵⁵⁰

c) Die „optimale“ Zahl der zur Verfügung stehenden Rechtsformen

Vor diesem Hintergrund verdeutlichen sich auch einige Teilfunktionen des *numerus clausus* der Rechtsformen: Mit der Formenfixierung und dem Formenzwang kann sichergestellt werden, dass die an einer Stelle stipulierten zwingenden Vorschriften durch die Wahl einer anderen Rechtsform, die freie Kombination von Rechtsformen bzw. deren Element oder die privatautonome Bildung einer gänzlich neuen Rechtsform nicht umgangen werden können. Im Idealfall stellen Rechtsformen austarierte Kombinationen notwendiger zwingender und sinnvoller dispositiver Vorschriften dar, ohne dass sich die spezifischen Regulierungsziele durch an anderer Stelle gewährte Gestaltungsfreiheiten unterlaufen ließen.

Eine Erweiterung der zur Verfügung stehenden Rechtsformen erscheint deswegen nur opportun,⁵⁵¹ wenn dadurch keine zwingenden und notwendigen Vorschriften anderer Rechtsformen untergraben werden. Ist dies nicht der Fall, stellt sich aber auch die Frage, ob das angestrebte Ziel nicht auch durch eine Ausweitung der Gestaltungsspielräume der bestehenden Rechtsformen erreicht werden könnte. Eine solche Lockerung der bestehenden Schranken hätte den Vorteil, dass mit ein paar wenigen Rechtsformen tatsächlich alle praktischen Organisationsbedürfnisse abgedeckt werden könnten.⁵⁵² Das senkt zum einen die sogenannten Systemkosten, indem insbesondere das Handelsregister nicht überlastet wird.⁵⁵³

⁵⁵⁰ Dieser Zusammenhang wird gerade auch im historischen Kontext erkennbar. So konnte die mit der Gesellschaftsrechtsrevision von 1936 angestrebte Verschärfung des Aktienrechts nur erfolgreich sein, wenn zugleich die Umgehungsmöglichkeiten, welche die liberal gestaltete Genossenschaftsform im Obligationenrecht von 1881 bot, abgeschnitten wurden (vgl. hierzu oben unter II.2.i) und Troxler, (Fn. 326), N 105 ff.). Vgl. zur Befürchtung, dass mit der Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit der Reform von 1936 das Aktienrecht unterlaufen werden konnte Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 178 N 15. Vgl. zum Ganzen Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 11 N 11; Forstmoser (Fn. 413), S. 95 ff.; Bühler, GesKR 2013, 541, 550 und zur Umgehungsproblematik als „Rechtfertigung“ des *numerus clausus Fleischer*, ZGR 2023, 261, 262 f. mit Verweis auf Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 115 in dortiger Fn. 4.

⁵⁵¹ Vgl. zur in der Schweiz bestehenden Zurückhaltung bei der Einführung neuer Rechtsformen Forstmoser (Fn. 413), S. 94 f., der die Zurückhaltung selbst für nicht stichhaltig hält.

⁵⁵² Vgl. hierzu auch Fleischer, NZG 2022, 827, 835, wonach theoretisch eine einzige Gesellschaftsform genügen könnte.

⁵⁵³ Fleischer, ZGR 2023, 261, 285 f.

Zum andern sprechen auch Reputations- und Netzwerkeffekte gegen die Erweiterung des Portfolios an Rechtsformen.⁵⁵⁴

Gerade in einem kleinen Land wie der Schweiz dürfte der Ausbau der Gestaltungsfreiheiten innerhalb einer Rechtsform gegenüber der Erweiterung der Rechtsformen aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich vorzugswürdig sein. Schon heute zeigen sich nämlich erhebliche Unterschiede bei der wissenschaftlichen Durchdringung und der verfügbaren Rechtsprechung zu den einzelnen Rechtsformen⁵⁵⁵ – ein nicht optimaler Zustand, der durch eine Erweiterung der verfügbaren Rechtsformen noch verschärft werden könnte.⁵⁵⁶ Die Einführung zusätzlicher Rechtsformen wurde denn auch meist unter dem Postulat einer einfachen und übersichtlichen Rechtsordnung abgelehnt.⁵⁵⁷

Andererseits laufen Gestaltungsfreiheiten innerhalb einer Rechtsform der im Hinblick auf die Senkung der Transaktionskosten wünschbaren Standardisierung zuwider.⁵⁵⁸ Die Schaffung einer neuen Rechtsform und die damit verbundene Standardisierung erscheint gegenüber der Erweiterung des Gestaltungsspielraums einer bestehenden Rechtsform deswegen dann vorzugswürdig, wenn sich dadurch die Transaktionskosten senken lassen⁵⁵⁹ und zugleich eine derart große Nachfrage besteht, dass auch mit einer genügenden Bearbeitung der neuen Rechtsform in Wissenschaft und Gerichtspraxis zu rechnen ist. So hätte die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital auch durch Sondervorschriften im Aktienrecht, wie sie etwa für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien bestehen, sowie durch die generelle Option eines variablen Kapitals eingeführt werden können.⁵⁶⁰ Im Vergleich zu einer gesonderten Regelung hätte dies aber wohl zu höheren Folgekosten geführt, da fortan vor jeder Transaktion die konkrete Nutzung der Gestaltungsfreiheiten hätte überprüft werden müssen.⁵⁶¹

Sowohl zur Beantwortung der Frage der *Notwendigkeit des zwingenden Rechts* im Organisationsrecht als auch bei der Frage der *optimalen Zahl* der zur Verfügung stehenden Rechtsformen bietet sich somit aus einer rechtsökonomischen

⁵⁵⁴ Vgl. zur Rolle des Netzwerkeffektes im Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 285 m. w. H. in dortiger Fn. 170.

⁵⁵⁵ Das verdeutlicht sich sofort angesichts der Kommanditaktiengesellschaft. Die geringe Verbreitung führt nicht nur zu einer spärlichen Berücksichtigung in der Literatur, es existiert – soweit ersichtlich – auch kein in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts, der sich mit einer materiellen Frage des Kommanditaktiengesellschaftsrechts befasst. Vgl. in diesem Sinne auch *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 17 N 39.

⁵⁵⁶ Vgl. in diesem Sinne auch *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 291.

⁵⁵⁷ Vgl. hierzu *Forstmoser* (Fn. 413), S. 94 f.

⁵⁵⁸ Vgl. in diesem Sinne zur Begründung des sachenrechtlichen *numerus clausus* *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 282 m. w. H. in dortiger Fn. 151.

⁵⁵⁹ Vgl. in diesem Sinne im Kontext sachenrechtlicher Transaktionen auch *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 282 f.

⁵⁶⁰ Vgl. zum deutschen Recht *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 291.

⁵⁶¹ Angemerkt sei, dass sich das Problem wohl auch durch Firmenzusätze lösen ließe, bspw. AGv für eine Aktiengesellschaft mit variablem Kapital.

Perspektive die *Minimierung der Gesamtkosten* als Richtschnur an.⁵⁶² Letztere bestehen einerseits in den Ausweich- und Frustrationskosten der Parteien, wenn das Recht nur ungenügende Gestaltungsspielräume bereithält, und andererseits in den Informationskosten (und weiteren Transaktionskosten), die durch die Erweiterung der Gestaltungsfreiheiten entstehen und endlich in den Systemkosten, welche durch die Schaffung und handelsregisterrechtliche, administrative und gerichtliche „Betreuung“ neuer Rechtsformen mittelbar und unmittelbar entstehen.⁵⁶³

III. Ausgewählte Fragen zur Abgrenzung der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen

1. Vorbemerkungen

Die Rechtsformen werden in der Literatur überwiegend durch dogmatische Kriterien gegeneinander abgegrenzt.⁵⁶⁴ Dazu gehört die Unterscheidung zwischen *Anstalten* und *Gesellschaften*. Zu den Anstalten gehört – wie erwähnt – im Bundesprivatrecht nur die Stiftung mit ihren gesetzlichen Unterarten. Die Gesellschaften werden in zwei große Gruppen eingeteilt, die *Rechtsgemeinschaften* und die *Körperschaften*.⁵⁶⁵ Diese Unterscheidung knüpft an der Rechtszuständigkeit an, wodurch im Ergebnis gleichzeitig auch die Trennlinie zwischen Gesellschaften mit und solchen *ohne juristische Persönlichkeit* gezogen wird.⁵⁶⁶ Die Gesellschaften werden weiter in *Personen-* und *Kapitalgesellschaften*⁵⁶⁷ eingeteilt. Die Abgrenzung erfolgt hier nach der Art der Begründung der Mitgliedschaft. Bei den Kapitalgesellschaften ist die Mitgliedschaft untrennbar mit einer Einlage in das Eigenkapital oder einer Beteiligung am Eigenkapital der Gesellschaft verknüpft.⁵⁶⁸

⁵⁶² Anders *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 598, der von einem Kompromiss zwischen der Vereinigungsfreiheit und der Rechtssicherheit spricht: „[...] La solution la plus satisfaisante consiste évidemment à trouver un compromis entre ces deux objectifs contradictoires [...]“. Vgl. Zum Gesamtkostenminimierungsansatz auch *Merrill/Smith*, 110 (1) *Yale Law Journal* 1, 38 ff. (2000).

⁵⁶³ Vgl. in diesem Sinne für parallele Überlegungen im Sachenrecht sowie zur Übertragung dieser Überlegungen auf das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 283 ff., mit Verweis auf *Merrill/Smith*, 110 (1) *Yale Law Journal* 1, 35 ff. (2000).

⁵⁶⁴ Vgl. etwa *von Steiger* (Fn. 58), S. 242 ff.; *Weber* (Fn. 34), S. 51 ff.

⁵⁶⁵ Das Gesetz spricht demgegenüber von körperschaftlich organisierten Personenverbindungen (Art. 52 Abs. 1 ZGB) oder auch von körperschaftlichen Personenverbindungen (Marginalie zu Art. 60 ZGB).

⁵⁶⁶ *Egger* (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 10; *Weber* (Fn. 34), S. 58. Vgl. hierzu nachfolgend und zur Abgrenzung der juristischen Personen von den Personengemeinschaften nach Maßgabe der Rechtszuständigkeit ferner *Huber*, in: Bernischer Juristenverein, Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des Neuen Rechts, Bern 1910–1911, S. 25 ff.

⁵⁶⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 3 N 2 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. hierzu exemplarisch Art. 620 OR: Nach Abs. 1 handelt es sich bei der Aktiengesellschaft um eine Kapitalgesellschaft und nach Abs. 3 kann nur Aktionär sein, „[...] wer mit mindestens einer Aktie an der Gesellschaft beteiligt ist [...]“.

Bei den Personengesellschaften ist dies nicht der Fall.⁵⁶⁹ Eine weitere Einteilung wird durch die Unterscheidung von *personen-* und *kapitalbezogenen*⁵⁷⁰ Gesellschaften getroffen. Im Zentrum steht hier die Frage, ob ein Mitglied von den Regelungen der Rechtsform in seiner ganzen Persönlichkeit erfasst wird oder im Wesentlichen auf die Kapitalgeberrolle reduziert wird.⁵⁷¹ Die Gesellschaften werden sodann in solche mit *wirtschaftlicher* und *nicht wirtschaftlicher Zweckverfolgung* mit oder ohne *kaufmännisches Unternehmen* sowie nach den zulässigen *Tätigkeiten* eingeteilt.⁵⁷²

Diese Gliederungen erleichtern die systematische Erfassung des Gesellschaftsrechts und den Vergleich der einzelnen Rechtsformen und sind deswegen auch didaktisch wertvoll. Vor allem die Unterscheidung der zulässigen Zwecke, Mittel und Tätigkeiten hat zudem auch eine ganz konkrete praktische Bedeutung, weil nicht alle Kombinationen der möglichen Zwecke, Mittel und Tätigkeiten mit allen Gesellschaftsformen verwirklicht werden können.⁵⁷³

Die Bedeutung der genannten Unterscheidungen sollte aber nicht überschätzt werden. Trotz des *numerus clausus* und der damit verbundenen Formenfixierung gewährt das Schweizer Gesellschaftsrecht, wie die vorstehenden Ausführungen bereits gezeigt haben,⁵⁷⁴ ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit innerhalb der Rechtsformen.⁵⁷⁵ Eine Typenfixierung durch zwingendes Recht findet sich im schweizerischen Gesellschaftsrecht nur ausnahmsweise und auch dann nur punktuell, etwa beim Genossenschaftszweck.⁵⁷⁶

In der Praxis sind die Erscheinungsformen der Gesellschaften denn auch vielfältiger als die vorgenannte Kategorisierung suggerieren könnte. Eine Systematisierung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Problembereiche, die durch rechtliche Regulierungen vermieden oder abgeschwächt werden sollten, erfordert weitere Kategorisierungen, wie etwa nach der Anzahl der Mitglieder, der tatsächlichen Struktur und der wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Gesellschaften. Besonders augenfällig wird dies bei der Regulierung der *Corporate Governance*, deren zentrale Fragestellungen⁵⁷⁷ nur bedingt entlang der genannten dogmatischen Kategorien gegliedert werden können. So können Agency Kon-

⁵⁶⁹ Die Mitgliedschaft in einem Verein oder einer Genossenschaft setzt nicht zwingend eine Einlage in das Grundkapital der Gesellschaft voraus.

⁵⁷⁰ Jung (Fn. 87), § 3 N 14 ff.

⁵⁷¹ Jung (Fn. 87), § 3 N 14 ff. Vgl. zum Ganzen *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 9 f.

⁵⁷² *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4; *Weber* (Fn. 34), S. 61 ff.

⁵⁷³ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.c).

⁵⁷⁴ Vgl. II.2.

⁵⁷⁵ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 4.

⁵⁷⁶ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 4. Vgl. zur Unterscheidung zwischen Rechtsform und Typus insbesondere *Koller*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967 und *Meier-Hayoz/Schlupe/Ott*, ZSR 1971, 1. Halbband, 293, *passim*.

⁵⁷⁷ Siehe hierzu *Troxler*, recht 4/2018, S 205, 206 ff.

flikte und externe Effekte sowohl bei personen- als auch kapitalbezogenen Gesellschaften auftreten.

Die Systematisierung nach den genannten Kriterien verschleiert zudem auch die teilweise bestehenden und bereits erwähnten inneren Zusammenhänge zwischen den einzelnen Rechtsformen. So handelt es sich bei der einfachen Gesellschaft nicht um eine Subsidiärform, die dann zur Anwendung gelangt, wenn „[...] nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen [...]“.⁵⁷⁸ Vielmehr baut, wie gezeigt wurde, die Kollektivgesellschaft auf der einfachen Gesellschaft auf, die Kommanditgesellschaft auf der Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ihrerseits auf der Kommanditgesellschaft.⁵⁷⁹ Im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁵⁸⁰, der Genossenschaft⁵⁸¹, des Vereins⁵⁸² sowie der Stiftung⁵⁸³ und selbst im Recht der Personenhandelsgesellschaften⁵⁸⁴ finden sich sodann teils umfangreiche Verweise auf die Aktiengesellschaft. Und trotz der Formenfixierung sind rechtsformenübergreifende Analogieschlüsse nicht generell ausgeschlossen, sondern unter restriktiven Voraussetzungen zulässig.⁵⁸⁵ Die dargelegte Gliederung verstellt zudem den Blick darauf, dass der Gesetzgeber sich in den letzten Jahren einer vermehrt rechtsformenübergreifenden und an wirtschaftlichen Kriterien anknüpfenden Regulierung bedient hat.⁵⁸⁶ Das trifft etwa auf die Bereiche Rechnungslegung⁵⁸⁷, Revision⁵⁸⁸, Offenlegung⁵⁸⁹ sowie Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Konfliktmineralien und Kinderarbeit zu.⁵⁹⁰

Der Unterscheidung und Systematisierung der Gesellschaften nach den genannten dogmatischen Merkmalen wohnt zudem auch die Gefahr der Begriffsjurisprudenz inne. Mit den Kategorisierungen lassen sich die wenigsten Rechtsfragen klar und überzeugend beantworten.⁵⁹¹ Im Gegenteil, eine an den gebilde-

⁵⁷⁸ Art. 530 Abs. 2 OR. Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 41 f.

⁵⁷⁹ Siehe hierzu oben unter II.2.c)–e) und k).

⁵⁸⁰ Vgl. beispielhaft etwa Art. 774a, Art. 777c Abs. 2, Art. 781 Abs. 3 OR.

⁵⁸¹ Vgl. beispielhaft etwa Art. 831 Abs. 2; Art. 874 Abs. 2, Art. 893a OR.

⁵⁸² Art. 69, Art. 69b Abs. 3 ZGB.

⁵⁸³ Art. 83b Abs. 3, Art. 84a Abs. 4 ZGB.

⁵⁸⁴ Art. 581a OR.

⁵⁸⁵ So etwa die Heilungswirkung des Handelsregistereintrags, der zwar bei der Aktiengesellschaft, nicht aber bei der Genossenschaft gesetzlich geregelt ist, die aber bei beiden Gesellschaften gleichermaßen gilt (*Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 152). Vgl. zum Ganzen schon *Siegwart* (Fn. 93), Einleitung vor Art. 552, 553 OR, N 3 m.w.N. sowie *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 56 ff. und *Weber* (Fn. 34), S. 87.

⁵⁸⁶ Vgl. hierzu oben unter II.2.f) und *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625, N 61 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 19 N 198 ff.

⁵⁸⁷ Art. 957 ff. OR.

⁵⁸⁸ Art. 727 ff., Art. 764 Abs. 2, Art. 818, Art. 906 OR.

⁵⁸⁹ Art. 964a ff. OR.

⁵⁹⁰ Art. 964j ff. OR.

⁵⁹¹ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 97 im Kontext der Rechtspersönlichkeit von Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.

ten Begrifflichkeiten anknüpfende Argumentation kann formaljuristisch richtig sein und dennoch zu einem falschen oder fragwürdigen Ergebnis führen.⁵⁹²

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber zahlreiche Rechtsfragen, bei denen die genannten Kategorien relevant sein könnten, explizit geregelt hat.⁵⁹³ Das betrifft insbesondere die Annäherung der Personenhandelsgesellschaften an die Körperschaften.⁵⁹⁴

Nachfolgend wird deswegen auf eine systematische Vertiefung der obengenannten Differenzierungskriterien verzichtet und stattdessen auf *ausgewählte Aspekte* eingegangen, die sich im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Rechtsformen von anderen Rechtsverhältnissen (Abgrenzung gegen außen, 2.) sowie bei der Abgrenzung der Rechtsformen untereinander (Abgrenzung gegen innen, 3.) stellen. Im Zentrum stehen Kriterien, die für das Verständnis des Systems der privatrechtlichen Rechtsformen und deren praktische Einsatzbereiche hilfreich sind.

2. Abgrenzungen der Rechtsformen gegen außen

a) Abgrenzungen durch die Definition der Anstalt

Anstalten sind verselbständigte und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Vermögen, die einem besonderen Zweck gewidmet sind.⁵⁹⁵ Sie haben keine Mitglieder, aber eigene Organe und dienen besonderen – in der Regel gemeinnützigen – Zwecken, die in den Gründungsurkunden festgelegt sind.⁵⁹⁶ Eine Anstalt kann sich somit zwar als eigenes Rechtssubjekt *rechtsgeschäftlich* gegenüber Dritten verpflichten. An ihr selbst sind aber keine natürlichen oder juristischen Personen *mitgliedschaftsrechtlich* beteiligt.

Die Besonderheit der Anstalt und somit auch die Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsverhältnissen besteht in der Aussonderung und rechtlichen Verselbständigung eines Vermögens.⁵⁹⁷ Zur Begründung einer Anstalt ist daher ein besonderer Rechtsakt erforderlich, der in der Widmung eines Vermögens nach den jeweils geltenden Formvorschriften sowie in der nunmehr durchwegs zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit einer bundesprivatrechtlichen Anstalt, d. h. der Stiftung, erforderlichen Handelsregistereintragung besteht.⁵⁹⁸

Der Begriff der Anstalten grenzt die verselbständigten Zweckvermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit zudem dergestalt von den Gesellschaften ab, als

⁵⁹² Vgl. zum Ganzen sowie für ein plastisches Beispiel bei *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 189 ff.

⁵⁹³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 18.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.a)(3)(d).

⁵⁹⁵ Art. 52 ZGB.

⁵⁹⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 77.

⁵⁹⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 80 für die Stiftung.

⁵⁹⁸ Die Ausnahmen für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen sind seit dem 1.1.2016 weggefallen (*Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 10, 12). Vgl. noch zum alten Recht *Weber* (Fn. 34), S. 95.

letztere begriffsnotwendig auf einer Personenmehrheit beruhen.⁵⁹⁹ Die „Abgrenzung gegen außen“ ist somit zugleich auch eine „Abgrenzung gegen innen“.

b) Abgrenzungen durch die Definition der Gesellschaft

(1) Grundsätzliches

Die Abgrenzung der Gesellschaft gegenüber anderen Rechtsverhältnissen erfolgt in erster Linie durch die in Art. 530 Abs. 1 OR enthaltene allgemeine Definition. Für eine Gesellschaft sind demnach drei Elemente begriffsbestimmend: Die *Personenvereinigung*, die *gemeinsame Zweckverfolgung* und die *vertragliche Grundlage* bzw. der Gesellschaftsvertrag, auf den zunächst einzugehen ist.

(2) Vertragliche Grundlage

Nur Personenvereinigungen, die auf einer gültigen⁶⁰⁰ vertraglichen Grundlage⁶⁰¹ basieren, sind Gesellschaften.⁶⁰² Oder anders gewendet: „[...] Alle Gesellschaften beruhen auf einem Gesellschaftsvertrag [...]“.⁶⁰³ Damit beruhen Gesellschaften auf dem Konsens der Mitglieder und somit auf deren freiwilligen und rechtsverbindlichen Entschluss, der Gesellschaft mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten als Mitglied beizutreten.⁶⁰⁴ Damit wird die Gesellschaft von den Schicksals-, Zufalls- und Zwangsgemeinschaften sowie den schlichten Interessengemeinschaften, die kraft Gesetzes entstehen, und von Personenverbindungen, die auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage oder einem fehlerhaften Vertrag beruhen oder bei denen der Rechtsbindungswille der Mitglieder fehlt, abgegrenzt.⁶⁰⁵

Der Gesellschaftsvertrag muss zudem privatrechtlicher Natur sein, was einerseits insofern trivial ist, als es bei Art. 530 Abs. 1 OR um eine obligationenrechtliche Bestimmung handelt. Gleichzeitig ist die Betonung der privatrechtlichen Grundlage aber wichtig, weil dadurch klar wird, dass die öffentlich-rechtlichen Personenvereinigungen nicht unter den Gesellschaftsbegriff des Obligationen-

⁵⁹⁹ Vgl. hierzu und zu den Ausnahmen auch nachfolgend unter III.2.a).

⁶⁰⁰ Zum Problem der fehlerhaften und faktischen Gesellschaft vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 73 ff.

⁶⁰¹ Genauer müsste man im Rahmen einer allgemeinen Gesellschaftsdefinition von einer „rechtsgeschäftlichen Grundlage“ sprechen, um auch die statutarischen Grundlagen der Körperschaften zu erfassen. Bei Letzteren passt die vertragliche Qualifikation nur auf die Vorgesellschaft im Rahmen der Errichtung – und dies auch nur dann, wenn es sich *nicht* um eine Einpersonen-Gesellschaftsgründung handelt (vgl. hierzu für die Aktiengesellschaft *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 56: „[...] Ab der Handelsregistereintragung und ihrer damit verbundenen Entstehung ist die Aktiengesellschaft mehr Organisation als Vertrag [...]“).

⁶⁰² Zur Rechtsnatur der Statuten von Körperschaften vgl. *von Steiger* (Fn. 58), S. 273 f.

⁶⁰³ *von Steiger* (Fn. 58), S. 267.

⁶⁰⁴ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 24, 92.

⁶⁰⁵ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 36, N 53; *von Steiger* (Fn. 58), S. 235; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 22.

rechts fallen.⁶⁰⁶ Das Kriterium der privatrechtlichen Grundlage wird deswegen einzeln auch als eigenständiges Definitionsmerkmal aufgeführt.⁶⁰⁷

Das schließt freilich nicht aus, dass in den spezialgesetzlichen Grundlagen öffentlich-rechtlicher Unternehmen auf das Gesellschaftsrecht verwiesen werden kann oder die spezialgesetzlichen Anordnungen explizit daran angelehnt sind. Die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur dieser Rechtsgrundlagen ändert sich dadurch aber nicht.⁶⁰⁸

(3) Personenvereinigung

Gesellschaften ohne Mitglieder kann es nicht geben. Mehr noch, eine Gesellschaft setzt *typischerweise* – aber nicht ausnahmslos – die Verbindung mehrerer Personen voraus.⁶⁰⁹ Im Einzelnen sind die Anforderungen an die Mindestmitgliederzahl sehr unterschiedlich ausgestaltet. So können Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit nur einer Person gegründet werden und bestehen.⁶¹⁰ Am anderen Ende des Spektrums liegt die Genossenschaft, bei der nicht nur bei der Gründung *sieben* Mitglieder erforderlich sind,⁶¹¹ sondern ein späteres Unterschreiten dieser Mindestzahl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Auflösung der Genossenschaft führt.⁶¹² Bei den übrigen Gesellschaften sind demgegenüber mindestens zwei Mitglieder notwendig.⁶¹³ Bei den Rechtsgemeinschaften ist diese Mindestzahl auch für das Weiterbestehen der Gesellschaft erforderlich.⁶¹⁴

Bei den kollektiven Kapitalanlagen kann der Bundesrat die erforderliche Mindestzahl der Anleger abhängig von der Rechtsform und dem Adressatenkreis festlegen.⁶¹⁵ Das Gesetz erlaubt sogar, *kollektive* Kapitalanlagen mit *nur einem* Anleger aufzusetzen.⁶¹⁶ Dieses Oxymoron steht allerdings nur qualifizierten Anlegern zur Verfügung und eröffnet neben der Möglichkeit eines individuellen Anlegers, einen Teil seines Vermögens als kollektive Kapitalanlage zu strukturieren, regulatorische Erleichterungen gegenüber den typischen kollektiven Kapitalanlagen

⁶⁰⁶ von Steiger (Fn. 58), S. 233.

⁶⁰⁷ So etwa Jung (Fn. 87), § 1 N 7 ff.

⁶⁰⁸ Vgl. hierzu auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 45 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. hierzu Jung (Fn. 87), § 1 N 4 ff. und § 3 N 24.

⁶¹⁰ Art. 620 Abs. 1, Art. 772 Abs. 1 OR. Das wird auch für die Kommanditaktiengesellschaft vertreten. Die beiden Mitgliederrollen vereinigen sich dann in einem Gesellschafter (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 17 N 34).

⁶¹¹ Art. 831 Abs. 1 OR.

⁶¹² Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 19 N 56.

⁶¹³ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 8, 14.

⁶¹⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 14. Das ergibt sich schon aus der vertraglichen Grundlage, die notwendigerweise mindestens zwei Parteien voraussetzt.

⁶¹⁵ Art. 7 Abs. 3 Satz 1 KAG.

⁶¹⁶ Art. 7 Abs. 3 Satz 2 KAG.

mit einer Mehrheit von Anlegern.⁶¹⁷ Die Struktur erlaubt zudem auch die Nutzung von Steuervorteile gegenüber anderen Formen der Vermögenssegregation.⁶¹⁸ Einanlegerfonds unterstehen zudem der Bewilligungspflicht und grundsätzlichen Aufsicht durch die FINMA und es greifen die Organisations-, Transparenz und Verwaltungspflichten des Kollektivanlagenrechts, was die Rechtsicherheit im Umgang mit den als Einanlegerfonds ausgeschiedenen Vermögen erhöht.⁶¹⁹

(4) *Gemeinsame Zweckverfolgung*

Durch die *gemeinsame Zweckverfolgung* und die zielgerichtete Förderpflicht unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag von den auf den Austausch von Gütern und das Erbringen von Dienstleistungen gerichteten Schuldverträgen sowie den partiarischen Rechtsverhältnissen.⁶²⁰ Eine Gesellschaft liegt namentlich dann *nicht* vor, wenn zwischen den Beteiligten ein Subordinationsverhältnis oder eine einseitige Weisungsbefugnis besteht,⁶²¹ denn Gesellschaftsverträge sind „[...] Interessengemeinschaftsverträge [...]“ und nicht „[...] Interessenwahrungsverträge [...]“.⁶²² Damit fallen reine Geschäftsbesorgungsverträge und Austauschverträge nicht unter den Gesellschaftsbegriff.⁶²³

Die gemeinsame Zweckverfolgung bzw. der *animus societatis* grenzt die Gesellschaft zudem von Personenzusammenschlüssen ab, deren Zweck auf ein „[...] blosses Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten [...]“⁶²⁴ beschränkt ist.⁶²⁵ Das ist etwa bei reinen Bruchteilsgemeinschaften⁶²⁶, wie der Miteigentümer-⁶²⁷ und Stockwerkeigentümergeinschaft⁶²⁸, aber auch bei Gesamthandschaften⁶²⁹

⁶¹⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 4 KAG. Per 11.7.2023 existierten fünf Einanlegerfonds nach schweizerischem Recht, alle von Versicherungsgesellschaften (vgl. hierzu <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/bewilligungstraeger/pdf/afch.pdf?sc_lang=de&hash=483AE45A37912644E3F62D62CD016952> (7.11.2023)).

⁶¹⁸ Vgl. etwa Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartementes vom 21.7.2017. Sowie generell zur Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen (mit Fokus auf Immobilienfonds) Keller/Frey, Besteuerung von kollektiven Kapitalanlagen, Expert Focus 8/2018, 633–637.

⁶¹⁹ Vgl. zum Ganzen Wehinger/Rohr, Pooling als Erfolgsrezept für Sammelstiftungen, B2B, Dezember 2021 (abrufbar unter <<https://www.ubs.com/global/en/assetmanagement/about/news/2021-news-articles/success-for-collective.html>> (7.11.2023)).

⁶²⁰ von Steiger (Fn. 58), S. 269, 324 f., 327.

⁶²¹ Druey/Druey Just (Fn. 68), N 36.

⁶²² Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 118, 121.

⁶²³ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 116 ff.

⁶²⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 1 N 23.

⁶²⁵ von Steiger (Fn. 58), S. 330 ff. Vgl. hierzu auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 27 ff.

⁶²⁶ Vgl. hierzu Weber (Fn. 34), S. 56 f.

⁶²⁷ Art. 646 ff. ZGB.

⁶²⁸ Art. 712a ff. ZGB.

⁶²⁹ Vgl. hierzu Weber (Fn. 34), S. 56 f.

wie der Erbengemeinschaft⁶³⁰ oder auch bei den ehevertraglichen Güterständen⁶³¹ oder der Gemeinderschaft der Verwandten⁶³² in der Regel der Fall.⁶³³ Der Ausschluss des bloßen Habens, Nutzens und Verwaltens eines Vermögens vom *animus societatis* erscheint allerdings zumindest teilweise als eine dogmatisches Konstrukt, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen der einfachen Gesellschaft auf die genannten Rechtsverhältnisse auszuschließen. Es ist jedenfalls nicht selbst-evident, weswegen das bloße Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten keine gemeinsame Zweckverfolgung im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR sein soll.⁶³⁴ Vom Ergebnis her betrachtet erscheint der Ausschluss der Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft auf die *genannten* Rechtsverhältnisse im Grundsatz zwar richtig. Der Ausschluss wäre aber auch bei einer Qualifikation des bloßen Habens, Nutzens und Verwaltens als gemeinsame Zweckverfolgung möglich. So kommen die Vorschriften der einfachen Gesellschaft nach Art. 530 Abs. 2 OR nur dann zur Anwendung, sofern nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geregelten Gesellschaft zutreffen. Eine Ausweitung des *Begriffs der Gesellschaft* hätte somit nicht automatisch zur Folge, dass auf die genannten, gesetzlich gesondert geregelten Rechtsverhältnisse das *Recht der einfachen Gesellschaft* zur Anwendung gelangen würde.⁶³⁵ Der Vorbehalt gemäß Art. 530 Abs. 2 OR zugunsten einer spezielleren Regulierung bliebe wirksam. Der Ausschluss der genannten Gesamthands- und Bruchteils-gemeinschaften ergibt sich sodann teilweise schon aufgrund des Fehlens einer vertraglichen Grundlage, so etwa bei der Erbengemeinschaft. Die enge begriffliche Fassung des *animus societatis* verstellt zudem den Blick darauf, dass die Grenzen zwischen einer einfachen Gesellschaft und den genannten Rechtsverhältnissen mitunter fließend sind, so etwa beim Übergang der Erbengemeinschaft zur fortgesetzten Erbengemeinschaft, auf die das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung kommt.⁶³⁶

Die gemeinsame Zweckverfolgung liegt aber jedenfalls nur vor, wenn sich alle Beteiligten auf ein gemeinsames Ziel geeinigt haben, das sie durch ihr gemeinsames Zusammenwirken erreichen wollen,⁶³⁷ und ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung diesem „[...] gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten [...]“.⁶³⁸ Das gemeinsam zu

⁶³⁰ Solange es sich nicht um eine fortgesetzte Erbengemeinschaft handelt, die den Teilungswillen aufgegeben hat (vgl. *von Steiger* (Fn. 58), S. 331 m. w. H.).

⁶³¹ Art. 221 ff. ZGB.

⁶³² Art. 336 ff. ZGB.

⁶³³ Zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 23 ff. und 121 ff. sowie § 12 N 27 f.

⁶³⁴ Vgl. hierzu auch *Fellmann/Müller* (Fn. 66), Art. 530, N 112 ff. sowie *Wohlmann*, Zur Auslegung des Stockwerkeigentumsrechtes, Jusletter, 8.8.2016.

⁶³⁵ Für eine den Anwendungsbereich einschränkende, mittlere Position vgl. *Fellmann/Müller* (Fn. 66), Art. 530, N 114 f.

⁶³⁶ *von Steiger* (Fn. 58), S. 235. Vgl. hierzu m. w. H. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 25 und § 12 N 104 ff.

⁶³⁷ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 3. Vgl. hierzu *von Steiger* (Fn. 63), S. 268.

⁶³⁸ BGer 4A_533/2014 vom 29.4.2015, E. 2.2.3.

erreichende Ziel verkörpert gleichzeitig auch den Erfolg den die Beteiligten anstreben.⁶³⁹ Die Beteiligten müssen somit alle „[...] ein und dasselbe Ziel verfolgen und alle am erstrebten Erfolg beteiligt sein wollen und bereit sein, auch einen allfälligen Misserfolg mitzutragen [...]“.⁶⁴⁰ Die „[...] begriffsnotwendigen Wesenszüge [...]“ der Gesellschaft bestehen gerade „[...] in der gemeinsamen Zweckförderung und in der [...] Absicht gemeinsamer Beteiligung am Ergebnis [...]“.⁶⁴¹ Der gemeinsame Zweck verkörpert den Kern des Gesellschaftsvertrags und muss als *animus societatis* bzw. als *affectio societatis* von allen Beteiligten gleichermaßen mitgetragen werden.⁶⁴²

Unerheblich sind demgegenüber die Motive der Gesellschafter, d. h. die individuellen Beweggründe, weswegen sie sich zum Zusammenwirken auf ein gemeinsames Ziel mit den anderen Gesellschaftern verpflichtet haben.⁶⁴³ Auch sind Interessenidentität und gemeinsamer Zweck zu unterscheiden. In der Regel reicht der gemeinsam verfolgte Zweck über eine gemeinsame Interessenlage hinaus. Jener liegt nicht alleine deswegen vor, weil ein gemeinsames Interesse am Erfolg oder eine Erfolgsbeteiligung vorliegt. Dadurch wird die Gesellschaft insbesondere auch von den *partiarischen Rechtsgeschäften* abgegrenzt, d. h. von Schuldverträgen mit einer ganz oder teilweisen Beteiligung am Erfolg des anderen als Vergütung für die erbrachte Leistung.⁶⁴⁴

Die gemeinsame Zweckverfolgung setzt zudem voraus, dass nicht nur ein gemeinsamer Zweck vorliegt, sondern dass dieser von den Gesellschaftern „[...] mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln [...]“⁶⁴⁵ angestrebt wird, was als Förderungspflicht bezeichnet wird.⁶⁴⁶ Jeder Gesellschafter muss somit einen Beitrag zur Förderung des gemeinsamen Zwecks leisten. Die Beiträge können dabei aber unterschiedlich ausfallen und müssen nicht in einer materiellen Leistung oder einem Arbeitsbeitrag bestehen.⁶⁴⁷ Auch ein Zurverfügungstellen von Fachwissen oder der Reputation kann ein Beitragsleistung sein, sofern diese geeignet ist, den Gesellschaftszweck in irgendeiner Form zu fördern und sofern keine spezialgesetz-

⁶³⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 97.

⁶⁴⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 97.

⁶⁴¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 99.

⁶⁴² *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 51 f.

⁶⁴³ Das gilt jedenfalls, wenn sich diese Motive nicht auch im gemeinsamen Zweck niederschlagen haben (*von Steiger* (Fn. 58), S. 268 f.); Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 101 ff.

⁶⁴⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 103, 125 ff.

⁶⁴⁵ Art. 530 Abs. 1 OR.

⁶⁴⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 99. Es wird deswegen teilweise auch von gemeinsamem Zweck und gemeinsamem Mittel als Definitionsmerkmal der einfachen Gesellschaft gesprochen (vgl. *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 2 ff.).

⁶⁴⁷ *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 4.

lichen Vorschriften die zulässigen Beitragsleistungen einschränken oder gar ausdrücklich vorschreiben.⁶⁴⁸

c) *Abgrenzung durch die Eintragung im Handelsregister*

Im Grundsatz entstehen die Rechtsformen im Einklang mit dem System der Normativbestimmungen mit der Eintragung im Handelsregister.⁶⁴⁹ Davon existieren aber sowohl bei den Körperschaften als auch bei den Personengesellschaften Abweichungen: So erlangen Vereine zu nicht wirtschaftlichen Zwecken das Recht der Persönlichkeit ohne Eintragung im Handelsregister oder einem anderen behördlichen Akt.⁶⁵⁰ Und die einfache Gesellschaft sowie die kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften entstehen ohne Eintragung im Handelsregister.⁶⁵¹ Es gilt insofern das (teils abgeschwächte) Prinzip der freien Gesellschaftsbildung.⁶⁵² Für die nicht kaufmännischen Personenhandelsgesellschaften⁶⁵³ und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen⁶⁵⁴ gilt demgegenüber der Grundsatz, dass die Eintragung im Handelsregister für die Entstehung konstitutiv ist und somit wie für die übrigen Rechtsformen das System der Normativbestimmung.⁶⁵⁵

Mit der Eintragung in das Handelsregister wird gegenüber Dritten Klarheit hinsichtlich der Rechtsverhältnisse geschaffen.⁶⁵⁶ Gutgläubige Dritte dürfen sich im Grundsatz auf die Richtigkeit der Registereinträge verlassen, wenn sie mit der Gesellschaft rechtsgeschäftlich interagieren.⁶⁵⁷ In diesem Zusammenhang ist auch die sogenannte heilende Wirkung der Handelsregistereintragung zu verstehen und einzuordnen.⁶⁵⁸ Der Handelsregistereintrag sorgt somit zumindest im Außenverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten für eine klare und eindeutige Abgrenzung der Rechtsformen von anderen Rechtsverhältnissen und Rechtsformen.⁶⁵⁹

⁶⁴⁸ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 1 N 105 f. und Art. 633 ff. und Art. 680 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft.

⁶⁴⁹ Vgl. hierzu auch *Weber* (Fn. 34), S. 82, 91.

⁶⁵⁰ *Weber* (Fn. 34), S. 93.

⁶⁵¹ Es handelt sich dabei allerdings, wie nachfolgend unter III.3.a)(3)(c)(bb)(aaa) gezeigt wird, nicht um juristische Personen.

⁶⁵² Auch als „System der Errichtungsfreiheit“ bezeichnet (vgl. *Weber* (Fn. 34), S. 90). Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 16 f.

⁶⁵³ Art. 553, Art. 595 OR.

⁶⁵⁴ Art. 100 Abs. 1 KAG.

⁶⁵⁵ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 18 ff.

⁶⁵⁶ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 11 N 19.

⁶⁵⁷ Art. 936b Abs. 3 OR. Vgl. zum sog. öffentlichen Glauben des Handelsregisters *Jung* (Fn. 87), § 5 N 39; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 6 N 122 ff.

⁶⁵⁸ Art. 643 Abs. 2 OR. Vgl. *Jung* (Fn. 87), § 5 N 29; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 6 N 108 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. zu den Funktionen des Handelsregisters und den Rechtswirkungen der Eintragung *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 6 N 18 ff., 98 ff. Vgl. hierzu auch *von Steiger* (Fn. 58), S. 329.

d) Abgrenzung durch den *numerus clausus* der Rechtsformen

(1) Begriff und Bedeutung

Die bundesprivatrechtlichen Rechtsformen sind in der Schweiz gesetzlich abschließend geregelt, was auch als *numerus clausus* der Rechts- bzw. Gesellschaftsformen bezeichnet wird.⁶⁶⁰ Es besteht mit anderen Worten eine geschlossene Zahl von Rechtsformen, aus denen ausgewählt werden muss (Formenzwang)⁶⁶¹ und deren Inhalt durch die Begrenzung der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit mittels zwingender Vorschriften fixiert wird (Formenfixierung).⁶⁶² Das bedeutet im Kern, dass privatautonome neue Rechtsformen geschaffen werden können und dürfen,⁶⁶³ weder *sui generis* noch durch die Kombination unterschiedlicher Elemente gesetzlich geregelter Rechtsformen.⁶⁶⁴

Der *numerus clausus* verhindert somit, dass neben den gesetzlich geregelten Rechtsformen weitere Rechtsformen privatautonome entstehen können. Dadurch wird die *Gesamtheit der zulässigen Rechtsformen* von anderen Rechtsverhältnissen abgegrenzt.

(2) Rechtliche Verankerung des *numerus clausus*

Der *numerus clausus* der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen ist im schweizerischen Recht nicht *explizit* verankert. Nach der hier vertretenen Auffassung⁶⁶⁵ ergibt sich der *numerus clausus* der bundesprivatrechtlichen *Gesellschaftsformen* aber *implizit* aus Art. 530 OR. Im ersten Absatz wird ganz allgemein der Begriff der Gesellschaft definiert. Der zweite Absatz hält sodann fest, dass Gesellschaften dem Recht der einfachen Gesellschaft unterstehen, „[...] sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen [...]“. Damit wird für die *Gesellschaften* eine *abschließende* gesetzliche Ordnung getroffen. Sobald ein Rechtsverhältnis alle Definitionsmerkmale

⁶⁶⁰ Vgl. BGE 132 III 470, E. 3.3. Der Grundsatz des *numerus clausus* der bundesprivatrechtlichen Gesellschaftsformen gilt heute als unbestritten (Forstmoser (Fn. 413), S. 78). Vgl. hierzu auch Druey/Druey Just, in: Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 1), S. 29–38, N 33; Ruedin (Fn. 1), Rn. 588 ff.; von Steiger, in: von Steiger (Fn. 58), S. 240. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht generell ein *numerus clausus* der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen, wie nachfolgend dargelegt wird. Für die öffentlich-rechtlichen Rechtsformen und die juristischen Personen des kantonalen Rechts gilt demgegenüber kein *numerus clausus* (Weber (Fn. 34), S. 80).

⁶⁶¹ Teilweise wird auch nur der Formenzwang als *numerus clausus* bezeichnet (vgl. Weber (Fn. 34), S. 78 ff. Bei der Formenfixierung handelt es sich aber m. E. um eine notwendige Voraussetzung des Formenzwangs, somit um einen Bestandteil des *numerus clausus* (vgl. in diesem Sinne auch Meier-Hayoz/Schluemp/Ott (Fn. 511), S. 318).

⁶⁶² Vgl. zum Ganzen Germann (Fn. 514), S. 129 ff.; Weber (Fn. 34), S. 80 ff.

⁶⁶³ Weber (Fn. 34), S. 81 f.

⁶⁶⁴ Forstmoser (Fn. 413), S. 78 f.

⁶⁶⁵ Vgl. für weitere, leicht andere Begründungsansätze von Steiger (Fn. 58), S. 240 f. und Weber (Fn. 34), S. 81.

des Gesellschaftsbegriffs nach Art. 530 Abs. 1 OR erfüllt, handelt es sich um eine Gesellschaft, die entweder unter die Vorschriften der einfachen Gesellschaft oder unter die Bestimmungen einer anderen gesetzlich (Obligationenrecht, Zivilgesetzbuch oder Kollektivanlagengesetz) geregelten Gesellschaftsform fällt. Sind die entsprechenden Definitionsmerkmale nicht erfüllt, liegt keine Gesellschaft im Sinne des Obligationenrechts vor. In Anlehnung an die deutsche Lehre könnte auch von einem „[...] *numerus clausus* mit ‚Absorptionsfunktion‘ gesprochen werden [...]“.⁶⁶⁶ Die Regelung ist insofern wirksam, als die Entstehung der einfachen Gesellschaft formlos erfolgen kann und kein Bewusstsein der Beteiligten über die damit verbundenen Rechtsfolgen voraussetzt.⁶⁶⁷ Und die zwingend greifende primäre, unbeschränkte und solidarische Haftung der Gesellschafter schafft nicht nur Anreize zur Einhaltung des *numerus clausus*, sondern trägt auch dem Gläubigerschutz Rechnung.⁶⁶⁸

Der Wortlaut von Art. 530 Abs. 2 OR lässt sich zudem nach der hier vertretenen Meinung dahingehend auslegen, dass nicht nur die Zahl der Rechtsformen für privatrechtliche Gesellschaften abschließend geregelt ist, sondern dass die Rechtsformen oder die Elemente der einzelnen Rechtsformen nicht frei miteinander kombiniert werden dürfen. So spricht Art. 530 Abs. 2 OR nicht davon, dass nur dann eine einfache Gesellschaft vorliegt, wenn die Voraussetzungen *anderer* Rechtsformen nicht vorliegen. Vielmehr ist von den Voraussetzungen *einer* anderen *durch das Gesetz* geordneten Gesellschaft die Rede, was darauf hindeutet, dass eine freie Bildung neuer Gesellschaften oder die Kombination von Rechtsformen oder von Elementen unterschiedlicher Rechtsformen im Grundsatz nicht zulässig ist, bzw. dadurch keine neuen Gesellschaften geschaffen werden können.

Der *numerus clausus* von *Rechtsformen* mit *eigener Rechtspersönlichkeit*⁶⁶⁹ (juristische Personen)⁶⁷⁰ ergibt sich aus der nach der hier vertretenen Auffassung notwendigen *starken Vermögensabschirmung*.⁶⁷¹ Letztere wirkt auch gegenüber unbeteiligten Dritten. Diese Drittwirkung, die vergleichbar mit jener *absoluter* Rechte ist, kann mit vertraglichen Instrumenten nicht (vollständig) erzeugt werden.⁶⁷² Es bedarf einer objektiv-rechtlichen Grundlage, was notwendigerweise zu

⁶⁶⁶ Fleischer, ZGR 2023, 261, 265 mit Verweis in dortiger Fn. 24 auf K. Schmidt, Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, S. 121 f.

⁶⁶⁷ Siehe hierzu oben unter II. 2. c). Vgl. zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland Fleischer, ZGR 2023, 261, 265.

⁶⁶⁸ Fleischer, ZGR 2023, 261, 265 spricht treffend von einem „[...] *penalty default* [...]“.

⁶⁶⁹ Der *numerus clausus* der bundesprivatrechtlichen juristischen Personen ist unstrittig. Vgl. hierzu etwa BGE 104 Ia 440, E. 4c: „[...] Das schweizerische Zivilrecht enthält ein grundsätzlich geschlossenes System von juristischen Personen. Es regelt in Art. 52 ZGB die Arten, wie das Recht der Persönlichkeit erlangt werden kann [...]“.

⁶⁷⁰ Vgl. hierzu auch Riemer, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Berner Kommentar, 1993, vor Art. 52 ZGB, N 12; Weber (Fn. 34), S. 80.

⁶⁷¹ Vgl. nachfolgend unter III. 3. a)(2)(b)(cc).

⁶⁷² Vgl. zur diesbezüglichen Parallele mit dem sachenrechtlichen *numerus clausus* Fleischer (Fn. 510), *passim*.

einer abschließenden Ordnung führt. Indirekt ergibt sich die abschließende Ordnung der bundesprivatrechtlichen juristischen Personen auch aus Art. 52 ZGB in Verbindung mit dem Handelsregister.⁶⁷³ So können die „[...] körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besonderen Zweck gewidmeten selbständigen Anstalten [...] das Recht der Persönlichkeit [nur] durch die Eintragung im Handelsregister [...]“⁶⁷⁴ erlangen, sofern das Gesetz selbst, wie etwa für ideelle Vereine,⁶⁷⁵ keine Ausnahme vorsieht. Greift keine gesetzliche Ausnahme kann somit ohne Handelsregistereintragung keine juristische Person des bundesprivatrechts entstehen.⁶⁷⁶ Die eintragungsfähigen Rechtseinheiten sind im Handelsregister abschließend geregelt.⁶⁷⁷

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass *numerus clausus* der Rechtsformen vom eben genannte *numerus clausus* der in das Handelsregister eintragungsfähigen Rechtseinheiten⁶⁷⁸ abzugrenzen ist. Die möglichen Eintragungen im Handelsregister sind zwar gesetzlich abschließend geregelt. Das Handelsregisterrecht beschränkt dadurch aber nicht die zur Verfügung stehenden Rechtsformen, da nicht alle Rechtsformen im Handelsregister eingetragen werden können. Letzteres trifft allerdings nur auf die einfache Gesellschaft zu.

3. Abgrenzungen der Rechtsformen gegen innen

a) Abgrenzung durch die Rechtspersönlichkeit⁶⁷⁹

(1) Problemerkfassung

Rechtsformen können durch das Kriterium einer eigenen Rechtspersönlichkeit gegeneinander abgegrenzt werden. Die Frage, welche Rechtsformen über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, ist in der Schweiz allerdings nicht restlos geklärt. Das liegt daran, dass das Gesetz nicht bei allen Rechtsformen eine ausdrückliche Regelung enthält und sich gerade bei Grenzfällen nicht zur Rechtspersönlichkeit äußert.⁶⁸⁰

⁶⁷³ Vgl. hierzu *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 12.

⁶⁷⁴ Art. 59 Abs. 1 ZGB.

⁶⁷⁵ Vgl. Art. 52 Abs. 1 ZGB.

⁶⁷⁶ Umgekehrt sind nicht alle im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheiten juristische Personen, so etwa das Einzelunternehmen (vgl. Art. 927 OR zum *numerus clausus* der eintragungsfähigen Rechtseinheiten). *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 12 geht demgegenüber von einer ungeschriebenen Norm des Bundesprivatrechts als Grundlage des *numerus clausus* der juristischen Personen aus.

⁶⁷⁷ Art. 927 Abs. 2 OR.

⁶⁷⁸ Vgl. hierzu Art. 927 Abs. 2 OR.

⁶⁷⁹ Die Ausführungen unter III.3.a) wurden in SZW/RSDA5/2024, 542 ff. in einer leicht angepassten und teilweise ergänzten Form vorab veröffentlicht. Darauf sei an dieser Stelle ein für alle Mal integral verwiesen.

⁶⁸⁰ Vgl. hierzu auch *von Steiger* (Fn. 58), S. 244.

So ergibt sich bei der Stiftung,⁶⁸¹ dem Verein,⁶⁸² der Aktiengesellschaft,⁶⁸³ der Kommanditaktiengesellschaft,⁶⁸⁴ der Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶⁸⁵, der Genossenschaft⁶⁸⁶ und der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital⁶⁸⁷ aus dem Gesetzestext selbst, dass diesen das Recht der Persönlichkeit zukommt, wenn die jeweils erforderlichen Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich bei diesen letzteren Rechtsformen, sofern diese gültig errichtet und die zum Erwerb der Persönlichkeit erforderlichen Schritte unternommen wurden, unzweifelhaft um juristische Personen im Sinne von Art. 52 ff. ZGB. Dabei ist hier gerade im Hinblick auf die in Deutschland gebräuchliche Terminologie⁶⁸⁸ anzumerken, dass die Begriffe „Rechtsfähigkeit“, „Rechtspersönlichkeit“, „Persönlichkeit“ und „juristische Person“ im Kontext des Gesellschaftsrechts in der schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung im Anschluss an die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie vielfach synonym verwendet werden.⁶⁸⁹ Dieser begrifflichen Gleichsetzung folgt auch der vorliegende Beitrag.

Demgegenüber äußert sich Art. 530 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich zur Frage der Rechtspersönlichkeit der dort allgemein definierten Gesellschaft. Gleiches gilt für die einfache Gesellschaft,⁶⁹⁰ die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft⁶⁹¹ und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen.^{692,693}

⁶⁸¹ Art. 80 i. V.m. Art. 52 Abs. 1 ZGB, da es sich bei der Stiftung klarerweise um eine Anstalt i. S. v. Art. 52 Abs. 1 ZGB handelt.

⁶⁸² Art. 60 Abs. 1 ZGB.

⁶⁸³ Art. 643 Abs. 1 OR.

⁶⁸⁴ Art. 764 Abs. 2 i. V.m. 643 Abs. 1 OR.

⁶⁸⁵ Art. 779 Abs. 1 OR.

⁶⁸⁶ Art. 838 Abs. 1 OR.

⁶⁸⁷ Art. 31 Abs. 1 KAG i. V.m. Art. 643 Abs. 1 OR. Vgl. in diesem Sinne auch *Müller*, Die Rechtsstellung des Anlegeraktionärs der SICAV, 2018, Rn. 256. Die Lehre äußert sich zumeist nicht explizit zur Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, sondern betont deren körperschaftliche Struktur und Verwandtschaft mit der Aktiengesellschaft, wodurch indirekt auch die eigene Rechtspersönlichkeit miterfasst sein dürfte. Vgl. etwa *Jutzi/Schären*, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, 2014, Rn. 307; *Kunz*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 1), S. 793–818, N 45; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 112.

⁶⁸⁸ Vgl. etwa § 14 Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland).

⁶⁸⁹ Vgl. etwa *Riemer* (Fn. 670), Art. 52 ZGB, N 2. So spricht das Gesetz in Art. 52 ZGB unter dem Titel „Die juristischen Personen“ allgemein von der „Persönlichkeit“ sowie dem „Recht der Persönlichkeit“ und Art. 53 ZGB von der „Rechtsfähigkeit“ der „juristischen Personen“. In Art. 643 OR wird dann von „Erwerb der Persönlichkeit“ und „Recht der Persönlichkeit“ gesprochen und in Art. 739 OR von „juristischer Persönlichkeit“. Im Kern ist aber immer das Gleiche gemeint, nämlich die juristische Persönlichkeit und der Bestand eines eigenen Rechtssubjektes. Einmal geht es um deren Erwerb bzw. Entstehung, einmal um deren Inhalt und einmal um deren Verlust bzw. Nichtverlust zufolge der Auflösung.

⁶⁹⁰ Art. 530 Abs. 2 ff. OR.

⁶⁹¹ Art. 552 ff. bzw. Art. 594 ff. OR.

⁶⁹² Art. 98 ff. KAG.

⁶⁹³ Vgl. zum Ganzen auch *von Steiger* (Fn. 58), S. 244.

Vor allem die Frage der Rechtspersönlichkeit der Personenhandelsgesellschaften führt seit dem OR von 1881 zu Kontroversen in der Doktrin.⁶⁹⁴ Diese halten insbesondere auch deswegen an, weil der Bundesrat in der Botschaft und dem Gesetzesentwurf von 1928 – der letzten großen Revision des Personengesellschaftsrechts – ausdrücklich darauf verzichtet hat, dazu Stellung zu nehmen und die Klärung der Lehre und Rechtsprechung überlassen hat.⁶⁹⁵ Immerhin findet sich in der Botschaft zum Kollektivanlagengesetz von 2005 nunmehr aber eine klare Positionierung gegen die Rechtspersönlichkeit der Kommanditgesellschaft.⁶⁹⁶ Diese Auffassung entspricht gleichzeitig auch der heute herrschenden Lehre⁶⁹⁷ und der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaften ablehnen.⁶⁹⁸

Es existieren aber auch Stimmen, die allen Personengesellschaften oder zumindest den Außen- und Personenhandelsgesellschaften die Rechtspersönlichkeit schon *de lege lata* zusprechen, dies *de lege ferenda* vorschlagen oder in eine „[...] selbständige Kategorie rechtsfähiger Rechtspersonen [...]“⁶⁹⁹ neben den juristischen und den natürlichen Personen einreihen wollen oder als „[...] ‚relativ juristische Personen‘, ‚Quasi-Rechtspersonen‘, ‚Gesellschaften mit beschränkter

⁶⁹⁴ Vgl. hierzu *Siegiwart* (Fn. 93), Art. 552 OR, N 1 m. w. N.

⁶⁹⁵ BBl 1928, S. 209; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 18; *Nobel*, in: *Brem et al.*, FS Pedrazzini, 1990, S. 411, 411; *Siegiwart* (Fn. 93), Einleitung vor Art. 552, 553 OR, N 2 und Art. 552, 553 OR, N 1; *von Steiger* (Fn. 58), S. 244 m. w. H., S. 286; *Gutzwiller*, *Verbandspersonen*, in: *Gutzwiller*, SPR II, 1967, S. 425, 438 m. w. H. in dortiger Fn. 27 auch auf die ältere Literatur zu dieser Frage. Angemerkt sei, dass aus dem Verzicht auf eine Stellungnahme nicht zwingend folgt, dass eine Regelungslücke besteht. Ob zur Frage der Rechtsnatur der Personengesellschaft eine Regelungslücke vorliegt, ist letztlich mittels Auslegung zu ermitteln, bei der nicht nur die Gesetzgebungsmaterialien im Rahmen der objektiv historischen Auslegung, sondern auch alle weiteren im Rahmen der juristischen Methodenlehre berücksichtzbaren Hinweise auszuwerten sind (vgl. hierzu nachfolgend unter III. 3. a)(2)(b)).

⁶⁹⁶ BBl 2005, S. 6424.

⁶⁹⁷ Vgl. hierzu schon *Huber* (Fn. 566), S. 48: „[...] Deswegen ist die Kommanditgesellschaft noch lange keine juristische Person. Es sind doch Gläubiger und Schuldner die Einzelnen und nicht die Einheit. Mit dem einheitlichen Namen, mit der Firma wird nur das erzielt, daß die Idee einer Quotenberechtigung des Einzelnen auch in äußerlich sichtbarer Weise ausgeschlossen wird [...]“⁴. Vgl. auch *Siegiwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 16; *von Steiger* (Fn. 58), S. 236. Für die neuere Lehre vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 19 m. w. H. und *Kunz* (Fn. 156), N 27.

⁶⁹⁸ *von Steiger* (Fn. 58), S. 244 m. w. H. in dortiger Fn. 244. Vgl. zum Ganzen auch *Jung* (Fn. 87), § 2 N 32; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 19. Vgl. zur Ablehnung der Rechtspersönlichkeit der einfachen Gesellschaft *Fellmann/Müller* (Fn. 66), vor Art. 530–551 OR, N 143 ff. und *Handschin/Vonzun*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht* (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Art. 530–551, 4. Aufl. 2009, Art. 530 OR, N 102 ff. und zur Ablehnung der Rechtspersönlichkeit der Personenhandelsgesellschaften *Handschin/Chou*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht* (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Art. 552–619, 4. Aufl. 2009, Art. 552–553 OR, N 55.

⁶⁹⁹ *Vonzun*, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, 2000, Rn. 791.

Rechtspersönlichkeit‘ [...]’⁷⁰⁰ bezeichnen. Ganz überwiegend wird dabei in Anlehnung an das deutsche Recht von der Verselbständigung im Außenverhältnis (und teilweise auch im Innenverhältnis) auf die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft selbst geschlossen.⁷⁰¹

Eine umfassende Aufarbeitung auch der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Literatur zur Frage der Rechtspersönlichkeit einer Rechtsform kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht erfolgen.⁷⁰² Die nachfolgenden Ausführungen müssen sich daher auf die Darlegung der hier vertretenen Auffassung beschränken, dass mit dem Erlass der allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen im ZGB von 1907⁷⁰³ die Frage der Rechtspersönlichkeit der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen abschließend geregelt wurde und insofern auf Bundesebene gar kein Raum für davon abweichende Qualifikationen besteht.⁷⁰⁴ Es wird zudem gezeigt, dass die Frage der Rechtspersönlichkeit einer Rechtsform nicht nur eine „formaljuristische“ oder gar „philosophische“ Bedeutung hat,⁷⁰⁵ sondern von großer praktischer Relevanz ist. Die Demarkation zwischen Rechtsformen mit und ohne juristische Persönlichkeit lässt sich daher trotz der unbestreitbaren inneren Verbindung und Gemeinsamkeiten sachlich rechtfertigen.⁷⁰⁶ Angemerkt sei zudem, dass sich das „Wesen der juristischen Person“ freilich nicht in den nachfolgend dargelegten Aspekten der „Rechtspersönlichkeit“ erschöpft. Die nachfolgenden Ausführungen kristallisieren vielmehr nur einen erforderlichen Teilgehalt der juristischen Persönlichkeit heraus, der zugleich eine klare Abgrenzung gegenüber den nur im Außenverhältnis verselbständigten Personenmehrheiten erlaubt.

(2) Deduktion der Definitionsmerkmale der juristischen Person

(a) Vorbemerkungen

Nach *Weber* sind juristische Personen „[...] von der Rechtsordnung anerkannte Gebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit, d. h. Personen im Rechtssinne, die nicht natürliche Personen, die aber wie natürliche Personen Träger von Rechten

⁷⁰⁰ *von Steiger* (Fn. 58), S. 244.

⁷⁰¹ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 95 f. m. w. H.; *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 16 m. w. H.; eingehend *Handschin/Chou* (Fn. 698), Art. 552–553 OR, N 45 ff.; *Vonzun* (Fn. 699), Rn. 393 ff. Vgl. neuerdings auch *Wendt*, in: *Sutter-Somm, Impulse*, 2020, S. 26 ff. für eine übersichtliche Darstellung der abweichenden Meinungen zur Rechtspersönlichkeit der einfachen Gesellschaft.

⁷⁰² Vgl. überblicksmäßig *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 95 f. m. w. H. und *von Steiger* (Fn. 58), S. 286 ff. m. w. H.

⁷⁰³ Unter den kantonalen Privatrechten konnte einzig das Bündnerische Privatgesetzbuch einen Allgemeinen Teil zu den Juristischen Personen (*Weber* (Fn. 34), S. 45).

⁷⁰⁴ Vgl. zur rechtsvergleichenden Sonderstellung der Art. 52–59 ZGB *Weber* (Fn. 34), S. 2.

⁷⁰⁵ Vgl. in diesem Sinne *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 16.

⁷⁰⁶ Vgl. zu dieser Frage *von Steiger* (Fn. 58), S. 245.

und Pflichten, d. h. Rechtssubjekte, sind [...]“.⁷⁰⁷ Damit ist freilich noch nicht geklärt, welche materiellen Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine rechtliches Gebilde eigene Rechte hat und somit von der Rechtsordnung als eigenes Rechtssubjekt anerkannt ist.⁷⁰⁸ Hinweise darauf finden sich im ZGB, das im Sinne einer rechtsvergleichenden Sonderstellung in den Art. 52 ff. allgemeine Bestimmungen zu den juristischen Personen enthält.⁷⁰⁹

Aus Art. 52 ZGB ergibt sich in dieser Hinsicht zunächst, dass die Eintragung im Handelsregister für die Entstehung einer juristischen Person zwar den Normalfall darstellt, aber *nicht* notwendigerweise erforderlich ist. So können unter anderem privatrechtliche Vereine zu nicht wirtschaftlichen Zwecken das Recht der Persönlichkeit unabhängig von der Eintragung im Handelsregister erlangen. Unbestritten ist auch, dass ein als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragenes kaufmännisches Unternehmen zwar eine Rechtseinheit im handelsregisterrechtlichen Sinne darstellt, aber keine eigene juristische Persönlichkeit hat.⁷¹⁰ Damit verdeutlicht sich auch, dass alleine der Auftritt im Geschäftsverkehr unter einem Namen oder einer Firma für die Entstehung einer juristischen Person nicht ausreichend sein kann.

Erst Art. 53 ZGB konkretisiert die Bedeutung der Rechtsfähigkeit eines juristischen Gebildes und skizziert damit gleichzeitig die materiellen Voraussetzungen. Anders als Art. 52 ZGB regelt Art. 53 ZGB nämlich nicht die Entstehung der juristischen Person, sondern den Inhalt ihrer Rechtspersönlichkeit.⁷¹¹

Nachfolgend werden nicht alle Teilgehalte der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen dargestellt, die bei den jeweiligen Rechtsformen in unterschiedlichen Ausprägungen in Erscheinung treten können,⁷¹² sondern lediglich der für die Qualifikation als juristische Person nach der hier vertretenen Auffassung *gemeinsame* und *zwingend erforderliche* Kerngehalt herausgearbeitet.⁷¹³

⁷⁰⁷ Weber (Fn. 34), S. 46.

⁷⁰⁸ Vgl. zum Zusammenhang zwischen dem Theorienstreit um das Wesen der juristischen Person und der Entwicklung des subjektiven Rechtes Fögen, SJZ 95/1999, 393, 394.

⁷⁰⁹ Vgl. zur grundsätzlichen Geltung der Art. 53, 54 und 55 ZGB auch im Gesellschaftsrecht des Obligationenrechts Egger (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 15; Riemer (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 99 f. und Art 52 ZGB, N 7; von Steiger (Fn. 58), S. 262 ff.

⁷¹⁰ Vgl. hierzu Druey, in: Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 1), S. 1–28, N 56 f.

⁷¹¹ Zu diesem systematischen Zusammenhang von Art. 52 und 53 ZGB vgl. Riemer (Fn. 670), Art. 52 ZGB, N 2 sowie Art. 53 ZGB, N 2 und Weber (Fn. 34), S. 88.

⁷¹² Vgl. für die Aktiengesellschaft etwa Jung (Fn. 31), Art. 620 OR, N 112 ff.

⁷¹³ Vgl. hierzu auch Weber (Fn. 34), S. 51, der die Bildung eines eigenen Vermögens nicht als primären dogmatischen und rechtspolitischen Sinn der privatrechtlichen juristischen Personen betrachtet, sondern die zur Verfügungstellung von „Organisationseinheiten“ und „Organisationsstrukturen“ ins Zentrum rückt.

(b) *Rechtsfähigkeit nach Art. 53 ZGB*(aa) *Vermögensfähigkeit als conditio sine qua non der juristischen Person*

Die Rechtsfähigkeit juristischer Personen ist jener natürlicher Personen nachgebildet.⁷¹⁴ Besonders deutlich kommt dies schon in der Botschaft von 1904 zum entsprechenden Entwurf des ZGB zum Ausdruck. Dort wird festgehalten, dass „[...] die Rechts- und Handlungsfähigkeit bei den Vorschriften über die Einzelpersonen [...]“ geordnet sei und bei „[...] den juristischen Personen [...]“ einfach hierauf verwiesen werden [...]“ könne.⁷¹⁵ Das geltende Recht bestimmt denn auch in Art. 53 ZGB geradezu lapidar im Sinne „[...] anthropomorphen Metaphern [...]“⁷¹⁶ dass die juristische Person aller Rechte und Pflichten fähig sei, „[...] die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben [...]“.⁷¹⁷

Die Suche nach den materiellen Voraussetzungen, die ein rechtliches Gebilde erfüllen muss, um als juristische Person zu gelten, muss somit bei der Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen beginnen.

Der Kern der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen besteht darin, dass diese als Rechtssubjekte eigene Rechte und Pflichten *haben können*.⁷¹⁸ Oder anders gewendet: „[...] Ohne Rechtsfähigkeit gibt es kein Rechtssubjekt [...]“.⁷¹⁹ Ein rechtliches Gebilde kann daher *nur dann* eine Rechtspersönlichkeit haben und eine juristische Person sein, wenn es *im Grundsatz selbst fähig ist*, die gleichen Rechte und Pflichten wie eine natürliche Person zu haben.⁷²⁰

Diese Fähigkeit ist folglich eine *notwendige* Eigenschaft der juristischen Person.⁷²¹ Gebilde, denen diese Fähigkeit nicht zukommt, können keine Rechtssubjekte und somit auch keine juristischen Personen sein.⁷²² So betonte schon *Eugen Huber*, dass sich die Personengemeinschaften von den juristischen Personen dadurch unterscheiden, dass letzterer selbst und nicht den Gesellschaftern die Rechte

⁷¹⁴ Vgl. in diesem Sinne auch *Weber* (Fn. 34), S. 117, der von den natürlichen Personen „als Anknüpfungspunkt“ zur Bestimmung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person spricht.

⁷¹⁵ BBl 1904 IV, S. 17.

⁷¹⁶ *Fögen* (Fn. 708), S. 396.

⁷¹⁷ Vgl. hierzu auch *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 19 ff.

⁷¹⁸ *Druey* (Fn. 710), N 12. Diese Konzeption der juristischen Person hängt eng mit der Entwicklung des subjektiven Rechts, das ein Rechtssubjekt voraussetzt, zusammen (vgl. hierzu *Weber* (Fn. 34), S. 44, 47 f.; *Fögen* (Fn. 708), S. 394 und *passim*).

⁷¹⁹ BBl 1904 IV, S. 17. Vgl. zur „Notwendigkeit“ vor dem Hintergrund der Entwicklung der subjektiven Rechte, juristischen Gebilden eine eigene Rechtspersönlichkeit zuzusprechen bzw. diese als Rechtssubjekte anzuerkennen *Fögen* (Fn. 708), S. 394.

⁷²⁰ Vgl. hierzu auch *Druey* (Fn. 710), N 13; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 6 und *Weber* (Fn. 34), S. 119.

⁷²¹ Das schließt nicht aus, dass einzelne Rechte, welche den Menschen zugesprochen werden können, den juristischen Personen nicht zustehen und umgekehrt (vgl. *Riemer* (Fn. 670), Art. 53 ZGB, N 3 f.).

⁷²² Zur grundsätzlichen Gleichsetzung der Begriffe „Rechtsfähigkeit“, „Rechtspersönlichkeit“ und „juristische Person“ im Schweizer Recht vgl. oben Fn. 689.

und Pflichten gegenüber Dritten zustehen.⁷²³ Juristischen Personen muss deswegen ein Mindestmaß an Rechten zukommen, um überhaupt als Rechtssubjekte betrachtet werden zu können.⁷²⁴

Zur Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen gehört die *Vermögensfähigkeit*, also die Fähigkeit, ein *eigenes* Vermögen haben zu können.⁷²⁵ Da es sich beim Vermögen um eine Gesamtheit von Rechten handelt, welche die *natürlichen Eigenschaften des Menschen* gerade *nicht* zur notwendigen Voraussetzung hat,⁷²⁶ kann eine juristische Person nur bestehen, wenn das entsprechende rechtliche Konstrukt auch Träger eines *eigenen* Vermögens *sein kann*.⁷²⁷ Dementsprechend erachtet auch *Riemer* die Vermögensfähigkeit als Recht, das die juristischen Personen „natürlicherweise“ haben müssen.⁷²⁸

Bei der *Vermögensfähigkeit* handelt es sich somit um den *Nukleus*, um eine *conditio sine qua non* der juristischen Person: Ein Rechtsgebilde kann nur dann eine eigene Rechtspersönlichkeit haben und eine juristische Person sein, wenn dieses konzeptionell ein *eigenes* Vermögen *haben kann*.

Diese Auffassung entspricht auch der Botschaft zur Revision des Stockwerkeigentums. Danach ist die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, trotzdem sie eine sich dem Verein annähernde körperschaftliche Struktur aufweist, im Rechtsverkehr unter eigenem Namen als selbständiges Subjekt auftritt und als solches handlungsfähig sowie partei-, prozess- und betreibungsfähig ist, keine juristische Person, weil sie über *kein eigenes Vermögen* verfügt.⁷²⁹

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Vermögensfähigkeit zwar nach der hier vertretenen Auffassung eine zwingend erforderliche Eigenschaft der juristischen Person darstellt, dass aber nicht jedes abgesonderte und verselbständigte Vermögen eine juristische Person verkörpert.⁷³⁰ Zur juristischen Person gehören weitere, durch das Gesetz zu regelnde Aspekte, wie insbesondere die Handlungsfähigkeit, was sich bereits aus Art. 54 ZGB ergibt.⁷³¹

⁷²³ *Huber* (Fn. 566), 25 f., 48; *Huber*, in: Bernischer Juristenverein, Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des Neuen Rechts, 1910–1911, S. 51, 51 f.

⁷²⁴ *Riemer* (Fn. 670), Art. 53 ZGB, N 94.

⁷²⁵ Vgl. hierzu *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 131 für die Aktiengesellschaft.

⁷²⁶ Vgl. zur Vermögensfähigkeit der juristischen Person auch *Egger* (Fn. 320), Art. 53 ZGB, N 6.

⁷²⁷ Vgl. auch *von Steiger* (Fn. 58), S. 290: „[...] Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens ist bei der Körperschaft die juristische Person, bei den Personengesellschaften die Gesamtheit der Gesellschafter [...]“.

⁷²⁸ *Riemer* (Fn. 670), Art. 53 ZGB, N 94. Zustimmung auch *Weber* (Fn. 34), S. 120.

⁷²⁹ BBl 1962, S. 1492, 1495, 1518.

⁷³⁰ Vgl. in diesem Sinne *Egger* (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 3. Vgl. hierzu auch *Elgueta*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 517, 518, 523 ff. (2010), der darauf hinweist, dass diese „asset independence“ oder „asset autonomy“ ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal im Bereich der Vermögenssegregation zwischen der Civil-Law-Tradition und der Common-Law-Tradition sei.

⁷³¹ Vgl. hierzu auch *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 Harvard Law Review 1335, 1338 f. (2006) und dortige Fn. 9.

(bb) Vereinbarkeit mit der Realitätstheorie

Der hier vertretenen Ansatz weist deutliche Parallelen zur insbesondere⁷³² von *Carl Friedrich von Savigny* vertretenen Fiktionstheorie auf, bei der ebenfalls die Vermögensfähigkeit der juristischen Person im Zentrum steht bzw. darauf beschränkt ist.⁷³³ *Eugen Huber* orientierte sich allerdings bei der Handlungsfähigkeit juristischer Personen und somit bei Art. 54 ZGB an *Otto von Gierke*'s Theorie der realen Verbandspersonen^{734, 735}. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die oben dargelegt *Vermögensfähigkeit* als erforderliche Voraussetzung der juristischen Person mit diesem entstehungszeitlichen Kontext und den sich im positiven Recht niedergeschlagenen Aspekten der Realitätstheorie vereinbaren lässt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies der Fall. Die Vermögensfähigkeit setzt die Fiktionstheorie *nicht* voraus, sondern lässt sich als Teilgehalt der Rechtsfähigkeit auch mit der Organtheorie vereinbaren.⁷³⁶ So wurde die eigene Rechtspersönlichkeit und als Teilgehalt davon auch die Vermögensfähigkeit der juristischen Person gerade auch von den Vertretern der Realitätstheorie anerkannt.⁷³⁷ Der Theorienstreit wirkt sich denn auch nicht primär bei der Vermögensfähigkeit der juristischen Personen, sondern an anderen Stellen wie etwa der Ehre, der Handlungs- oder Deliktsfähigkeit aus.⁷³⁸ Es überrascht daher auch nicht, dass *Eugen Huber* trotz seiner nachweislichen Orientierung an der Realitätstheorie die Vermögensfähigkeit als das entscheidende Merkmal der juristischen Person ge-

⁷³² Zu den Vertretern der Fiktionstheorie zählen auch *Puchta* und *Windscheid* (vgl. *Weber* (Fn. 34), S. 48).

⁷³³ *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 239 f.: „[...] Und nunmehr können wir den Begriff der juristischen Person noch näher dahin bestimmen: sie ist ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subjekt [...]. Für das System des Privatrechts sind sie nichts als vermögensfähige Subjekte, und jede andere Seite ihres Wesens liegt völlig ausser dessen Grenzen [...]“. Vgl. hierzu *Jung* (Fn. 87), § 2 N 6 und *Fögen* (Fn. 708), S. 395.

⁷³⁴ Die Begriffe „Realitätstheorie“, „Organtheorie“ und „Theorie der realen Verbandspersönlichkeit“ werden als Synonyme verwendet (vgl. hierzu und zum Ganzen *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 112). Vgl. zum Theorienstreit „über das Wesen der juristischen Person“ und zur Terminologie auch *Egger* (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 11; *Weber* (Fn. 34), S. 47 ff.; *Fleischer*, NZG 2023, 243, 246 f. Vgl. zur transnationalen Dimension dieses Theorienstreits auch *Fleischer*, JZ 2023, 365, 374 und *Fleischer*, 87 RabelsZ 2023, 5.

⁷³⁵ Siehe hierzu etwa *Huber* (Fn. 723), S. 52 und 58 f. und *Huber*, Erläuterungen, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 61. Ob damit auch die Realitätstheorie vom Gesetzgeber übernommen wurde, lässt sich freilich nicht abschließend beurteilen (kritisch dazu *Egger* (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 13). Vgl. *Weber* (Fn. 34), S. 1 m. w. H. Neben von *Gierke* zählen insbesondere *Beseler* und *Bluntschli* zu den Vertretern der „Realitätstheorie“ (vgl. *Weber* (Fn. 34), S. 48). Zu *Bluntschli*'s Rolle vgl. auch *Fögen* (Fn. 708), S. 396.

⁷³⁶ So im Ergebnis auch *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 113.

⁷³⁷ Vgl. etwa *von Gierke*, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902, S. 5.

⁷³⁸ Vgl. hierzu *Huber* (Fn. 735), S. 61; *Fögen* (Fn. 708), S. 395; *Fleischer* (Fn. 734), 247 f.; *Fleischer* (Fn. 734), 15 ff. Vgl. zur Frage der moralischen Verantwortlichkeit juristischer Personen *Phillips*, 2/4 Business Ethics Quarterly 435 (1992). Vgl. zu den Folgen des Gleichstellungsprinzips nach Art. 53 ZGB auch *Jung* (Fn. 87), § 2 N 9 ff.

rade auch als Unterschied zur Gesamthandschaft herausgestellt⁷³⁹ und die *Rechtsfähigkeit* der juristischen Person im Grundsatz auf die „vermögensrechtliche Sphäre“ beschränkt hat.⁷⁴⁰ Diese Beobachtungen lassen mit der h. L. die These zu, dass sich *Eugen Huber* zwar punktuell an der Realitätstheorie orientiert, sich aber „[...] nicht klar für ein bestimmtes System entschieden hat [...]“.⁷⁴¹

Die hier vertretene Auffassung stellt sich somit nicht in den Gegensatz zur Realitätstheorie oder zum entstehungszeitlichen Kontext von Art. 53 ZGB. Weder wird das „Wesen der juristischen Person“ auf ihre Vermögensfähigkeit reduziert, noch die sich aus der Realitätstheorie ergebenden und insbesondere in Art. 54 und 55 ZGB manifestierenden Konsequenzen, wie etwa hinsichtlich der Willensbildung, der Handlungsfähigkeit im rechtlichen und tatsächlichen Bereich, der Deliktsfähigkeit oder des Persönlichkeitsschutzes in Abrede gestellt.⁷⁴² Es wird lediglich herausgestellt, dass ungeachtet dessen, welcher der genannten historischen Theorien der juristischen Person gefolgt wird, Art. 53 ZGB die eigene Rechtsfähigkeit als Nukleus der juristischen Personen des Bundesprivatrechts positiviert. Und zu dieser Rechtsfähigkeit gehört sachlogisch auch die Fähigkeit, ein eigenes Vermögen haben zu können, die *Vermögensfähigkeit*. Die juristische Person wird somit durch die nachfolgende Herauskrystallisierung der minimalen Anforderungen an die eigene Vermögensfähigkeit nicht zum „blutlosen Gespenst“ oder zur „ausstaffierten Vogelscheuche“,⁷⁴³ sondern kann weiterhin im Rahmen des Gesetzes als „reale Verbandperson“ existieren.⁷⁴⁴

⁷³⁹ Vgl. etwa *Huber* (Fn. 723), S. 54; *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 4. Bd., 1893, S. 275 ff. Vgl. in diesem Sinne auch *Weber* (Fn. 34), S. 2.

⁷⁴⁰ *Huber* (Fn. 723), S. 57: „[...] Im allgemeinen wird man sagen können, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sich direkt auf die vermögensrechtliche Sphäre beschränkt oder wenigstens indirekt nur insoweit sich äußern kann, als gewisse Dinge vermögensrechtlich abschätzbar sind [...]“. *Huber* (Fn. 735), S. 80: „[...] Die von jeder menschlichen Eigenschaft losgelöste Rechtsfähigkeit vermag sich im wesentlichen nur vermögensrechtlich zu äussern [...]“. Vgl. hierzu auch *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 8.

⁷⁴¹ *Weber* (Fn. 34), S. 49: „[...] Bekanntlich behandelt unser positives Recht die organisierten Gemeinschaften, soweit es sie überhaupt als solche voll anerkennt, als einheitliche Wesenseinheiten, denen es Persönlichkeit zuschreibt. Sie werden als ‚juristische Personen‘ bezeichnet und sind so gut, wie die einzelnen Menschen, Subjekte von Rechten und Pflichten. Das steht fest [...]“.

⁷⁴² Vgl. zu diesen Folgen der Realitätstheorie *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 114 und *passim* sowie in der rechtshistorischen Betrachtung auch *von Gierke* (Fn. 737), S. 24 ff., S. 27: „[...] Durch das Organ offenbart sich also die unsichtbare Verbandsperson als wahrnehmende und urtheilende, wollende und handelnde Einheit. Die juristische Person unseres Rechts ist kein des gesetzlichen Vertreters bedürftiges unmündiges Wesen, sondern ein selbst tätig in die Aussenwelt eingreifendes Subjekt. Sie ist geschäftsfähig. Sie ist auch, was von der Fiktionstheorie hartnäckig bestritten wird, mehr und mehr jedoch sich mit zwingender Gewalt im Rechtsleben wieder Geltung verschafft hat, deliktsfähig und für ihr Verschulden verantwortlich [...]“.

⁷⁴³ *von Gierke* (Fn. 737), S. 7.

⁷⁴⁴ Zur beschränkten Tauglichkeit der Anerkennung der juristischen Person als „reale Person“ und zur Weiterentwicklung durch die Lehre der „Zweckpersonifikation“ vgl. *Weber* (Fn. 34), S. 249 m. w. H.

Bemerkt sei abschließend zum einen, dass der kurz skizzierte Theorienstreit im Schweizer Recht heute keine relevante praktische Bedeutung mehr hat, da – wie erwähnt – die sich daraus ergebenden konkreten Rechtsfragen zum einen durch den Gesetzgeber und die Praxis im Sinne der Realitätstheorie geklärt wurden.⁷⁴⁵ Zum anderen müssen mit der heutigen h. L. „[...] Rechtsfragen im Zusammenhang mit Juristischen Personen [...] losgelöst von diesen Theorien entschieden werden [...]“.⁷⁴⁶

(cc) *Voraussetzungen der Vermögensfähigkeit*

(aaa) *Grundsätzliches*

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass die Vermögensfähigkeit eine notwendige Eigenschaft der juristischen Person darstellt. Damit ist freilich noch nicht gesagt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein rechtliches Gebilde selbst – und nicht dessen Mitglieder – als Träger der entsprechenden Vermögensrechte betrachtet werden kann. So bleibt bspw. unklar, weswegen die Stockwerkeigentümergeinschaft kein eigenes Vermögen hat und deswegen keine juristische Person ist.

Zur Ermittlung der Voraussetzungen der Vermögensfähigkeit juristischer Personen legt Art. 53 ZGB erneut den Vergleich mit den natürlichen Personen nahe:⁷⁴⁷ Das Vermögen einer Person verkörpert im Wesentlichen ein Bündel von (Vermögens-)Rechten, das dieser zugeordnet ist. Die Zuordnung zu einer Person bedeutet, dass die betreffenden Rechte nicht zugleich einer anderen Person zusteht, was hier als *vermögensrechtliches Trennungsprinzip* bezeichnet wird.⁷⁴⁸ Von einem eigenen Vermögen wird man aber nur sprechen können, wenn sich die betreffende Person so verhalten kann, dass dieses ihr zugeordnete Vermögen nur für ihre eigenen Verbindlichkeiten haftet, es also nicht für eine fremde Schuld zwangsliquidiert werden kann, was hier als *Liquidationsschutz* bezeichnet wird.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ *Jung* (Fn. 87), § 2 N 7; *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 6; *Weber* (Fn. 34), S. 49 f. und so schon 1930 *Egger* (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 11. Vgl. für den Bedeutungsverlust des Theorienstreits in Deutschland durch positivrechtliche Klarstellungen *Fleischer*, NZG 2023, 243, 247; *Fleischer*, 87 *RabelsZ* 2023, 5, 18 f.

⁷⁴⁶ *Weber* (Fn. 34), S. 50.

⁷⁴⁷ Vgl. in diesem Sinne auch *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 16.

⁷⁴⁸ Das trifft nach Schweizer Auffassung selbst auf das Gesamteigentum zu, bei dem nicht das Recht an der Sache geteilt wird, sondern jeder Gesamteigentümer *ein* Recht auf die ganze Sache hat (vgl. Art. 652 ZGB). Vgl. zum Begriff des Trennungsprinzips und dessen Teilgehalten bei juristischen Personen *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 115. Die Trennung ergibt sich bereits aus der Rechtsfähigkeit, welche mit *Druey* der juristischen Person nicht nur Rechte zuweist, sondern auch die Rechtszuständigkeit anderer Rechtssubjekte in diesem Umfang verdrängt (vgl. *Druey* (Fn. 710), N 13).

⁷⁴⁹ Das kann bei juristischen Personen auch als Teilgehalt des Trennungsprinzips aufgefasst werden (vgl. in diesem Sinne etwa *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 124; *Jung* (Fn. 87), § 2 N 18).

Durch die Zuordnung von Vermögensrechten zu einer natürlichen Person als Rechtsträgerin findet nicht nur eine Trennung des Vermögens von anderen Vermögen statt, sondern es wird gleichzeitig ein für die Verbindlichkeiten der betreffenden Person reserviertes Haftungssubstrat geschaffen. Das Vermögen einer natürlichen Person charakterisiert sich somit durch die Abschirmung der Vermögensrechte vor dem Zugriff Dritter und durch die ausschließliche Haftung dieses Vermögens für die Verbindlichkeiten dieser Person, was in Anlehnung an *Rainier Kraakman* und *Henry Hansmann*⁷⁵⁰ als starke Abschirmung⁷⁵¹ oder starke Vermögensabschirmung bezeichnet werden kann.⁷⁵² Diese Theorie hat in den letzten Jahren vor allem in den Vereinigten Staaten einen großen Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche Literatur ausgeübt⁷⁵³ und hat nunmehr auch in die deutsche Literatur Einzug gefunden.⁷⁵⁴

Nur unter diesen beiden Voraussetzungen sind nach der hier vertretenen Auffassung die Vermögenswerte zugunsten der betreffenden natürlichen Person derart *stark abgeschirmt*, dass von einem *eigenen Vermögen* und in der Folge auch von der *Vermögensfähigkeit* der betreffenden Person gesprochen werden kann.

Die Vermögensfähigkeit der juristischen Personen setzt dementsprechend voraus, dass die betreffende Rechtsform die Umsetzung einer vergleichbaren *star-*

⁷⁵⁰ Vgl. für eine lehrbuchartige Darstellung hierzu insbesondere *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 1, 6. Vgl. hierzu grundlegend *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), *passim*, sowie die früheren Publikationen, in denen teilweise das theoretische Fundament entwickelt wurde, *Hansmann/Kraakman*, 31 *Journal of Legal Studies* (2002), 373; *Hansmann/Kraakman/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5; *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, *passim*. Vgl. zum Ganzen auch *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 285 m. H. auf das deutsche Recht. Angemerkt sei, dass die rechtshistorische „[...] Akkuratess[e] [...]“ der Herleitung, Begründung und vor allem Verifizierung der Funktion des *asset partitionings* „[...]“ von Rechtshistorikern verschiedentlich in Zweifel gezogen worden [...]“ ist. Die rechtsökonomischen Einsichten, an denen sich die nachfolgenden Ausführungen orientieren, haben in der Literatur aber „[...] viel Zuspruch erfahren [...]“ (*Fleischer*, in: *Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, 2021, S. 1, N 21, N 232 (Zitate bei N 232)).

⁷⁵¹ „Strong form of entity shielding“. Der neuere Begriff „entity shieldig“ entspricht dem älteren Begriff des „affirmative asset partitioning“ (vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 6 Fn. 13, sowie *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1336).

⁷⁵² Angemerkt sei, dass die Theorie des „asset partitioning“ zwar im Kontext juristischer Personen und Personengesellschaften entwickelt wurde, dass im Ausgangspunkt der Überlegungen von *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731) aber wie hier die natürlichen Personen stehen. Vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1337: „[...] Individuals (or rather, their personal estates) and corporations are thus both examples of legal entities, a term we use to refer to legally distinct pools of assets that provide security to a fluctuating group of creditors and thus can be used to bond an individual’s or business firm’s contracts [...]“. Vgl. dazu auch *Elgueta* (Fn. 730), 518 ff.

⁷⁵³ Vgl. etwa *Stout*, 2005 U. Ill. L. Rev. 253, 253 ff. m. w. H. sowie *Elgueta* (Fn. 730), 518 f. m. w. H. und *Fleischer* (Fn. 750), N 21, 232.

⁷⁵⁴ *Fleischer* (Fn. 750), N 232 m. H. auf *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 ff. sowie *Lombardo/Wunderlich*, in: Ott/Schäfer, *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht*, 2004, S. 383; *Tröger*, in: Aderhold et al., *FS Westermann*, 2008, S. 1533.

ken Abschirmung der ihr zugewiesenen Vermögenswerte bzw. -rechte erlaubt.⁷⁵⁵ Die Rechtsform muss also, um als juristische Person zu qualifizieren, die Umsetzung des vermögensrechtlichen Trennungsprinzips und des Liquidationsschutzes ermöglichen.⁷⁵⁶ Erlaubt eine Rechtsform demgegenüber keine Umsetzung einer solchen starken Abschirmungsmöglichkeit, kann ihr keine eigenständige juristische Persönlichkeit im Sinne von Art. 53 ZGB zukommen.⁷⁵⁷

Damit verdeutlicht sich auch, dass die Haftungsbegrenzung („limited liability“, „owner shielding“⁷⁵⁸) zwar eine logische Folge der eigenen Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person ist,⁷⁵⁹ aber keine Voraussetzung.⁷⁶⁰ Die juristische Person kann auch dann bestehen, wenn neben ihr die Gesellschafter oder Dritte für die Verbindlichkeit der Gesellschaft beschränkt oder unbeschränkt haften. Besonders deutlich erkennbar wird dies bei der Kommanditaktiengesellschaft, aber auch bei den statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft.⁷⁶¹ Gleiches gilt für die Möglichkeit der Einräumung einer vertraglichen Haftung der Gesellschafter, etwa in der

⁷⁵⁵ A.M. *Wendt* (Fn. 670), S. 46, der davon ausgeht, „[...] dass das Ausmass der vermögensrechtlichen Trennung keine Frage der Rechtsfähigkeit ist, sondern eine der jeweiligen Gesellschaftsform und Organisation [...]“.

⁷⁵⁶ Vgl. in diesem Sinne auch *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 393: „[...] In our view, this latter feature – the separation between the firm’s bonding assets and the personal assets of the firm’s owners and managers – is the core defining characteristic of a legal entity, and establishing this separation is the principal role that organizational law plays in the organization of enterprise [...]“.

⁷⁵⁷ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 5 ff. sprechen in diesem Zusammenhang von „entity shielding“, dass sich aus der „priority rule“ und dem „liquidation protection“ zusammensetzt. Sind beide Aspekte erfüllt, wird von „strong-form entity shielding“ gesprochen. Fehlt der Liquidationsschutz, liegt demgegenüber nur eine „weak-form entity shielding“ vor. Aus dem Text geht nicht ganz klar hervor, ob nach Auffassung der Autoren nur im Falle einer „strong-form entity shielding“ eine „legal personality“ vorliegt. In dieser Richtung tendenziell *Elgueta* (Fn. 730), 523 f., 532; *Armour/Whincop*, 27 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* 429, 461 (2007), die von einer „useful heuristic“ sprechen, sowie auch *Blair*, 51 *UCLA L. Rev.* 387, 387, 424 (2003); *Stout* (Fn. 753), 257 und *Lombardo/Wunderlich* (Fn. 754), S. 393. Nach der hier vertretenen Auffassung setzt die eigene Rechtspersönlichkeit der juristischen Person in der Schweiz vor dem Hintergrund von Art. 53 ZGB, der an der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen angelehnt ist, ein „strong-form entity shielding“ voraus. Vgl. für das sog. „complete entity shielding“ *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1338.

⁷⁵⁸ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 9; *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1337 f.

⁷⁵⁹ Vgl. in diesem Sinne etwa *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 15.

⁷⁶⁰ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 5 ff. Vgl. in diesem Sinne auch *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1336, 1339 f.: „[...] While limited liability has evident and important functional complementarities to entity shielding, it is neither necessary nor sufficient for the creation of business firms as separate and distinct economic actors. Firms can prosper without limited liability, but significant enterprises lacking entity shielding are largely unknown in modern [...]“.

⁷⁶¹ Vgl. hierzu oben unter II.2.h)-i).

Form einer Solidarbürgschaft, neben der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁷⁶²

(bbb) *Vermögensrechtliches Trennungsprinzip bei juristischen Personen (weak-form entity shielding und priority rule)*

Eine Rechtsform erfüllt in Analogie zu den natürlichen Personen das *vermögensrechtliche Trennungsprinzip*, wenn niemand außer sie selbst über die ihr zugewiesenen Vermögenswerte rechtmäßig verfügen kann. Vollständig umgesetzt ist das vermögensrechtliche Trennungsprinzip nur bei den Anstalten bzw. Stiftungen, die definitionsgemäß über keine Mitglieder, sondern nur über Organe und Begünstigte verfügen.⁷⁶³ Bei den Gesellschaften ist das vermögensrechtliche Trennungsprinzip indessen immer nur teilweise verwirklicht, da die Mitglieder, die an der Gesellschaft beteiligt sind, aufgrund der Mitbestimmungsrechte, bzw. den residualen Kontrollrechten,⁷⁶⁴ als Kollektiv *wirtschaftlich betrachtet* an den Vermögenswerten der Gesellschaft restberechtigt bleiben.⁷⁶⁵

Das vermögensrechtliche Trennungsprinzip muss nach der hier vertretenen Auffassung bei Gesellschaften daher bereits dann als erfüllt betrachtet werden, wenn den Mitgliedern *vor der Auflösung und Liquidation* der Gesellschaft keine unmittelbaren individuellen Rechte an den Vermögenswerten der Gesellschaft zukommen, seien diese dinglicher oder obligatorischer Natur.⁷⁶⁶ Bei den Gesellschaften genügt es somit zur Verwirklichung des vermögensrechtlichen Trennungsprinzips, wenn die einzelnen Gesellschafter vor der Auflösung der Gesell-

⁷⁶² Anzumerken ist ferner, dass die Haftungsbegrenzung, anders als die Rechtspersönlichkeit bzw. präziser der Liquidationsschutz, nicht notwendigerweise eine gesetzliche Grundlage erfordert. Die Haftungsbegrenzung kann weitgehend auch durch vertragliche Haftungsbegrenzungen und durch Haftpflichtversicherungen nachkonstruiert werden (vgl. hierzu etwa *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991 (paperback edition 1996), S. 41, 47 ff.; *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 428 ff.; *Lombardo/Wunderlich* (Fn. 754), S. 393 f.

⁷⁶³ Vgl. zu den Wesensmerkmalen der privatrechtlichen Stiftung auch *Huber* (Fn. 723), S. 66 f. *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), S. 1338, bezeichnen diese in der Schweiz im Bundesprivatrecht nur bei den Anstalten bzw. Stiftungen bestehende vollständige Abschirmung als „complete entity shielding“. Vgl. auch *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 405.

⁷⁶⁴ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.c)(5).

⁷⁶⁵ Vgl. hierzu *Egger* (Fn. 320), Art. 53 ZGB, N 17; *Jung* (Fn. 87), § 2 N 104.

⁷⁶⁶ Vgl. *Kunz* (Fn. 156), N 28. Vgl. hierzu *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 6, allerdings unter dem Stichwort „[...] liquidation protection [...]“ bzw. *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1341, die dann von „[...] liquidation protection against owners [...]“ sprechen. In Anlehnung an die in der Schweiz übliche Terminologie, welche gerade auch den Ausschluss der individuellen Zugriffsmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Vermögenswerte der Gesellschafter als Teilgehalt des Trennungsprinzips betrachtet, wird dieser Aspekt hier aber unter dem „vermögensrechtlichen Trennungsprinzip“ abgehandelt (vgl. zu diesem Teilgehalt des Trennungsprinzips *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 124, das insbesondere auch bei Einpersonengesellschaften gilt (vgl. BGE 117 IV 259, E. 3. a)).

schaft keine *individuellen* Rechte auf Aussonderung von Vermögenswerten im Gesellschaftsvermögen haben.⁷⁶⁷

Das vermögensrechtliche Trennungsprinzip ist erforderlich, um ein Gesellschaftsvermögen zu schaffen, das den Gläubigern der Gesellschaft als *primäres Haftungssubstrat* dienen kann. Die vermögensrechtliche Trennung bewirkt somit nicht nur, dass das Gesellschaftsvermögen ein vom Privatvermögen der Gesellschafter abgesondertes Vermögen bildet, sondern auch, dass dieses Gesellschaftsvermögen primär für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften kann, d. h. dass die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Ansprüchen der Gesellschafter und den Privatgläubigern der Gesellschafter in diesem Sinne bevorzugt werden.⁷⁶⁸ Diese mit der vermögensrechtlichen Trennung verbundene „Priorisierung der Gesellschaftsgläubiger“ wird auch als „[...] priority rule [...]“ bezeichnet.⁷⁶⁹ Letztere ist allerdings nur dann vollständig verwirklicht, wenn selbst im Konkurs der Gesellschaft die gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderungen der Gesellschafter sowie die Forderungen der Privatgläubiger der Gesellschafter gegenüber den Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nachrangig sind.

(ccc) Liquidationsschutz bei juristischen Personen (strong-form entity shielding)

Demgegenüber lässt sich der *Liquidationsschutz* nicht nur bei Anstalten, sondern auch bei den Gesellschaften vollständig verwirklichen.

Bei den Anstalten besteht er ohne Weiteres, da diese über keine Mitglieder verfügen, die als an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigte betrachtet werden können. Es ist daher auch ausgeschlossen, dass das Anstaltsvermögen für andere als für die eigenen oder durch gesondertes Rechtsgeschäft übernommene Verbindlichkeiten haftete.

Bei den Gesellschaften bestehen, wie gezeigt wurde, Mitglieder, die wirtschaftlich betrachtet an den Vermögenswerten berechtigt sind. Der Liquidationsschutz liegt deswegen nur dann vor, wenn weder die individuellen Gesellschafter, noch die Privatgläubiger der Gesellschaft auf deren *Liquidationsanteil* zugreifen können, d. h. wenn diese die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft *nicht gegen den Willen der Gesellschaft* durchsetzen können.⁷⁷⁰

Die Voraussetzung ist deswegen nur dann erfüllt, wenn die Rechtsform wegen Privatschulden eines Begünstigten oder Gesellschafters gegen deren Willen oder

⁷⁶⁷ Vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1341.

⁷⁶⁸ Vgl. in diesem Sinne auch *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 124.

⁷⁶⁹ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 6.

⁷⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne auch *Huber* (Fn. 723), S. 54: „[...] Allein die Praxis hat sich dahin abgeklärt, daß bei Familienkisten die Beteiligten nicht Gesamt- oder Miteigentümer sind und nicht einen Anteil haben, der schlechtweg von ihren Gläubigern gepfändet oder sonst in Anspruch genommen werden könnte, sondern daß das Gut intakt bleibt bis zur Auflösung, wo erst die Teilung erfolgt. Dann hört sein Vermögensbegriff auf und damit auch die juristische Person [...]“.

gegen den Willen der Gesellschaft bzw. Anstalt *nicht aufgelöst und liquidiert* werden kann.⁷⁷¹ Fehlt der Liquidationsschutz, haftet das Vermögen der Gesellschaft oder Anstalt anders als bei einem Haftungsdurchgriff ungeachtet eines allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Begünstigten oder Gesellschafter für deren privates Verhalten implizit mit.

Nach der hier vertretenen Auffassung setzt der Liquidationsschutz das vermögensrechtliche Trennungsprinzip voraus.⁷⁷² Solange die Gesellschafter über individuelle dingliche oder obligatorische Rechte am Gesellschaftsvermögen verfügen, können diese Rechte auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Gesellschafter verwertet werden.⁷⁷³ Der Liquidationsschutz kann daher auch als eine Erweiterung des vermögensrechtlichen Trennungsprinzips betrachtet werden. Ist nur das vermögensrechtliche Trennungsprinzip bzw. die *priority rule* verwirklicht, liegt nur eine schwache Vermögensabschirmung vor („weak-form entity shielding“).⁷⁷⁴ Ist (auch) der Liquidationsschutz verwirklicht, kann von einer starken Vermögensabschirmung gesprochen werden („strong-form entity shielding“).⁷⁷⁵

Eine solche Absonderung von Vermögenswerten gegenüber den Privatgläubigern der Gesellschafter hat die Wirkung eines *absoluten Rechts* und kann deswegen nur auf der Grundlage einer *erga omnes* wirkenden gesetzlichen Bestimmung erreicht werden.⁷⁷⁶ So können Vermögenswerte, die dem Schuldner zustehen, von dessen Gläubigern zur Befriedigung ihrer Ansprüche zwangsverwertet werden lassen.⁷⁷⁷ Die unpfändbaren Vermögenswerte des Schuldners sind gesetzlich zwingend festgelegt.⁷⁷⁸ Das schließt eine privatautonome Abänderung mit Wirkung gegenüber unbeteiligten Dritten aus. Freilich könnte eine Vereinbarung getroffen werden, dass im Fall der Zwangsvollstreckung gewisse Vermögenswerte automatisch an eine andere Person übertragen werden (Schenkung im Hinblick

⁷⁷¹ Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1340. Vgl. in diesem Sinne Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler (Fn. 750), S. 6.

⁷⁷² Vgl. ähnlich Hansmann/Kraakman (Fn. 533), 387, 435.

⁷⁷³ Vgl. dazu unten Fn. 777 ff. und den dazugehörenden Text.

⁷⁷⁴ Vgl. hierzu auch Tröger (Fn. 754), S. 1542.

⁷⁷⁵ Vgl. zu den Begriffen *weak-* und *strong-form entity shielding* Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler (Fn. 750), S. 5 ff. Vgl. hierzu auch Tröger (Fn. 754), S. 1542.

⁷⁷⁶ Hansmann/Kraakman (Fn. 750), 405 f.: „[...] Affirmative asset partitioning creates property rights. The priority it gives business creditors is binding on all subsequent personal creditors of the entrepreneur, whose claim to the business assets will be subordinated to it [...]“. Vgl. hierzu auch Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler (Fn. 750), S. 7; Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1338. Dies entspricht der schweizerischen Rechtsordnung. Vgl. für eine unter anderem auf dieser Erkenntnis aufbauende Weiterentwicklung der sog. „Property Theory of Corporate Law“ Anderson, 1 Colum. Bus. L. Rev. 2020, 1, 57 und *passim* sowie auch Armour/Whincop (Fn. 757), 436 ff. m. w. H. insbesondere auf Oliver E. Williamson, Oliver Hart und *passim*.

⁷⁷⁷ Vgl. zum Umfang der Pfändung bzw. den Pflichten des Schuldners Art. 91 ff. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1).

⁷⁷⁸ Vgl. Art. 92 f. SchKG.

auf die Zwangsvollstreckung). Ungeachtet dessen, ob solche Vereinbarungen überhaupt zulässig sind,⁷⁷⁹ würde dann aber die Rechträgerschaft ändern. Die betreffenden Vermögenswerte würden (auch wirtschaftlich betrachtet) nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehören. Demgegenüber verschafft eine juristische Person gerade die Möglichkeit des Auseinanderfallens von wirtschaftlichem und rechtlichem Eigentum. Der Gesellschafter verliert mit der Einlage in das Gesellschaftsvermögen zwar die dinglichen und obligatorischen Rechte an den Vermögenswerten. Er bleibt aber als Mitglied der Gesellschaft *wirtschaftlich* an den Vermögenswerten *mitberechtigt*. Seine Gläubiger können nur in dessen Rechtsstellung eintreten bzw. die Beteiligungsrechte (nicht aber die Vermögenswerte der Gesellschaft) verwerten lassen. Bei den Personengesellschaften ist dies, wie nachfolgend gezeigt wird,⁷⁸⁰ anders. Die Gläubiger eines Personengesellschafters können in letzter Konsequenz die Liquidation der Gesellschaft durchsetzen und den Liquidationsanteil des Gesellschafters beanspruchen. Eine abweichende (gesellschafts-)vertragliche Vereinbarung oder statutarische Regelung hätte insbesondere gegenüber den deliktischen Privatgläubigern der Gesellschafter als „Vertrag zulasten Dritter“ keine Wirkung.⁷⁸¹ Das bedeutet gleichzeitig auch, dass die juristischen Personen nur mit einer gesetzlichen Grundlage entstehen und nicht alleine mittels privatautonomer Rechtsgestaltung „konstruiert“ werden können.⁷⁸²

(3) Induktion der Definitionsmerkmale der juristischen Person

(a) Vorbemerkungen

Die aus Art. 53 ZGB *abgeleiteten* erforderlichen Kernmerkmale der juristischen Person lassen sich auch durch die Analyse der Regelungen der einzelnen Rechtsformen *herleiten*. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass alle Rechtsformen, bei denen das Vorliegen der Rechtspersönlichkeit im Gesetzestext explizit erwähnt wird und insofern unbestritten ist, die starke Vermögensabschirmung ermöglichen. Umgekehrt lassen die Rechtsformen, bei denen die Rechtspersönlichkeit nicht explizit erwähnt wird, keine starke Vermögensabschirmung zu. Das kann als *positivrechtliches Indiz* dafür gewertet werden, dass die starke Vermögensabschirmung eine notwendige Eigenschaft der juristischen Person darstellt.

⁷⁷⁹ Vgl. hierzu Art. 250 Abs. 2 OR, Art. 285 ff. SchKG und eingehend *Stahelin*, AJP 4 (2004), 363.

⁷⁸⁰ Vgl. nachfolgend unter III.3.a)(3)(c)(bb).

⁷⁸¹ Für eine andere, vertragstheoretische Begründung der Erforderlichkeit einer „gesetzlichen“ Grundlage („rule of law“, „special rule of property law“) vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1340 ff.

⁷⁸² *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1338; *Elgueta*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 517, 517 f. (2010).

(b) *Starke Vermögensabschirmung bei Rechtsformen mit ausdrücklicher positiver Erwähnung der Rechtspersönlichkeit im Gesetzestext*

(aa) *Grundsätzliches*

Die starke Vermögensabschirmung ist im Grundsatz bei allen Rechtsformen, die nach dem Gesetzestext über eine juristische Persönlichkeit verfügen, in unterschiedlichen Schattierungen verwirklicht. Bei der Kommanditaktiengesellschaft und der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital bestehen indessen im Vergleich zu den anderen Rechtsformen mit ausdrücklichem gesetzlichem Hinweis auf die Rechtspersönlichkeit teils gewichtige Besonderheiten, weswegen diese beiden Rechtsformen nachfolgend gesondert dargestellt wird.⁷⁸³ Für die übrigen Rechtsformen mit ausdrücklicher gesetzlicher Erwähnung der Rechtspersönlichkeit lässt sich folgendes als allgemeine Grundsätze festhalten:

Das *vermögensrechtliche Trennungsprinzip* ist bei diesen Rechtsformen durchwegs verwirklicht, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen.⁷⁸⁴ Bei den Anstalten ist dieses Kriterium begriffslogisch am stärksten entwickelt, da bei diesen gar keine Mitglieder bestehen, die auf das Vermögen rechtmäßig zugreifen könnten.⁷⁸⁵ Bei den Körperschaften bestehen in allen Fällen vor der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft keine individuellen und unmittelbaren obligatorischen oder dinglichen Rechte der Gesellschafter an den Vermögenswerten der Gesellschaft.⁷⁸⁶ Die Gesellschafter können nur, aber immerhin, unter der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen rechtmäßig auf die Vermögenswerte der Gesellschaft zugreifen. In prozeduraler Hinsicht ist dabei jeweils ein Beschluss der Gesellschaft erforderlich,⁷⁸⁷ etwa zur Auflösung und Liquidation,⁷⁸⁸ zur Kapitalherabsetzung,⁷⁸⁹ was einer Teilliquidation gleichkommt, oder zur Dividendenzahlung.⁷⁹⁰ In materieller Hinsicht wird zudem in unterschiedlicher Intensität sichergestellt, dass die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft aber auch der übrigen Gesellschafter gewahrt werden.⁷⁹¹ Das gilt formell betrachtet selbst im Falle kontrollierender Gesellschafter und bei Einpersonen-Körperschaften, da auch diese die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben insbesondere hinsichtlich des Trennungsprinzips vollumfänglich beachten müssen. Auch kann bei allen diesen Rechtsformen ein individuelles und freies Austrittsrecht der Gesellschafter bzw. ein damit verbundener Anspruch auf Auszahlung eines Anteils am Nettovermögen der Gesellschaft

⁷⁸³ Nachfolgend III.3.a)(3)(b)(bb) und (cc).

⁷⁸⁴ Vgl. hierzu auch Egger (Fn. 320), vor Art. 52 ZGB, N 10, der von einer „[...] Stufenfolge der Verselbständigung [...]“ spricht.

⁷⁸⁵ Siehe hierzu schon oben unter III.2.a). Vgl. Egger (Fn. 320), Art. 52 ZGB, N 12.

⁷⁸⁶ Jung (Fn. 87), § 2 N 21; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 2 N 6, 9.

⁷⁸⁷ Vgl. hierzu auch Egger (Fn. 320), Art. 53 ZGB, N 1.

⁷⁸⁸ Vgl. etwa. Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 770, Art. 821 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁷⁸⁹ Vgl. hierzu etwa Art. 653j ff. OR.

⁷⁹⁰ Vgl. hierzu etwa Art. 675 i. V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

⁷⁹¹ Vgl. etwa Art. 653j ff., Art. 671 ff., Art. 675 ff. OR.

(Liquidationsanteil) statutarisch vollständig ausgeschlossen werden, sofern die jeweilige Rechtsform den Austritt überhaupt erlaubt.⁷⁹²

Der *Liquidationsschutz* ist demgegenüber bei allen hier zu besprechenden Gebilden *vollständig und gleichmäßig* verwirklicht. Weder beim Verein, der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch bei der Genossenschaft können individuelle Gesellschafter oder die Gläubiger eines Gesellschafters gegen den Willen dieses Gesellschafters oder der Gesellschaft die gänzliche oder teilweise Liquidation der Gesellschaft rechtlich durchsetzen bzw. die Durchsetzung in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Gesellschafter erwirken.⁷⁹³ Analoges gilt für die Gläubiger von Begünstigten einer Stiftung, solange die Begünstigten selbst keine Forderungen gegenüber der Stiftung geltend machen können.

(bb) Kommanditaktiengesellschaft

Im Recht der Kommanditaktiengesellschaft fehlt zwar eine ausdrückliche Bestimmung zur Rechtspersönlichkeit. Die Rechtspersönlichkeit der Kommanditaktiengesellschaft ergibt allerdings Kraft Verweisung auf das Aktienrecht.⁷⁹⁴ Die Kommanditaktiengesellschaft weicht jedoch in entscheidenden Punkten maßgeblich von den oben erwähnten allgemeinen Ausführungen zum *vermögensrechtlichen Trennungsprinzip* und zum *Liquidationsschutz* ab.

So haben die Gesellschafter im Grundsatz vor der Auflösung bzw. Kündigung keine unmittelbaren individuellen obligatorischen oder dinglichen Rechte am Vermögen der Gesellschaft. Den unbeschränkt haftenden Gesellschafter kommt aber gestützt auf Art. 771 OR das Recht der Kündigung gleich einem Kollektivgesellschaftler zu. Dieses lässt sich aber gleich wie bei den Personenhandelsgesellschaften in den Schranken von Art. 27 ZGB umfangreich und langfristig wegbedingen.⁷⁹⁵ Es besteht somit die Möglichkeit, das vermögensrechtliche Trennungsprinzip auch bei der Kommanditaktiengesellschaft weitgehend zu verwirklichen.

⁷⁹² Vgl. hierzu Art. 680 Abs. 2, Art. 822 Abs. 2, Art. 865 Abs. 1 OR. Vorbehalten bleiben lediglich gerichtlich durchzusetzende Austrittsrechte aus wichtigem Grund (vgl. etwa Art. 822 Abs. 1 OR). Es handelt sich dabei aber nicht um ein freies Austrittsrecht, das im Ergebnis den freien Zugriff auf den Liquidationsanteil ermöglicht, sondern nur um einen „Notausgang“ in besonderen Fällen.

⁷⁹³ Die Möglichkeit eines Zugriffes eines Privatgläubigers eines Gesellschafters auf das Vermögen einer juristischen Person besteht überhaupt nur bei der Genossenschaft. Aber auch dort nur, sofern die Statuten dem ausscheidenden Mitglied einen Anteil am Vermögen der Genossenschaft gewähren. Unter dieser Voraussetzung kann ein dem Genossenschafter zustehendes Austrittsrecht in dessen Konkurs von der Konkursverwaltung oder, wenn dieser Anteil gepfändet worden ist, vom Betreibungsamt geltend gemacht werden, sodass die Privatgläubiger des betreffenden Genossenschafter im Zwangsvollstreckungsverfahren Zugriff auf diesen Vermögensanteil erhalten (vgl. hierzu Art. 845 OR). Vgl. noch anders Art. 694 OR 1881.

⁷⁹⁴ Art. 764 Abs. 2 i. V. m. Art. 643 OR.

⁷⁹⁵ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.a)(3)(c)(bb)(aaa).

Gleiches gilt auch für den Liquidationsschutz. So kann die Kommanditaktiengesellschaft neben den für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften nur beendet und aufgelöst werden, wenn über *sämtliche* unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Konkurs eröffnet wird.⁷⁹⁶ Die Zugriffsmöglichkeit der Privatgläubiger auf die Liquidationsanteile der Gesellschafter besteht somit, anders als bei den Personengesellschaften, nicht auf individueller Basis, sondern nur wenn alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter in Konkurs geraten. Durch die Aufnahme mehrerer unbeschränkt haftenden Gesellschafter kann daher das Liquidationsrisiko weitgehend ausgeschlossen werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass über alle unbeschränkt haftenden Mitglieder der Konkurs eröffnet wird und die Gesellschaft deswegen liquidiert wird, erscheint dann gering bzw. praktisch betrachtet ausgeschlossen. In den Statuten können zudem Ersatzmitglieder (Suppleanten) vorgesehen werden, die an die Stelle eines ausfallenden Mitglieds treten.⁷⁹⁷ Die Wahrscheinlichkeit, dass über alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Konkurs eröffnet wird und keine Suppleanten nachrücken können, dürfte dann derart gering sein, dass das Kriterium des *Liquidationsschutzes* als erfüllt betrachtet werden kann.

(cc) Investmentgesellschaft mit variablem Kapital

Das KAG äussert sich nicht ausdrücklich zur Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital. In Art. 37 Abs. 1 KAG wird aber festgehalten, dass sich ihre Gründung nach den obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft richte. Die Verweisungsnorm dürfte nicht nur die unter der Marginalie E. stehenden Art. 629 bis 636 OR, sondern auch die Bestimmungen zum Erwerb der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft, d. h. die Art. 643 ff. OR und somit die Gründung im weiten Sinne umfassen.⁷⁹⁸

Für die Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital spricht zudem indirekt auch die Botschaft des Bundesrates zum Kollektivanlagengesetz im Zusammenhang mit den bei offenen kollektiven Kapitalanlagen zulässigen Teilvermögen.⁷⁹⁹

Die Lehre äussert sich zumeist nicht explizit zur Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, sondern betont deren körperschaftliche Struktur, die Verwandtschaft mit der Aktiengesellschaft oder die Haftungsbegrenzung und geht dabei zumindest implizit von einer eigenen Rechtspersönlichkeit aus.⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ Art. 770 Abs. 1 OR.

⁷⁹⁷ Wernli, in: Kostkiewicz et al., Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (OFK), 4. Aufl. 2023, Kommentierung zu Art. 765 OR, N 5.

⁷⁹⁸ So im Ergebnis auch Müller (Fn. 687), Rn. 256.

⁷⁹⁹ BBl 2005, S. 6469.

⁸⁰⁰ Rayroux/Scholler, in: Bösch et al., Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl. 2016, Kommentierung zur Art. 36 KAG, N 11, 19. Jutzi/Schären (Fn. 687), Rn. 307; Kunz (Fn. 687), N 45. Vgl. auch Jung (Fn. 87), § 3 N 13, der die SICAV bei den Körperschaften,

Nach der hier vertretenen Auffassung genügen diese letzteren Aspekte allerdings nicht für das Vorliegen einer juristischen Persönlichkeit. Die körperschaftliche Struktur, welche bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital unbestritten ist, reicht für das Vorliegen einer juristischen Person nicht aus, wie das Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft verdeutlicht.⁸⁰¹ Auch die Beschränkung der Haftung auf bestimmte Vermögenswerte ist kein hinreichendes Kriterium der juristischen Person. Entscheidend ist vielmehr, dass diese Vermögenswerte nur und ausschließlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft *und nicht auch* für jene der Gesellschafter haften. Unerheblich für das Vorliegen einer eigenen juristischen Persönlichkeit ist daher auch, ob noch weitere Personen mit ihrem Vermögen für die gleichen Verbindlichkeiten haften.⁸⁰² Das verdeutlicht ein Vergleich mit den Personenhandelsgesellschaften. So spricht das Gesetz auch bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft von einem Gesellschaftsvermögen, das für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.⁸⁰³ Deswegen wird die Kollektivgesellschaft aber noch nicht zur juristischen Person.⁸⁰⁴ Und die fehlende Rechtspersönlichkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass die Gesellschafter subsidiär, persönlich, solidarisch und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften, sondern daraus, dass das Gesellschaftsvermögen im Umfang der Liquidationsanteile der Gesellschafter für deren Privatschulden mithaftet.⁸⁰⁵

Die Bestimmung der Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital bereit denn auch aufgrund der variablen Kapitalstruktur Mühe. Wie bei allen offenen kollektiven Kapitalanlagen steht den Anlegern nämlich auch bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital grundsätzlich das Recht zu, jederzeit die Anteile zum Nettoinventarwert zulasten des Kollektivvermögens zurückzugeben und sich den darauf entfallenden Nettoinventarwert in bar auszahlen zu lassen.⁸⁰⁶ Beim Gesellschaftsvermögen der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital handelt es sich daher nach der hier vertretenen Auffassung – und mit den nachfolgend dargelegten Ausnahmen – formaljuristisch betrachtet um ein *gemeinschaftliches Vermögen der Anleger* bzw. ein Kollektivvermögen. Man könnte an dieser Stelle gar die Frage aufwerfen, ob es sich bei den „Einlagen“ der Anleger tatsächlich um Eigenkapital handelt, setzt dieses doch voraus,

also den juristischen Personen einreicht. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 22 N 112 sprechen demgegenüber von einer „[...] körperschaftlich ausgestalteten Rechtsform [...]“ und nicht von einer Körperschaft. *Müller* (Fn. 687), Rn. 256 und *Heberlein*, Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) und die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) im Vergleich, 2008, S. 117, erwähnen die Rechtspersönlichkeit ausdrücklich.

⁸⁰¹ Siehe hierzu oben unter III. 3. a) (2) (b) (aa).

⁸⁰² A. M. wohl *Rayroux/Scholler*, in: Bösch et al., Basler Kommentar Kollektivanlagenengesetz, 2. Aufl. 2016, Kommentierung zu Art. 36 KAG, N 19.

⁸⁰³ Vgl. Art. 570 Abs. 1 und Art. 616 OR.

⁸⁰⁴ Vgl. hierzu unten unter III. 3. a) (3) (c) (bb) (aaa).

⁸⁰⁵ Vgl. hierzu oben unter III. 3. a) (2) (b) (cc) (ccc).

⁸⁰⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 i. V.m. Art. 42 Abs. 1 i. V.m. Art. 78 Abs. 2 KAG. Vgl. zu den mit der offenen Struktur verbundenen Nachteilen auch BBI 2005, S. 6425.

dass das eingesetzte Kapital der Gesellschaft dauerhaft zur Verfügung steht und von den Einlegern nicht zurückgefordert werden kann.⁸⁰⁷ Das Gesellschaftsvermögen bildet aber immerhin – und darin liegt die Besonderheit im Vergleich zu den zivilrechtlichen Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften sowie zu den Personengesellschaften – ein gesondertes und *ausschließliches* Haftungssubstrat für die unter der Firma der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital eingegangenen Verbindlichkeiten. Dadurch wird die Haftung der Anleger und gleichzeitig deren Risiko begrenzt. Dies senkt die „Hemmschwelle“ für eine Investition in eine Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, was zugleich die Kapitalbeschaffung erleichtert. Man erhält gewissermaßen das Beste aus zwei Welten: ein freies Austrittsrecht und die beschränkte Haftung.⁸⁰⁸ Die Konstellation ist aber insofern nicht außergewöhnlich, als sich diese im Prinzip auch bei der Genossenschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung umsetzen lässt. Im Unterschied zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung und zur Genossenschaft kann bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital aufgrund der zwingenden offenen Struktur der Austritt und somit das Rückgaberecht des Anteils zulasten des Gesellschaftsvermögens bei den Anlegeraktionären aber *nicht dauernd* ausgeschlossen werden. Bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital ist das *vermögensrechtliche Trennungsprinzip* somit *nicht* vollständig und für das gesamte Gesellschaftsvermögen umsetzbar. Der individuelle Anspruch der Anlegeraktionäre auf Rückzahlung des Nettoinventarwertes ihrer Beteiligung wird zudem *im Ergebnis* in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Anlegeraktionär pfänd- und verwertbar sein. Genau genommen können die entsprechenden Aktien gepfändet und anschließend im Rahmen der Zwangsvollstreckung bzw. spätestens vom Erwerber der Aktien auch zurückgegeben werden.⁸⁰⁹ Damit besteht diesbezüglich auch kein *Liquidationsschutz*. Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital ermöglicht somit *keine* starke Vermögensabschirmung des *gesamten* Gesellschaftsvermögens.

Diese Grundsätze gelten im Prinzip für alle Teilvermögen einer Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und somit für die Anleger- und Unternehmeraktionäre gleichermaßen.⁸¹⁰ Für die Unternehmergesellschaften bestehen allerdings maßgebliche Einschränkungen hinsichtlich des Rückgaberechtes. Diese können ihre Aktien nur zurückgeben, wenn „[...] das angemessene Verhältnis zwischen Einlagen und Gesamtvermögen der SICAV auch nach der Rücknahme eingehalten ist; und die Mindesteinlage nicht unterschritten wird [...]“.⁸¹¹ Im Umfang die-

⁸⁰⁷ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.a)(4)(c).

⁸⁰⁸ Vgl. hierzu unten unter III.3.a)(4)(c).

⁸⁰⁹ Vgl. hierzu Art. 89 ff. und Art. 116 ff. und Art. 132 SchkG.

⁸¹⁰ Vgl. *Rayroux/Vogt Scholler*, in: Bösch et al. (Fn. 435), N 8.

⁸¹¹ Art. 58 Abs. 2 KKV. *Heberlein* (Fn. 800), S. 109 f. geht demgegenüber davon aus, dass die Unternehmeraktionäre gar kein individuelles Recht auf Rückgabe der Aktien hätten, und eine Rücknahme bzw. Rückgabe grundsätzlich nach den Vorschriften der Kapitalherabsetzung der Aktiengesellschaft zu erfolgen habe.

ses aufsichtsrechtlich festgelegten Mindestvermögens ist somit das Rückgaberecht der Unternehmeraktionäre gesetzlich zwingend ausgeschlossen. In diesem Umfang besteht somit im Ergebnis ein stark abgeschirmtes, d. h. sowohl vor dem Zugriff der Gesellschafter als auch deren Privatgläubigern geschütztes Vermögen der Gesellschaft. In diesem Umfang liegt denn auch unbestreitbar eine eigene Vermögensfähigkeit der Gesellschaft vor, wodurch zugleich die minimalen Voraussetzungen für eine eigene Rechtspersönlichkeit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital erfüllt sind.

Bemerkt sei, dass es sich bei der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital auch dergestalt um einen Sonderfall handelt, als es im schweizerischen Recht ansonsten nicht möglich ist, die Haftung für bestimmte Verbindlichkeiten auf einzelne Vermögenswerte oder Teile eines Vermögens zu beschränken.⁸¹² Juristische und natürliche Personen haften jeweils mit ihrem ganzen Vermögen für die eingegangenen Verbindlichkeiten.⁸¹³ Eine summenmäßige Begrenzung der Haftung ist zudem nur für die leichte Fahrlässigkeit möglich.⁸¹⁴

(c) Keine starke Vermögensabschirmung bei Rechtsformen ohne ausdrückliche Erwähnung der Rechtspersönlichkeit im Gesetzestext

(aa) Zivilrechtliche Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften

Bei den Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften des Zivilgesetzbuchs können Zugriffe der Beteiligten oder deren Gläubiger auf das der Gemeinschaft zugewiesene Vermögen nicht vollständig ausgeschlossen werden.⁸¹⁵ Selbst bei der Stockwerkeigentümergeinschaft, die eine ausgeprägte körperschaftliche Struktur aufweist, besteht keine starke Vermögensabschirmung. Es handelt sich um eine besondere Miteigentumsgemeinschaft, wobei die entsprechenden Regelungen selbst den Erneuerungsfonds erfassen.⁸¹⁶

⁸¹² Vgl. hierzu oben bei III.3.a)(2)(b)(cc)(ccc). Daraus erklärt sich auch, dass noch vor dem Inkrafttreten des Finanzinstitutsgesetzes die Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten nur bei einer expliziten Offenlegung in den entsprechenden Verträgen wirksam war (vgl. hierzu Art. 94 Abs. 2 aKAG).

⁸¹³ Vgl. zum rechtshistorischen Hintergrund *Elgueta* (Fn. 730), 527.

⁸¹⁴ Vgl. hierzu auch BBl 2005, S. 6469 f. und schon oben unter III.3.a)(2)(b)(cc)(ccc). Vgl. dazu aber *Elgueta* (Fn. 730), 518, 523 ff., der darauf hinweist, dass eine „[...] asset partitioning [...]“ innerhalb einer juristischen Person in der „[...] civil law tradition [...]“ durchaus bekannt sei.

⁸¹⁵ Vgl. zu den unterschiedlichen Ausprägungen der Gesamthand und den Unterschieden zur Bruchteilsgemeinschaft insbesondere *Huber* (Fn. 566), S. 32 ff. sowie die Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG; SR 281.41). Vgl. auch *Weber* (Fn. 34), S. 56 f. Anzumerken ist, dass bei den Bruchteilsgemeinschaften jeder Gesellschafter dinglich über den ideellen Bruchteil verfügen kann, was für Gesellschaften grundsätzlich ungeeignet ist (vgl. *Jung* (Fn. 87), § 2 N 33 ff.).

⁸¹⁶ Vgl. BBl 1962, S. 1492, 1495, 1518.

(bb) Personengesellschaften

(aaa) Personenhandelsgesellschaften

Das vermögensrechtliche *Trennungsprinzip* ist bei den Personenhandelsgesellschaften weitgehend verwirklicht. Es ergibt sich aus dem seit dem OR von 1881 zwingenden Gesamthandverhältnis der Gesellschafter.⁸¹⁷ Letztere verfügen vor der Auflösung und Liquidation über keine individuellen dinglichen oder obligatorischen Rechte an dem der Gesamtheit der Gesellschafter zustehenden Vermögen.⁸¹⁸ Daran ändert auch die Selbstorganschaft nichts, da die Geschäftsführung und Vertretung letztlich immer im Rahmen des Gesellschaftszwecks und nicht rein eigennützig erfolgen dürfen.⁸¹⁹

Es findet zudem insofern eine Vermögenstrennung statt, als die Gläubiger der Gesellschaft Anspruch haben, aus dem Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter befriedigt zu werden⁸²⁰ und Gesellschafter im Konkurs der Gesellschaft nur für verfallene Zinsen, sowie für Forderungen für Honorare und für den Ersatz von im Interesse der Gesellschaft gemachten Auslagen als Gläubiger teilnehmen können.⁸²¹ Die Gesellschafter können zudem wie Dritte mit der Gesellschaft Verträge einschließlich Solidarbürgschaften abschließen.⁸²² Sie gelten in dieser Hinsicht gegenüber der Gesellschaft als Dritte, wodurch sich ebenfalls die Trennung der Vermögenssphären bemerkbar macht.⁸²³

⁸¹⁷ Kunz (Fn. 156), N 30. Vgl. hierzu Huber (Fn. 566), S. 48 und Siegwart (Fn. 93), Art. 562 OR, N 2; von Steiger (Fn. 58), S. 381. Vgl. in diesem Sinne auch Fleischer (Fn. 750), N 230.

⁸¹⁸ Siehe hierzu Huber (Fn. 566), S. 48.

⁸¹⁹ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 2 N 144.

⁸²⁰ Druey/Druey Just (Fn. 68), N 21 f., N 45; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 13 N 36 ff. Das hat im Ergebnis einen ähnlichen Effekt wie ein Pfandrecht (vgl. hierzu auch Elgueta (Fn. 730), 523). Im Unterschied zum Faustpfand bestehen die Privilegien der Gesellschaftsgläubiger aber unabhängig vom Besitz an der Pfandsache. Es gilt zudem nicht das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip. Vielmehr wird das gesamte jeweils vorhandene und sich in der Zusammensetzung verändernde Gesellschaftsvermögen zum privilegierten Haftungssubstrat (vgl. dazu auch Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1337). Eine Art Vermögenspartition kann im schweizerischen Recht auch mit der ehevertraglichen Gütergemeinschaft erreicht werden, bei der Gesamt- und Eigengut für unterschiedliche Verbindlichkeiten und somit Gläubigergruppen haften (vgl. dazu Art. 233 f. ZGB (vgl. zu weiteren familien- und erbrechtlichen Möglichkeiten aus seiner rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektive Elgueta (Fn. 730), 528 ff.).

⁸²¹ Art. 570 Abs. 1, Art. 616 Abs. 1 OR. Vgl. aber Art. 618 OR für den Privatkonkurs des Kommanditärs.

⁸²² Art. 598 Abs. 3 OR. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 13 N 30 f., 38.

⁸²³ Angemerkt sei, dass sich diese Rollenteilung nicht konsequent umsetzen lässt, weil letztlich die betreffenden Gesellschafter im Innenverhältnis immer auch selbst Berechtigte oder Verpflichtete aus den betreffenden Verträgen werden. Daraus erwächst eine Vielzahl von kaum einheitlich lösbaren Problemfeldern wie etwa hinsichtlich der Zulassung von Einreden, die bei den Körperschaften bzw. bei einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit der Personenhandelsgesellschaften nicht bestehen (Siegwart (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 89).

Diese von Gesetzes wegen bestehende Trennung des gemeinschaftlichen Vermögens vom Alleinvermögen der Gesellschafter lässt sich gesellschaftsvertraglich noch verstärken. So haben die Gesellschafter nach Art. 559 Abs. 1 OR zwar das Recht, aus der Gesellschaftskasse Gewinn, Zinse und Honorar zu entnehmen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber bestimmen, dass die Entnahme in jedem Fall die *Genehmigung* des Geschäftsberichtes voraussetzt. Die Kündigungsmöglichkeit der Gesellschafter bei einer auf unbestimmte Zeit oder auf Lebzeiten abgeschlossenen Gesellschaft,⁸²⁴ mit der sich ein Gesellschafter im Ergebnis Zugriff auf seinen Liquidationsanteil verschaffen kann, ist zudem dispositiv⁸²⁵ und kann in den Schranken von Art. 27 ZGB im Gesellschaftsvertrag langfristig wegbedungen werden.⁸²⁶ Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist gar eine auf Lebenszeit der Gesellschafter unkündbare (einfache) Gesellschaft zulässig.⁸²⁷ Und selbst der Abfindungsanspruch eines Gesellschafters bei dessen Ausschluss oder Ausscheiden kann gesellschaftsvertraglich einschränkt oder wegbedungen werden.⁸²⁸

Die Personenhandelsgesellschaften können somit so gestaltet werden, dass die einzelnen Gesellschafter praktisch betrachtet über keine individuellen und unmittelbaren dinglichen oder obligatorischen Rechte an den der Gemeinschaft der Gesellschafter zu gesamter Hand zugewiesenen Vermögenswerte verfügen. Das vermögensrechtliche Trennungsprinzip lässt sich somit bei den Personengesellschaften derart weitgehend verwirklichen, dass die Gesellschaft im Ergebnis *faktisch* über ein eigenes Vermögen verfügt und ein „weak-form entity shielding“⁸²⁹ vorliegt, obschon formalrechtlich die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft Inhaber der entsprechenden Vermögensrechte sind.⁸³⁰ So spricht denn auch das Gesetz in Art. 558 Abs. 3 OR *nicht* von „gemeinschaftlichen Schulden“ der Gesellschafter, *sondern* von „Gesellschaftsschulden“, in Art. 568 Abs. 1 OR *nicht* von „gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten der Gesellschafter“, *sondern* von den „Verbindlichkeiten der Gesellschaft“, in Art. 570 Abs. 1, Art. 572 Abs. 1, Art. 577, Art. 578, Art. 579 Abs. 1 und Art. 591 Abs. 1 OR *nicht* von einem „gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter“, *sondern* von einem „Gesellschaftsvermögen“ und in Art. 582 und Art. 585 Abs. 1 OR vom „Vermögen der Gesellschaft“. Die Personenhandelsgesellschaften treten somit nicht nur gegenüber Dritten, son-

⁸²⁴ Art. 619 Abs. 1 i. V. m. Art. 574 Abs. 1 i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 i. V. m. Art. 546 OR.

⁸²⁵ BGE 106 II 226, E. 2; anders noch BGE 90 II 341, E. 5a. Zur älteren Lehre, die überwiegend noch von der zwingenden Natur von Art. 546 Abs. 1 OR ausging, vgl. *von Steiger* (Fn. 58), S. 456 m. w. H.

⁸²⁶ Vgl. hierzu *Stahelin*, Kommentierung zu Art. 545/546 OR, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N 24 m. w. N. Ausführlich hierzu *Zäch*, Vertraglicher Ausschluss der Kündigung bei Personengesellschaften, Bern 1970.

⁸²⁷ Vgl. BGE 106 II 226, E. 2.

⁸²⁸ *Stahelin*, Kommentierung zu Art. 580 OR, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N 2, m. H. auf abweichende Meinungen.

⁸²⁹ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 5 ff.

⁸³⁰ Vgl. hierzu *Huber* (Fn. 566), S. 48; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 20.

dern in diesem Umfang auch gegenüber den Gesellschaftern als verselbständigte Einheiten auf.⁸³¹

Anders verhält es sich demgegenüber mit dem *Liquidationsschutz* („strong-form entity shielding“).⁸³² Bei den Personenhandelsgesellschaften besteht dieser *nicht* und er lässt sich – wie bereits erwähnt wurde⁸³³ – auch nicht mit vertraglichen Mitteln realisieren. So hält Art. 575 Abs. 1 OR fest, dass im Konkurs eines Gesellschafters, die Konkursverwaltung unter Beobachtung einer mindestens sechsmonatigen Kündigungsfrist die Auflösung und in der Folge die *Liquidation* der Gesellschaft verlangen kann.⁸³⁴ Nach Art. 575 Abs. 2 OR steht dieses Recht auch dem Gläubiger eines Gesellschafters zu, der dessen Liquidationsanteil gepfändet hat.⁸³⁵ Analoges gilt gemäß Art. 619 OR für die Kommanditgesellschaft. Es handelt sich dabei um zwingende Bestimmungen, deren Abbedingung im Gesellschaftsvertrag gegenüber Gläubigern der Gesellschafter keine Wirkung entfalten könnten.⁸³⁶ Die Gesellschaftsgläubiger sind zwar insofern privilegiert, als deren Forderungen vor jenen der Privatgläubiger der Gesellschafter befriedigt werden.⁸³⁷ Das ändert aber nichts daran, dass das Gesamthandvermögen der Personenhandelsgesellschaften für die Privatschulden der Gesellschafter *mithaftet* und wegen der Möglichkeit der Zwangsliquidation der Gesellschaft dem Zugriff der Privatgläubiger der Gesellschafter nicht gänzlich entzogen werden kann. Die Privatgläubiger der Gesellschafter können zwar *nicht* unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen.⁸³⁸ Es bleibt aber immer ein *Restrisiko*, dass die Gesellschaft wegen den Privatschulden eines Gesellschafters aufgelöst und liquidiert

⁸³¹ *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 93 ff.

⁸³² *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 5 ff.

⁸³³ Vgl. hierzu oben III. 3. a)(2)(b)(cc)(ccc).

⁸³⁴ Vgl. hierzu auch *von Steiger*, in: von Steiger (Fn. 58), S. 453.

⁸³⁵ Nach Art. 7 VVAG kann der Gläubiger die Rechte auf Kündigung einer Kollektiv- und Kommanditgesellschaft erst ausüben, „[...] nachdem er das Verwertungsbegehren gestellt hat und die Verhandlungen vor dem Betreibungsamt oder der Aufsichtsbehörde gemäss den Artikeln 9 und 10 [VVAG] nicht zu einer Verständigung geführt haben [...]“. Vgl. auch *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 45.

⁸³⁶ So kann anders als beim Abfindungsanspruch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters (Art. 580 OR) im Gesellschaftsvertrag die Höhe des der Zwangsverwertung unterstehenden Liquidationsanteil vertraglich nicht herabgesetzt werden (Vgl. hierzu *Stahelin* (Fn. 826), N 16a und *Stahelin* (Fn. 828), N 2 je m.w.H. Vgl. auch *Stahelin* (Fn. 779), 379: „[...] Gemäss dem Bundesgericht sind nun Abfindungsklauseln, wonach der Ausscheidende weniger erhält, als ihm aufgrund dispositivem Gesetzesrecht zustehen würde, unabhängig davon, dass zum Voraus ungewiss sein kann, wer davon profitieren wird, unentgeltliche Zuwendungen und als Schenkungsversprechen zu qualifizieren. Dementsprechend werden Klauseln, wonach derjenige, welcher in Folge Konkurses ausscheidet, weniger erhalten soll, als ihm aufgrund dispositivem Gesetzesrecht zusteht, als Schenkungsversprechen aufgehoben (Art. 250 Abs. 2 OR) und sind eventualiter als Gesetzesumgehung ungültig [...]“.

⁸³⁷ Vgl. hierzu Art. 568 ff. i. V.m. Art. 570 OR. Vgl. aber für den Privatkonkurs des Kommanditärs Art. 618 OR.

⁸³⁸ *von Steiger*, in: von Steiger (Fn. 58), S. 381.

wird, es zur Auszahlung des betreffenden Liquidationsanteils und somit zur *Vernichtung des Fortsetzungswertes* der Gesellschaft kommt.⁸³⁹

Dieses Risiko lässt sich vertraglich nicht vollständig eliminieren. So ist es zwar theoretisch denkbar, dass die Gesellschafter mit allen ihren privaten vertraglichen Gläubigern vereinbaren, dass die Gesellschafter nur mit ihren *nicht* der Gesellschaft zugewiesenen Vermögenswerten haften sollen. Eine solche Vereinbarung einer im Ergebnis summenmäßigen Haftungsbegrenzung hätte aber bei grobfahrlässigem oder gar vorsätzlichem Verhalten des Gesellschafters keinen Bestand.⁸⁴⁰ Hinzu kommt, dass die Haftung der Gesellschafter gegenüber ihren deliktischen Gläubigern gar nicht begrenzt werden kann. Schädiger haften dem Geschädigten gegenüber von Gesetzes wegen mit ihrem ganzen Vermögen für den deliktisch verursachten Schaden und somit auch mit ihrem zwangsvollstreckungsrechtlich durchsetzbaren Liquidationsanteil an einer Personenhandelsgesellschaft.⁸⁴¹ Zu beachten ist zudem auch, dass die Gesellschafter gar keine Anreize zur Vereinbarung solcher Haftungsbegrenzungen hätten. Da das Haftungssubstrat dadurch kleiner werden würde, dürften die persönlich zu tragenden Kreditkosten nämlich steigen.⁸⁴²

Damit ist das Kriterium des Liquidationsschutzes bei den Personenhandelsgesellschaften *nicht* erfüllt. Es besteht somit *keine* starke Vermögensabschirmung. Die beiden Gesellschaftsformen können deswegen nach der hier vertretenen Auffassung *de lege lata nicht* als juristische Personen bezeichnet werden.

Ob man die Personenhandelsgesellschaften aufgrund des weitreichenden vermögensrechtlichen Trennungsprinzips bzw. der im Außenverhältnis und teilweise auch im Innenverhältnis bestehenden Verselbständigung bereits *de lege lata* als eine eigene Kategorie „[...] rechtsfähiger Rechtspersonen [...]“⁸⁴³ oder als „[...] sociétés hybrides [...]“⁸⁴⁴ behandeln möchte oder die Dichotomie des ZGB

⁸³⁹ Diesem Aspekt wird von *Tröger* (Fn. 754), S. 1543 ff., 1547, m. E. zu wenig Beachtung geschenkt, wenn er für die vergleichbare Rechtslage in Deutschland folgert, dass das „[...] deutsche Personengesellschaftsrecht den Gesellschaftern der Personengesellschaften des BGH und des HGB [ermöglicht], ein gegen den Zugriff ihrer Privatgläubiger abgeschirmtes, separiertes Haftungsvermögen zu schaffen und hierdurch den Grund für Effizienzgewinne bei der Verfolgung von unter Inanspruchnahme von Kredit angestrebten Zielen (Senkung der Kapitalkosten) [ermöglicht] [...]“. Zweifelsfrei reduziert die im schweizerischen und deutschen Personengesellschaftsrecht umgesetzte „priority rule“ bzw. das „weak entity shielding“ die Kreditkosten. Letztere lassen sich aber durch die starke Vermögensabschirmung weiter senken. Vor dem Hintergrund von Art. 53 ZGB und der Gleichsetzung der juristischen Personen mit den natürlichen Personen erscheint es daher m. E. folgerichtig, nur Rechtsgebilde, welche eine starke Vermögensabschirmung erlauben, als juristische Personen zu betrachten.

⁸⁴⁰ Art. 100 Abs. 1 OR.

⁸⁴¹ Vgl. hierzu oben III. 3. a) (2) (b) (cc) (ccc).

⁸⁴² Vgl. hierzu *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1340 f.; *Elgueta* (Fn. 730), 518.

⁸⁴³ *Vonzun* (Fn. 699), Rn. 791.

⁸⁴⁴ *Ruedin* (Fn. 1), Rn. 790.

de lege ferenda durch eine dritte Form der Rechtspersönlichkeit erweitert werden sollte, kann an dieser Stelle offenbleiben.⁸⁴⁵

(bbb) Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

Nach Art. 99 KAG kommen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kommanditgesellschaft auf die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen zur Anwendung, sofern das Kollektivanlagengesetz nichts anderes vorsieht. Das für die Personenhandelsgesellschaften dargelegte gilt daher im Grundsatz auch für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen.

Mangels abweichender Regelungen kann für das vermögensrechtliche Trennungsprinzip auf das zu den Personenhandelsgesellschaften Ausgeführte verwiesen werden.

Das Kollektivanlagengesetz enthält allerdings hinsichtlich der Auflösung mit Art. 109 KAG eine Sonderregelung. Die Gesellschaft wird demnach *nur* durch einen Gesellschafterbeschluss, aus den im Gesetz und Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Gründen oder in den Fällen nach Art. 133 ff. KAG durch eine Verfügung der FINMA aufgelöst. Es stellt sich somit die Frage, ob die Kündigungsmöglichkeiten der Privatgläubiger der Gesellschafter im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens gegen einen Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ausgeschlossen sind und somit anders als bei der Kommanditgesellschaft der *Liquidationsschutz* verwirklicht ist.

Die wohl h. L. geht davon aus, dass unter die „gesetzlichen Auflösungsgründe“ Kraft der Verweisungsnorm von Art. 99 KAG auch jene der Kommanditgesellschaft fallen. Aufgrund der dann geltenden weiteren Verweisungsnormen⁸⁴⁶ kommen letztlich auch bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen die Auflösungsgründe der Kollektivgesellschaft und der einfachen Gesellschaft zur Anwendung.⁸⁴⁷ Auch bei der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen kann somit der Konkurs eines Gesellschafters in letzter Konsequenz zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft führen.⁸⁴⁸ Dieser Auffassung könnte man allerdings entgegenhalten, dass nach Art. 9 Abs. 2 KAG bei einer geschlossenen kollektiven Kapitalanlage, was die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen notwendigerweise ist, die Anleger „[...] zulasten des Kollektivvermögens weder unmittelbar noch mittelbar einen Rechtsanspruch auf Rückgabe ihrer Anteile zum Nettoinventarwert haben [...]“. Die Bestimmung erinnert an Art. 680 Abs. 2 OR bei der Aktiengesellschaft, wonach der Aktionär kein Recht hat, den eingezahlten Betrag zurückzufordern. Die letztere Bestimmung schließt denn auch aus, dass die Gläubiger eines Aktionärs in einem Zwangsvollstreckungsverfahren auf den Liquidationsanteil des Aktionärs an der betref-

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu die Hinweise oben unter III.3.a)(1).

⁸⁴⁶ Art. 619 Abs. 1 i. V. m. Art. 574 ff. Abs. 1 i. V. m. Art. 545 ff. OR.

⁸⁴⁷ Vgl. hierzu *du Pasquier/Poskriakov*, Kommentierung zu Art. 109 KAG, in: Bösch et al., Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl. 2016, N 3, 7.

⁸⁴⁸ *du Pasquier/Poskriakov* (Fn. 847), N 7.

fenden Gesellschaft zugreifen können. Nach der hier vertretenen Auffassung muss Art. 109 KAG aber gegenüber Art. 9 Abs. 2 KAG als *lex specialis* Vorrang haben. Art. 9 Abs. 2 KAG bezieht sich somit auf die noch nicht aufgelöste Gesellschaft. Er schließt indessen nicht aus, dass die Privatgläubiger eines Komplementärs in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen diesen Komplementär als *ultima ratio* die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft analog zur Kommanditgesellschaft verlangen und durchsetzen können.

Damit erfüllt die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen das Kriterium des Liquidationsschutzes nicht. Sie kann deswegen nach der hier vertretenen Auffassung keine juristische Person sein.

(ccc) Einfache Gesellschaft

Bei der *einfachen Gesellschaft* ist die Vermögensabschirmung noch weniger ausgeprägt als bei den Personenhandelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen. Die Vermögenswerte der Gesellschaft gehören zwar den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags, wobei sowohl eine Gesamthands- als auch eine Bruchteilsgemeinschaft möglich ist.⁸⁴⁹ Dadurch wird wie bei den Personenhandelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ein Teil des Vermögens der Gesellschafter zu einem gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter abgetrennt und insofern das *vermögensrechtliche Trennungsprinzip* verwirklicht.⁸⁵⁰ Man kann daher auch *etwas verkürzt* davon sprechen, dass die einfache Gesellschaft ein Vermögen hat.⁸⁵¹ Das gemeinschaftliche Vermögen bildet aber kein für die Gesellschaftsgläubiger privilegiertes Haftungssubstrat.⁸⁵² Die Vermögenssegregation ist daher schwächer ausgeprägt als bei den Personenhandelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen. Dies verdeutlichen auch die gesetzlichen Formulierungen. Im Gegensatz zu den Personenhandelsgesellschaften spricht der Gesetzgeber bei der einfachen Gesellschaft nicht von einem „Gesellschaftsvermögen“ oder von „Schulden oder Verbindlichkeiten der Gesellschaft“, sondern vom *gemeinschaftlichen Vermögen* der Gesellschafter und den *gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten* bzw. *Schulden* der Gesellschaf-

⁸⁴⁹ Art. 544 Abs. 1 OR. Kunz (Fn. 156), N 30; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 12 N 20 ff.; von Steiger (Fn. 58), S. 382 f. Zur dispositiven Natur von Art. 544 Abs. 1 OR vgl. Müller, Kommentierung zu Art. 544 OR, in: Kostkiewicz et al., Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (OFK), 4. Aufl. 2023, N 2.

⁸⁵⁰ Druey/Druey Just (Fn. 68), N 22. Das gilt sowohl für die Bruchteils- als auch für die Gesamthandgesellschaften (vgl. Müller (Fn. 849), N 2, 4).

⁸⁵¹ Druey (Fn. 710), N 11; Müller (Fn. 849), N 1.

⁸⁵² Müller (Fn. 849), N 1. Immerhin sind die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern der Gesellschafter insofern bessergestellt, als den Gesellschaftsgläubigern das gesamte gemeinschaftliche Vermögen und die individuellen Vermögen aller Gesellschafter haften, den Gesellschaftergläubigern aber nur das Vermögen des betreffenden Gesellschafters und dessen Liquidationsanteil an der Gesellschaft (vgl. dazu Druey/Druey Just (Fn. 68), N 54 ff.).

ter.⁸⁵³ Und selbst wenn ein Gesellschafter gestützt auf Art. 544 Abs. 2 OR „im Namen der Gesellschaft“ handelt, wird nicht die Gesellschaft, sondern immer nur die Gesamtheit der Gesellschafter rechtlich berechtigt oder verpflichtet.⁸⁵⁴

Die Privatgläubiger der Gesellschafter können zudem im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens in der Höhe des Liquidationsanteils des betreffenden Gesellschafters auf das gemeinschaftliche Vermögen zugreifen, was in der Regel zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft führt.⁸⁵⁵ Besonderes weitreichend sind die Eingriffsmöglichkeiten bei einer als Bruchteils- bzw. Miteigentums-gemeinschaft strukturierten einfachen Gesellschaft. In diesem Fall können die Privatgläubiger nicht nur den Liquidationsanteil, sondern den verselbständigten Miteigentumsanteil pfänden und verwerten lassen.⁸⁵⁶ Es besteht somit kein *Liquidationsschutz*. Die einfache Gesellschaft kann deswegen noch weniger als die Personenhandels-gesellschaften und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen als juristische Person gelten.⁸⁵⁷

(d) Entkräftung von Gegenargumenten

Es wurde bereits erwähnt, dass die Personenhandels-gesellschaften im Außenverhältnis im Ergebnis weitgehend gleich wie juristische Personen behandelt werden und als eigenständige Rechts-subjekte im Rechtsverkehr auftreten.⁸⁵⁸ So sind die Personenhandels-gesellschaften unter ihrer eigenen Firma handlungs-, betriebs- und prozessfähig,⁸⁵⁹ es besteht eine der Organhaftung nachgebildete Haftung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter für das deliktische Verhalten der anderen Gesellschafter⁸⁶⁰ und die Gesellschafter können sich zugunsten der Gesellschaft solidarisch verbürgen,⁸⁶¹ was insofern widersprüchlich ist, als eine Bürgschaft im Grundsatz das Entstehen für eine *fremde* Schuld bedeutet, was eine von den Mitgliedern unabhängige Vermögens-sphäre der Gesellschaft voraussetzen würde.⁸⁶² Die Gesellschafter können zudem Forderungen gegenüber der Gesellschaft haben und können im Konkurs der Gesellschaft für ihre Ansprüche auf verfallene Zinsen sowie auf Forderungen für Honorare oder für Ersatz von im Interesse der Gesellschaft gemachten Auslagen als Gläubiger teilnehmen.⁸⁶³

⁸⁵³ Vgl. hierzu Art. 541 Abs. 1, Art. 544 Abs. 3, Art. 549 OR sowie oben unter III. 3. a) (3) (c) (bb) (aaa).

⁸⁵⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 12 N 95 m. w. H.

⁸⁵⁵ Art. 544 Abs. 2 i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁸⁵⁶ *Müller* (Fn. 849), N 2.

⁸⁵⁷ So auch *Druey* (Fn. 710), N 11; *Druey/Druey Just* (Fn. 68), N 18.

⁸⁵⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 26 ff.; *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 37 ff.; *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 14 ff.

⁸⁵⁹ Art. 562 und Art. 602 OR.

⁸⁶⁰ Art. 567 Abs. 3 und Art. 603 OR sowie Art. 55 ZGB.

⁸⁶¹ Art. 568 Abs. 3 i. V. m. Art. 496 OR.

⁸⁶² Art. 492 OR. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 190 ff., § 13 N 30 f., 38.

⁸⁶³ Art. 570 Abs. 2 und Art. 614 Abs. 2 OR; *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 23 f.

Die Annäherung der Personenhandelsgesellschaften zur juristischen Person zeigt sich zudem bei der Verrechnung.⁸⁶⁴ So kann der Schuldner eine Forderung der Gesellschaft mit einer Forderung, die ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zusteht, nicht zur Verrechnung bringen.⁸⁶⁵ Ausgeschlossen ist zudem auch, dass ein Gesellschafter gegenüber seinem Gläubiger eine Forderung der Gesellschaft verrechnet.⁸⁶⁶ Nur wenn ein Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Privatschuldner des Gesellschafters ist und der Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld persönlich belangt werden kann, ist die Verrechnung sowohl zugunsten des Gesellschaftsgläubigers als auch des Gesellschafters zulässig.⁸⁶⁷ Und ein Gesellschaftsgläubiger, der gleichzeitig Privatschuldner des Kommanditärs ist, kann diesem gegenüber nur dann die Verrechnung beanspruchen, wenn der Kommanditär unbeschränkt haftet.⁸⁶⁸

Eine weitere Annäherung der Personenhandelsgesellschaften an die juristischen Personen kann auch darin erblickt werden, dass die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zufolge Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter von der Gesellschaft oder von den übrigen Gesellschaftern noch bis zur Eintragung der Auflösung im Handelsregister durch die Befriedigung der Konkursmasse oder des betreibenden Gläubigers abgewendet werden kann (Liquidationsabwendungsmöglichkeit).⁸⁶⁹

Ferner zeigt sich die Annäherung der Personenhandelsgesellschaften an die juristischen Personen am strafrechtlichen Schutz vor Ehrverletzungen, der auch den Personenhandelsgesellschaften zukommt.⁸⁷⁰ Die spezialgesetzlichen Vorschriften erlauben es zudem, dass die Personenhandelsgesellschaften über ein Gemeinschaftsvermögen verfügen, das für die Gesellschaftsgläubiger – wie bereits dargelegt wurde – gegenüber den Privatgläubigern der Gesellschafter ein privilegiertes Haftungssubstrat bildet.⁸⁷¹ Die Annäherungen an die juristische Person treffen aufgrund der gesetzlichen Verweisungen auch auf die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen zu.

Diese „Annäherungen im Außen- und Innenverhältnis“ an die juristischen Personen verleiten geradewegs dazu, die genannten Gesellschaften ungeachtet von Art. 53 ZGB und den vorstehenden Überlegungen als juristische Personen zu qualifizieren. Mehr noch, die genannten Parallelen könnten als Argumente *gegen* die hier vertretene Auffassung angeführt werden; vor allem dann, wenn Art. 53 ZGB nicht als Definition der Rechtspersönlichkeit, sondern nur als deklaratori-

⁸⁶⁴ *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 25 ff.

⁸⁶⁵ Art. 573 Abs. 1 und Art. 614 Abs. 2 OR.

⁸⁶⁶ Art. 573 Abs. 2 und Art. 614 Abs. 2 OR.

⁸⁶⁷ Art. 573 Abs. 3 und Art. 614 Abs. 2 OR.

⁸⁶⁸ Art. 614 Abs. 1 OR.

⁸⁶⁹ Vgl. Art. 575 OR. Vgl. *Druey/Druey Just* (Fn. 105), N 46; *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 180 f.

⁸⁷⁰ Zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 2 N 178 mit Verweis auf BGE 114 IV 14, E. 2.; *Riemer* (Fn. 670), vor Art. 52 ZGB, N 37 ff.

⁸⁷¹ Art. 570 Abs. 1 und Art. 616 Abs. 1 OR.

sche Klarstellung derjenigen Rechte betrachtet wird, die der juristischen Person überhaupt zukommen können. Jene Stimmen in der Literatur, welche den Personengesellschaften eine eigene Rechtspersönlichkeit zusprechen, begründen dies denn auch vielfach – aber nicht ausschließlich – mit den genannten Parallelen zu den juristischen Personen.⁸⁷²

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Schluss von den genannten Gemeinsamkeiten auf das Vorliegen einer juristischen Person allerdings aus zwei Gründen abzulehnen:

- *Erstens* macht die fehlende Rechtspersönlichkeit erst die erwähnten „Annäherungsbestimmungen“ erforderlich. Oder anders gewendet: Die oben genannten Regelungen wären überflüssig, wenn die Personenhandelsgesellschaften und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen würden. Aus den genannten Regelungen lässt sich somit gerade *nicht* ableiten, dass diese juristische Personen sind. Die genannten Vorschriften bezwecken denn auch durchwegs, die mit der fehlenden Rechtspersönlichkeit auftretenden Nachteile abzuschwächen. Besonders deutlich zeigt sich dies an der Firmenpflicht der Personenhandelsgesellschaften. Die Firma repräsentiert bei diesen Gesellschaften den Bestand der *Gesellschafter*. Unter altem Firmenrecht kam dies insofern noch deutlicher zum Ausdruck, als die Firma der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften im Grundsatz sämtliche Namen der unbeschränkt haftenden Gesellschafter enthalten musste.⁸⁷³ Die Firma ist bei den Personenhandelsgesellschaften daher eine „[...] Sammelbezeichnung für die Berechtigten [...]“⁸⁷⁴ bzw. „[...] eine Sammelbezeichnung aller Gesellschafter [...] [welche] das rechtsgeschäftliche Handeln als direkte Stellvertreter derselben vereinfacht [...]“.⁸⁷⁵ Aus der Firma und der Formulierung von Art. 562 OR, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben kann, lässt sich daher auch nichts für die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft ableiten.⁸⁷⁶

Die genannten „Annäherungsbestimmungen“ beseitigen lediglich Nachteile, die sonst wegen der fehlenden Rechtspersönlichkeit den Rechtsverkehr erschweren würden. Wie nachfolgend gezeigt wird, können die Funktionen der starken Vermögensabschirmung aber nicht vollständig durch diese oder andere Mechanismen substituiert werden.⁸⁷⁷

- *Zweitens* sind nicht nur Vorschriften zu beachten, die zu einer „Verselbständigung im Außen- oder Innenverhältnis“ führen, sondern auch jene, welche gegen das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit sprechen. So werden die Personengesellschaften grundsätzlich aufgelöst, wenn auch nur ein Mitglied

⁸⁷² Vgl. hierzu etwa *Vonzun* (Fn. 699), Rn. 696, 781 ff. und 791.

⁸⁷³ Vgl. Art. 947 f. aOR.

⁸⁷⁴ *Sieglwart* (Fn. 93), Art. 562 OR, N 2.

⁸⁷⁵ *Sieglwart* (Fn. 93), Art. 562 OR, N 5.

⁸⁷⁶ Siehe hierzu auch *Sieglwart* (Fn. 93), Art. 562 OR, N 1.

⁸⁷⁷ Vgl. hierzu nachfolgend unter III.3.a)(4).

ausscheidet. Eine juristische Person existiert aber gerade unabhängig von ihren Mitgliedern.⁸⁷⁸ Am deutlichsten zeigt sich dieser Unterschied bei den Personenhandelsgesellschaften am Recht eines Privatgläubigers eines Gesellschafters, der den Liquidationsanteil dieses Gesellschafters gepfändet hat, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.⁸⁷⁹ Es erschiene ungeachtet der bereits dargelegten Argumente widersprüchlich von einem eigenen Vermögen der Gesellschaft und in der Konsequenz auch von einer eigenen Rechtspersönlichkeit der Personenhandelsgesellschaften zu sprechen, wenn dieses Vermögen immer auch für die Privatschulden Dritter (d. h. der Gesellschafter) *mithaftet*, also keine Möglichkeit besteht, die Vermögenssphären zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern vollständig gegeneinander abzugrenzen.

Ferner ist anzumerken, dass die Folgen des fehlenden Liquidationsschutzes durch die oben dargelegte Liquidationsabwendungsmöglichkeit der Gesellschaft und der Gesellschafter bei den Personenhandelsgesellschaften nur ungenügend abgeschwächt werden. Die Abwendung der Liquidation ist nur dann möglich, wenn eine entsprechende Liquidität bei den übrigen Gesellschaftern oder der Gesellschaft vorhanden ist. Das Risiko der Vernichtung des Fortsetzungswertes zulasten der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger wird durch die Liquidationsabwendungsmöglichkeit somit nicht vollständig verdrängt.⁸⁸⁰

(4) Funktionale Begründung der hergeleiteten Definition

(a) Vorbemerkungen

Aufgrund der vorgenannten Annäherungsbestimmungen verliert die Frage der juristischen Persönlichkeit bei den Personenhandelsgesellschaften und der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital an praktischer Bedeutung. Zentrale Fragen werden verbindlich geklärt, bei denen sonst die Qualifikation als juristische Person eine Rolle spielen würde.⁸⁸¹ Und generell gilt, dass Rechtsfragen jeweils nach einer wertenden Gesamtbetrachtung und nicht aufgrund einzelner formaljuristischer Kriterien, wie etwa der Rechtspersönlichkeit einer Rechtsform, zu beurteilen sind.⁸⁸²

Trotzdem darf die praktische und auch die rechtliche Bedeutung der Qualifikation als juristische Person *nicht* verkannt werden. Verfügt eine Rechtsform über eine eigene Rechtspersönlichkeit, stellen sich zahlreiche der genannten Fragen gar nicht erst. Das betrifft insbesondere die Verselbständigung der Gesellschaft im Verhältnis zu ihren Mitgliedern. Dies ist selbst bei Einpersonengesellschaften mit juristischer Persönlichkeit zu beachten. Durchbrechungen in der Form von

⁸⁷⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 13 N 23.

⁸⁷⁹ Art. 575 Abs. 2 OR.

⁸⁸⁰ *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 403 f.

⁸⁸¹ Vgl. etwa Art. 562 und Art. 602 OR.

⁸⁸² Vgl. in diesem Sinne auch *Siegwart* (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 16.

Haftungs- oder Zurechnungsdurchgriffen bilden die Ausnahme und sind nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich.⁸⁸³

Die *starke Vermögensabschirmung* – und somit der Nukleus der juristischen Person – erfüllt darüber hinaus genuine und nicht anderweitig replizierbare, wirtschaftlich relevante Funktionen.⁸⁸⁴ Darauf wird nachfolgend eingegangen.⁸⁸⁵ Die Qualifikation einer Rechtsform als juristische Person im hier vorgeschlagenen Sinne hat deswegen nicht nur eine formaljuristische oder gar philosophische Bedeutung, sondern sie ist von *erheblicher praktischer Relevanz*. Selbst wenn Art. 53 ZGB entgegen der hier vertretenen Auffassung keine bundesprivatrechtlich abschließende Definition der minimalen Anforderungen der Rechtspersönlichkeit enthalten sollte, wäre es daher dennoch dogmatisch und praktisch sinnvoll, in einem wirtschaftlichen Kontext die Vermögensfähigkeit, welche die starke Vermögensabschirmung voraussetzt, als erforderliches Merkmal der juristischen Person zu betrachten.

(b) Fremdkapitalfinanzierung

Die praktische Funktion der starken Vermögensabschirmung wird vor allem aus der Perspektive der Gesellschaftsgläubiger⁸⁸⁶ erkennbar.⁸⁸⁷ Bei Gesellschaften mit einer starken Vermögensabschirmung kann der Wert einer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung alleine aufgrund der Risiko-, Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft bestimmt werden.⁸⁸⁸ Die finanzielle Situation und das private Risikoverhalten der Gesellschafter einschließlich deren allfälligen weiteren geschäftlichen Tätigkeiten sind für die Bewertung der Forderung unerheblich.⁸⁸⁹

⁸⁸³ Jung (Fn. 87), § 2 N 22 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 2 N 63 ff.; Druey/Glanzmann (Fn. 159), N 22 ff. Vgl. eingehend zur Durchgriffproblematik Jung, Der UnternehmergeSELLschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002.

⁸⁸⁴ Vgl. hierzu insbesondere Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1348 ff. für Funktionen, welche nur durch die starke Vermögensabschirmung erreicht werden können, und 1344 ff. für solche, die auch alleine mit der „priority rule“ erzeugt werden können, und 1351 ff. für die hier nicht diskutierten Kosten der Rechtspersönlichkeit („debtor opportunism“, „higher enforcement costs“, „a sophisticated bankruptcy system“, „de-diversification of creditor claims“, „illiquid investment“, „exploitation by control persons“).

⁸⁸⁵ Vgl. zu den ökonomischen Funktionen der starken Vermögensabschirmung auch Lombardo/Wunderlich (Fn. 754), S. 393.

⁸⁸⁶ Der Begriff „Fremdkapitalfinanzierung“ wird dementsprechend weit verstanden (vgl. in diesem Sinne auch Hansmann/Kraakman (Fn. 533), 387, 399: „[...] Again, we use the term ‘creditor’ [...] not just to persons to whom the firm is indebted in monetary terms, but to any person to whom the firm has an outstanding contractual obligation [...]“).

⁸⁸⁷ Vgl. hierzu auch Hansmann/Kraakman (Fn. 533), 387, 399 ff.

⁸⁸⁸ Vgl. in diesem Sinne Tröger (Fn. 754), S. 1542 f.

⁸⁸⁹ Hansmann/Kraakman (Fn. 533), 387, 402, 404. Analoges gilt bei Konzerngesellschaften, deren Wert aufgrund der starken Vermögensabschirmung grundsätzlich unabhängig vom Wert der Muttergesellschaft bestimmt werden kann. Das erlaubt zugleich die Bildung von spezialisierten Geschäftszweigen mit Fremdkapitalgebern, die über das jeweils erforderliche branchen-

Diese fundamentale Funktion der starken Vermögensabschirmung kann nicht vollständig durch die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger oder anderweitig repliziert werden.⁸⁹⁰ Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger bewirkt im Ergebnis zwar, dass ein besonderes Haftungssubstrat zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger geschaffen wird und deswegen deren „Überwachungskosten“ und die „administrativen Konkurskosten“ (und ggf. auch die „managerial agency costs“) reduziert werden.⁸⁹¹ Der Wert einer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung lässt sich deswegen aber nicht völlig unabhängig vom Vermögen und dem privaten Risikoverhalten der Gesellschafter ermitteln. Das liegt daran, dass die *Bewertung zu Fortsetzungswerten* in der Regel höher ist als die *Bewertung zu Liquidationswerten*.⁸⁹² Der Wert einer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung hängt somit ungeachtet der Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger auch von der Wahrscheinlichkeit ab, dass die Gesellschaft zwangsliquidiert wird. Ohne die starke Vermögensabschirmung kann dieses Risiko aber nur unter Berücksichtigung des Vermögens und des privaten Risikoverhaltens der Gesellschafter ermittelt werden.

Auch die persönliche Haftung der Gesellschafter – sei diese primär oder subsidiär – kann die dargelegte Funktion der starken Vermögensabschirmung nicht vollständig substituieren. Die endgültige Bewertung einer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung macht auch hier die Berücksichtigung des privaten Risikoverhaltens der Gesellschafter und deren Vermögen erforderlich.

Und die Funktion des Liquidationsschutzes kann selbstredend auch nicht alleine durch das *vermögensrechtliche Trennungsprinzip* verwirklicht werden („weak-form entity shielding“).⁸⁹³ Letzteres lässt die Stellung der Privatgläubiger der Gesellschafter unberührt. Es bleibt somit trotz der Abgrenzung des Gemeinschaftsvermögens der Gesellschafter von den Individualvermögen der Gesellschafter die Möglichkeit bestehen, dass ein Privatgläubiger den Liquidationsanteil eines Gesellschafters zwangsverwerten lässt, deswegen die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert werden muss und dadurch der Fortsetzungswert vernichtet wird.

Ohne starke Vermögensabschirmung müsste ein Gläubiger zur Ermittlung des Wertes seiner gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung neben den gesellschaftsspezifischen Faktoren immer auch die Vermögenslage und das private Verhalten der Gesellschafter berücksichtigen. Die aufgezeigten Aspekte lassen sich deswegen dahingehend zusammenfassen, dass *ceteris paribus* die im Zusammenhang mit der Fremdkapitalfinanzierung anfallenden Informations- bzw. Transaktionskosten bei Rechtsformen mit einer starken Vermögensabschirmung ge-

spezifische Wissen zur Beurteilung der Finanzlage verfügen (vgl. hierzu *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 400).

⁸⁹⁰ Vgl. *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 403.

⁸⁹¹ Vgl. hierzu auch *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1344–1348.

⁸⁹² Vgl. hierzu *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1348; *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 403 f. („protection of going-concern value“).

⁸⁹³ *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 403.

ringer sind als bei Rechtsformen ohne starke Vermögensabschirmung und dass dieser Effekt mit anderen Mechanismen nicht vollständig substituiert werden kann. Die Fremdkapitalbeschaffung wird deswegen *ceteris paribus* bei Rechtsformen ohne starke Vermögensabschirmung teurer sein als bei Rechtsformen mit starker Vermögensabschirmung.⁸⁹⁴

(c) *Eigenkapitalfinanzierung*

Die zur Fremdkapitalfinanzierung entwickelten Überlegungen lassen sich *mutatis mutandis* auf die Eigenkapitalbeschaffung übertragen. Der Wert eines Eigenkapitalanteils lässt sich nur bei Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit unabhängig vom Vermögen und dem privaten Risikoverhalten der Gesellschafter ermitteln.⁸⁹⁵

Bei Gesellschaftern als Eigenkapitalgeber ist die dargelegte Problematik zwar insofern entschärft, als diese aufgrund ihrer Mitgliedschaftsrechte in der Regel einen leichteren Zugang zu den relevanten Informationen haben als die Fremdkapitalgeber. Die Problematik, dass die Informations- bzw. Transaktionskosten bei Rechtsformen ohne starke Vermögensabschirmung höher sind als bei solchen mit starker Vermögensabschirmung, löst sich deswegen aber nicht auf. Auch lässt sich dieser Nachteil selbstredend nicht durch eine Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger, das vermögensrechtliche Trennungsprinzip, die persönliche Haftung der Gesellschafter bzw. Eigenkapitalgeber oder anderweitig beseitigen.

Mehr noch: Ohne die starke Vermögensabschirmung bestünden für die Mitglieder starken Anreize, ihr Auflösungs- und Liquidationsrecht explizit oder implizit als Sicherheit für ihre Privatgläubiger zu verwenden und übermäßige private Risiken auf Teilkosten der anderen Gesellschafter einzugehen.⁸⁹⁶

Bei juristischen Personen dürften deswegen *ceteris paribus* im Vergleich zu den Rechtsformen ohne Rechtspersönlichkeit nicht nur die Fremdkapitalkosten, sondern auch die Eigenkapitalkosten tiefer sein.

An dieser Stelle wird man einwenden können, dass diese theoretischen Überlegungen nicht mit der Praxis korrespondieren. So kann und wird die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital zweifelsfrei zur externen Kapitalbeschaffung eingesetzt, obschon nur ein kleiner, aufsichtsrechtlich definierter Anteil ihres Vermögens stark abgeschirmt ist.⁸⁹⁷ Mehr noch, ihr ausschließlicher Zweck, der in der kollektiven Kapitalanlage besteht, ist gerade auf die externe Kapitalbeschaffung ausgerichtet. Konzeptionell verfügt sie aber – wie gezeigt wurde – aufgrund des zwingend variabel ausgestalteten Kapitals über kein vollständig stark abgeschirmtes Gesellschaftsvermögen und müsste, folgt man den vorstehenden Überlegungen, daher gegenüber Gesellschaften mit starker Vermögensabschirmung bei

⁸⁹⁴ Vgl. in diesem Sinne *Tröger* (Fn. 754), S. 1543.

⁸⁹⁵ Vgl. in diesem Sinne auch *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1348 ff.

⁸⁹⁶ *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1349 ff.

⁸⁹⁷ Vgl. hierzu oben unter III. 3. a)(3)(b)(cc).

der Kapitalbeschaffung benachteiligt sein. Zu beachten ist aber, dass die mit der fehlenden vollständigen starken Vermögensabschirmung verbundenen Nachteile bei der Investmentgesellschaft abgeschwächt werden. Zum einen verfügt die Investmentgesellschaft über das erwähnte aufsichtsrechtlich definierte stark abgeschirmte Mindestvermögen, das als Risikopuffer wirkt. Zum andern kann das Recht auf jederzeitige Rückgabe eingeschränkt⁸⁹⁸ oder die Rückzahlung der Anteile aufgeschoben⁸⁹⁹ werden.⁹⁰⁰ Mit der Einschränkung der jederzeitigen Rückgabe soll gerade bei nicht liquiden Anlagen verhindert werden, dass die Gesellschaft Anlagen unter dem tatsächlichen Wert verkaufen muss, was sich zulasten der übrigen Anleger (und der Gläubiger) auswirken würde. In gleicher Stoßrichtung müssen daher auch Aufschübe der Rückzahlung im Interesse der Gesamtheit der Anleger erfolgen.⁹⁰¹ Die Einschränkung der jederzeitigen Rückgabe und der Aufschub der Rückzahlung verringern das Risiko, dass sich der Austritt von Gesellschaftern negativ auf die Gesellschaft bzw. auf die Gesamtheit der Anleger auswirkt. Sie erklären gleichzeitig, weswegen sich die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital offenbar zur externen Kapitalbeschaffung eignet, obschon gerade das Teilvermögen der Anlegeraktionäre streng betrachtet nicht stark abgeschirmt ist. Die genannten Elemente können selbstredend die Rechtswirkungen der starken Vermögensabschirmung nicht vollständig replizieren. Die verbleibenden Nachteile dürften aber durch die Vorteile des variablen Kapitals und der Haftungsbeschränkung der Anleger genügend aufgewogen werden, um die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital als Anlagevehikel insgesamt attraktiv erscheinen zu lassen.

(d) Beständigkeit und Entkoppelung von den Mitgliedern

Ein weiterer Vorteil der starken Vermögensabschirmung bzw. der eigenständigen Rechtspersönlichkeit besteht in der Unabhängigkeit des Bestands der Rechtsform vom Schicksal der Mitglieder.⁹⁰² Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit enden nicht durch den Konkurs, das Ausscheiden, den Tod oder die Handlungsunfähigkeit einzelner Mitglieder,⁹⁰³ denn die Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person leitet sich nicht von ihren Mitgliedern ab.⁹⁰⁴

⁸⁹⁸ Art. 79 KAG i. V. m. Art. 109 KKV. Die Bestimmung wurde aus dem Anlagefondsgesetz übernommen (vgl. BBl 2005, S. 6465).

⁸⁹⁹ Art. 81 KAG i. V. m. Art. 110 KKV. Die Bestimmung wurde aus dem Anlagefondsgesetz übernommen (vgl. BBl 2005, S. 6500).

⁹⁰⁰ Vgl. zum Ganzen *Schunk/Keller/Meyer*, Schweizerisches Recht der kollektiven Kapitalanlagen, 3. Aufl. 2017, S. 14 ff.

⁹⁰¹ Vgl. hierzu BBl 1992 I, S. 243.

⁹⁰² Das stellt zugleich eine Folge eines weit verstandenen Trennungsprinzips dar (vgl. *Jung* (Fn. 31), Art. 620 OR, N 126).

⁹⁰³ Wobei freilich die Auflösung eintreten kann, wenn die erforderliche Mindestzahl an Gesellschaftern unterschritten wird. Vgl. zu den Regelungen bei der Genossenschaft oben unter II. 2. i).

⁹⁰⁴ Vgl. hierzu auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 19 für die Aktiengesellschaft.

Die Entkoppelung von den Mitgliedern erleichtert zudem die Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte. Da der Wert der Gesellschaft völlig unabhängig vom privaten Vermögen und Risikoverhalten der Gesellschafter ermittelt werden kann, ändert auch die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nichts an der Bewertung der Gesellschaft.⁹⁰⁵ Ohne Rechtspersönlichkeit würde sich jede Transaktion potenziell auf den Wert der Gesellschaft auswirken. Sowohl die Gesellschafter, als auch die Gläubiger hätten deswegen ein Interesse daran, die Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte einzuschränken. Besteht hingegen die Rechtspersönlichkeit, ändert die Übertragung der Beteiligungsrechte (zumindest einer Minderheitsbeteiligung) nichts am Wert des Unternehmens. Das erlaubt die Bildung eines liquiden sekundären Kapitalmarktes für die Beteiligungsrechte was sich *ex ante* positiv auf die Kapitalkosten auswirkt.⁹⁰⁶

Eine Sonderstellung in dieser Hinsicht nimmt freilich die Kommanditaktiengesellschaft ein. Sie wird aufgelöst, wenn *sämtliche* unbeschränkt haftenden Gesellschafter in Konkurs geraten sind oder aus der Gesellschaft ausgeschieden oder verstorben sind oder handlungsunfähig geworden sind.⁹⁰⁷ Die Problematik der Verknüpfung des Bestands der Gesellschaft mit dem Schicksal der Mitglieder kann indessen – wie gezeigt wurde – mit geeigneten Maßnahmen praktisch vollständig ausgeschlossen werden.⁹⁰⁸ Es gilt zudem, sofern es die Statuten nicht ausdrücklich anders bestimmen, von Gesetzes wegen die Vermutung, dass die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters die Gesellschaft fortsetzen wollen.⁹⁰⁹

(e) Eignung für mitgliederreiche Gesellschaften

Wie dargelegt wurde, reduziert die starke Vermögensabschirmung die bei der Finanzierung anfallenden Transaktionskosten. Gleichzeitig wird die Beständigkeit der Rechtsform durch die Entkoppelung vom individuellen Schicksal der Mitglieder verstärkt. Die eigene Rechtspersönlichkeit ist deswegen von großer praktischer und wirtschaftlicher Bedeutung. In einem gesteigerten Maß trifft dies auf mitgliederreiche Gesellschaften zu.⁹¹⁰

⁹⁰⁵ Hansmann/Kraakman (Fn. 533), 387, 402; Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1335, 1350.

⁹⁰⁶ Es werden die mit einem illiquiden Vermögenswert verbundenen Kosten reduziert (Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1335, 1354).

⁹⁰⁷ Art. 770 OR.

⁹⁰⁸ Vgl. hierzu oben unter III.3.a)(3)(b)(bb).

⁹⁰⁹ Art. 771 Abs. 2 OR.

⁹¹⁰ Vgl. Hansmann/Kraakman/Squire (Fn. 731), 1335, 1349 ff. So auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 1), § 16 N 19 für die Aktiengesellschaft. Vgl. in diesem Zusammenhang zur einfachen Gesellschaft schon Siegwart (Fn. 93), Vorb. zu Art. 530–551 OR, N 1: „[...] Eine starke Mehrheit der Zahl der Beteiligten macht das Institut der einfachen Gesellschaft zur Zweckverfolgung ungeeignet und ruft nach der Bildung einer Körperschaft [...]“.

Bei einer kleinen und überschaubaren Anzahl von Gesellschaftern können die Vermögen und privaten Risikoverhalten der Mitglieder allenfalls noch überwacht werden. Dafür spricht auch, dass gerade bei Gesellschaften ohne starke Vermögensabschirmung (und Haftungsbegrenzung) der Kreis der Investoren zumeist auf Mitglieder der Familie, Verwandte und Freunde beschränkt ist.⁹¹¹ Mit der Anzahl der Gesellschafter steigen aber auch die entsprechenden Informations- bzw. Transaktionskosten und somit die Kapitalkosten. Das trifft jedenfalls unter der realistischen Annahme zu, dass die Gesellschafter keine identischen Vermögen haben und nicht die gleiche Sorgfalt in ihren eigenen Angelegenheiten pflegen.

Zu beachten ist zudem, dass unabhängig davon, ob die Gesellschafter eine homogene Gruppe bilden, mit der Anzahl der Gesellschafter letztlich auch das Risiko steigt, dass es zur Zwangsverwertung des Liquidationsanteils eines Gesellschafters kommt. Es steigt nämlich nicht nur die Anzahl der Gesellschafter, sondern auch die Gesamtaktivität. Die Zahl der Gesellschafter muss mit anderen Worten nur genügend groß sein, damit sich das genannte Risiko mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit materialisiert.⁹¹²

Die Problematik schwächt sich freilich unter der Annahme ab, dass die Liquidationsanteile der Gesellschafter gleich groß sind. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Gesellschaft mit einer großen Anzahl von Gesellschaftern nicht im Stande wäre, den Liquidationsanteil eines einzelnen Gesellschafters ohne Liquidation der Gesellschaft auszubezahlen, erscheint dann gering. Andererseits sagt die Anzahl der Gesellschafter aber nichts über die Vermögenslage und Liquidität der Gesellschaft sowie die Höhe und Verteilung der individuellen Liquidationsanteile aus. Ob die Liquidationsanteile ohne Auflösung der Gesellschaft und somit ohne Gefährdung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger ausbezahlt werden könnten, kann deswegen nicht alleine aufgrund der Anzahl der Gesellschafter beurteilt werden. Die Berücksichtigung der Vermögenslage und Liquidität der Gesellschaft, das Verhalten und die Vermögenslage der Gesellschafter sowie die Höhe und Verteilung aller Liquidationsanteile bleiben erforderlich. Auch unter diesem Blickwinkel steigen die Komplexität und somit die Informations- und Transaktionskosten mit der Anzahl der Gesellschafter.⁹¹³

Zu beachten ist auch, dass dieser Nachteil einer fehlenden starken Vermögensabschirmung für die Gesellschaftsgläubiger nicht durch die persönliche Haftung der Mitglieder kompensiert werden kann. Die Anzahl der Gesellschafter sagt nämlich auch hier nichts darüber aus, ob und in welchem Umfang tatsächlich ein

⁹¹¹ Vgl. in diesem Sinne *Tröger* (Fn. 754), S. 1543.

⁹¹² Angenommen, die Wahrscheinlichkeit liegt bei 1:10, dass ein Gesellschafter bei einer Autofahrt von Basel nach Zürich einen Unfall verursacht, für einen großen Schaden haftpflichtig wird und deswegen sein Liquidationsanteil an der Gesellschaft zwangsverwertet wird. Bei 100 Fahrten müsste dieser Fall statistisch gesehen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mindestens einmal eintreten. Das Gleiche gilt, wenn 100 Gesellschafter zu unterschiedlichen Zeiten einmal von Basel nach Zürich fahren.

⁹¹³ Vgl. in diesem Sinne auch *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1350.

zusätzliches Haftungssubstrat existiert, auf das die Gesellschaftsgläubiger zugreifen könnten. Vielleicht haben die meisten oder alle Gesellschafter ihr ganzes Vermögen in die überschuldete Gesellschaft investiert. Die Beurteilung erfordert also wiederum konkrete Informationen zu den einzelnen Gesellschaftern, wobei die Informationskosten mit der Anzahl der Gesellschafter steigen. Dieses Informationsproblem wirkt sich aber nicht nur negativ auf die Fremdkapitalkosten aus, sondern macht Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit und mit einer primären oder subsidiären Haftung der Gesellschafter für mitgliederreiche Gesellschaften grundsätzlich unattraktiv. Nicht nur für die Fremdkapitalgeber steigen nämlich die Informationskosten mit der Zunahme der Mitglieder, sondern auch für die Mitglieder selbst, deren eigenes Haftungsrisiko letztlich auch vom Vermögen und dem Verhalten der anderen Gesellschafter abhängt.⁹¹⁴

Rechtsformen ohne Rechtspersönlichkeit eignen sich deswegen nicht für Gesellschaften mit einer großen Anzahl von Mitgliedern. Das trifft im gesteigerten Maß zu, wenn die Nachteile der fehlenden starken Vermögensabschirmung durch die persönliche Haftung der Mitglieder kompensiert werden soll, wie das bei den Personengesellschaften von Gesetzes wegen der Fall ist. Die starke Vermögensabschirmung und somit die eigene Rechtspersönlichkeit schaffen eine notwendige Voraussetzung dafür, dass Gesellschaften mit großen Mitgliederzahlen ohne Nachteile gegenüber Gesellschaften mit wenigen Mitgliedern existieren können.

(5) Fazit

Das zentrale Element der juristischen Person besteht in der Fähigkeit, ein eigenes Vermögen haben zu können. Dies setzt voraus, dass eine Rechtsform eine starke Abschirmung der ihr zugeordneten Vermögenswerte erlaubt, was die Umsetzung des *vermögensrechtlichen Trennungsprinzips* und des *Liquidationsschutzes* bedingt.

Diese Möglichkeit der starken Vermögensabschirmung fehlt allen Personengesellschaften und der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital. Die Gesellschafter können zwar ein im Innenverhältnis weitgehend verselbständigtes und der Erfüllung des Gesellschaftszwecks gewidmetes gemeinschaftliches Vermögen bilden, das den Gesellschaftsgläubigern als vorrangiges oder gar ausschließliches Haftungssubstrat dient. Sie können dieses aber nicht vollständig vor dem Zugriff der Privatgläubiger der Gesellschafter abschirmen. Das Gesellschaftsvermögen haftet mit anderen Worten immer auch für die Privatschulden der Gesellschafter mit. Diese Gesellschaften sind deswegen nach der hier vertretenen Auffassung keine juristischen Personen.

Das deduktiv aus Art. 53 ZGB hergeleitete zentrale Definitionsmerkmale der juristischen Person lässt sich induktiv bestätigen. Die starke Vermögensabschirmung stellt ein gemeinsames Merkmal dar, das bei allen Rechtsformen, die nach dem Gesetzestext als juristische Personen gelten, weitgehend realisierbar ist.

⁹¹⁴ Vgl. in diesem Sinne auch *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1350.

Rechtsformen, bei denen das Gesetz keinen ausdrücklichen Hinweis zur Rechtspersönlichkeit enthält, eignen sich demgegenüber nicht zur Umsetzung der starken Vermögensabschirmung. Und selbst die Kommanditaktiengesellschaft und die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital fügen sich, wenn auch etwas widerwillig, in diese vorgeschlagene Ordnung ein.

Es bestehen somit relevante Unterschiede zwischen den Personengesellschaften einerseits und den Körperschaften und Anstalten andererseits, die einem Analogieschluss hinsichtlich der Rechtspersönlichkeit entgegenstehen. Gegen die Analogie spricht zudem, dass mit Art. 53 ZGB die Frage der Rechtspersönlichkeit bundesprivatrechtlicher Gebilde abschließend geregelt ist und insofern keine Regelungslücke besteht, die mittels Analogie geschlossen werden könnte oder müsste.

Bei der starken Vermögensabschirmung und somit dem Kern der juristischen Person handelt es sich zudem nicht nur um ein formaljuristisches Abgrenzungskriterium. Vielmehr erfüllt sie nach den vorstehenden Ausführungen genuine und nicht substituierbare Funktionen. Im Vergleich zu den Rechtsgemeinschaften erleichtert die starke Vermögensabschirmung die Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung, indem die entsprechenden Transaktionskosten gesenkt werden. Sie ermöglicht zudem, dass mitgliederreiche Gesellschaften entstehen, bestehen und ohne Nachteile gegenüber Gesellschaften mit geringen Mitgliederzahlen finanziert werden können. Die eigene Rechtspersönlichkeit entkoppelt zudem das Schicksal der Gesellschaft von jenem der Mitglieder, was ein dauerhaftes Bestehen erleichtert.

Rechtsformen ohne starke Vermögensabschirmung weisen somit strukturelle Nachteile gegenüber Rechtsformen auf, welche die Umsetzung der starken Vermögensabschirmung erlauben. Die starke Vermögensabschirmung hat deswegen nicht nur eine „philosophische Bedeutung“, sondern ist von großer wirtschaftlicher und praktischer Relevanz. Ein Beleg dafür kann darin erblickt werden, dass bei den Gesellschaften, die im Verkehr auftreten, die aber über keine starke Vermögensabschirmung verfügen, gesetzliche Vorkehrungen bestehen, um die mit der fehlenden starken Vermögensabschirmung verbundenen Nachteile abzuschwächen. Das trifft sowohl auf die Personenhandelsgesellschaften als auch auf die die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und im Bereich des Teilvermögens der Anlegeraktionäre auch auf die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital zu.

Der Ausschluss von Rechtsformen, welche keine Umsetzung der starken Vermögensabschirmung ermöglichen, aus dem Kreis der juristischen Personen erscheint deswegen nicht nur dogmatisch, sondern auch funktional betrachtet richtig.

b) *Abgrenzung durch Zweck, Mittel und Tätigkeit*

(1) *Zulässige Zwecke*

Wie bereits die Steckbriefe der einzelnen Rechtsformen gezeigt haben, können nicht alle Rechtsformen für alle legitimen und rechtmäßigen „Zwecke“ eingesetzt werden.⁹¹⁵ Das trifft insbesondere auf das mit der Rechtsform verfolgte finale Ziel, den sogenannten *Endzweck*, zu. Dieser ist vom *unmittelbaren Zweck*, d. h. der Umschreibung eines konkreten Ziels, mit dem der Endzweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreicht werden soll, und dem *Gegenstand*, der eigentlichen Tätigkeit, zu unterscheiden und wird in *wirtschaftliche* und *nicht wirtschaftliche* Endzwecke unterteilt.⁹¹⁶

Wirtschaftliche Endzwecke liegen bei einer Gesellschaft dann vor, wenn die Mitglieder in wirtschaftlichen Aspekten, d. h. geldwerten Vorteilen, bessergestellt werden sollen.⁹¹⁷ Das kann in der Form einer *unmittelbaren Förderung* durch das Erbringen von wirtschaftlichen Leistungen zu Gunsten der Mitglieder oder in einer mittelbaren Förderung der Mitglieder durch das Ausschütten von Gewinnanteilen insbesondere in der Form von Dividenden sein. Die letztere Unterart wird auch als *Gewinnstrebigkeit* bezeichnet.⁹¹⁸

Nicht wirtschaftliche Endzwecke liegen demgegenüber vor, wenn entweder die Mitglieder nur in ideellen Interessen gefördert werden, was als *ideelle Zwecksetzung* bezeichnet wird, oder wenn die ideellen oder wirtschaftlichen Vorteile Dritten zugutekommen, was dann eine *gemeinnützige Tätigkeit* ist.⁹¹⁹

Vereine können im Grundsatz nur *nicht wirtschaftliche* Endzwecke verfolgen.⁹²⁰ Da zahlreiche Wirtschaftsverbände, die gerade auch eine wirtschaftliche Besserstellung ihrer Mitglieder anstreben, in der Rechtsform des Vereins strukturiert sind, lässt die aktuelle⁹²¹ Bundesgerichtspraxis aber auch Vereine mit wirtschaftlichen Endzwecken zu, solange diese kein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betreiben.⁹²² Diese Praxis wurde nun auch mit Art. 91 der Handelsregisterverordnung⁹²³ hinsichtlich der Fähigkeit von Vereinen, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, in das positive Recht überführt.

⁹¹⁵ Die Verfolgung widerrechtlicher oder sittenwidriger Zwecke ist selbstredend unzulässig (vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB).

⁹¹⁶ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 7 ff. und § 16 N 46 ff.

⁹¹⁷ *Jung* (Fn. 87), § 3 N 19.

⁹¹⁸ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 7 ff. und § 16 N 46 ff.

⁹¹⁹ Vgl. hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 7 ff.

⁹²⁰ Bei genauer Betrachtung bezieht sich die Einschränkung aber auf das Erlangen der Rechtspersönlichkeit ohne Handelsregistereintragung.

⁹²¹ Zur schwankenden, aber nunmehr wohl gefestigten Praxis vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 27 ff.

⁹²² Vgl. dazu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 29 ff.

⁹²³ HRegV, SR 221.411.

Genossenschaften dürfen sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche und gemeinnützige Zwecke verfolgen.⁹²⁴ Nur die *reine* Gewinnstrebigkeit ist ihnen untersagt. Das ergibt sich schon aus Art. 828 Abs. 1 OR, der auf die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder abstellt, was nach ganz überwiegender Auffassung eine *unmittelbare* Förderung durch das Erbringen wirtschaftlicher Leistungen meint und die indirekte Förderung durch die Ausschüttung von Gewinnanteilen ausschließt. Der Ausschluss rein gewinnstrebiger Ziele ergibt sich zudem auch aus dem Verbot, auf Anteilscheine eine Quote am Jahresgewinn zu entrichten, welche den landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheit übersteigen würde.⁹²⁵

Mit der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen darf der unmittelbare Zweck ausschliesslich in der kollektiven Kapitalanlage bestehen, die zugunsten der Gesellschafter zu erfolgen hat,⁹²⁶ wodurch auch zwingend ein wirtschaftlicher Endzweck bestehen muss.⁹²⁷

Stiftungen verfolgen in der Regel, aber nicht zwingend, ideelle und teils auch öffentliche oder gemeinnützige Zwecke.⁹²⁸ Die zulässigen Zwecksetzungen sind zudem bei den gesetzlichen Unterarten der Stiftung unterschiedlich geregelt. Einschränkungen bestehen insbesondere bei den Familienstiftungen, den kirchlichen Stiftungen, den Personalfürsorgestiftungen und den Anlagestiftungen.⁹²⁹

Die übrigen Rechtsformen können im Grundsatz für alle rechtmässigen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Zwecken eingesetzt werden.⁹³⁰

(2) Führung eines kaufmännischen Unternehmens

Die Führung eines kaufmännischen Unternehmens kann auch als Mittel zur Endzweckverwirklichung betrachtet werden.⁹³¹ Ein „[...] nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe [...]“⁹³², wie es im Gesetz heisst, setzt einerseits das Vorliegen eines Gewerbes voraus, was als „[...] selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit [...]“ definiert wird,⁹³³ sowie die Überschreitung einer bestimmten wirtschaftlichen Relevanzschwelle.⁹³⁴ Die Beurteilung erfolgt

⁹²⁴ Vgl. Art. 828 OR und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 26.

⁹²⁵ Art. 859 Abs. 3 OR. Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 20 ff.

⁹²⁶ Das ergibt sich m. E. aus der Definition der kollektiven Kapitalanlage gemäß Art. 7 Abs. 1 KAG.

⁹²⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 38.

⁹²⁸ Vgl. Art. 86a Abs. 2 ZGB und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 18.

⁹²⁹ Vgl. hierzu oben unter II. 2. b) sowie *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 23 N 9 ff.

⁹³⁰ Vgl. hierzu auch Art. 52 Abs. 3 und Art. 57 Abs. 3 ZGB sowie *Jung* (Fn. 87), § 3 N 20 und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 23 ff.

⁹³¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 36.

⁹³² Vgl. etwa Art. 61 Abs. 2 ZGB und Art. 90 Abs. 1 lit. a HRegV sowie Art. 553 OR und Art. 42 Abs. 3 HRegV.

⁹³³ Art. 2 lit. a HRegV.

⁹³⁴ Vgl. hierzu *Jung* (Fn. 87), § 4 N 12 ff. (Zitat bei N 15).

dabei nach einer „[...] wertenden typologischen Gesamtbetrachtung [...]“ bei der der Umsatzerlös nur ein Aspekt unter weiteren quantitativen aber auch qualitativen Kriterien darstellt.⁹³⁵ Der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens ist für die Abgrenzung der Rechtsformen gegeneinander insofern relevant, als nicht mit allen Rechtsformen kaufmännische Unternehmen geführt werden dürfen.

So wird eine einfache Gesellschaft *ipso iure* zur Kollektivgesellschaft, sobald sie *unter einer gemeinsamen Firma* ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt.⁹³⁶ Es ist ihr zudem generell, d. h. ungeachtet des Auftretts unter einer gemeinsamen Firma, verboten, ein kaufmännisches Unternehmen zu betreiben.⁹³⁷ Dieses Verbot konnte unter dem alten Handelsregisterrecht daraus abgeleitet werden, dass alle kaufmännischen Unternehmen im Handelsregister eingetragen werden mussten, die einfache Gesellschaft als solche aber nicht im Handelsregister eingetragen werden konnte.⁹³⁸ Das geltende Handelsregisterrecht enthält indessen keine *allgemeine* Pflicht mehr zur Eintragung eines *kaufmännischen* Unternehmens.⁹³⁹ Die Pflicht zur Eintragung ergibt sich unmittelbar aus den Bestimmungen der jeweils verwendeten Rechtsform,⁹⁴⁰ sofern die Eintragung im Handelsregister nicht ohnehin konstitutiv ist.⁹⁴¹ Im Handelsregisterrecht wird deswegen nur noch die Eintragungspflicht jener Rechtseinheiten⁹⁴² geregelt, bei denen diese nicht schon aus dem Gesellschaftsrecht hervorgeht. Die Eintragungspflicht knüpft dabei nur noch bei den freien Berufen sowie bei den Landwirten am Vorliegen eines nach *kaufmännischer* Art geführten Gewerbes an – und zwar in erster Linie in einem negativen Sinne, dass diese nur ausnahmsweise „[...] nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe [...]“ sind.⁹⁴³ Greift keine dieser Ausnahme, müssen natürliche Personen, wenn sie „[...] ein Gewerbe betreiben, das im letzten Geschäftsjahr einen Umsatzerlös von mindestens 100.000 Franken erzielt hat, [...] ihr Einzelunternehmen am Ort der Niederlassung ins Handelsregister eintragen lassen [...]“.⁹⁴⁴ Die Eintragungspflicht des Einzelunternehmens einer natürlichen Person ergibt sich also alleine aufgrund der Überschreitung des Schwellenwertes, ungeachtet dessen, ob die weiteren typologischen Kriterien für das Vorliegen eines nach *kaufmännischer* Art geführten Gewerbes vorliegen.⁹⁴⁵ Trotz-

⁹³⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Jung* (Fn. 87), § 4 N 12 ff. (Zitat bei N 15).

⁹³⁶ Vgl. hierzu Art. 552 Abs. 1 OR.

⁹³⁷ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 70 m. H. auf abweichende Meinung.

⁹³⁸ Vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 64 ff., 70.

⁹³⁹ Vgl. Art. 927 ff. OR. Vgl. *Druey Just*, in: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 1), S. 377–382, N 11.

⁹⁴⁰ Vgl. Art. 61 ZGB; Art. 552 Abs. 2 und Art. 594 Abs. 3 OR.

⁹⁴¹ Vgl. Art. 52 Abs. 1 ZGB.

⁹⁴² Art. 927 Abs. 2 OR.

⁹⁴³ Vgl. Art. 931 Abs. 1 Satz 1 OR. Vgl. dazu *Druey Just* (Fn. 939), N 7.

⁹⁴⁴ Art. 931 Abs. 1 OR.

⁹⁴⁵ Immerhin muss aber der Gewerbebegriff im Sinne von Art. 2 lit. a HRegV erfüllt sein. Relevant ist also grundsätzlich der Umsatz des Gewerbes und nicht mehr, ob dieser nach einer kaufmännischen Art erzielt wurde (vgl. *Druey Just* (Fn. 939), N 11).

dem darf nach der hier vertretenen Auffassung eine einfache Gesellschaft auch unter dem revidierten Handelsregisterrecht kein kaufmännisches Unternehmen betreiben.⁹⁴⁶ Wie gezeigt wurde, handelt es sich bei einer einfachen Gesellschaft im Wesentlichen um einen besonderen Vertrag zur gemeinsamen Zweckverfolgung. Ob eine natürliche Person nun alleine oder zusammen mit anderen ein Gewerbe i. S. v. Art. 2 lit. b HRegV betreibt, das die Umsatzerlösschwelle von 100.000 CHF überschreitet, kann aus Verkehrsschutzgründen und somit für die Eintragungspflicht keine Rolle spielen. Die einfache Gesellschaft als solche kann sich aber auch unter dem revidierten Handelsregister nicht als Rechtseinheit im Handelsregister eintragen lassen.⁹⁴⁷ Und ein Einzelunternehmen, das im Handelsregister eingetragen werden kann, liegt nur vor, wenn „[...] eine natürliche Person [...]“⁹⁴⁸ also nicht mehrere zusammen, ein Gewerbe betreibt, das die Umsatzerlösschwelle erreicht oder überschreitet. Das Recht als Einzelunternehmen, eine Firma zu führen, steht denn auch nur zu, wer „[...] als alleiniger Inhaber ein Geschäft betreibt [...]“⁹⁴⁹

Problematisch erweisen sich diese Ausschlussregeln dann, wenn an einer einfachen Gesellschaft juristische Personen beteiligt sind und ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird. Die einfache Gesellschaft kann dann nicht zur Kollektivgesellschaft werden, da an dieser nur natürliche Personen beteiligt sein dürfen,⁹⁵⁰ und das kaufmännische Gewerbe kann nicht im Handelsregister eingetragen werden, da die einfache Gesellschaft nicht eintragungsfähig ist.⁹⁵¹

Die Führung eines kaufmännischen Unternehmens ist neben dem Übergang von der einfachen Gesellschaft zur Kollektivgesellschaft auch für den Verein relevant. Dieser muss mit deklaratorischer Wirkung im Handelsregister eingetragen werden, wenn er ein kaufmännisches Unternehmen betreibt.⁹⁵² Er darf dann aber keinen wirtschaftlichen Endzweck verfolgen.⁹⁵³

Das schweizerische Privatrecht enthält zudem als „Code unique“ eine Fülle handelsrechtlicher Sonderregelungen, die mitunter am Vorliegen eines kaufmännischen Gewerbes anknüpfen.⁹⁵⁴ Zahlreiche typisch handelsrechtliche Regelungen, wie etwa die Pflichten zur Firmenbildung und -verwendung, zur Buchführung, Rechnungslegung und Revision oder auch der Firmenschutz, setzen indessen formal betrachtet *kein* nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe voraus, sondern knüpfen direkt an der verwendeten Rechtsform, der Handelsregisterein-

⁹⁴⁶ Vgl. hierzu auch *Jung* (Fn. 87), § 4 N 12.

⁹⁴⁷ Art. 927 Abs. 2 OR *e contrario*. Vgl. *Kunz* (Fn. 156), N 93.

⁹⁴⁸ Art. 931 Abs. 1 OR.

⁹⁴⁹ Art. 945 Abs. 1 OR. Vgl. zur Diskussion, ob die einzelnen Gesellschafter eingetragen werden können, *Druvey Just* (Fn. 939), N 10; bejahend *Kunz* (Fn. 156), N 93.

⁹⁵⁰ Art. 522 Abs. 1 OR spricht explizit von „natürlichen Personen“.

⁹⁵¹ Vgl. zur Problematik *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 4 N 64 ff.

⁹⁵² Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB.

⁹⁵³ *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 15. Siehe hierzu oben unter III.3.b)(1) und Art. 61 Abs. 2 ZGB und Art. 90 Abs. 1 lit. a HRegV.

⁹⁵⁴ Vgl. zum Ganzen *Jung* (Fn. 87), § 4 N 20 ff. m.w.N.; *Druvey Just* (Fn. 939), N 13 ff.

tragung oder am Vorliegen anderer Kriterien an.⁹⁵⁵ Es besteht insofern kein einheitliches, am Begriff des kaufmännischen Gewerbes anknüpfendes Handelsrecht, sondern nur punktuelle Sonderregelungen, die beim Vorliegen eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes (oder anderer „handelsrechtlicher“ bzw. wirtschaftlicher Anknüpfungspunkte) greifen.

(3) Tätigkeit im Finanzmarkt

Die Rechtsformen können auch anhand der erlaubten Aktivitätsfelder gegeneinander abgegrenzt werden. Nicht mit allen Rechtsformen dürfen nämlich sämtliche rechtmäßigen und legitimen Tätigkeiten ausgeführt werden. Vor allem das Finanzmarktrecht, auf das sich die nachfolgenden Ausführungen beschränken, limitiert den Einsatz der Rechtsformen, indem bestimmte Tätigkeiten nur unter Einhaltung bestimmter organisatorischer Anforderungen ausgeführt werden dürfen. Mehr noch, das Finanzmarktrecht schreibt nicht nur unmittelbar die Verwendung bestimmter Rechtsformen vor, sondern übersteuert teilweise die obligationenrechtlichen Bestimmungen und Gestaltungsfreiheiten durch zwingende Vorschriften.⁹⁵⁶ Diese Überlagerungen und Durchbrechungen des Gesellschaftsrechts mit aufsichtsrechtlichen Bestimmungen führt zu mitunter komplexen Rechtsfragen.⁹⁵⁷

Einschränkungen der Rechtsformenwahl ergeben sich zunächst im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen. Schweizerische kollektive Kapitalanlagen⁹⁵⁸ dürfen, sofern keine gesetzliche Ausnahme greift,⁹⁵⁹ nur in den im KAG abschließend genannten Formen aufgesetzt werden. Offene kollektive Kapitalanlagen⁹⁶⁰ dürfen nur als vertraglicher Anlagefonds⁹⁶¹ oder als Investmentgesellschaft mit variablem Kapital⁹⁶² und geschlossene kollektive Kapitalanlage⁹⁶³ nur als Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlage⁹⁶⁴ oder als Investmentgesellschaft mit festem Kapital⁹⁶⁵ errichtet werden. Dabei ist bereits die Bildung einer kollektiven Kapitalanlage bewilligungspflichtig und die entsprechenden Gesellschaften kön-

⁹⁵⁵ Vgl. etwa Art. 727 ff., Art. 944, Art. 954a, Art. 956, Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁹⁵⁶ Vgl. hierzu etwa für Banken die Bewilligungsvoraussetzungen, die auch organisatorische Anforderungen enthalten, gemäß Art. 3 ff. BankG und die zusätzlichen Kapitalformen gemäß Art. 11 ff. BankG.

⁹⁵⁷ Vgl. hierzu eingehend *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004.

⁹⁵⁸ Zum Begriff vgl. Art. 7 KAG.

⁹⁵⁹ Art. 2 Abs. 2 f. KAG.

⁹⁶⁰ Art. 8 KAG.

⁹⁶¹ Art. 25 ff. KAG.

⁹⁶² Art. 36 ff. KAG.

⁹⁶³ Art. 9 KAG.

⁹⁶⁴ Art. 98 ff. KAG.

⁹⁶⁵ Art. 110 ff. KAG.

nen erst „[...] nach Erteilung der Bewilligung durch die FINMA [...]“ in das Handelsregister eingetragen werden.⁹⁶⁶

Auch für Banken, Versicherungen, Finanzinstitute und Finanzmarktinfrastrukturen existieren aufsichtsrechtliche Vorgaben zur Rechtsform. So dürfen sogenannte „Privatbankiers“⁹⁶⁷ das Bankgeschäft nur als Einzelfirma oder als Kollektiv- und Kommanditgesellschaft betreiben. Vermögensverwalter und Trustees mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz müssen als Einzelunternehmen, Handelsgesellschaft oder Genossenschaft organisiert sein,⁹⁶⁸ Verwalter von Kollektivvermögen und Wertpapierhäuser mit Sitz in der Schweiz müssen die Rechtsform einer Handelsgesellschaft aufweisen,⁹⁶⁹ Fondsleitungen müssen Aktiengesellschaften mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein,⁹⁷⁰ Versicherungsunternehmen müssen die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft haben⁹⁷¹ und eine Finanzmarktinfrastruktur muss zwingend eine *juristische Person* nach schweizerischem Recht mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein.⁹⁷²

c) Abgrenzung durch die Eignung zur externen Eigenkapitalbeschaffung zur Unternehmensfinanzierung

(1) Grundsätzliches

Die Organisation und Koordination von Personen und Kapital stellt die Hauptfunktion der Rechtsformen dar.⁹⁷³ Eine zentrale Stellung kommt dabei der Fähigkeit einer Rechtsform zu, Eigenkapital zur Unternehmensfinanzierung zu beschaffen. Diese Funktion ist aufgrund der *nicht substituierbaren* Eigenschaften des Eigenkapitals von fundamentaler Bedeutung. So steht Eigenkapital dem Unternehmen dauerhaft zur Verfügung und verursacht „[...] keine laufenden Kapitalkosten, welche bei Nichtleistung einen Schuldnerverzug auslösen [...]“ würden.⁹⁷⁴ Damit sichert Eigenkapital die Unternehmensexistenz und -kontinuität. Es wirkt zudem als Schutz gegen nicht diversifizier- oder versicherbare Risiken, indem es Verluste absorbieren kann.⁹⁷⁵ Dadurch schützt es gleichzeitig die Forderungen der Gläubiger im Umfang dieses Risikopuffers gegen Verluste.⁹⁷⁶

Eigenkapital stammt entweder aus thesaurierten Gewinnen (Selbstfinanzierung), aus Einlagen der Gesellschafter (Eigenfinanzierung) oder von Spenden und

⁹⁶⁶ Art. 13 Abs. 1 und 5 KAG.

⁹⁶⁷ Vgl. hierzu Art. 1 Abs. 1, Art. 6a Abs. 3 und Art. 38 i. V.m. Art. 15 BankG.

⁹⁶⁸ Art. 17 FINIG.

⁹⁶⁹ Art. 25 und Art. 42 FINIG.

⁹⁷⁰ Art. 33 Abs. 1 FINIG.

⁹⁷¹ Art. 7 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG, SR 961.01).

⁹⁷² Art. 8 FinfraG.

⁹⁷³ Vgl. zum Gesellschaftsrecht als Organisationsrecht *Druey* (Fn. 710), N 29 ff.

⁹⁷⁴ *Boemle/Stolz*, Unternehmensfinanzierung, Bd. 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. Aufl. 2010, S. 12.

⁹⁷⁵ *Boemle/Stolz* (Fn. 974), S. 11, 318.

⁹⁷⁶ *Boemle/Stolz* (Fn. 974), S. 11 f.

anderen unentgeltlichen Zuwendungen. Bei kapitalintensiven Vorhaben und bei jungen Unternehmen reichen Selbstfinanzierung oder unentgeltliche Zuwendungen oft nicht, um die erforderlichen Mittel zu beschaffen. Die Fähigkeit einer Rechtsform, kostengünstig Eigenkapital bei einer Vielzahl externer Investoren beschaffen zu können, wird dann zentral. Dies setzt selbstredend voraus, dass die Rechtsform eine wirtschaftliche Endzweckverfolgung mit einem kaufmännischen Unternehmen überhaupt zulässt. Mehr noch, die Rechtsform muss die Gewinnstrebigkeit erlauben, um Investoren eine marktconforme Eigenkapitalrendite in Aussicht stellen zu können. Die Rechtsform muss zudem die Beschaffung von Eigenkapital in der Form von Einlagen gegen Anteilsrechte zulassen.

Damit scheiden die Stiftung, der Verein, die einfache Gesellschaft und die Genossenschaft sowie die Rechtsformen des Kollektivanlagengesetzes aus. Als Anstalt verfügt die Stiftung über keine Mitglieder⁹⁷⁷ und kann somit auch keine Anteilsrechte gegen Einlagen ausgeben. Es bleibt nur die Eigenkapitalbeschaffung durch Spenden und andere unentgeltliche Zuwendungen, was die Möglichkeit der „Risikokapitalbeschaffung“ begrenzt. Der Verein darf keine wirtschaftlichen und somit auch keine gewinnstrebrigen Zwecke mit einem kaufmännischen Unternehmen verfolgen.⁹⁷⁸ Die einfache Gesellschaft darf kein kaufmännisches Unternehmen betreiben und bei der Genossenschaft ist die Gewinnstrebigkeit unzulässig.⁹⁷⁹ Die externe Eigenkapitalbeschaffung wird zudem durch die Renditebegrenzung der Anteilscheine⁹⁸⁰ sowie durch das Verbot, neben Anteilscheinen privatautonom weitere Formen der Eigenkapitalbeteiligung zu schaffen,⁹⁸¹ stark limitiert. Und die Rechtsformen des Kollektivanlagengesetzes können nur und ausschließlich für die kollektive Kapitalanlage eingesetzt werden.⁹⁸²

Eine kostengünstige externe Eigenkapitalbeschaffung bedingt zudem, dass die vor- und nachvertraglichen Informations- und Transaktionskosten sowie die mit der Investition verbundenen Risiken minimiert werden können. Dies setzt neben geeigneten institutionellen Rahmenbedingungen, die eine Rechtsordnung als Ganzes bieten muss und auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann,⁹⁸³ bestimmte Eigenschaften der Rechtsform voraus. Zu diesen Eigenschaften gehört die *Rechtspersönlichkeit* der verwendeten Rechtsform. Auf die (transaktions-)kostensenkenden Funktionen der *starken Vermögensabschirmung* im Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung wurde bereits eingegangen.⁹⁸⁴ Eine kostengünstige Eigenkapitalbeschaffung bei einer großen Anzahl

⁹⁷⁷ Siehe hierzu oben unter II. 2. b) und III. 2. a).

⁹⁷⁸ Siehe hierzu oben unter III. 3. b).

⁹⁷⁹ Siehe hierzu oben unter III. 3. b).

⁹⁸⁰ Art. 859 Abs. 3 OR.

⁹⁸¹ Vgl. II. 2. i).

⁹⁸² Siehe hierzu oben unter III. 3. b).

⁹⁸³ Siehe hierzu *Voigt*, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009.

⁹⁸⁴ Siehe hierzu oben unter III. 3. a)(4)(b) und (c). Vgl. allerdings zu den mit dem „entity shielding“ verbundenen Kosten *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1350 ff., 1354: „[...] As our survey of economic costs and benefits suggests, entity shielding is a story of trade-

externer Investoren setzt darüber hinaus kumulativ die *Begrenzung der Haftung der Eigenkapitalgeber*, die *freie und leichte Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte*, die *Drittorganschaft* und die *Stellung der Eigenkapitalgeber als wirtschaftliche Eigentümer* voraus, wie nachfolgend im Einzelnen erläutert wird.

Damit scheiden von den verbleibenden Rechtsformen die Personengesellschaften mangels Rechtspersönlichkeit⁹⁸⁵ und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen der fehlenden leichten Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte⁹⁸⁶ aus. Die Kommanditaktiengesellschaft lässt sich im Grundsatz so gestalten, dass die Voraussetzung zumindest für die beschränkt haftenden Aktionäre erfüllt sind.⁹⁸⁷ Aufgrund ihrer geringen Verbreitung und marginalen wissenschaftlichen Durchdringung stellt sie aber eine „Black Box“ dar, die sie als Vehikel zur Beschaffung von Eigenkapital bei einer großen Anzahl externer Investoren unattraktiv macht.⁹⁸⁸

Somit verbleibt praktisch nur die Aktiengesellschaft als mögliche Kandidatin. Und diese erfüllt denn auch alle der genannten Voraussetzungen einschränkungslös. Das mag neben ihrer Vielseitigkeit ein weiterer Grund dafür sein, dass sie realwirtschaftlich betrachtet wohl die wichtigste⁹⁸⁹ und bestandszahlenmäßig die zweithäufigste der im Handelsregister eingetragenen privatrechtlichen Rechtsformen in der Schweiz verkörpert.⁹⁹⁰

(2) Haftungsbegrenzung

Die zweite – und intuitiv wahrscheinlich naheliegendere Voraussetzung als die Rechtspersönlichkeit – ist die Haftungsbegrenzung der Eigenkapitalgeber, denen als Mitglieder der Gesellschaft keine Organstellung zukommt.⁹⁹¹

offs: weak entity shielding reduces creditor information costs but requires a bankruptcy system capable of preserving the prior claims of firm creditors to firm assets, the administrative costs of which are in turn mitigated by entity shielding; tradeable shares are both a cost and a benefit of strong entity shielding; and all forms of entity shielding entail enforcement costs that reduce opportunism costs [...].“

⁹⁸⁵ Vgl. hierzu oben unter III.3.a)(3)(c)(bb).

⁹⁸⁶ Vgl. hierzu oben unter II.2.h).

⁹⁸⁷ Im Ergebnis gl. M. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165.

⁹⁸⁸ Vgl. *Jung* (Fn. 31), vor Art. 620–625 OR, N 165.

⁹⁸⁹ *Handschin/Zellweger-Gutknecht/Bader* (Fn. 1), S. 13.

⁹⁹⁰ Handelsregister-Statistik 2022 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 1.1.2023 (abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/statistik/statistik-handelsregister-2022.pdf.download.pdf/statistik-handelsregister-2022.pdf>> (9.11.2023)). Und die dritthäufigste verwendete Rechtseinheit (vgl. Art. 927 Abs. 2 OR), wenn die Einzelunternehmen mitberücksichtigt werden.

⁹⁹¹ Siehe hierzu insbesondere *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 40–62. Vgl. auch *McBride*, *General Corporation Laws: History and Economics*, 74 (1) *Law and Contemporary Problems* 1, 3 (2001). Kritisch zur Haftungsbegrenzung *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 731), 1335, 1350 und *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 431 f., die davon ausgehen, dass ein liquider sekundärer Kapitalmarkt auch bei einer anteilmäßigen (sekundären) Haftung der Eigenkapitalgeber entstehen kann. Das Haftungsrisiko verteilt sich dann auf eine Vielzahl von Eigenkapital-

Ohne Haftungsbegrenzung würde im Ergebnis jeder Gesellschafter mit seinem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mithaften. Wer mit seinem ganzen Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, wird als „Gegenleistung“ für seine Einlage nicht nur eine marktkonforme Rendite erwarten, sondern umfassende Kontroll- und Mitbestimmungsrechte einfordern und zumindest mit Vetorechten in die Geschäftsführung eingebunden sein wollen.⁹⁹² Das setzt der Mitgliederzahl selbstredend Grenzen, da mit jedem zusätzlichen Anleger die Koordinationskosten der Gesellschaft steigen und eine effektive Unternehmensführung erschwert wird.

Mit der Haftungsbegrenzung wird das Bedürfnis der Gesellschafter bzw. Investoren nach einer unmittelbaren Kontrolle und Einflussnahme auf die Geschäftsführung reduziert. Mit der Haftungsbegrenzung können daher auch die entsprechenden Kosten, die mit der Anzahl der Gesellschafter steigen, vermieden werden.⁹⁹³

Zu beachten ist auch, dass diversifizierte Investoren in mehrere Unternehmen zugleich investiert sind. Solche Investoren haben in der Regel weder die Ressourcen noch die Erfahrung, um die Kontrolle überhaupt ausüben zu können. Sie werden daher von vornherein nur unter der Voraussetzung der Haftungsbegrenzung überhaupt investieren wollen.⁹⁹⁴ Gleichzeitig ermöglicht die Haftungsbegrenzung die Bildung unterschiedlicher Mitgliederrollen und insbesondere die Verwirklichung der Drittorganschaft.⁹⁹⁵ Die Geschäftsführung kann einem besonderen Organ übertragen werden, da eine persönliche Einbindung in die Geschäftsführung zur Risikominimierung nicht erforderlich ist.⁹⁹⁶ Damit wird gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen, in Unternehmen zu investieren, ohne über das zur Unternehmensführung erforderliche Fach- und Branchenwissen zu verfügen. Die Haftungsbegrenzung ermöglicht mit anderen Worten die Bildung unterschiedlicher Mitgliederrollen und insbesondere die Verwirklichung der Drittorganschaft⁹⁹⁷ und somit die „Arbeitsteilung“ und Spezialisierung.⁹⁹⁸

gebern und wird dadurch für den einzelnen Gesellschafter „tragbar“. Das dürfte allerdings nur zutreffen, wenn die Anzahl der Gesellschafter groß und die konkrete anteilmäßige Ausfallhaftung relativ gering ist. Gegen deliktische Haftungsrisiken der Gesellschaft könnten zudem Versicherungen abgeschlossen werden. Unter einem Regime mit Haftungsbegrenzung der Gesellschafter spielen diese letzteren Faktoren allerdings keine Rolle. Das fördert nicht nur die Bildung eines liquiden sekundären Kapitalmarktes, sondern dürfte *ceteris paribus* zugleich auch die Kapitalkosten reduzieren.

⁹⁹² Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 9; *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 41 f. Vgl. hierzu etwa Art. 535 und Art. 539 OR.

⁹⁹³ Vgl. generell zu den Effizienzgewinnen der Haftungsbeschränkung *Lombardo/Wunderlich* (Fn. 754), S. 392.

⁹⁹⁴ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 41 f.

⁹⁹⁵ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 41 f.

⁹⁹⁶ Vgl. *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 41 f.

⁹⁹⁷ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 41 f.

⁹⁹⁸ *Easterbrook/Fischel*, *Limited Liability and the Corporation*, 52 *The University of Chicago Law Review* 89, 93 f. (1985).

Ohne Haftungsbeschränkung hängt das Risiko eines Gesellschafters, für die Schulden der Gesellschaft zu haften, auch vom Vermögen der anderen Gesellschafter ab.⁹⁹⁹ Das trifft jedenfalls dann zu, wenn die Gesellschafter primär oder sekundär persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften. Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, werden diese die gesamte Restforderung bei denjenigen Gesellschaftern eintreiben, die überhaupt Vermögenswerte besitzen. Die vermögenden Gesellschafter übernehmen dadurch quasi eine Ausfallhaftung für die nicht vermögenden Gesellschafter. In Gesellschaften ohne Haftungsbeschränkung besteht daher nicht nur ein Interesse der Gesellschafter an der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft, sondern auch an der persönlichen finanziellen Situation der übrigen Gesellschafter. In Gesellschaften mit einer Haftungsbeschränkung ist demgegenüber die persönliche Finanzlage eines Gesellschafters für die übrigen Gesellschafter irrelevant, wodurch die sonst anfallenden Informations- und Überwachungskosten vermieden werden können.¹⁰⁰⁰

Aus dem gleichen Grund (und ähnlich wie die Rechtspersönlichkeit) führt die Haftungsbegrenzung somit dazu, dass der Wert der Gesellschaft völlig unabhängig von den Mitgliedern und deren Vermögen bestimmt werden kann. Es besteht zwar bei einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung kein zusätzliches Haftungssubstrat für die Gesellschaftsgläubiger in der Form der Privatvermögen der Gesellschafter. Das bedeutet aber gleichzeitig auch, dass der Gesellschaftswert völlig unabhängig vom Vermögen der Gesellschafter bestimmt werden kann. Das erleichtert nicht nur die Bewertung, sondern auch die Übertragung der Beteiligungsrechte, da der Gesellschafterwechsel keinen Einfluss auf den Gesellschaftswert hat.¹⁰⁰¹

Soll Eigenkapital bei einer großen Anzahl externer Investoren beschafft werden, muss deswegen deren Rolle auf jene der Geldgeber beschränkt werden können. Die externen Investoren werden aber nur auf umfassende Kontroll- und Mitbestimmungsrechte verzichten, wenn im Gegenzug ihre Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft begrenzt wird. Die Begrenzung der Haftung der Mitglieder, deren Rolle auf die Funktion der Eigenkapitalgeber beschränkt ist, ist folglich eine notwendige Voraussetzung, damit überhaupt bei einer großen Anzahl externer Investoren Eigenkapital beschafft werden kann.¹⁰⁰²

Die Haftungsbegrenzung erfüllt darüber hinaus eine zweite fundamentale Funktion im Zusammenhang mit der Eigenkapitalbeschaffung. Sie stellt eine Voraussetzung für die *Risikodiversifikation* der Investoren und somit für die Portfolio-Theorie dar.¹⁰⁰³ Ohne Haftungsbegrenzung würde das Haftungsrisiko mit

⁹⁹⁹ Easterbrook/Fischel (Fn. 998), S. 95.

¹⁰⁰⁰ Easterbrook/Fischel (Fn. 762), S. 42.

¹⁰⁰¹ Easterbrook/Fischel (Fn. 998), S. 92, 95 f.; Easterbrook/Fischel (Fn. 762), S. 42 f.

¹⁰⁰² Vgl. in diesem Sinne Manne, *Our Two Corporate Systems: Law and Economics*, 53 *Virginia Law Review* 259, 262 (1967).

¹⁰⁰³ Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler (Fn. 750), S. 9.

der Zunahme der Investments steigen. Eine Reduktion des Risikos durch Diversifikation wäre nicht möglich, denn mit jedem Investment in jede weitere Gesellschaft wäre auch das Risiko verbunden, mit dem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Haftungsfall eintritt, dürfte zudem mit der Anzahl der Portfoliogesellschaften steigen. Das hätte nicht nur Auswirkungen auf die Investoren, sondern vor allem auch auf die Kapitalkosten. Unternehmen müssten diesfalls nicht nur das systematische Risiko, sondern auch das idiosynkratische Risiko der Investoren entschädigen, was die Kapitalbeschaffung freilich verteuern würde.¹⁰⁰⁴

(3) *Drittorganschaft*

Die vorstehenden Ausführungen haben bereits auf die Drittorganschaft als weitere erforderliche Voraussetzung einer Rechtsform zur effektiven Beschaffung von Eigenkapital bei einer großen Anzahl externer Investoren hingewiesen. Die mit der Zunahme der Mitglieder steigenden Koordinationskosten machen die Drittorganschaft erforderlich. Die Selbstorganschaft eignet sich mit anderen Worten nicht für Gesellschaften mit großen Mitgliederzahlen.¹⁰⁰⁵

Die Drittorganschaft erlaubt zudem zusammen mit der Haftungsbeschränkung die Beteiligung an einem Unternehmen als Investor, ohne über unternehmensspezifische Fähigkeiten zu verfügen.¹⁰⁰⁶ Das ermöglicht zunächst eine weitere Gliederung der Mitgliederrollen und somit der Aufgabenteilung und Spezialisierung, was aus Effektivitätsgründen unerlässlich ist.¹⁰⁰⁷ So können in die Unternehmensleitung eingebundene Unternehmer- oder Gründergesellschaftler, die neben der Geschäftsidee das erforderliche unternehmerische, technische und wirtschaftliche Wissen und Können sowie die zur erfolgreichen Unternehmensführung oft erforderlichen Netzwerke mitbringen, neben den Investorengesellschaftlern existieren, die primär als Geldgeber agieren und der Geschäftsführung nicht nur fernbleiben wollen, sondern dies aufgrund der Haftungsbegrenzung und der Drittorganschaft auch mit begrenztem Risiko tun können.¹⁰⁰⁸ Diese Rollenteilung erweitert zudem ganz natürlich nicht nur den Kreis potenzieller Investoren und somit die Möglichkeiten zur Eigenkapitalbeschaffung, sondern auch den Kreis der für die Unternehmensleitung in Frage kommenden Personen und somit das für die Gesellschaft erschließbare „Humankapital“.

¹⁰⁰⁴ Zum Ganzen *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 43 und 44 ff.

¹⁰⁰⁵ Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 11 f.; *Brealey/Myers/Allen*, *Principles of Corporate Finance*, New York 2020, S. 7.

¹⁰⁰⁶ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 998), S. 95; vgl. hierzu auch *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 44.

¹⁰⁰⁷ Vgl. oben unter III.3.b)(2).

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Easterbrook/Fischel* (Fn. 998), S. 95.

(4) Freie und leichte Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte

Eigenkapital charakterisiert sich, wie bereits erwähnt wurde, unter anderem dadurch, dass es dem Unternehmen dauerhaft zur Verfügung steht.¹⁰⁰⁹ Es kann somit von den Anlegern nicht zurückgefordert werden. Dieser *ex post* wirkende Lock-in der Gesellschafter dürfte bereits *ex ante* die Beschaffung von Eigenkapital erschweren.¹⁰¹⁰ Hinzu kommt, dass nach der Discounted Cash Flow-Methode (DCF) der Unternehmenswert nicht im Wert des Nettovermögens der Gesellschaft besteht, sondern aus den diskontierten künftigen Erträgen, die das Unternehmen erwirtschaften kann.¹⁰¹¹ Dieser Wert liegt denn auch regelmäßig höher als der „Substanzwert“ der Gesellschaft. Investoren können diesen aber nur durch den Verkauf ihrer Beteiligung (und nicht durch die Liquidation des Unternehmens) realisieren. Unter beiden Gesichtspunkten¹⁰¹² lässt sich somit generell festhalten, dass für Investoren eine Investition in übertragbare Beteiligungen grundsätzlich attraktiver als in unübertragbare sind.¹⁰¹³ Die Übertragbarkeit der Beteiligung senkt deswegen auch die Hemmschwelle für eine Investition und erweitert dadurch den Kreis potenzieller Anleger.¹⁰¹⁴

Für eine effektive Kapitalbeschaffung ist die Übertragbarkeit der Beteiligungen allerdings noch unzureichend. Erforderlich ist vielmehr eine *leichte und freie* Übertragbarkeit.¹⁰¹⁵ Dadurch werden die Transaktionskosten weiter gesenkt, was den Wert der Beteiligung erhöht. Gleichzeitig stellt die leichte und freie Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte eine Voraussetzung für die Bildung eines funktionsfähigen sekundären Kapitalmarktes dar. Letzteres senkt die anfallenden Transaktionskosten insbesondere durch die Bildung eines Marktpreises und durch die Reduktion der Such- und übrigen Transaktionskosten weiter, was den Wert der Beteiligung *ceteris paribus* steigert.¹⁰¹⁶

Der Einbindung der Gesellschaft in einen liquiden und effizienten sekundären Kapitalmarkt kommen zudem bedeutende Governance-Funktionen zu. So werden einerseits variable, an den Aktienkurs gekoppelte Vergütungssysteme möglich, welche – sofern diese richtig strukturiert sind und ihrerseits keine Fehlanreize

¹⁰⁰⁹ Vgl. etwa Art. 680 Abs. 2 OR.

¹⁰¹⁰ *Hansmann*, The Ownership of Enterprise, Harvard Press Paper Back Edition, Cambridge (MA) 2000, S. 55 ff. Zur Möglichkeit bei der schweizerischen Aktiengesellschaft zur Auflösungsklage, der Squeeze-out-Fusion und des übernahmerechtlichen Squeeze-outs *Druey/Glanzmann* (Fn. 159), N 45 m. w. H. und für die Kaduzierung *Glanzmann* (Fn. 186), N 53.

¹⁰¹¹ Vgl. *Brealey/Myers/Allen* (Fn. 1005), S. 95 ff.

¹⁰¹² Lock-in und DCF.

¹⁰¹³ Vgl. in diesem Sinne auch hierzu *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 N 1086.

¹⁰¹⁴ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 10.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 10 f.

¹⁰¹⁶ Vgl. zum „Mehrwert“ der Liquidität *Boemle/Stolz* (Fn. 974), S. 240 f.; *von der Crone*, Aktienrecht, Zürich 2020, § 30 N 2301.

setzen – dazu beitragen können, die mit der Trennung von „Eigentum und Kontrolle“ auftretenden Agency-Kosten zu reduzieren.¹⁰¹⁷

Die leichte und freie Übertragbarkeit der Beteiligungsrechte ist zudem eine Voraussetzung für die Entwicklung eines funktionierenden Übernahmemarktes. Gleich wie die variablen Vergütungen kann auch dieser zur Reduktion der Agency-Kosten beitragen.¹⁰¹⁸

Die Reduktion der *Gesamt-Agency-Kosten* erhöht *ceteris paribus* den Unternehmenswert und senkt die Kapitalkosten.¹⁰¹⁹ Die kostengünstige Beschaffung von Eigenkapital bei einer großen Anzahl externer Investoren setzt deswegen auch voraus, dass die Rechtsform eine leichte und freie Übertragung der Beteiligungsrechte überhaupt zulässt.

Angemerkt sei, dass eine leichte Übertragbarkeit der Beteiligungen ihrerseits die Haftungsbegrenzung und die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft voraussetzt.¹⁰²⁰ Die Haftungsbegrenzung limitiert eben auch das Risiko der Rechtsnachfolger und ermöglicht diesen die Risikoreduktion mittels Diversifikation. Die Rechtspersönlichkeit entkoppelt zudem – wie gezeigt wurde – den Unternehmenswert vom Vermögen und privaten Risikoverhalten der Anleger, was die Bildung eines einheitlichen Aktienpreises erlaubt.¹⁰²¹ Die Übertragung einer (Minderheits-)Beteiligung hat daher keine finanziellen Auswirkungen für die anderen Gesellschafter, was allfällige Zustimmungen oder Ausgleichszahlungen überflüssig macht.¹⁰²²

(5) *Eigenkapitalgeber als „wirtschaftliche Eigentümer“*

Eine weitere Voraussetzung besteht in der Stellung der Eigenkapitalgeber als wirtschaftliche Eigentümer der Gesellschaft.¹⁰²³ Dies setzt voraus, dass die Eigenkapitalgeber einerseits die Residualgläubiger der Gesellschaft sind und dass sie zum andern die Mitglieder der Verwaltung und allenfalls auch der externen Kontroll-

¹⁰¹⁷ Vgl. hierzu *Armour/Hansmann/Kraakman*, Agency Problems and Legal Strategies, in: *Kraakman et. al., The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 29–47, 36.

¹⁰¹⁸ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 998), S. 95 f.

¹⁰¹⁹ Vgl. hierzu Troxler (Fn. 577), S. 206, 208, 211 m. w. H.

¹⁰²⁰ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 11. Vgl. zum komplementären Zusammenwirken von Haftungsbegrenzung und starker Vermögensabschirmung und den dadurch entstehenden Effizienzgewinnen auch *Lombardo/Wunderlich* (Fn. 754), S. 393 f.

¹⁰²¹ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 11.

¹⁰²² Vgl. *Easterbrook/Fischel* (Fn. 998), S. 95 f.

¹⁰²³ Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 13 ff. Formalrechtlich ist freilich die juristische Person die Eigentümerin der Vermögenswerte der Gesellschaft. Wirtschaftlich betrachtet stehen bei den Körperschaften die Rechte aber der Gesamtheit der Mitglieder zu. So hält bereits *Egger* 1930 in diesem Sinne fest: „[...] Die juristische Persönlichkeit besteht in der Verselbständigung des Verbands. Dazu gehört als wesentlichstes Element die eigene Rechtsfähigkeit, wie sie Art. 53 dem Verbands zuerkennt. Aber der Sinn dieser Rechtsfähigkeit ist ein anderer als bei der Einzelperson. Die Rechte stehen letzten Endes den Mitgliedern zu wie bei der Gesamthand auch [...]“ (*Egger* (Fn. 320), Art. 53 ZGB, N 17).

stelle wählen und abwählen sowie fundamentale Mitbestimmungs- und Kontrollrechte ausüben können.¹⁰²⁴

Die Investorenzentriertheit erscheint zunächst vor dem Hintergrund sachgerecht, als es sich bei den Eigenkapitalgebern *notwendigerweise* um die *Residualgläubiger* einer Gesellschaft handelt. Das ergibt sich unmittelbar aus den Strukturmerkmalen des Eigenkapitals, die eine feste Verzinsung ausschließen und nur eine Beteiligung an Gewinn und Verlust zulassen.¹⁰²⁵ Das bedeutet, dass die Eigenkapitalgeber nur dann eine „Vergütung“ erhalten, wenn vorher die laufenden Forderungen aller anderer „vertraglichen“ Anspruchsgruppen befriedigt wurden.¹⁰²⁶ Es macht daher konzeptionell Sinn,¹⁰²⁷ die Residualgläubiger bzw. die Eigenkapitalgeber mit fundamentalen Mitwirkungsrechten auszustatten und nur diese über die Zusammensetzung der Verwaltung entscheiden zu lassen, da diese die stärksten Anreize haben, den Unternehmenswert im Interesse aller Anspruchsgruppen zu steigern.¹⁰²⁸ Theoretisch wird die Kombination der Stellung als Residualgläubiger und Inhaber der fundamentalen Kontrollrechte unter idealen Bedingungen zu einer Gesamtunternehmenswertsteigerung im Interesse aller Anspruchsgruppen führen.¹⁰²⁹ Würden andere Anspruchsgruppen über diese fundamentalen Kon-

¹⁰²⁴ Es handelt sich um die Kombination von „residual income (rights)“ und „residual control rights“ (vgl. hierzu *Hart, Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford 1995, S. 63 ff.). Vgl. zum Ganzen auch *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 13; *Anderson* (Fn. 776), 48 ff. (Zitat bei S. 50 f.) spricht in diesem Zusammenhang auch von einem „right to exclude“, das nur den Aktionären zukommt und die selbst von niemandem aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können, weswegen diesen eine eigentümerähnliche Stellung innerhalb der Anspruchsgruppen der Gesellschaft zukommt: „[...] The non-excludable right to exclude is the most important attribute of property ownership in an organization [...] Although shareholders can also be frozen out, they cannot be frozen out without (at least) a majority vote or other consent of the broader shareholder base [...]“. Die Bedeutung der „residual rights of control“ wurde bereits von *Hart/Moore*, *Property rights and the nature of the firm*, 98 (6) *Journal of Political Economy* 1119 (1990), herausgearbeitet.

¹⁰²⁵ Vgl. *Boemle/Stolz* (Fn. 974), S. 12: Eigenkapital liegt dann vor, wenn Kapital dem Unternehmen dauerhaft zur Verfügung steht und „[...] keine laufenden Kapitalkosten, welche bei Nichtleistung einen Schuldnerverzug auslösen [...]“, verursacht (vgl. in diesem Sinne Art. 675 Abs. 1 und Art. 680 Abs. 2 OR sowie die Ausnahme für Bauzinsen in Art. 676 OR).

¹⁰²⁶ Vgl. hierzu *Allen/Kraakman/Khanna*, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 6. Aufl. 2021, S. 3; *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 67.

¹⁰²⁷ Die (vollständige) Verschränkung dieser beiden Rechte ist nicht zwingend, aber in vielen Fällen sinnvoll bzw. effizient (vgl. hierzu *Hart* (Fn. 1024), S. 64 ff., 206 ff.).

¹⁰²⁸ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 67 ff. Als Residualgläubiger kommen freilich nicht nur die Eigenkapitalgeber in Frage, sondern bspw. auch die „Arbeiter“ in einer Produktivgenossenschaft. Der Grundsatz, dass die Stimmrechte dem Residualanspruch folgen (sollten), gilt aber auch dann (vgl. hierzu *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 13).

¹⁰²⁹ Vgl. hierzu *Hansmann* (Fn. 1010), S. 12 (mit Verweis auf *Grossman/Hart*, *The Cost and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, 94 (4) *Journal of Political Economy* 691 (1986)): „[...] In theory, the rights to control and to residual earnings could be separated and held by different classes of persons. In practice, however, they are generally held jointly. The obvious reason for this is that, if those with control had no claim on the firm’s

trollrechte („residual rights of control“) verfügen, können sie diese zulasten der Residualgläubiger ausüben.¹⁰³⁰ Es käme nicht notwendigerweise zu einer Gesamtwertsteigerung, sondern lediglich zu einer Umverteilung. Zu den idealen Bedingungen, unter denen die Kombination von Residualgläubigerstellung und fundamentalem Kontrollrechten wohlfahrtsökonomisch effizient ist, gehört die Annahme, dass die Interessen aller anderen Anspruchsgruppen bereits ausreichend durch andere Rechtsnormen und Institutionen geschützt sind und somit der „Shareholdervalue“ nicht unkompensiert auf Kosten anderer Anspruchsgruppen, Dritter oder der Umwelt gesteigert werden kann (Externalitätenproblematik).¹⁰³¹ Dazu gehört auch, dass die Eigenkapitalgeber Risiken nicht auf die anderen Anspruchsgruppen abwälzen können.¹⁰³²

In der Praxis sind diese Voraussetzungen freilich kaum je erfüllt. Dies verdeutlicht schon alleine die Tatsache, dass Unternehmen oft auch in Ländern mit ungenügenden Sozial- und Umweltschutzvorschriften ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten entfalten. Das ist mitunter ein Grund dafür, weswegen die Investorenzentriertheit zunehmend in Frage gestellt und nach Alternativen gesucht wird.¹⁰³³ Dabei ist nach der hier vertretenen Auffassung zweierlei zu beachten:

- Zum einen würde die Gewährung von Mitbestimmungsrechten an andere Anspruchsgruppen – und somit die Trennung von Residualgläubigerstellung und wirtschaftlichem Eigentum – absehbar zu höheren Eigenkapitalkosten führen.¹⁰³⁴ Denn während die Residualgläubiger konzeptionell nur profitieren können, wenn zuvor alle anderen Anspruchsgruppen befriedigt wurden, können sich die übrigen Anspruchsgruppen auch zulasten der Residualgläubiger bevorzugen. Die Minimierung der Eigenkapitalkosten setzt deswegen die Stellung der Eigenkapitalgeber als wirtschaftliche Eigentümer voraus. Eine Rechtsform muss daher, um die Eigenkapitalkosten tiefzuhalten, die Möglichkeit bieten,

residual earnings, they would have little incentive to use their control to maximize those earnings, or perhaps even to pay out the earnings received. To be sure, this problem would not arise if all important decisions to be made by those with control could be appropriately constrained in advance by contractual arrangements between them and the holders of the rights to residual earnings. But the essence of what we term ‘control’ is precisely the authority to determine those aspects of firm policy that, because of high transactions costs or imperfect foresight, cannot be specified ex ante in a contract but rather must be left to the discretion of those to whom the authority is granted [...]“.

¹⁰³⁰ Vgl. in diesem Sinne schon *Grossman/Hart* (Fn. 1029), S. 717.

¹⁰³¹ Der Shareholder Value wird unter diesen Voraussetzungen dann zum „rough proxy for social welfare“ (vgl. hierzu und zum Ganzen *Allen/Kraakman/Khanna* (Fn. 1026), S. 2 ff.).

¹⁰³² *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 68.

¹⁰³³ Vgl. etwa *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler* (Fn. 750), S. 14.

¹⁰³⁴ *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 69: „[...] The inclusion of multiple groups [...] would be a source of agency costs. People who did not receive the marginal gains would be influencing corporate discretion, and the influence would not maximize the wealth of participants as group [...]“.

nur die Eigenkapitalgeber mit den genannten fundamentalen Mitbestimmungsrechten auszustatten.

- Zum anderen wird die Externalitätenproblematik durch die Gewährung von Mitbestimmungsrechten an weitere Anspruchsgruppen nicht gelöst, sondern lediglich verlagert. Die Abwälzung von Kosten auf Dritte oder die Umwelt bliebe weiterhin möglich.¹⁰³⁵ Die Lösung der Problematik kann daher auch nicht in einer Erweiterung oder Neufassung des „Corporate Purpose“ alleine liegen,¹⁰³⁶ sondern erfordert zwingend auch rechtliche und institutionelle Rahmenbedingungen, die zur Internalisierung der genannten negativen Externalitäten geeignet sind.

IV. Zusammenfassung

In der Schweiz existieren elf bundesprivatrechtliche Rechtsformen. Es handelt sich dabei um eine geschlossene Zahl, die nur durch den Gesetzgeber erweitert werden kann (*numerus clausus*). Die bundesprivatrechtlichen Rechtsformen werden materiell durch die Definition der Anstalt und der Gesellschaft von anderen Rechtsverhältnissen abgegrenzt.

Die einzelnen Rechtsformen zeichnen sich durch unterschiedliche Alleinstellungsmerkmale aus, die nicht mit anderen Rechtsformen repliziert werden können. Zu den Unterscheidungsmerkmalen, die für das Gesamtverständnis des Systems der bundesprivatrechtlichen Rechtsformen von zentraler Bedeutung sind, gehört die Rechtspersönlichkeit. Diese liegt nach der hier vertretenen Auffassung nur bei Rechtsformen vor, die eine *starke Abschirmung* der ihnen zugewiesenen Vermögenswerte erlauben. Das setzt das kumulative Vorliegen des *vermögensrechtlichen Trennungsprinzips* und des *Liquidationsschutzes* voraus. Bei dieser für das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit notwendigen Eigenschaft handelt es sich nicht lediglich um ein formaljuristisches Abgrenzungskriterium, sondern um eine Eigenschaft mit *großer praktischer Relevanz*, die sich insbe-

¹⁰³⁵ Das ergibt sich schon daraus, dass nicht alle potenziellen gegenwärtigen und künftigen Anspruchsgruppen überhaupt vertraglich eingebunden werden können und kristallisiert sich an der vor dem Hintergrund der mit der Haftungsbegrenzung verbundenen problematischen Stellung deliktisch Geschädigter (vgl. *Easterbrook/Fischel* (Fn. 762), S. 49 ff. und *Hansmann/Kraakman* (Fn. 533), 387, 431 f.). Der Einbezug der Mitarbeitenden in den Aufsichtsrat konnte bekanntlich den Diesellabgasskandal nicht verhindern (vgl. zum Diesellabgasskandal etwa <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/auto-kaufen-verkaufen/abgasskandal-rechte/vw/>> (7.11.2023)).

¹⁰³⁶ Vgl. zur Corporate-Purpose-Debatte und den verwandten Entwicklungen und Debatten um „soziale Unternehmen“ *Cheffins*, *The Past, Present and Future of Corporate Purpose*, ECGI Law Working Papers N° 713/2023, June 2023 und *Fleischer/Pendl*, *The Law of Social Enterprises: Surveying a New Field of Research*, ECGI Law Working Paper N° 736/2003, October 2023.

sondere bei der Fähigkeit der Rechtsform, kostengünstig Fremd- und Eigenkapital beschaffen zu können, manifestiert.

Für das Systemverständnis sind zudem die Abgrenzungen der Rechtsformen durch die jeweils zulässigen Zwecke, Mittel und Tätigkeiten sowie nach deren Eignung, Eigenkapital zur Unternehmensfinanzierung beschaffen zu können, essentiell. Dabei hat sich gezeigt, dass die Aktiengesellschaft nicht nur die universellste und vielseitigste Rechtsform darstellt, sondern praktisch betrachtet als einzige sämtliche Voraussetzungen für eine kostengünstige Eigenkapitalbeschaffung bei einer großen Anzahl externer Investoren zur Unternehmensfinanzierung vollständig erfüllt.

Ein Panorama der Rechtsformen in Deutschland

Holger Fleischer

I.	Der Zoo der Gesellschaftsformen	155
II.	Entstehung und Entwicklung der Gesellschaftsformen	156
	1. Die prägende Periode: 1861–1900.....	156
	2. Die lange Phase der Stasis: 1900–1985/1995	157
	3. Der neue Zeitabschnitt der Rechtsformvarianten: 1985/1995–heute.....	159
III.	Tatsächliche Verbreitung und Verwendung der Gesellschaftsformen	159
	1. Von der unbeschränkten zur beschränkten Gesellschafterhaftung	159
	2. Vom Basisangebot zu Produktdifferenzierungen	160
	3. Vom historisch gewachsenen Zentrum zur neuerblühten Peripherie	161
IV.	Gesellschaftsformen und <i>numerus clausus</i>	162
	1. <i>Numerus clausus</i> versus <i>numerus apertus</i>	162
	2. Erweiterungen und Verengungen des Rechtsformenangebots	164
V.	Regelungstechniken für neue Gesellschaftsformen und sonstige Rahmungen.....	166
	1. Gänzlich neue Rechtsform	166
	2. Rechtsformvariante	168
	3. Gesetzlicher Status.....	169
	4. Private Zertifizierung.....	170
VI.	Rechtsvergleichende Muster für neue Gesellschaftsformen	171
	1. Deutsche LLP und bürgerlichrechtliche KG	171
	2. Deutsche Benefit Corporation und Sozialgenossenschaft	172
	3. Deutscher Business Trust und Treuunternehmen.....	173
	4. Deutsche Anstalt und segmentierte Verbandsperson	174
	5. Deutsche Decentralized Autonomous Organization LLC.....	175
VII.	Abschaffung von Gesellschaftsformen	175
	1. Ausgestorbene Arten	175
	2. Beibehaltung oder Abschaffung von Rechtsformen?.....	177
VIII.	Schluss.....	177

I. Der Zoo der Gesellschaftsformen*

Metaphern machen einen abstrakten Untersuchungsgegenstand anschaulicher. Für eine Untersuchung der Gesellschaftsformen bietet sich aus verschiedenen Gründen die Zoo-Metapher an.¹ Sie bringt bildhaft die vergleichsweise große

* Dieser Beitrag ist zuerst in ZIP 2023, 1505 erschienen und durchgehend aktualisiert worden.

¹ In Anlehnung an *Young/Searing/Brewer, The Social Enterprise Zoo*, 2016.

Artenvielfalt im deutschen Gesellschaftsrecht zum Ausdruck und eröffnet zugleich die Möglichkeit, die gesellschaftsrechtlichen Zoobewohner entsprechend ihrer Ähnlichkeit in Gattungen einzuteilen.² Weiterhin gibt es im Gesellschaftsrecht wie im Tierreich urwüchsige Geschöpfe und künstliche Neuzüchtungen. In Gestalt der Mischformen und Typenkombinationen begegnen hier zudem Kreuzungen verschiedener Arten. Schließlich entscheidet der Gesetzgeber gleichsam als Zoodirektor, welche neuen Tierarten eingelassen werden, und Rechtsprechung wie Vertragspraxis kümmern sich als Tierpfleger um deren Wohlergehen.

II. Entstehung und Entwicklung der Gesellschaftsformen

Die Evolution der Gesellschaftsformen in Deutschland kann hier nicht in ihrer ganzen Komplexität und Zufälligkeit ausgebreitet werden. Für die Zwecke dieses Beitrags – eine bündige Bestandsaufnahme der geltenden Rechtsformen – genügt vielmehr eine ausschnitthafte und vereinfachende Periodisierung in drei Zeitabschnitte.

1. Die prägende Periode: 1861–1900

Wegweisend für die gesellschaftsrechtlichen Formfindungsprozesse waren rückblickend die vier Jahrzehnte von 1861 bis 1900. In dieser vergleichsweise kurzen Zeitspanne sind die uns heute wohlvertrauten Grundformen eingeführt oder entscheidend gefestigt worden. Das gilt zunächst für die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 schuf erstmals für alle Aktiengesellschaften, die ein Handelsgewerbe betrieben, eine einheitliche Rechtsgrundlage.³ Für Genossenschaft und GmbH kamen 1889 bzw. 1892 jeweils separate Gesetze hinzu, welche die kodifikatorische Geschlossenheit der kaufmännischen Gesellschaftsformen schon früh aufbrachen. Zwischen diesen drei Rechtsformneuschöpfungen bestand ein enger wirtschafts- und sozialgeschichtlicher Zusammenhang: Die AG war als „Kapitalpumpe“⁴ ein Kind der Industrialisierung,⁵ die Genossenschaft eine Selbsthilfeorganisation kleiner Handwerker und Landwirte, um der wirtschaftlichen Macht der Großbetriebe halbwegs Paroli bieten zu können,⁶ und die GmbH ein dem Ge-

² Allgemein dazu mit zahlreichen Zeichnungen aus verschiedenen Jahrhunderten *Bainbridge*, *How Zoologists Organise Things: The Art of Classification*, 2020.

³ Näher *Pahlow*, in: Bayer/Habersack, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. I, 2007, Kap. 8 Rn. 3 m. w. N.

⁴ *Schmalenbach*, *Die Aktiengesellschaft*, 7. Aufl. 1950, S. 12.

⁵ Vgl. *Kießling*, in: Bayer/Habersack (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 1 ff. unter der Kapitelüberschrift „Eisenbahnbau und Industrialisierung als Katalysator der Entwicklung des Aktienrechts“.

⁶ Historisch *Waldecker*, *Die eingetragene Genossenschaft*. Ein Lehrbuch, 1916, S. 14 ff. m. w. N.; rückblickend *Beuthien*, in: *Beuthien*, *GenG*, 16. Aufl. 2018, Einl. Rn. 1.

setzgeber vom Handel abgetrotztes Zugeständnis, damit auch Kleinunternehmen von einer Haftungsbeschränkung profitieren konnten.⁷

Ebenso erfuhren OHG und KG mit ihren spät- bzw. hochmittelalterlichen Wurzeln⁸ durch das ADHGB eine rechtliche Konsolidierung, bevor sie durch das Handelsgesetzbuch (HGB) von 1897 ihre heutige Gestalt gewonnen haben.⁹ Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) von 1900 kodifizierte schließlich mit dem Verein die Basisform der Körperschaften und mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts diejenige der Personengesellschaften.

Insgesamt kann man die Zeit von 1861 bis 1900 daher mit Fug und Recht als „formative years“, als die prägende Periode für das Entstehen der modernen Gesellschaftsformen in Deutschland¹⁰ bezeichnen.

2. Die lange Phase der Stasis: 1900–1985/1995

Im 20. Jahrhundert folgte eine lange Zeitspanne, in der sich der Kanon der Gesellschaftsformen nicht veränderte. Vom Beginn des Jahrhunderts bis weit in die 1980er Jahre kam keine einzige neue Rechtsform hinzu. Für diese lange Phase gesetzgeberischer „Ruhe“ (Stasis) nach den Zeiten größerer „Unruhe“¹¹ gibt es verschiedene Erklärungen. Einmal spricht vieles dafür, dass die Grundbedürfnisse der unternehmerischen Praxis mit den bis dato geschaffenen Gussformen vorerst befriedigt waren. Zu dieser Rechtsformensättigung trug weiter bei, dass der historische Gesetzgeber mit KG und KGaA auch legislatorische Mischformen zuließ, die zwei verschiedene Arten von Gesellschaftern unter einem rechtlichen Dach zusammenführen.

Vor allem aber darf nicht aus dem Blick geraten, dass der evolutorische Stillstand nur die äußere Hülle der Gesellschaftsformen betraf. Innerhalb ihres rechtlichen Gehäuses haben sich dagegen zum Teil beträchtliche Veränderungen vollzogen. Als früher Markstein im GmbH-Recht verdient die verdeckte Einmanngründung mittels eines Strohmanns Erwähnung, die das RG schon im Jahre 1905 ausdrücklich zuließ.¹² Nicht minder große Breitenwirkung entfaltete die Anerkennung der GmbH & Co. KG durch das BayObLG im Jahre 1912¹³ und das RG

⁷ Historisch *Fränkel*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1915, S. 17 m. w. N.; rückblickend *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, 5. Aufl. 2024, Einl. Rn. 50 ff., 60 ff. (Befragung der Verkehrskreise durch das Preußische Handelsministerium).

⁸ Eingehend *Fleischer*, in: *Fleischer*, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2019, § 1 Rn. 91 ff., 130 ff. m. w. N.

⁹ Näher *Hadding*, in: FS Reichsjustizamt, 1977, S. 263, 274 ff. m. w. N.

¹⁰ Zum englischen Recht zeitlich weiter ausgreifend, aber sachlich auf die „company“ beschränkt, neuerdings *Watson*, *The Making of the Modern Company*, 2023.

¹¹ Allgemein dazu *Fögen*, *Rechtsgeschichte Rg 1* (2002), 14 Rn. 8: „Betrachtet man nun das soziale System Recht über einen kürzeren oder längeren geschichtlichen Zeitraum, so wird man – nicht anders als bei der Betrachtung von lebenden Systemen – Zeiten größerer ‚Ruhe‘ (stasis) und Zeiten größerer ‚Unruhe‘ ausmachen können.“

¹² Vgl. RG SeuffArch 60 (1905), 410 f.; fortgeführt in RGZ 68, 172, 174.

¹³ BayObLGZ 13 (1913), 69.

im Jahre 1922.¹⁴ Durch das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften von 1934¹⁵ und die politisch erwünschte Abkehr von anonymen Gesellschaftsformen¹⁶ gewann das Phänomen der kapitalistisch organisierten KG an praktischer Bedeutung.¹⁷ Seit Ende der 1960er Jahre vermehrte sich die Publikumspersonengesellschaft als steuerlich induziertes Geschöpf der Verlustzuweisungs- und Abschreibungsbranche.¹⁸

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich diesen Typendehnungen und Verfremdungen nicht frontal entgegengestellt, sondern es bei punktuellen Missbrauchskontrollen und flankierender Rechtsfortbildung belassen. Auch in der Rechtswissenschaft vermochte sich der Widerstand¹⁹ gegen den kautelarjuristischen Erfindungsreichtum nicht durchzusetzen. Der groß angelegte Entwurf, aus dem Institutionendenken und der Typengesetzlichkeit ungeschriebene Schranken der Gestaltungsfreiheit zu entwickeln, wurde Anfang der 1970er Jahre endgültig zurückgewiesen²⁰ und wäre ohnehin zu spät gekommen. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, sind Grundtypenvermischungen und sonstige atypische Gestaltungen daher nicht unzulässig, sondern geradezu umgekehrt ein Charakteristikum des deutschen Gesellschaftsrechts.²¹ Angesichts dessen erwies sich die Einführung neuer Gesellschaftsformen schlicht als überflüssig; die Elastizität der bestehenden Rechtsgebilde zusammen mit der Liberalität im Binnenrecht von Personengesellschaft (§ 109 HGB) und GmbH (§ 45 Abs. 1 GmbHG) genügte der unternehmerischen Praxis vollauf.

¹⁴ RGZ 105, 101.

¹⁵ RGBl. 1934, I, S. 571.

¹⁶ Vgl. die Amtliche Erläuterung abgedruckt in DJ 1934, 883 mit der Eingangsbemerkung: „Das Gesetz bezweckt in geeigneten Fällen die Abkehr von anonymen Gesellschaftsformen zu erleichtern und ihre Ersetzung durch Unternehmungen mit Eigenverantwortlichkeit des Inhabers zu fördern.“; dazu auch *Quassowski*, DJ 1934, 1628.

¹⁷ Zahlenmaterial bei *Steiner*, Die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft, 1950, S. 41 ff.; systematische Einordnung bei *Fleischer*, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2022, vor § 105 Rn. 188, 301.

¹⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1973, 1604: GmbH & Co. KG mit 500 Kommanditisten; systematische Einordnung bei *Fleischer* (Fn. 17), vor § 105 HGB Rn. 269 f.

¹⁹ Anschaulich zur „Rebellion des juristischen Formgefühls“ gegen die Grundtypenvermischung *Damler*, Konzern und Moderne, 2016, S. 135 ff. m. w. N., der von einem „Lehrstück über die Anmutungen eines juristischen Ästhetizismus“ spricht.

²⁰ Im Ergebnis übereinstimmend *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970.

²¹ Dazu bereits *Fleischer*, in: FS W. H. Roth, 2015, S. 125, 131: „Kennzeichnend für das Tableau der Gesellschaftsformen in Deutschland ist schließlich, dass sich Typenkombinationen und Grundtypenvermischungen großer Beliebtheit erfreuen.“

3. Der neue Zeitabschnitt der Rechtsformvarianten: 1985/1995–heute

Ein neuer Zeitabschnitt ist europaweit mit der Einführung supranationaler Gesellschaftsformen eingeläutet worden.²² Zuerst hat man im Jahre 1985 die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) aus der Taufe gehoben, zwei Jahrzehnte später die Europäische Aktiengesellschaft (SE) von 2004 und die Europäische Genossenschaft (SCE) von 2005.²³ Nationalen Ursprungs waren die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) von 1995 und die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) von 2013 sowie die Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (UG) von 2008 – allesamt auch von dem Bestreben getragen, den Gesellschaftern die beschränkte Haftung leichter zugänglich zu machen. Im Kapitalanlagerecht gesellten sich 2013 die Investmentaktiengesellschaft (InvAG) und die Investmentkommanditgesellschaft (InvKG) in Umsetzung der AIFM-Richtlinie als Vehikel für offene Investmentvermögen hinzu. Als jüngsten Neuankömmling hat das Zukunftsfinanzierungsgesetz die Börsenmantelaktiengesellschaft (BMAG) eingeführt, mit der Börsengänge von „Special Purpose Acquisition Companies“ auch hierzulande erleichtert werden sollen.²⁴

III. Tatsächliche Verbreitung und Verwendung der Gesellschaftsformen

Blickt man auf die tatsächliche Verbreitung und Verwendung der Gesellschaftsformen in Deutschland, so fallen drei Entwicklungslinien ins Auge, die man jeweils in griffigen „Von-zu“-Formeln zusammenfassen kann.

1. Von der unbeschränkten zur beschränkten Gesellschafterhaftung

Hinsichtlich der Rechtsformenwahl sind im zeitlichen Längsschnitt gewaltige Verschiebungen von Organisationsformen mit unbeschränkter zu jenen mit (teilweise) beschränkter Gesellschafterhaftung zu verzeichnen. Dies zeigt ein Vergleich aktueller Rechtstatsachen²⁵ mit den Daten der Reichs-Arbeitsstättenzäh-

²² Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 827, 828; für England die Beobachtung von *Gower/Davies/Worthington*, *Principles of Modern Company Law*, 10. Aufl. 2016, Rn. 1-47: „After a period of stability in the variety of legal forms on offer to those who wish to incorporate their businesses – before 2000 the last significant innovation had been the introduction of the private company at the beginning of the twentieth century – at least four significant new forms of incorporation have been made available in less than a decade: the limited liability partnership, the community interest company, the charitable incorporated organisation and the European Company (or *societas europaea*).“

²³ Zur Theorie und zum „Baustil“ der unionseigenen Rechtsgeschöpfe *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385.

²⁴ §§ 44 ff. BörsG; dazu etwa *Florstedt*, NZG 2024, 139; *Harnos*, AG 2023, 348 Rn. 33 ff.; *Joser*, ZIP 2023, 1006, 1007 f.

²⁵ Zahlenmaterial bei *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2022, 777, 778 ff.

lung von 1895, 1925 und 1939.²⁶ Danach stieg die Zahl der OHGs zwar zunächst von 55.239 (1895) auf 66.823 (1925) an, um sodann aber auf 60.624 (1939) und 22.819 (2022) zu sinken. Gegenläufig verlief die Entwicklung bei der KG: Sie wuchs von 1.117 (1895) über 6.790 (1925) und 13.957 (1939) auf über 291.714 (2022), darunter heute rund 90 Prozent GmbH & Co. KGs.²⁷ Die größten Ausschläge lassen sich bei der GmbH registrieren, die zunächst von 1.028 (1895) auf 38.294 (1925) stieg, sodann wegen der bereits erwähnten nationalsozialistischen Fundamentalkritik²⁸ auf 18.217 (1939) sank und inzwischen auf 1.264.195 emporschnellte, unter Einbeziehung der UG sogar auf 1.440.038 (jeweils 2022). Demgegenüber bewegten sich die Zahlen für die AG hierzulande stets in einem relativ engen Korridor und im Vergleich mit unseren Nachbarländern auf recht niedrigem Niveau: von 4.798 (1895) über 11.964 (1925) und 6.289 (1939) auf 13.615 (2022).

	1895	1925	1939	2022
OHG	55.239	66.823	60.624	22.819
KG	1.117	6.790	13.957	291.714
GmbH	1.028	38.294	18.217	1.440.038
AG	4.798	11.964	6.289	13.615

2. Vom Basisangebot zu Produktdifferenzierungen

Weiterhin kann man seit Jahrzehnten einen andauernden Prozess der Ausdifferenzierung und Variation gesellschaftsrechtlicher Grundformen beobachten. Begreift man Gesellschaftsformen als „Rechtsprodukte“²⁹, so liegt eine Anleihe beim betriebswirtschaftlichen Prozess der Produktinnovation und ihren verschiedenen Erscheinungsformen nahe. Von Produktvariation spricht man in der Marketingwissenschaft, wenn ein bereits am Markt eingeführtes Produkt in der einen oder anderen Hinsicht verändert wird, um neue Käuferschichten zu erschließen oder auf gewandelte Bedürfnisse zu reagieren.³⁰ Bleibt das bisherige Produkt weiter erhalten, ist von Produktdifferenzierung die Rede.

Dieses Phänomen zeigt sich besonders eindrücklich bei der Kommanditgesellschaft. Hier haben sich mit kautelarjuristischer Hilfe im Laufe der Zeit verschiedene Strukturtypen herausgebildet,³¹ angefangen von der kapitalistischen

²⁶ Zahlenmaterial bei Steiner (Fn. 17), S. 34.

²⁷ Vgl. Kornblum, GmbHR 2018, 669, 675.

²⁸ Fn. 16.

²⁹ Begriffsprägend Romano, 1 J.L. Econ. & Org. 225 (1985): „Law as a Product“; dies aufgreifend etwa Eidenmüller, JZ 2009, 641.

³⁰ Eingehend Meffert/Burmann/Kirchgeorg, Marketing, 13. Aufl. 2018, S. 457 ff.

³¹ Empirisch zuletzt Lieder/Hoffmann, NZG 2021, 1045: „Kleine Phänomenologie der Kommanditgesellschaft“.

KG³² über die moderne Publikums-KG bis hin zur großen generationenübergreifenden Familien-KG³³. Ein weiterer, spezieller Strukturtypus ist die GmbH & Co. KG.³⁴ Sie hat durch Vertragsmuster und Formularbücher heute einen Standardisierungsgrad erreicht, der die GmbH & Co. KG wie eine eigene Rechtsform erscheinen lässt.³⁵ Inzwischen kann man sie selbst in verschiedene Unterformen auffächern, die ihrerseits einen Standardisierungsprozess durchlaufen haben: die personengleiche GmbH & Co. KG, die Einpersonen-GmbH & Co. KG, die Einheits-GmbH & Co. KG oder die sternförmige GmbH & Co. KG.³⁶ Ähnliche Ausdifferenzierungen sind bei der GmbH anzutreffen, etwa in Gestalt der Einpersonen-GmbH, der gemeinnützigen GmbH oder der GmbH der öffentlichen Hand.³⁷

3. Vom historisch gewachsenen Zentrum zur neuerblühten Peripherie

Als dritter und jüngster Trend lässt sich eine Neuentdeckung bisher marginalisierter Gesellschaftsformen ausmachen. Zwar stellen GmbH, KG und AG noch immer das Gros der Unternehmensrechtsträger, doch kommen in bestimmten Nischen zunehmend andere Vehikel zum Einsatz. Hierzu zählt etwa die KGaA, von der es mittlerweile 378 gibt, namentlich in Gestalt der GmbH bzw. SE & Co. KGaA. Als maßgeschneidertes Rechtskleid ist sie vor allem bei börsennotierten Familiengesellschaften³⁸ und im professionellen Fußball³⁹ anzutreffen. Noch stärker wächst die Europäische Aktiengesellschaft (SE) mit inzwischen 801 Exemplaren. Die Zuwächse bei KGaA und SE bilden ein untrügliches Anzeichen dafür, dass die aktienrechtliche Satzungsstrenge einschließlich des zwingenden Mitbestimmungsrechts von einer signifikanten Gruppe von Marktteilnehmern weiterhin als Hemmschuh empfunden wird: Zur Erlangung größerer Gestaltungsfreiheit sind sie offenbar bereit, die komplizierteren Gestaltungsstrukturen von KGaA

³² Boesebeck, Die „kapitalistische“ Kommanditgesellschaft, 1938. Ernst Boesebeck war Rechtsanwalt und Notar in Frankfurt.

³³ Ulmer, ZIP 2010, 549.

³⁴ Aufarbeitung der historischen Entstehung und Verbreitung der GmbH & Co. KG bei Fleischer/Wansleben, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 27, 31 ff., 38 ff.

³⁵ Vorsichtig K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1623 f.: „Die Gestaltungspraxis macht heute von der GmbH & Co. KG Gebrauch wie von einer gesetzlichen Rechtsform. [...] Die Standardisierung von GmbH & Co.-Verträgen in Handbüchern macht aus der GmbH & Co. noch keine eigene Rechtsform.“; vermittelnd Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 73 Rn. 2: „faktisch eine zusätzliche Gesellschaftsform“; forscher Binz, GmbHHR 1987, 39: „eigenständige Rechtsform“; ferner Mertens, GmbHHR 1967, 45, 48: „Rechtsserscheinung sui generis“.

³⁶ Näher Fleischer (Fn. 7), § 1 GmbHG Rn. 24 ff.

³⁷ Vgl. Fleischer (Fn. 7), § 1 GmbHG Rn. 90 ff.

³⁸ Vgl. Fleischer/Maas, DB 2021, 51; monographisch Begemann, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familiengesellschaften, 2018.

³⁹ Vgl. Weber, GmbHHR 2013, 631; monographisch Feldmeier, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien unter der „50+1“-Regel, 2020.

und SE in Kauf zu nehmen. An praktischer Bedeutung gewinnen außerdem unternehmensverbundene Stiftungen, von denen es mittlerweile mehr als 300,⁴⁰ nach manchen Schätzungen sogar über 700⁴¹ gibt. Ihre wachsende Beliebtheit speist sich aus verschiedenen Quellen: Sie sorgen als Ankeraktionäre für eine langfristige Ausrichtung des Unternehmens, sind durch statutarische Festlegung eines besonderen Stiftungszwecks dem allgegenwärtigen Purpose-Gedanken verbunden und außerdem bestrebt, Gewinnerzielung und Gemeinwohlförderung miteinander zu verbinden.⁴² Abzuwarten bleibt, ob auch die Genossenschaften künftig noch mehr Aufmerksamkeit auf sich ziehen, auch und gerade als Rechtsträger für Sozialunternehmen.⁴³ Ihre beträchtliche Bedeutung mit über 7.000 Exemplaren, 23,5 Mio. Mitgliedern und 900.000 Mitarbeitern⁴⁴ steht jedenfalls im auffälligen Gegensatz zu ihrer stiefmütterlichen Behandlung in der gesellschaftsrechtlichen Literatur.⁴⁵

IV. Gesellschaftsformen und *numerus clausus*

Ein Streifzug durch die Gesellschaftsrechtslandschaft in Deutschland kommt nicht ohne einen Hinweis auf den *numerus clausus* aus, dessen Grundlagen in Rechtsprechung und Rechtslehre bisher bemerkenswert blass geblieben sind.⁴⁶

1. *Numerus clausus versus numerus apertus*

Ebenso wie in Österreich⁴⁷ und der Schweiz⁴⁸ bildet der *numerus clausus* auch in Deutschland ein strukturprägendes Organisationsprinzip des Gesellschaftsrechts.⁴⁹ Bildlich gesprochen erlaubt der Gesetzgeber keine Maßanzüge, sondern hält nur Konfektionsware bereit. Noch anschaulicher notiert eine prominente

⁴⁰ Vgl. *Block/Kormann/Fathollahi*, FUS 2023, 52.

⁴¹ Vgl. *Fleisch*, in: *Fleisch/Eulerich/Krimmer/Schlüter/Stolle*, Modell unternehmensverbundene Stiftung, 2016, S. 18, 19.

⁴² Näher *Fleischer*, ZIP 2022, 2045.

⁴³ Zu Genossenschaften als Vehikel der Nachhaltigkeit *Denga*, NZG 2022, 1179 mit dem Schlusssatz, 1185: „Die ‚Wiederentdeckung‘ und Stärkung der Rechtsform im Unternehmensleben ist deshalb wünschenswert.“

⁴⁴ Zahlenmaterial bei DGRV, Zahlen und Fakten der Genossenschaften in Deutschland, 2022, S. 4.

⁴⁵ Nicht eigenständig behandelt werden sie etwa in dem (vorzüglichen) Standardlehrbuch von *Windbichler* (Fn. 35).

⁴⁶ Eingehend nunmehr *Fleischer*, ZGR 2023, 261 ff.

⁴⁷ Vgl. *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 16; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 6.

⁴⁸ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 11 Rn. 2 ff.; eingehend *Forstmoser*, in: FS Nobel 2005, S. 77.

⁴⁹ Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 35), S. 96 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, S. 137 f.; *Windbichler* (Fn. 35), § 1 Rn. 5.

schweizerische Literaturstimme, dass eine privatrechtliche Organisation nicht in einem beliebigen Kostüm erscheinen könne: „Es gilt nicht das Fasnachts-, sondern das Opernballprinzip.“⁵⁰ Im Gegensatz zum Schuldvertragsrecht ist es den Parteien daher verwehrt, Innominatgesellschaften in Anlehnung an ausländische Muster oder sogar ohne historisches oder rechtsvergleichendes Vorbild zu formen.

Anders als landläufig angenommen kann der gesellschaftsrechtliche *numerus clausus* allerdings keine naturgesetzliche Zwangsläufigkeit für sich in Anspruch nehmen. Dies zeigt schon ein Seitenblick auf das benachbarte Liechtenstein. Um ausländisches Kapital in das damals verarmte Land zu locken, schuf der Gesetzgeber im Jahre 1926 eine Kodifikation mit einer weltweit konkurrenzlosen Anzahl an Rechtsformen.⁵¹ In den Materialien zum Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) hieß es dazu: „Der Entwurf zeichnet sich durch besondere Reichhaltigkeit der Formen aus und kommt damit dem in der Praxis oft geäußerten Gedanken entgegen, wonach der Gesetzgeber möglichst viel Formen dem wirtschaftenden Menschen zur Verfügung stellen soll.“⁵² In der Sache kannte das liechtensteinische PGR in seiner Ursprungsfassung keinen *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.⁵³ Ähnlich verhielt es sich in Spanien. Dort hatte der Código de Comercio von 1885 den Katalog der Gesellschaftsformen in Abkehr vom Ordnungsmuster des französischen Code de commerce unter Berufung auf die Vertragsfreiheit bewusst geöffnet.⁵⁴ Die notarielle Gestaltungspraxis nutzte den *numerus-apertus*-Grundsatz Ende des 19. Jahrhunderts zur Schaffung der spanischen GmbH, die erst im Jahre 1953 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde.⁵⁵ Schließlich

⁵⁰ *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 2 Rn. 33.

⁵¹ Vgl. *Marxer u. a.*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, 2021, § 5 Rn. 5: „Das Gesellschaftsrecht sollte die Grundlage dafür bilden, dass fremdes Kapital nach Liechtenstein gebracht wird.“; ausführlich *Merki*, Wirtschaftswunder Liechtenstein, 2007, S. 137 ff.; eingehend zu den Gründen und Hintergründen auch *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809 (Teil I), WM 2023, 1853 (Teil II); *Fleischer*, in: GS Mankowski, 2024, S. 891.

⁵² *Beck/Beck*, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 1925, S. 11.

⁵³ Vgl. *F. Marxer*, LJZ 2006, 56, 59; *Meier*, Die Liechtensteinische Privatrechtliche Anstalt, 1970, S. 51; *Schurr*, ZVglRWiss 111 (2012), 339, 342; abw. *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, 2018, S. 61.

⁵⁴ Näher *de la Gándara*, La atipicidad en derecho de sociedades, 1977, S. 281: „[...] el ordenamiento positivo español se decide por la libertad de invención de las formas mercantiles de sociedad.“; eingehend *Martínez-Rodríguez*, Business History Review 90 (2016), 227, 229: „The Spanish Commercial Code (1885) allowed *numerus apertus* for the legal form of enterprises. This means that Spaniards could import ideas from France and elsewhere.“, 234: „During the process of developing the 1885 code, the drafting committee included a modification concerning *libertad de contratación* (freedom of contracting): the abolition of the *numerus clausus* principle for the menu of organizational forms. This change – set out in the preamble and § 117 and § 122 – meant that the forms listed in the code were not the only ones allowed (by law).“

⁵⁵ Eingehend aufgearbeitet bei *Martínez-Rodríguez*, Business History Review 90 (2016), 227; *dies.*, in: Wells, Research Handbook on the History of Corporate and Company Law, 2018, S. 298.

gab es auch in Dänemark lange Zeit keinen *numerus clausus* der Rechtsformen.⁵⁶ Vielmehr konnten die Parteien in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit eine „Gesellschaftskonstruktion nach Wunsch“⁵⁷ gestalten. Für eine Haftungsbeschränkung bedurfte es allerdings einer Eintragung in das Unternehmensregister.

Nicht minder bemerkenswert ist allerdings, dass die drei genannten Rechtsordnungen, die früher von einem offenen Katalog der Gesellschaftsformen ausgingen, von diesem *numerus-aperus*-Prinzip später wieder abgerückt sind.⁵⁸ Dies beruhte teils auf einem geringen praktischen Interesse an Innominatgesellschaften, teils auf festgestellten Missbräuchen. Liechtenstein hat diesen Schritt im Rahmen seiner Gesellschaftsrechtsreform von 1980 vollzogen.⁵⁹ Seither bestimmt Art. 245 Abs. 2 PGR unmissverständlich: „Andere als durch das Gesetz vorgesehene privatrechtliche Verbandspersonen können nicht bestehen.“

Zur rechtsökonomischen Rationalisierung des gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* hilft ein Abgleich mit der schon weiter gediehenen Diskussion im Sachenrecht.⁶⁰ Ähnlich wie der geschlossene Katalog von Sachenrechten fördert die geschlossene Anzahl zulässiger Gesellschaftsformen die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs, indem sie durch Standardisierung die Systemkosten des Handelsregisters verringert und die Informationskosten aller Beteiligten senkt. Nachteile der Standardisierung unter dem Gesichtspunkt der Innovationsfähigkeit werden im Personengesellschafts- und GmbH-Recht durch die beträchtliche Gestaltungsfreiheit innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen abgemildert.⁶¹ Im Aktienrecht operiert man mit unablässigen Reformgesetzen, der vielzitierten „Aktienrechtsreform in Permanenz“⁶².

2. Erweiterungen und Verengungen des Rechtsformenangebots

Der Rechtsformenkanon ist nicht ein für alle Mal festgeschrieben, sondern im rechtspolitischen Prozess durchaus wandelbar. Dem Gesetzgeber obliegt insoweit

⁵⁶ Vgl. *Alsted/Friis Hansen*, in: Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, 2001, Kap. Dänemark Rn. 4: „Als Besonderheit des dänischen Gesellschaftsrechts ist zu erwähnen, dass es keinen Typenzwang der Gesellschaftsformen gibt. Eine erschöpfende Aufzählung ist daher nicht möglich.“

⁵⁷ Vgl. *Kusznier*, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht, 2003, S. 29: „Das dänische Gesellschaftsrecht ist durch den zivilrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie und den Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt. Insbesondere erlaubt es das dänische Recht, Unternehmen in einer Rechtsform zu gründen, die bisher nicht in der Rechtsordnung vertreten war.“

⁵⁸ Vgl. dazu im Einzelnen *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 275 ff. m. w. N.

⁵⁹ Vgl. *Schurr*, in: Laimer/Perathóner, Gesellschaftsrechtliche Nebenabreden in Europa, 2013, S. 217, 220: „Mit der Gesellschaftsrechtsreform von 1980 wurde der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen in Liechtenstein eingeführt [...]“; allgemein dazu *Gubser*, Grundriss der Liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980, 1980.

⁶⁰ Ausführlicher zu Folgendem *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 281 ff.

⁶¹ Vgl. oben II.2.

⁶² *Zöllner*, AG 1994, 336.

eine Beobachtungs- und Anpassungsverantwortung, um eine Unter-, aber auch eine Überversorgung mit Gesellschaftsformen zu verhindern.⁶³

Von Erweiterungen des Rechtsformenangebots durch den Gesetzgeber war bereits die Rede.⁶⁴ Zudem kann die höchstrichterliche Spruchpraxis den verfügbaren Pool im Wege der Rechtsfortbildung vorsichtig ausdehnen.⁶⁵ Ein Beispiel bildet die Vorgesellschaft als eine „Organisationsform sui generis“⁶⁶. In einem weiteren Sinne gehört auch die GmbH & Co. KG hierher, die zwar streng genommen keine eigene Rechtsform darstellt, aber faktisch wie eine solche wirkt.⁶⁷ Ähnlich verhält es sich mit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA.⁶⁸

Eine zusätzliche Aufweichung des *numerus clausus* hat seit der Jahrtausendwende durch die Hintertür des Internationalen Gesellschaftsrechts stattgefunden. Nach der Centros-Rechtsprechung des EuGH⁶⁹ sah sich der BGH im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit veranlasst, von der altehrwürdigen Sitztheorie mitsamt ihrer Nichtanerkennung von Auslandsgesellschaften in Deutschland⁷⁰ zur Gründungstheorie überzugehen.⁷¹ Diese gilt seither nicht nur für Gesellschaften aus EU-Staaten, sondern auch für EWR-Auslandsgesellschaften sowie für Gesellschaften aus anderen Staaten auf der Grundlage völkerrechtlichen Gesellschaftskollisionsrechts.⁷² Formal wird der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen in Deutschland dadurch zwar nicht angetastet, weil die zuziehenden Gesellschaften „als solche“, d. h. als Gesellschaften ausländischen Rechts, anerkannt werden.⁷³ Faktisch hat sich die Wahlfreiheit der Gesellschaftsgründer allerdings

⁶³ Gleichsinnig in größerem Zusammenhang *Kern*, Typizität als Strukturmerkmal des Privatrechts, 2013, S. 517: „Vor allem unter der Geltung des Typenzwangs ist die Innovationsfähigkeit zum einen durch einen aufmerksamen Gesetzgeber sicherzustellen, der – unterstützt von Rechtsprechung und Literatur – abgestorbene ebenso wie neue Bedürfnisse erkennt und den Kreis verfügbarer Typen entsprechend anpasst, ohne dabei in Aktionismus zu verfallen.“

⁶⁴ Vgl. oben II. 3.

⁶⁵ Vgl. *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 680; *K. Schmidt* (Fn. 35), S. 97.

⁶⁶ BGHZ 169, 70 Rn. 10; grundlegend BGHZ 21, 242 Leitsatz: „Die im Werden begriffene GmbH ist keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im GmbHG oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht.“

⁶⁷ Dazu der Text zu und die Nachweise in Fn. 35.

⁶⁸ Grundlegend BGHZ 134, 392; zum 25-jährigen Jubiläum dieser Entscheidung *Otte*, BB 2022, 461.

⁶⁹ EuGH, Slg. 1999-I-1459.

⁷⁰ Dazu etwa *Weller*, in: *MüKoGmbHG*, 5. Aufl. 2024, Einl. Rn. 346: „Aufgrund des nach deutschem Gesellschaftsstatut geltenden *numerus clausus* der Gesellschaftsformen werden ausländische Gesellschaften, auf die das deutsche Sachrecht infolge der Sitztheorie zur Anwendung berufen ist, im Inland nicht anerkannt.“

⁷¹ Vgl. BGHZ 154, 185.

⁷² Näher *Weller* (Fn. 70), Einl. Rn. 360 ff.

⁷³ Vgl. EuGH NJW 2002, 3614 – Überseering; aufgenommen von BGHZ 154, 185, 189: „Denn die Kl. hat nicht als Personengesellschaft ihre Rechte geltend gemacht und geklagt, sondern als niederländische BV. Sie hat damit von ihrer durch den EG-Vertrag garantierten

beträchtlich erweitert: Diese können zwar nach wie vor keine privatrechtliche Anstalt im Gewande des deutschen Rechts kreieren, wohl aber aufgrund des EWR-Vertrags unmittelbar auf das liechtensteinische Original rekurrieren.⁷⁴

Gegenläufig zur Aufnahme neuer Verbandsformen kann der Gesetzgeber auch alte, überholte Rechtsformen wieder abschaffen.⁷⁵ Manche von ihnen sind schon vor langer Zeit ausgestorben und in Vergessenheit geraten, wie die sog. Pfännerschaft, in der sich Personen zur Ausbeutung einer Salzquelle zusammengeschlossen hatten.⁷⁶ Andere hat man später ungeachtet ihrer großen Tradition aus dem Katalog der Gesellschaftsformen gestrichen. Hierauf ist noch gesondert einzugehen.⁷⁷

V. Regelungstechniken für neue Gesellschaftsformen und sonstige Rahmungen

Sofern man weiteren Ergänzungsbedarf für das hiesige Rechtsformtableau bejaht, stehen hierfür drei gesetzliche Regelungstechniken zur Verfügung, ergänzt um die Möglichkeit einer privaten Zertifizierung.

1. Gänzlich neue Rechtsform

Der größte, aber auch aufwändigste Reformschritt besteht in der Schaffung einer gänzlich neuen Rechtsform. Ihn hat der deutsche Gesellschaftsrechts-Gesetzgeber nicht mehr unternommen, seit er die GmbH im Jahre 1892 „gewissermaßen am grünen Tisch“⁷⁸ als eine „Kunstschöpfung ohne historisches oder rechtsvergleichendes Vorbild“⁷⁹ erschuf. Bei Lichte besehen bilden auch die supranationalen Gesellschaften keine echten Neukreationen, weil ihre jeweiligen Verordnungen bzw. Ausführungsgesetze breitflächig auf das nationale OHG- (§ 1 EWIV-AG), Aktien- (Art. 9 lit. c ii SE-VO) oder Genossenschaftsrecht (Art. 8 lit. c ii SCE-VO) verweisen. Sie ähneln daher der Spitze eines Eisbergs, dessen größter Teil im Meer der nationalen Basisformen verborgen bleibt.⁸⁰

Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht. Das zwingt dazu, die Rechtsfähigkeit der Kl. als niederländische BV zu achten.“

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2005, 3351: liechtensteinische AG.

⁷⁵ Vgl. Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 680; K. Schmidt (Fn. 35), S. 97.

⁷⁶ Vgl. Müller-Erbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916, S. 231 f.

⁷⁷ Näher unter VII.

⁷⁸ Neukamp, Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung 8 (1899), 337, 338.

⁷⁹ Fleischer (Fn. 7), Einl. Rn. 50; ähnlich Rittner, ZSR 161 (1982), 171, 182: „Retortenkind des Jahrgangs 1892“.

⁸⁰ In diesem Sinne schon früh zum Projekt einer Europäischen Aktiengesellschaft Storme, CMLR 1967/68, 265, 275: „like the top of an iceberg whose greater part is submerged in an ocean of municipal law and social and economic welfare“.

Eine vollständige Rechtsformneuschöpfung strebt neuerdings aber die Stiftung Verantwortungseigentum mit ihrem Projekt einer „Gesellschaft mit gebundenem Vermögen“ (GmgV) an. Nachdem die beiden Gesetzesentwürfe einer unabhängigen Expertengruppe vom Juni 2020 und vom Februar 2021 noch als Rechtsformvarianten der GmbH konzipiert waren,⁸¹ sieht ein Eckpunktepapier der Stiftung vom März 2023 diesen Weg „als nicht [mehr] praktikabel“ an.⁸² Stattdessen soll nunmehr eine eigenständige Rechtsform ausgearbeitet werden, weil „keine der existierenden Rechtsformen den Bedarfen der unternehmerischen Praxis nach einer unbürokratischen, finanziell wie personell tragbaren sowie rechtssicheren Ausgestaltung der genannten Eckpunkte gerecht“⁸³ werde. Dies erläutert das Eckpunktepapier sodann im Einzelnen in Abgrenzung zu Stiftung, Genossenschaft und gGmbH.⁸⁴

In Österreich hat die Rechtspolitik im Jahre 2020 die Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform für Start-ups und innovative Unternehmen angekündigt,⁸⁵ die werbewirksam als „Austrian Limited“ vermarktet werden soll und zu der zwei Anwaltssozietäten inzwischen ein Regelungskonzept erarbeitet haben.⁸⁶ Die Vorzugswürdigkeit einer gänzlich neuen Rechtsform gegenüber einer Reform von GmbH und AG wird mit der Summe der vorgeschlagenen Neuregelungen und der angestrebten Signalwirkung für den Standort begründet.⁸⁷ Ebenso wie in Polen⁸⁸ und Griechenland⁸⁹ will man sich vom Muff der Traditionsrechtsformen weitestmöglich distanzieren⁹⁰ – eine Regelungsstrategie, die in der österreichischen Ge-

⁸¹ Vgl. *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen; teilweise abgedruckt in *GmbH* 2021, 285; dazu auch *Obernosterer*, *GmbH* 2023, 434 Rn. 10 ff.

⁸² Stiftung Verantwortungseigentum, Eckpunktepapier vom 1.3.2023, S. 1; dazu auch FAZ vom 14.3.2023: „Unternehmen ohne Dividende“; siehe nunmehr *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Neitzel/Teichmann*, Gesetz zur Einführung einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen. Akademischer Entwurf, 2024.

⁸³ Stiftung Verantwortungseigentum (Fn. 82), S. 8.

⁸⁴ Vgl. Stiftung Verantwortungseigentum (Fn. 82), S. 8 f.

⁸⁵ Für eine Einordnung *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler, Reform des Gesellschaftsrechts, 2022, S. 1 ff. m. w. N.

⁸⁶ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited. Eine Startup-freundliche neue Rechtsform, 2021.

⁸⁷ So *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 86), S. 3, 23 ff.

⁸⁸ Zur polnischen PSA *Mazgaj/Mucha*, European Company Law 17 (2020), 46; *Weber*, in: Fleischer, Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 2024, S. 625 ff.

⁸⁹ Zur griechischen IKE *Perakis*, in: FS Baums, 2017, Bd. II, S. 903; *Vervessos*, in: Fleischer (Fn. 88), S. 539 ff.

⁹⁰ Allgemein zu diesem Pro-Argument, dem freilich auch gewichtige Contra-Argumente gegenüberstehen, *Fleischer*, NZG 2022, 827, 830: „Dies hat den Vorteil, dass man den Ballast der alten Rechtsform(en) abwerfen und deren beschädigte Reputation hinter sich lassen kann.“

sellschaftsrechtswissenschaft aber auf wenig Gegenliebe stößt.⁹¹ Diese gänzlich neue Rechtsform ist am 1.1.2004 unter der Bezeichnung „Flexible Kapitalgesellschaft“ in Kraft getreten.⁹²

2. Rechtsformvariante

Als „kleine Lösung“ kommt eine Rechtsformvariante in Betracht, die auf dem Fundament einer etablierten Grundform aufbaut und ihr einige Sonderregeln hinzufügt.⁹³ Sie war hierzulande in jüngerer Zeit für den Reformgesetzgeber stets das Mittel der Wahl: Ausweislich der Gesetzesmaterialien gehören sowohl UG (§ 5a GmbHG)⁹⁴ als auch PartG und PartG mbB (§ 1 Abs. 4 PartGG)⁹⁵ in diese Reihe, nach h. M. auch die Investmentaktiengesellschaft (§ 108 Abs. 2 KAGB) und die Investmentkommanditgesellschaft (§ 124 Abs. 1 Satz 2 KAGB).⁹⁶ Ebenso verhält es sich mit der avisierten Börsenmantelaktiengesellschaft, die im Referentenentwurf terminologisch allerdings als „Sonderrechtsform“⁹⁷ bezeichnet wird.

Der Charme einer Rechtsformvariante liegt sowohl in ihrer Regelungsökonomie für den Gesetzgeber als auch in Vorteilen für den Rechtsverkehr: Dieser hat geringere Lernkosten und kann weiterhin auf den gesammelten Erfahrungsschatz an Gerichtsentscheidungen und Vertragsformularen zurückgreifen.⁹⁸

Im konkreten Fall kann die Abgrenzung zwischen eigenständiger Rechtsform und bloßer Rechtsformvariante zuweilen Schwierigkeiten bereiten.⁹⁹ Praktische Relevanz hat sie auf nationaler Ebene für das einschlägige Normenprogramm,¹⁰⁰ auf Unionsebene für die Anwendbarkeit einzelner Richtlinien. In Frankreich spielte dies im Vorfeld bei der Konzeption der *société par actions simplifiée* eine

⁹¹ Vgl. *Drobnik*, in: Kalss/Torggler (Fn. 85), S. 43: „Ulrich Torggler eröffnete die Diskussion zu den Referaten von Sonja Bydlinski und Chris Thomale und merkte an, dass unter den Professorinnen und Professoren weitgehender Konsens darüber herrsche, dass eigentlich kein Bedarf nach einer neuen Kapitalgesellschaftsform besteht – eine gute GmbH und eine gute AG sei alles, was man brauche.“; ferner *Thomale*, ebenda, S. 9, 28 ff.

⁹² Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz, BGBl. I 2023, 179; dazu etwa *Artmann*, ZGR 2024, 482; *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 184.

⁹³ Grundlegend für Deutschland *Lieder*, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 503, 514 ff.

⁹⁴ Vgl. BegrRegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 32; dazu auch OLG Nürnberg NZG 2014, 422.

⁹⁵ Vgl. BegrRegE PartGG mbB, BT-Drucks. 17/10487, S. 13, 17, 18.

⁹⁶ Vgl. BegrRegE AIFM-UmsG, BT-Drucks. 17/12294, S. 241, 247, 249.

⁹⁷ Vgl. BMF, RefE eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes vom 12.4.2023, S. 88; kritisch dazu *Harnos*, AG 2023, 348 Rn. 34 mit Fn. 164.

⁹⁸ Vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 1081, 1089 m. w. N.

⁹⁹ Vgl. für die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen zuletzt *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 10 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *Lieder* (Fn. 93), S. 503, 526: „Für die Grundform geltende Rechtsvorschriften und Grundsätze finden auf die Rechtsformvariante Anwendung, soweit keine Sonderregeln entgegenstehen.“

gewisse Rolle,¹⁰¹ in Deutschland neuerdings im Zusammenhang mit der Frage, ob die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als „GmbH“ im Sinne von Anhang II der Gesellschaftsrechts-Richtlinie einzuordnen ist, mit der Folge, dass die Absicherung der Vermögensbindung durch eine Umwandlungssperre unionsrechtswidrig wäre.¹⁰²

3. Gesetzlicher Status

Quer zu diesen beiden Regelungstechniken steht eine dritte, die man international wahlweise als „legal status“¹⁰³, „legal qualification“¹⁰⁴ oder „legal certification“¹⁰⁵ und hierzulande vielleicht am besten als gesetzlichen Status bezeichnet. Hier hält der Gesetzgeber bestimmte Sonderregeln bereit, die transversal mehreren oder allen Gesellschaftsformen als Regelungsoption zur Verfügung stehen. Soweit ersichtlich, ist dieser Ansatz erstmals in Finnland durch ein Gesetz von 2003 über arbeitsintegrative Sozialunternehmen verwendet worden.¹⁰⁶ Ein bekannteres Beispiel bildet die italienische *società benefit* von 2016, die anders als die US-amerikanische Benefit Corporation gerade keine Rechtsformvariante bildet,¹⁰⁷ sondern mit ihrer dualen Zwecksetzung allen Personen- und Kapitalgesellschaften sowie der Genossenschaft zur Verfügung steht. Ähnliches gilt für die französische *société à mission* von 2019 – einen Status, den alle Handelsgesellschaften erwerben können.¹⁰⁸ Seit 2017 gibt es außerdem die luxemburgische *société d'impact sociétal* als gesetzlichen Status für AG, GmbH und Genossenschaft¹⁰⁹ und seit 2022 die spanischen *sociedades de beneficios e interès comun* für AG und GmbH¹¹⁰, die allerdings noch näherer Ausformung durch eine Verord-

¹⁰¹ Vgl. *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani, La Société par Actions Simplifiée (SAS), 2016, S. 37, 44.

¹⁰² Vgl. *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 23 ff.; ferner *Behme*, ZRP 2023, 37, 39: „Will der deutsche Gesetzgeber den Konflikt mit der GesRL vermeiden, dürfte es sich empfehlen, die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigenständige Rechtsform außerhalb des GmbHG auszugestalten.“

¹⁰³ *Liptrap*, J. Corp. L. Stud. 20 (2020), 495, 496 mit Fn. 1; OECD, Policy Guide on Legal Frameworks for the Social and Solidarity Economy, 2023, S. 45 ff.

¹⁰⁴ *Fici*, in: Peters/Vargas Vasserot/Alcalde Silva, The International Handbook on Social Enterprise Law, 2023, S. 153, 165 ff.

¹⁰⁵ *Liao/Tawfik/Teichreb*, (2019) 36 Windsor Y. B. Access Just. 84, 97 ff.

¹⁰⁶ Gesetz Nr. 1351/2003 vom 31.12.2003; näher dazu *Kostilainen/Houtbeckers/Pättiniemi*, in: Defourny/Nyssens, Social Enterprise in Western Europe, 2021, S. 52, 55 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Cian*, in: Cian, Diritto delle società, 2020, S. 50: „non un nuovo tipo societario“.

¹⁰⁸ Vgl. *Guerini*, in: Rapport Lescure et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 127: „[Ce] statut se cumulera avec les statuts existants: société anonyme à mission; société par actions simplifiée (SAS) à mission; société à responsabilité limitée (SARL) à mission; entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) à mission. Il ne s'agit pas de créer un statut d'entreprise supplémentaire.“; rechtsvergleichend *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525.

¹⁰⁹ Loi vom 12.12.2016.

¹¹⁰ Ley no. 18/2022 vom 28.9.2022.

nung harren. In Deutschland kann man, wenn auch unter einem etwas anderen Blickwinkel, die Gesellschaften mit steuerlichem Gemeinnützigkeitsstatus in diese Rubrik einordnen, die als gGmbH (§ 4 GmbHG), gUG¹¹¹, gAG¹¹² und nach vordringender Auffassung als geG¹¹³ zulässig sind, nicht aber als gemeinnützige Personengesellschaften.¹¹⁴

Der wesentliche Vorzug eines gesetzlichen Status besteht in seinem ganzheitlichen und rechtsformübergreifenden Ansatz: Er steht allen Gesellschaftsformen gleichermaßen oder jedenfalls mehreren von ihnen offen.¹¹⁵ Die Gesellschafter können infolgedessen jene Rechtsform wählen, die ihnen für ihre Zwecke am geeignetsten erscheint.¹¹⁶ Dies macht einen vorherigen Rechtsformwechsel entbehrlich und lässt auch die Notwendigkeit weiterer Umwandlungsvorgänge entfallen, sofern die Statusvoraussetzungen später nicht mehr erfüllt werden.¹¹⁷

4. Private Zertifizierung

Schließlich ist noch an die Möglichkeit einer privaten Zertifizierung zu denken. Sie gewinnt international vor allem im Nachhaltigkeitsbereich an Bedeutung: Statt „guter Produkte“ werden „gute (Kapital-)Gesellschaften“ zertifiziert.¹¹⁸ Als Prototyp gilt die Certified B Corporation, kurz: B Corp, ein privates Gütesiegel der gemeinnützigen Organisation B Lab mit Hauptsitz in Pennsylvania.¹¹⁹ Dieses Siegel wird nach erfolgreichem Durchlaufen eines standardisierten privaten Zertifizierungsverfahrens (B Impact Assessment) verliehen und darf nicht mit der Benefit Corporation als gesetzlicher Organisationsform verwechselt werden, auch wenn hinter beiden dieselben Ideengeber stehen.¹²⁰ Heute ist B Corp ein weltweit etabliertes Gütesiegel mit über 5.000 zertifizierten B Corporations in mehr als 70 Ländern und über 150 verschiedenen Branchen.¹²¹ Für Deutschland weist das B Corp Directory inzwischen gut 50 Einträge aus zwölf verschiedenen Wirtschaftssektoren aus. Daneben können interessierte Gesellschaften auch auf heimische Zertifizierungsmechanismen zurückgreifen: So bietet der TÜV Rheinland das

¹¹¹ BGH NZG 2020, 781.

¹¹² Vgl. *Rozwora*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft als Akteurin der Zivilgesellschaft, 2021.

¹¹³ Vgl. *Oldemeier/Seeck*, npoR 2023, 16.

¹¹⁴ Vgl. *Orth*, DStR 2022, 864; für Änderungen de lege ferenda *Wedemann*, NZG 2016, 645.

¹¹⁵ Vgl. *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1531; *Sørensen/Neville*, EBOR 2014, 267, 281.

¹¹⁶ Eindringlich *Fici*, A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise, 2017, S. 21.

¹¹⁷ Vgl. *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1531; *Sørensen/Neville*, EBOR 2014, 267, 277 f.

¹¹⁸ Grundlegend der Sammelband von *Burgi/Möslein*, Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften, 2021.

¹¹⁹ Monographisch *Marquis*, Better Business. How the B Corp Movement is Remaking Capitalism, 2020.

¹²⁰ Näher *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 3 ff. m. w. N.

¹²¹ Näher <<https://www.bcorporation.de>> (1.11.2024).

Siegel „Nachhaltige Unternehmensführung“ an¹²² und für gemeinnützige Unternehmen gibt es das „PHINEO Wirkt!“-Siegel¹²³.

Ein Vorteil privater Zertifizierungen liegt darin, dass sie ausschließlich auf Marktkräfte setzen und keinerlei gesetzgeberischer Unterstützung bedürfen.¹²⁴ Zudem könnte ein Wettbewerb zwischen konkurrierenden Zertifizierern die Suche nach passgenauen Zertifizierungskriterien und effektiven privatautonomen Kontrollmechanismen erleichtern.¹²⁵

VI. Rechtsvergleichende Muster für neue Gesellschaftsformen

Für die Zukunft lautet eine reizvolle Frage, ob es im deutschen Recht noch Raum für neue Organisationsformen gibt. Sie soll hier im Wege eines Brainstormings angegangen werden. Als Inspirationsquelle dienen ausländische Rechtsformen, für die es in Deutschland (noch) keine Entsprechung gibt.¹²⁶ Im Vordergrund steht das Sammeln von Ideen; Bewertung und Kritik bleiben künftigen Veröffentlichungen vorbehalten. Wo es bereits entsprechende Vorschläge für einen Rechtsimport nach Deutschland gibt, wird dies aber kurz vermerkt.

1. Deutsche LLP und bürgerlichrechtliche KG

Im Personengesellschaftsrecht hat eine prominente Stimme seit zwei Jahrzehnten unablässig für eine deutsche LLP geworben.¹²⁷ Variierend plädiert eine andere Stimme für eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung: Deren Mehrwert gegenüber dem gesellschaftsrechtlichen *Status quo* bestehe darin, dass sie passgenau auf die Bedürfnisse inhabergeführter Unternehmen mit wenigen Teilhabern zugeschnitten wäre und insbesondere Unternehmensgründern einen niedrigschwelligen und kostengünstigen Zugang zu einem haftungsbeschränkten Unternehmensträger eröffnen würde.¹²⁸ Mit ähnlicher Stoßrichtung schlagen österreichische Autoren neuerdings eine KG mbH statt der GmbH & Co. KG vor, die ineffizient sei, weil sie zur Gründung und Erhaltung von zwei Rechtsträgern sowie zu komplizierten Vertragsgestaltungen nötige, um ein einziges Unterneh-

¹²² <<https://www.tuv.com/Germany/de/znu-standard.html>> (1.11.2024).

¹²³ <<https://www.phineo.org/wirkt-siegel>> (1.11.2024).

¹²⁴ Dazu *Spindler*, in: Peters/Vargas Vasserot/Alcalde Silva (Fn. 104), S. 585, 595 mit der Schlussfolgerung: „There is no need to introduce a specific benefit corporation form as long as certification mechanisms are in force and have a significant impact on the market.“

¹²⁵ Vgl. *Möslein*, in: Burgi/Möslein (Fn. 118), S. 3, 11.

¹²⁶ Viele von ihnen werden erschlossen in *Fleischer*, Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 2024.

¹²⁷ Vgl. *Henssler*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 907, 927 ff.; *ders.*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, 2017, O 53, O 60 ff.; *ders.*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 449, 453 ff.; ferner *Otte-Gräbener*, in: FS Seibert, 2019, S. 613, 621 ff.

¹²⁸ So *Röder*, ZHR 184 (2020), 457.

men zu betreiben.¹²⁹ Dieser Vorschlag scheint sich freilich vorerst ebenso wenig zu realisieren wie ein ähnlicher Vorstoß in der Schweiz für eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung¹³⁰ und frühere Vorschläge hierzulande für eine Handelsgesellschaft auf Einlagen¹³¹. Der Reformgesetzgeber des MoPeG hat diese und weitere Vorschläge vor allem aus rechtspolitischen Opportunitätsabwägungen mit Stillschweigen abgewiesen.¹³²

Eine zweite Leerstelle im personengesellschaftsrechtlichen Rechtsformentabellau betrifft die fehlende Möglichkeit einer Kombination unbeschränkt und beschränkt haftender Gesellschafter in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, also einer Art ziviler oder bürgerlichrechtlicher KG.¹³³ Ein rechtsvergleichendes Vorbild hierfür bietet die Regelung zur *società semplice* in Art. 2267 Abs. 1 des italienischen Codice civile.¹³⁴ Der Einwand, mit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) stehe bereits eine kostengünstige Rechtsformvariante zur Verfügung,¹³⁵ verkennt, dass es aus Nachfragersicht um nutzenmehrere Auswahlmöglichkeiten zwischen haftungsbeschränkten Kapital- und Personengesellschaften geht.¹³⁶

2. Deutsche Benefit Corporation und Sozialgenossenschaft

Auf dem Wachstumsfeld der Sozialunternehmen hat man hierzulande kürzlich einen „Mangel an ethischen Gesellschaftsformen“¹³⁷ diagnostiziert. Will man ihn beheben, könnte man einmal an eine deutsche Version der US-amerikanischen

¹²⁹ Torggler, in: Kalss/Torggler (Fn. 85), S. 49; Schütt/Torggler, RdW 2021, 164.

¹³⁰ Böckli, in: FS Nobel, 2005, S. 18; Herren-Senn, SZW 2008, 269.

¹³¹ Vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform, Handelsgesellschaft auf Einlagen: eine Alternative zur GmbH & Co. KG, 1971; zuletzt auch der Vorschlag einer vollständig haftungsbeschränkten Personengesellschaft (KG mbH) von Jacobsen, DStR 2020, 1259.

¹³² Dazu aus der Binnensicht des BMJ Schollmeyer, in: ZGR-Sonderheft 23, 2021, S. 29, 34: „Zum anderen ist für das Gesetzgebungsvorhaben folgendes zu bedenken: Mit einer haftungsbeschränkten Personengesellschaft wäre für manche Unternehmen die Aussicht verbunden, sich ihrer nach § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmten Komplementärinnen kurzerhand entledigen zu können. Dies würde sicherlich Gegenstand einer intensiven politischen Diskussion werden. Ihr Ergebnis und damit der Erfolg des ganzen Modernisierungsvorhabens wären ungewiss.“

¹³³ Dazu bereits Fleischer/Agstner, RabelsZ 81 (2017), 299, 328 ff.; für die Option einer summenmäßig begrenzten Haftung nach dem KG-Modell auch Beuthien, NZG 2011, 481, 488; Hanau/Ann, in: FS Westermann, 2008, S. 955, 965 ff.

¹³⁴ Vgl. Fleischer, RabelsZ 81 (2017), 299, 337 mit dem Zusatz: „Hierfür kann auch in Deutschland ein praktisches Bedürfnis bestehen, ohne dass man eine kleingewerbliche GbR oder eine Vermögensverwaltungsgesellschaft stets auf die Eintragungsoption nach § 105 II HGB verweisen müsste.“

¹³⁵ So BMJV, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, 2020, Begründung, S. 116; s. auch BegrRegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 165.

¹³⁶ Vgl. Fleischer, in: ZGR-Sonderheft 23, 2021, S. 1, 6 f.

¹³⁷ Windbichler, in: FS Singer, 2021, S. 731; allgemeiner auch Mittwoch, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2022, S. 260 ff.

Benefit Corporation von 2010¹³⁸ denken.¹³⁹ Ihr gesellschaftsrechtliches Proprium bestünde in einer gesetzlich vorgegebenen dualen Zwecksetzung („Profit & Purpose“) mit zwingenden Berichtspflichten und zusätzlichen Durchsetzungsmechanismen, die man bei GmbH und AG zwar privatautonom nachbilden, aber nicht mit derselben Verbindlichkeit ausstatten könnte.¹⁴⁰ Statt als Rechtsformvariante könnte eine deutsche Benefit Corporation nach italienischen und französischem Vorbild freilich auch als gesetzlicher Status konzipiert werden.

Zum anderen mag man eine deutsche Sozialgenossenschaft mit einem Vorrang der sozialen Mission, weitreichenden Ausschüttungsbeschränkungen und gleichberechtigter Mitwirkung aller Mitglieder in Erwägung ziehen,¹⁴¹ wie sie nach dem Vorbild der italienischen *cooperativa sociale* von 1991¹⁴² in Frankreich, Portugal, Spanien und zahlreichen anderen Rechtsordnungen eingeführt wurde.¹⁴³ Ihr rechtlicher Mehrwert läge darin, dass sie sich nicht in der Mitgliederförderung erschöpft, sondern auch die Verfolgung mitgliederunabhängiger, gesellschaftlicher Zwecke erlaubt, die bisher nicht von § 1 GenG gedeckt ist.¹⁴⁴

3. Deutscher Business Trust und Treuunternehmen

Im Umkreis der Stiftungsunternehmen und Stiftungsersatzformen fällt rechtsvergleichend der US-amerikanische Business Trust ins Auge, der im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert unter der Bezeichnung „Massachusetts trust“ der *corporation* scharfe Konkurrenz machte¹⁴⁵ und auch hierzulande Beachtung fand.¹⁴⁶ Der Delaware-Gesetzgeber hat ihn im Jahre 1988 kodifiziert, um allfällige Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.¹⁴⁷

Alternativ mag man an einen Rechtsimport des liechtensteinischen Treuunternehmens denken, das dort im Jahre 1928 nach dem Vorbild des Massachusetts Business Trust eingeführt wurde.¹⁴⁸ Es kann als Treuunternehmen ohne Rechts-

¹³⁸ Zu ihr zuletzt *Fleischer*, AG 2023, 1 m. w. N.

¹³⁹ Vgl. *Momberger*, Social Entrepreneurship, 2015, S. 312 ff.; ablehnend *Habersack*, AcP 220 (2020), 594, 646 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 47.

¹⁴¹ Dafür *Momberger* (Fn. 139), S. 307 ff.

¹⁴² Legge no. 381/1991; zur raschen Akzeptanz *Thomas*, *Voluntas* 15(3) (2004), 243; rechtsvergleichend *Kiesswetter*, *Genossenschaften Made in Italy – Ein Erfolgsbericht*, 2018, S. 73 ff., 86 ff.

¹⁴³ Vgl. *Cáceres*, in: *Peter/Vargas Vasserot/Alcalde Silva* (Fn. 104), S. 173 ff.

¹⁴⁴ Vgl. *Beuthien* (Fn. 6), Einl. Rn. 2: „Sie [= deutsche Genossenschaften] verfolgen also (anders als insbes. die frz. *économie sociale*) keine gemeinwirtschaftlichen Ziele, gemeinnütziges Wirken darf ihnen nur Nebenzweck sein.“; eingehend *Momberger* (Fn. 139), S. 79 f., 308 f.

¹⁴⁵ Vgl. *Morley*, 116 *Colum. L. Rev.* 2145 (2016).

¹⁴⁶ Vgl. *Goldschmidt*, *Investment Trusts in Deutschland*, 1932; *Heymann*, in: *FS Brunner*, 1910, S. 473.

¹⁴⁷ Eingehend und rechtsvergleichend *Stemberg*, in: *Fleischer* (Fn. 126), S. 77 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Marxer u. a.* (Fn. 51), Rn. 11.1; *Schopper/Walch*, *Trusts, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein*, 2023, Rn. 1278; rechtsvergleichend *Fleischer/Götz/Stemberg*, *WM* 2023, 1808, 1817 ff.

persönlichkeit (eigentliche Geschäftstreuhand) oder – praktisch relevanter – als juristische Person (uneigentliche Geschäftstreuhand) ausgestaltet sein (Art. 932a § 1 PGR). Im zweiten Fall handelt es sich um eine Verbandsperson mit Parallelen zu AG oder GmbH, allerdings mit der Besonderheit, dass auf sie trustrechtliche Regelungen anwendbar sind.¹⁴⁹ Ihre möglichen Anwendungsfelder liegen im Betrieb eines Unternehmens oder im Bereich der langfristigen Vermögensplanung für Familien.¹⁵⁰ Vom Treuunternehmen zu unterscheiden ist der Trust (die Treuhänderschaft), den Liechtenstein als erstes kontinentaleuropäisches Land im PGR geregelt hat¹⁵¹ und der keine juristische Person ist. Er kommt in der Praxis etwa anstelle der Stiftung zur Verwaltung von Familienvermögen sowie allgemein als Instrument des International Estate Planning zum Einsatz.¹⁵²

4. Deutsche Anstalt und segmentierte Verbandsperson

Aus der reichhaltigen Fundgrube des PGR kommt außerdem die Rezeption der privatrechtlichen Anstalt in Betracht,¹⁵³ einer „waschechte Liechtensteinerin ohne direkte ausländische Ahnen“¹⁵⁴. Ihre Originalität beruht darauf, dass sie ein „Mittelgebilde zwischen Körperschaften und Stiftungen“¹⁵⁵ darstellt, weil sie sowohl mit als auch ohne Mitglieder ausgestaltet werden kann. Art. 534 Abs. 1 PGR definiert sie als ein rechtlich verselbständigtes und organisiertes, dauernden wirtschaftlichen oder anderen Zwecken gewidmetes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Oberstes Organ sind der oder die Inhaber der Gründerrechte, die – anders als bei einer Stiftung – auch nach der Gründung Herren der Anstalt bleiben.¹⁵⁶

Ebenfalls schon in der Ursprungsfassung des PGR von 1926 vorgedacht war eine segmentierte Verbandsperson mit rechtlich selbständigen Abteilungen, die mit der Einführung der Protected Cell Company (PCC) im Jahre 2014 nach Vorbildern aus Guernsey und Delaware eine Renaissance erlebt.¹⁵⁷ Funktional dem Konzernrecht verwandt, ermöglicht sie ein zielgerichtetes Risikomanagement, indem sie unter dem Dach ein und derselben Gesellschaft eine Aufteilung in verschiedene Segmente mit haftungsabschottender Wirkung erlaubt. Der liechtensteinische Gesetzgeber eröffnet der PCC allerdings nur einen schmalen Anwendungsbereich, nämlich für gemeinnützige oder wohltätige Zwecke, den Erwerb, die Verwaltung und die Verwertung von Beteiligungen an anderen Unternehmen,

¹⁴⁹ Vgl. Schopper/Walch (Fn. 148), Rn. 1263.

¹⁵⁰ Vgl. Schopper/Walch (Fn. 148), Rn. 1291 f.

¹⁵¹ Vgl. Marxer u. a. (Fn. 51), Rn. 10.2, zu den Vorschlägen zur Einführung eines Schweizer Trust jüngst Plüss, SZW 2023, 320.

¹⁵² Vgl. Marxer u. a. (Fn. 51), Rn. 10.1.

¹⁵³ Monographisch Dejaco, Die privatrechtliche Anstalt im liechtensteinischen Recht, 2020; rechtsvergleichend Fleischer/Götz/Stemberg, WM 2023, 1853, 1856 ff.

¹⁵⁴ F. Marxer, LJZ 2006, 56, 60.

¹⁵⁵ Beck/Beck (Fn. 52), S. 29.

¹⁵⁶ Vgl. Marxer u. a. (Fn. 51), Rn. 8.28 ff.

¹⁵⁷ Näher Walch, in: Fleischer (Fn. 126), S. 573 ff.

die Verwertung von Urheberrechten, Patenten, Marken, Mustern sowie für Einlagensicherungs- und Anlegerschutzsysteme (Art. 43 Abs. 1 PGR).

5. *Deutsche Decentralized Autonomous Organization LLC*

Was neue Organisationsformen für blockchainbasierte Gesellschaften anbelangt, hat eine Rechtsformvariante aus den Vereinigten Staaten jüngst auch hierzulande Aufmerksamkeit erfahren. Die Rede ist von der Decentralized Autonomous Organization LLC, die der Bundesstaat Wyoming Mitte 2021 durch einen Anhang zu seinem LLC Act ins Leben gerufen hat.¹⁵⁸ Im Anschluss daran könnte man auch hierzulande an die Einführung einer „Kryptogesellschaft“ denken, die einen rechtssicheren Organisationsrahmen mit DAO-spezifischen Regelungen und einer Haftungsbeschränkung für DAO-Beteiligte schafft.¹⁵⁹

VII. Abschaffung von Gesellschaftsformen

Biodiversität ist in der gesellschaftsrechtlichen Tierwelt kein absoluter Wert. Hergebrachte Gesellschaftsformen genießen daher nicht um jeden Preis Artenschutz, sondern müssen sich im Wettbewerb mit anderen Organisationsformen behaupten.¹⁶⁰ Infolgedessen kann sich von Zeit zu Zeit auch eine Verkleinerung des Rechtsformenkanons durch Streichung überholter Gesellschaftsformen als sinnvoll oder gar notwendig erweisen.

1. *Ausgestorbene Arten*

Ein markantes Beispiel für eine ausgestorbene Spezies ist die bergrechtliche Gewerkschaft.¹⁶¹ Heute kaum mehr bekannt, bildete sie fast 800 Jahre lang die dominierende Organisationsform für Bergbaubetriebe¹⁶² – also schon lange bevor AG, Genossenschaft und GmbH das Licht der Welt erblickten.¹⁶³ Ihr rechtliches Schick-

¹⁵⁸ Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement, SF0038, 66th Leg., Gen. Sess. 2021; rechtsvergleichend etwa *Fleischer*, ZIP 2021, 2205; monographisch *Mienert*, *Dezentrale autonome Organisationen (DAOs) und Gesellschaftsrecht*, 2022.

¹⁵⁹ Näher *Fleischer*, ZIP 2021, 2205, 2211 ff.; *Mienert*, RDi 2021, 384, 391 f.; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 570 ff.

¹⁶⁰ Vgl. *Fleischer*, in: FS Grunewald, 2021, S. 209, 222: „Zwar wird man eine historisch gewachsene und bewährte Organisationsform nicht ohne Grund ausrangieren, doch gibt es ebenso wenig einen ‚Artenschutz‘ für bedrohte Gesellschaftsformen.“

¹⁶¹ Eingehend *Fleischer* (Fn. 160), S. 209.

¹⁶² Prägnant *Kühne*, ZfgG 32 (1982), 183: „das wohl traditionsreichste Rechtsinstitut des deutschen Gesellschaftsrechts“.

¹⁶³ Treffend *Pasika*, *Wandlungen in Wesen und Bedeutung der bergrechtlichen Gewerkschaften*, 1960, S. 1: „Wenn heute in der Öffentlichkeit von bergrechtlichen Gewerkschaften gesprochen wird, hat man nur noch die Vorstellung einer fast bedeutungslosen Rechtsform. Nur wenigen ist bekannt, daß sie schon jahrhundertlang bestand, ehe die heute üblichen Gesellschaftsformen geschaffen wurden.“

sal wurde hierzulande im Jahre 1982 besiegelt, nachdem sie zuvor schon 1954 in Österreich ausgemustert worden war.¹⁶⁴ Zur Begründung führte der Gesetzgeber aus, dass die Zahl der werbenden Gesellschaften mit bergbautypischen Zwecken zuletzt außerordentlich gering gewesen sei und die außerbergrechtlichen Gesellschaftsformen für den Bergbaubetrieb völlig ausreichten.¹⁶⁵ Unabhängig davon hob die Gesetzesbegründung gravierende Defizite der bergrechtlichen Gewerkschaft im Hinblick auf den Gläubigerschutz hervor.¹⁶⁶ Ganz ähnlich verlief die Entwicklung bei der Partenreederei: Weil für sie kaum mehr Neugründungen zu verzeichnen waren und ihre Zahl immer weiter zusammenschumpfte, wurde sie vom Gesetzgeber im Jahre 2013 gestrichen.¹⁶⁷ Dass es sich sowohl bei der bergrechtlichen Gewerkschaft als auch bei der Partenreederei um bereichsspezifische Rechtsformen handelte, ist vielleicht kein Zufall. Der nächste Streichkandidat könnte auf mittlere Frist der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) sein,¹⁶⁸ das „Mauerblümchen aller deutschen Handelsgesellschaften“¹⁶⁹, von dem im Zuge einer fortwährenden Demutualisierung immer mehr Exemplare in Aktiengesellschaften umgewandelt werden.

Mit der Entscheidung zur Verkleinerung des *numerus clausus* aktualisiert sich eine Pflicht zur legislatorischen Nachsorge. Der Gesetzgeber ist gehalten, die Folgen der Streichung für die Beteiligten durch angemessene Maßnahmen, z. B. durch Übergangsregeln oder Umwandlungsmöglichkeiten, abzufedern.¹⁷⁰ In diesem Sinne hat er für bergrechtliche Gewerkschaften eine Auslaufrfrist von vier Jahren vorgesehen, die später um drei Jahre und sodann um weitere fünf Jahre verlängert wurde.¹⁷¹ Bei der Partenreederei hat er den schon bestehenden Gesellschaften gemäß Art. 71 EGHGB sogar dauerhaften Bestandsschutz angedeihen lassen, relativiert freilich durch den Umstand, dass die Existenz der Partenreederei von der Lebensdauer des Schiffes abhängt.¹⁷²

¹⁶⁴ Dazu *Kastner*, ÖJZ 1954, 297: „Es siegte daher der Gedanke radikaler Rechtsvereinfachung. Eine ehrwürdige alte Rechtsform, die nur noch von wenigen Unternehmungen, die vielfach nicht einmal mehr einen Bergbau betreiben, beibehalten wird, hat ihre Daseinsberechtigung verloren.“

¹⁶⁵ So *BegrRegE BBergG*, BT-Drucks. 8/1315, S. 72.

¹⁶⁶ Vgl. *BegrRegE BBergG*, BT-Drucks. 8/1315, S. 72.

¹⁶⁷ Vgl. *BegrRegE Reform des Seehandelsrechts*, BT-Drucks. 17/10309, S. 43.

¹⁶⁸ Zu seiner Einordnung *Großfeld*, *Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit im System der Unternehmensformen*, 1985.

¹⁶⁹ *Kornblum*, *GmbHR* 2020, 677, 687 unter Hinweis auf die aktuelle Zahl von 87 eingetragenen Exemplaren, allerdings mit dem Zusatz, dass es eine um das Vielfache größere Zahl von kleinen VVaGs gibt, die nicht zur Registereintragung verpflichtet sind.

¹⁷⁰ Wie hier *Kalss/Eckert*, *ecolex* 2001, 910, 912: „Die Mitglieder juristischer Personen können darauf vertrauen, daß der Gesetzgeber bei Änderungen im Körperschaftsrecht angemessene Möglichkeiten zur Verfügung stellt, die mittels eines Rechtsträgers begründeten Vermögenspositionen weiter aufrecht zu erhalten.“

¹⁷¹ Näher *Fleischer* (Fn. 160), S. 209, 218 f.

¹⁷² So ausdrücklich *BegrRegE Reform des Seehandelsrechts*, BT-Drucks. 17/10309, S. 139.

2. Beibehaltung oder Abschaffung von Rechtsformen?

Unter welchen Voraussetzungen sich eine Straffung des Rechtsformenangebots empfiehlt, ist bisher noch wenig erörtert.¹⁷³ Rechtsvergleichendes Anschauungsmaterial bietet die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die in Österreich¹⁷⁴ und neuerdings auch in Belgien¹⁷⁵ dem berühmten Federstrich des Gesetzgebers zum Opfer fiel. Auch in der Schweiz¹⁷⁶ und in Deutschland¹⁷⁷ wurde immer wieder ihre Streichung vorgeschlagen, ohne dass sich die dortigen Gesetzgeber letztlich zu diesem radikalen Schritt durchringen konnten. Hierzulande hat man mit der Beibehaltung der KGaA im Nachhinein wohl richtig gelegen, weil sie seit einiger Zeit ihre Durststrecke überwunden hat und, wie bereits erwähnt, eine bemerkenswerte Renaissance erlebt.¹⁷⁸ Als „Turandot der Theorie“¹⁷⁹ gibt sie der Rechtswissenschaft aber noch immer viele Rätsel auf. Verallgemeinernd erscheint es sinnvoll, eine Rechtsform jedenfalls solange beizubehalten, als für sie wenigstens in Teilbereichen ein fortwährendes Bedürfnis besteht und keine aufwändige Modernisierung ihres Rechtsrahmens notwendig wird.¹⁸⁰

VIII. Schluss

Der Rundgang durch den Zoo der Gesellschaftsformen in Deutschland hat ein buntes Bild hervorgebracht. Im internationalen Vergleich ist die Zahl der Zoo-bewohner ziemlich hoch.¹⁸¹ Sie nach dem Linné'schen Vorbild in ein gesellschafts-

¹⁷³ Ausführlicher zu Folgendem *Fleischer* (Fn. 160), S. 209, 221 ff.

¹⁷⁴ Vgl. *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003, S. 334, 338.

¹⁷⁵ Vgl. *Caprasse/Léonard*, in: Aydogdu/Caprasse, Le Code des sociétés et des associations, 2018, S. 11: „La société en commandite par actions (S.C.A.) est, elle aussi, supprimée.“

¹⁷⁶ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 48), § 17 Rn. 6: „Da diese Rechtsform zur Zeit der Revision des OR in den Dreißigerjahren wenig verbreitet war, wurde verschiedentlich ihre Eliminierung aus dem schweizerischen Recht vorgeschlagen. [...] Auch im Zuge der Aktienrechtsreform 1968/91 wurde die Streichung der KmAG erwogen, aber letztlich abgelehnt.“

¹⁷⁷ Vgl. *K. Schmidt*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, 2007, Kap. 26 Rn. 3: „Es fällt auf, dass in kaum einer der Reformdiskussionen die Frage ausgelassen wurde, ob nicht die KGaA mangels Akzeptanz abgeschafft werden sollte. Das Rasönnieren über die Sinnhaftigkeit dieser exotisch geliebten Rechtsform durchzieht wie ein cantus firmus die Gesetzesbegründungen seit dem 19. Jahrhundert.“

¹⁷⁸ Vgl. den Text zu und die Nachweise in Fn. 38 und 39.

¹⁷⁹ *K. Schmidt* (Fn. 177), Kap. 26 Rn. 8.

¹⁸⁰ Näher *Fleischer* (Fn. 160), S. 209, 222 ff.; ähnlich *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 48), § 11 Rn. 11: „Allgemein ist dazu festzuhalten, dass für die Streichung etablierter Rechtsformen solange kein Anlass besteht, als an solchen ein (wenn auch vielleicht geringes) praktisches Bedürfnis besteht und keine Missbräuche vorkommen. Die – populäre – Kürzung von Gesetzen hätte in diesen Fällen nicht etwa grössere Freiheit für die Privaten zur Folge, sondern im Gegenteil eine Einschränkung ihrer Wahlmöglichkeiten.“

¹⁸¹ Vgl. *Fleischer* (Fn. 21), S. 125, 128: „Diese Vielzahl von Gesellschaftsformen und Typenkombinationen, die in Europa lediglich von der Gestaltungsfreude Liechtensteins übertroffen

rechtliches „Systema Naturae“¹⁸² der Gattungen, Arten und Unterarten (in seiner Begrifflichkeit: Varietäten) einzuordnen, fällt zusehends schwer. Verantwortlich dafür ist in jüngerer Zeit vor allem ein wilder Zuwachs an Rechtsformvarianten, der keinem übergeordneten Plan des Zoodirektors zu folgen scheint. Wie viele „legal animals“ der Gesellschaftsrechts-Zoo hierzulande idealerweise beherbergen und wie der Zoo der Zukunft aussehen sollte, harrt noch weiterer Überlegungen.¹⁸³

wird, findet sich nicht nur in den Lehrbüchern, sondern ist gelebte Praxis. Anders etwa als im Vereinigten Königreich, wo die private und public company die Szene nahezu vollständig beherrschen, ist das gesellschaftsrechtliche Leben hierzulande bunt und vielfältig.“

¹⁸² *Carolus Linnaeus, Systema Naturae*, 1735.

¹⁸³ Erste Ansätze bei *Fleischer*, *JZ* 2024, 53, 61 ff.

Diskussion

zu den Referaten von Ulrich Torggler,
Tizian Troxler und Holger Fleischer

Florian Ebner/Melanie Hollaus

Die Diskussion im Anschluss an die Vorträge von *Ulrich Torggler*, *Tizian Troxler* und *Holger Fleischer* wurde mit einer Anmerkung zu den Vorteilen der GmbH & Co. KG eröffnet. Die Haftungsbeschränkung sei bei dieser Gesellschaftsform ein Thema, aber auch Fragestellungen außerhalb des Gesellschaftsrechts spielten eine bedeutende Rolle. Steuerrechtlich sei gerade in der Anfangsphase des Unternehmens die Möglichkeit zur Verrechnung von Verlusten mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ein wesentlicher Vorteil der GmbH & Co. KG. Wollte man dies abschaffen, sei mit großem Widerstand zu rechnen, was sich erst kürzlich bei einer Gesetzesreform gezeigt habe. Ein anderer Teilnehmer bekräftigte dies und meinte, dass der Einfluss des Steuerrechts auf das Gesellschaftsrecht unterbelichtet sei. *Ulrich Torggler* stimmte dem zu und berichtete, dass die (unter bestimmten Voraussetzungen bestehende) Einschränkung der Verlustverwertung der österreichischen GmbH & Co. KG einen Dämpfer versetzt hätte. Aus österreichischer Sicht falle jedoch auch der Tarif ins Gewicht. Das Steuerrecht als unerwünschte Rechtsquelle sei, so *Holger Fleischer*, ein weltweites Problem.

Ein Diskutant merkte an, dass die Transparenz und Publizität noch nicht erörtert wurde. In Deutschland bestehe diesbezüglich eine Diskrepanz zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften. Laut *Ulrich Torggler* spiele die Publizität auch in Österreich eine Rolle, man habe sich aber an sie gewöhnt. Für kleine Gesellschaften gebe es ohnehin viele Erleichterungen. Gerade die Pflicht zur Bilanzierung sei aber ein Faktor, der bei der Rechtsformwahl zu berücksichtigen ist. In der Schweiz, so *Tizian Troxler*, gebe es ein einheitliches Handelsregister, in dem alle Rechtsformen – mit wenigen Ausnahmen – publik gemacht werden. Der Informationsgehalt des schweizerischen Handelsregisters sei jedoch geringer als etwa sein deutsches Pendant, da lediglich die statutarischen Grundlagen, Organe und Gesellschafter zu veröffentlichen sind, nicht aber die Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte.

Kritisch hinterfragt wurde weiterhin, wer die Treiber von Weiterentwicklungen der Rechtsformen seien. Die Wissenschaft spiele dabei wohl nur eine untergeordnete Rolle. Vielmehr seien es die Praxis, die Unternehmen und ihre Rechtsberater,

die auf neue Marktentwicklungen zu reagieren versuchen und den bestehenden Gestaltungsspielraum – häufig auf kreative Art und Weise – ausnutzen. In Österreich werde, *Ulrich Torggler* zufolge, der Einfluss der Unternehmer durch die Interessenverbände kanalisiert. Auch die Berater würden ihre Agenda vorbringen, hätten aber eine Präferenz für bereits etablierte Lösungen, um nicht Experimente auf Kosten ihrer Klienten machen zu müssen. Nach *Holger Fleischer* sei der mangelnde Einfluss der Rechtswissenschaft ein flächendeckendes Problem, von dem es nur wenige Ausnahmen gebe. So stand die Wissenschaft etwa bei der Einführung der GmbH bloß an der „Seitenlinie“; die neue Rechtsform wurde maßgeblich von der Praxis vorangetrieben. Heutzutage komme den NGOs eine wesentliche Rolle zu.

Eine Teilnehmerin sprach die Abgrenzung von juristischen Personen und Personengesellschaften anhand des Liquidationsschutzes an. Nach österreichischem Recht könnten die Gesellschafter, etwa im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters, den Fortbestand der Gesellschaft beschließen und so die Auflösung verhindern. Das stelle die Maßgeblichkeit des Abgrenzungskriteriums in Frage. Diese Möglichkeit gebe es laut *Tizian Troxler* in der Schweiz zwar auch, er würde aber dennoch am Liquidationsschutz als tauglichem Abgrenzungskriterium festhalten. Das Risiko der Auflösung der Gesellschaft bleibe nämlich weiterhin bestehen, etwa wenn nicht genügend liquide Mittel zur Auszahlung des ausscheidenden Gesellschafters vorhanden sind.

Zur Abschaffung bzw. zum Aussterben von Gesellschaftsformen berichtete ein Teilnehmer, dass die europäische Aufsicht bei bestimmten Rechtsformen, insbesondere Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und Kreditgenossenschaften, auf Umwandlung in Aktiengesellschaften dränge. Begründet werde dies mit Schwierigkeiten bei der Konkursabwicklung dieser Rechtsformen. *Ulrich Torggler* war ebenso der Ansicht, dass das Aufsichtsrecht große Auswirkungen auf die Attraktivität der Rechtsformen haben kann. *Holger Fleischer* stellte daran anschließend die These auf, dass insbesondere jene Rechtsformen aussterben würden, die nur auf einen kleinen Bereich der Wirtschaft zugeschnitten sind.

Ein Diskutant hinterfragte, warum im Panorama der Rechtsformen die Rechtsgemeinschaften nicht vorkämen. Die gesellschaftsrechtliche Literatur sei bemüht, die Kriterien zur Definition einer Gesellschaft so anzusetzen, dass Rechtsgemeinschaften nicht darunterfallen. Selbst unter dieser Voraussetzung könnten sie aber immerhin zur „Befruchtung“ des Gesellschaftsrechts herhalten. Eine praktisch relevante Frage sei darüber hinaus das Verhältnis der Rechtsgemeinschaft zu einer mitunter daneben bestehenden gesellschaftsrechtlichen Ordnung. Nach *Ulrich Torggler* sei die Abgrenzung zwischen Miteigentum und Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein bekanntes Problem in Österreich. Er monierte, dass die gesellschaftsrechtliche Lehre die gesetzlichen Rechtsgemeinschaften zu wenig diskutiere, obwohl die Problemfelder oft die gleichen seien. *Holger Fleischer* sieht die Vernachlässigung der Rechtsgemeinschaften der „Wandtafel-Systematik“ und dem Fokus in der Lehre geschuldet. In mancher Hinsicht seien die Regelungen

zu den Rechtsgemeinschaften besser als jene des Gesellschaftsrechts, z. B. das Beschlussverfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Auch die eigentümlerlosen Stiftungen werden nach Meinung *Fleischers* zu Unrecht aus dem Kreis der Gesellschaften ausgeschlossen.

Im Anschluss merkte ein Teilnehmer an, dass man in den USA mit einer Einheitsform der Kapitalgesellschaft, der *corporation*, auskomme. Ein anderer Diskutant plädierte jedoch für eine differenziertere Betrachtung, da inzwischen die *LLC* der *corporation* den Rang ablaufe. Die *LLC* sei ursprünglich eine „Kreatur des Steuerrechts“, habe sich aber auch aus anderen Gründen im Wettbewerb der Gesellschaftsformen zum Erfolgsmodell entwickelt. Der eigentliche Wettbewerb in den verschiedenen Bundesstaaten der USA sei nicht die Rechtsform, sondern das unterschiedliche Maß an Gestaltungsfreiheit, z. B. für Treuepflichten. Eine vergleichbare Konkurrenz für die Gestaltungsfreiheit gebe es im DACH-Raum nicht, was möglicherweise auf die starke Einheitlichkeit der Rechtstraditionen zurückzuführen sei. *Ulrich Torggler* entgegnete darauf, dass das Gesellschaftsrecht versuche, mit verschiedenen Rechtsformen Markenbildung zu betreiben. Ein gewisses Maß an Differenzierung sei auch im Sinne des Verkehrsschutzes angebracht. *Holger Fleischer* bestätigte, dass die *corporation* nicht mehr die wichtigste Organisationsform in den USA sei. Aber auch die *LLC* sei nicht sofort mit Begeisterung angenommen worden. Es habe einige Jahre gedauert, bis sie – insbesondere aus steuerrechtlichen Gründen – an Beliebtheit gewonnen hat.

Zur privaten Zertifizierung von Gesellschaften gab ein Diskutant zu bedenken, dass sich die Frage nach der Unabhängigkeit der Zertifizierungsgesellschaften stellen werde. Diese würden nämlich aller Voraussicht nach durch genau jene Unternehmen finanziert werden, die eine Zertifizierung anstreben. Generell sei im Bereich der Zertifizierung noch vieles ungeklärt. *Holger Fleischer* erwiderte darauf, dass diese Probleme natürlich bewältigt werden müssen. Man könne hierbei aber aus dem Erfahrungsschatz zu den Ratingagenturen schöpfen. Die Bedeutung der privaten Zertifizierung werde jedenfalls wachsen.

Abschließend hinterfragte ein Teilnehmer, ob Personengesellschaften nicht häufig zu Unrecht aus dem Blickwinkel der Kapitalgesellschaften betrachtet werden. Dies zeige sich etwa an der Diskussion, ob Personengesellschaften als juristische Personen einzustufen seien. Man dürfe auf die Personengesellschaft nicht nur mit der Brille des Kapitalgesellschaftsrechts schauen und sofort auf das Trennungsprinzip rekurrieren. Ein Hauptaspekt sei die Regelung von Mehrpersonenverhältnissen. *Tizian Troxler* führte aus, dass es ihm lediglich um die Abgrenzungsfrage gegangen sei. Die Frage, ob Personengesellschaften juristische Personen sind, sei in der Schweiz umstritten. Maßgebliches Abgrenzungskriterium sei seiner Ansicht nach die Eigenständigkeit des Vermögens.

Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz

Lukas Glanzmann

I.	Einleitung	184
II.	Regelungskonzept	187
III.	(Personenbezogene) Kapitalgesellschaft	188
IV.	Gründung und Kapital	189
	1. Gründung	189
	2. Grundkapital	190
	3. Anteile	191
	4. Kapitalaufbringung und -schutz	191
	5. Kapitalveränderungen	192
	a) Kapitalerhöhung	192
	b) Kapitalherabsetzung	193
V.	Gesellschafter	194
	1. Wechsel im Kreis der Gesellschafter	194
	a) Beitritt neuer Gesellschafter	194
	b) Übertragung der Gesellschafterstellung	195
	c) Austritt	198
	d) Ausschluss	201
	2. Rechte der Gesellschafter	203
	a) Im Allgemeinen	203
	b) Informationsrechte im Besonderen	205
	3. Pflichten der Gesellschafter	207
	a) Im Allgemeinen	207
	b) Treuepflicht und Konkurrenzverbot	208
	c) Nachschuss- und Nebenleistungspflichten	210
VI.	Organe	212
	1. General- bzw. Gesellschafterversammlung	212
	a) Befugnisse	212
	b) Durchführung	214
	c) Beschlussfassung	214
	2. Geschäftsführung	216
	a) Zuständigkeit	216
	b) Vorsitz	217
	c) Abberufung	217
	d) Aufgaben	217
	e) Haftung und Anfechtung	219
	3. Revisionsstelle	219
VII.	Auflösung und Liquidation	220
VIII.	Fazit	220

I. Einleitung*

In der Schweiz war die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) lange Zeit völlig unbedeutend. Ende 1991 gab es gerade einmal 2.769 GmbHs, was nicht einmal einer GmbH pro Gemeinde entsprach.¹ Dem standen damals 166.470 AGs gegenüber.²

Die erste große Aktienrechtsrevision im Jahre 1992 bewirkte, dass mehr Gesellschaften die Form der GmbH wählten. Bis zur Revision des GmbH-Rechts im Jahre 2008 stieg die Zahl der GmbHs auf 101.462, was einer Zunahme um 98.693 Gesellschaften entspricht. In der gleichen Zeit nahm die Anzahl AGs gerade einmal um 13.291 Einheiten zu.³

Dieser Trend zur GmbH ist wohl vor allem darauf zurückzuführen, dass der Zugang zur AG erschwert wurde, indem unter anderem das Mindestkapital von 50.000 CHF auf 100.000 CHF angehoben, die Vorschriften über die qualifizierte Gründung verschärft, die Vinkulierungsmöglichkeiten eingeschränkt sowie die Anforderungen an die Organe erhöht wurden. All das machte die GmbH im Vergleich zur AG attraktiver.⁴ Ein weiterer Grund, weshalb der Bestand an AGs in dieser Zeit nicht stärker zunahm, dürfte auch darin liegen, dass während der Rezession 1991 bis 1993, der bis 1996 folgenden Stagnation und der Rezession 2001 bis 2003⁵ zwangsläufig mehr AGs als GmbHs in Konkurs fielen.

* Der vorliegende Text stützt sich auf einen früheren Aufsatz des Autors, der unter dem Titel „Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?“ in GesKR 2012, 260–269, erschienen ist. Eine leicht modifizierte Fassung des vorliegenden Textes wurde unter dem Titel „Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter dem neuen Aktienrecht“ in GesKR 2023, 432–450 publiziert. Der Stand von Literatur und Rechtsprechung entspricht Oktober 2023. Der Autor dankt M.A. HSG in Law René Kühn, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

¹ Im Jahre 1992 gab es in der Schweiz 3.017 Gemeinden; vgl. <<https://www.agvchapp.bfs.admin.ch/de/communes/results?EntriesFrom=01.01.1992&EntriesTo=01.01.1992>> (10.10.2023).

² Müller/König, GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich, 2009, S. 5 f., 17.

³ Bei diesen Zahlen handelt es sich um Nettozahlen, da aufgrund fehlender Statistiken nicht eruiert werden kann, wie viele Neugründungen und Löschungen es gab.

⁴ Von Büren/Bähler, recht, S. 18 f. Vgl. auch Forstmoser, in: Schneider/Hommelhoff, Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000, S. 375.

⁵ Vgl. Bodmer, Ausmaß und Gründe der Wirtschaftskrise der 90er Jahre, WWZ-Forschungsbericht 06/04-c, S. 3 (<https://wwz.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/99_WWZ_Forum/Forschungsberichte/06_04c-1.pdf> (10.10.2023)); Schallberger/Bähler, in: Honegger/Bähler/Schallberger, Die Zukunft im Alltagsdenken – Szenarien aus der Schweiz, 2002, S. 69 f.

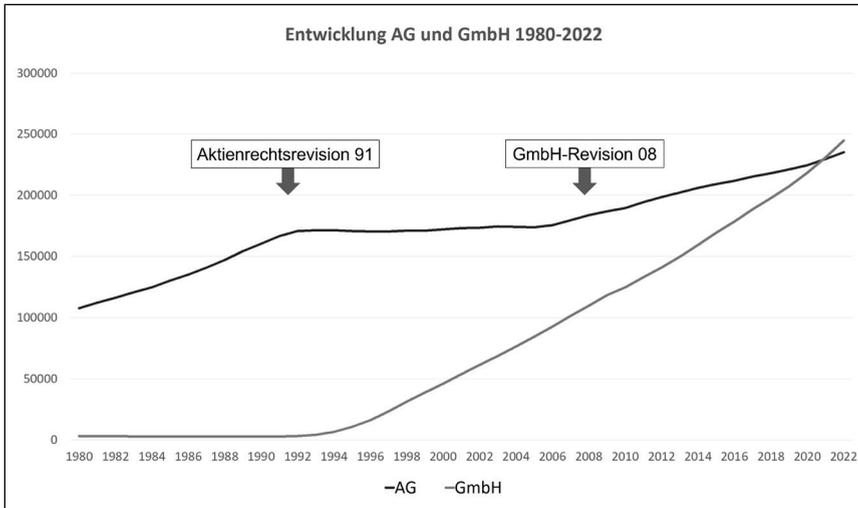


Abbildung 1: Eigene Darstellung basierend auf Daten des Eidgenössischen Handelsregisteramtes („EHRA“) bzgl. eingetragener AGs und GmbHs (vgl. Fn. 13). Der Datensatz beinhaltet auch aufgelöste, aber noch nicht gelöschte Gesellschaften. Für den Zeitraum von 1980 bis 2010 wurde auf die Zusammenstellung der EHRA-Daten bei Müller/König (Fn. 2), S. 5 f. und 17, zurückgegriffen.

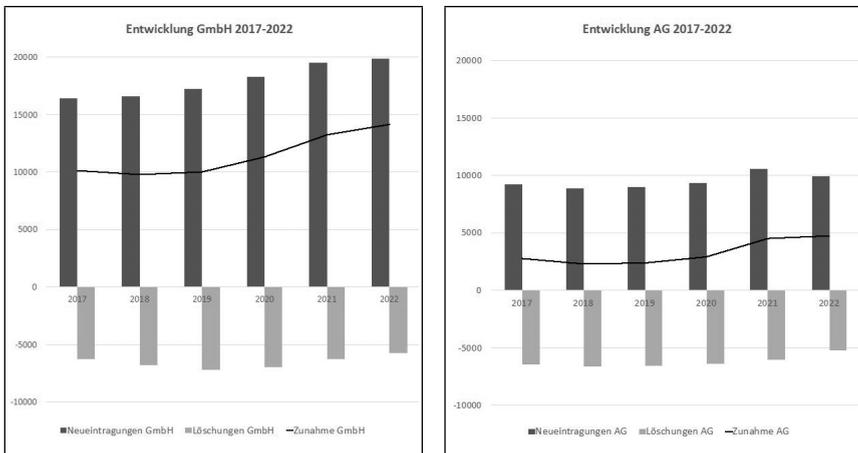


Abbildung 2: Eigene Darstellung basierend auf Daten des zentralen Firmenindex ZEFIX (<<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (30.9.2023)).

Im Jahre 2008 wurde das GmbH-Recht revidiert und in weiten Teilen dem Aktienrecht angeglichen. Dabei wurde die GmbH in gewissen Bereichen ebenfalls stärker reguliert. Gleichzeitig wurde die Revisionspflicht rechtsformunabhängig ausgestaltet und damit auch bei der GmbH eingeführt.⁶ Andererseits gab es auch

⁶ Vgl. dazu unten VI.3.

ein paar Erleichterungen, indem z. B. die Deckelung des Stammkapitals auf 2 Mio. CHF, die Beurkundungspflicht für die Übertragung von Stammanteilen sowie die Solidarhaftung für nicht voll liberierte Stammanteile aufgehoben wurden. Das Resultat dieser Änderungen war, dass die GmbH ihre Beliebtheit beibehielt, aber auch die AG wieder Zuwachs erhielt.

Einen starken Anstieg erfährt der Bestand an GmbHs seit dem Jahre 2020. Einerseits stieg die Zahl der Neueintragungen,⁷ andererseits nahmen die Löschungen nicht entsprechend zu bzw. sogar noch ab. Letzteres ist teilweise auf eine Abnahme der Konkurse in den Jahren 2020 und 2021 zurückzuführen,⁸ was wohl den Covid-19-Maßnahmen zugeschrieben werden kann.⁹ Andererseits dürfte dies ab dem Jahre 2021 auch eine Folge der Verlängerung der Frist zur Löschung von Gesellschaften, deren Konkurs mangels Aktiven eingestellt wurde, sein.¹⁰ Beide Effekte führten auch bei der AG zu einer Zunahme des Gesamtbestandes,¹¹ obwohl die Neueintragungen seit dem Jahre 2020 nur leicht zugenommen und im Jahre 2022 im Vergleich zur Vorjahresperiode sogar rückläufig waren.¹²

All diese Entwicklungen mündeten darin, dass es im Jahre 2021 erstmals mehr GmbHs als AGs gab. Per 1. Januar 2023 gab es 235.163 AGs und 244.864 GmbHs.¹³

Nach wie vor untervertreten ist die GmbH in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁴ Nach der Wahrnehmung des Autors ergehen jährlich etwa 20 bis 30 Bundesgerichtsentscheide zum Aktienrecht, jedoch kaum mehr als fünf Urteile

⁷ Im Jahre 2020 wurden 18.288, 2021 19.529 und 2022 19.877 GmbHs eingetragen (vgl. die Daten auf <<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (1.10.2023)).

⁸ Bei den GmbHs gab es 2020 2.145 und 2021 2.246 Auflösungen infolge Konkurses. Im Vergleich zum Jahre 2019 entspricht dies einem Rückgang von 21,9 % (2020) und 18,2 % (2021). Im Jahre 2022 gab es 2.942 Auflösungen infolge Konkurses, was im Vergleich zum Jahre 2019 einen Anstieg um ca. 7,2 % bedeutet (vgl. hierzu die Daten auf <<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (1.10.2023)).

⁹ Vgl. Medienmitteilung „Coronavirus: Maßnahmen gegen Konkurse“ des Bundesrates vom 16.4.2020 (<<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msgid-80055.html>> (4.10.2023)) und die Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12.8.2020, BBl 6563, S. 6605. Ferner Müller/Ammann, Über den Lebenszyklus von Firmen, 2021, S. 13–19 (<https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2021/02/ueberden-lebenszyklus-von-firmen_analyse.pdf> (25.5.2023)).

¹⁰ Vgl. Art. 159a Abs. 1 Bst. a HregV, der am 1.1.2021 in Kraft getreten ist.

¹¹ Bei den AGs gab es im Jahre 2020 1.084, 2021 1.028 und 2022 1.210 Auflösungen infolge Konkurses. Im Vergleich zum Jahre 2019 entspricht dies einem Rückgang von ca. 24 % (2020), 28 % (2021) und 15,2 % (2022) (vgl. hierzu die Daten auf <<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (1.10.2023)).

¹² Im Jahre 2020 wurden 9.326, 2021 10.555 und 2022 9.927 AGs eingetragen (vgl. die Daten auf <<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (1.10.2023)).

¹³ Diese Zahlen sowie die Entwicklung der letzten 15 Jahre können unter <<https://ehra.fenceit.ch/de/statistiken/>> (28.8.2023) eingesehen werden.

¹⁴ Zur Bedeutung der kantonalen Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht vgl. Glanzmann, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Protagonisten im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 64 f.

zum GmbH-Recht.¹⁵ Dies spiegelt sich auch in der amtlichen Sammlung, wo in den letzten 15 Jahren 37 Entscheide zum Aktienrecht¹⁶ und nur drei Urteile zum GmbH-Recht¹⁷ publiziert wurden.¹⁸

Mit der Aktienrechtsrevision 2020, die am 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, wurde das GmbH-Recht dem Aktienrecht weiter angepasst. Im Folgenden soll geprüft werden, worin sich die AG und die GmbH aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unterscheiden. Da Stammanteile nicht kotiert werden können, werden die Regelungen von börsenkotierten Gesellschaften nicht betrachtet.

II. Regelungskonzept

Sowohl die AG als auch die GmbH sind als Handelsgesellschaften in der dritten Abteilung des Obligationenrechts geregelt, und zwar im 26. Titel (Art. 620–763 OR) bzw. im 28. Titel (Art. 772–827 OR). Daneben kommen weitere Regelungen zur Anwendung, die sich z. B. im Handelsregisterrecht (30. Titel; Art. 927–943 OR), im Firmenrecht (31. Titel; Art. 944–956 OR), im Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht (32. Titel; Art. 957–964/ OR) sowie im Fusionsgesetz finden. Diese Normen sind mehrheitlich rechtsformneutral nach dem Prinzip „same size, same rules“ ausgestaltet. Allerdings gibt es auch in diesen Bereichen rechtsformspezifische Bestimmungen, wie z. B. die Beschlussquoren im Fusionsgesetz.¹⁹

Während das Aktienrecht 224 Gesetzesartikel umfasst, kommt das GmbH-Recht mit gerade einmal 77 Artikeln aus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Regelungen des GmbH-Rechts in weiten Teilen an jene des Aktienrechts anlehnen. Dabei übernimmt das GmbH-Recht die Regelungen des Aktienrechts teils durch Verweis auf die entsprechenden Normen des Aktienrechts,²⁰ teils indem es

¹⁵ Vgl. *Glanzmann* (Fn. 14), S. 65.

¹⁶ BGE 148 III 11; 148 III 69; 148 III 194; 147 III 126; 147 III 469; 147 III 537; 146 III 37; 145 III 351; 145 III 446; 144 III 388; 144 III 100; 143 III 120; 142 III 16; 142 III 23; 142 III 204; 142 III 629; 141 III 43; 141 III 80; 140 III 349; 140 III 533; 140 III 602; 140 III 610; 139 III 24; 138 III 166; 138 III 204; 138 III 246; 138 III 294; 137 III 255; 137 III 460; 137 III 503; 137 III 570; 136 III 14; 136 III 107; 136 III 148; 136 III 278; 136 III 322; 136 III 369.

¹⁷ BGE 147 III 505; 138 III 213; 135 III 509.

¹⁸ Ausschlaggebend für diese Zusammenstellung waren ausschließlich die Rubren der bundesgerichtlichen Entscheide und die darin aufgeführten Gesetzesnormen. Entscheide, die sich ausschließlich mit der Revisionsstelle auseinandersetzen, wurden nicht berücksichtigt.

¹⁹ Vgl. Art. 18 FusG.

²⁰ Vgl. z. B. unten IV. I. Dies gilt z. B. für das Stammkapital in Fremdwährung (Art. 773 Abs. 2 OR), die Schaffung von Genussscheinen (Art. 774a OR), die Liberierung (Art. 777c Abs. 2 OR), die Erhöhung des Stammkapitals (Art. 781 Abs. 5 OR), die Schiedsklausel (Art. 797a OR), Vorzugsstammanteile (Art. 799 OR), die Rückerstattung von Leistungen (Art. 800 OR), die Reserven (Art. 801 OR), die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (Art. 808c OR), die Nichtigkeit von Geschäftsführerbeschlüssen (Art. 816 OR), Mängel in der Organisation der Gesellschaft (Art. 819 OR), Liquiditäts- und Kapitalschutzvorschriften (Art. 820 OR), die Folgen der Auflösung (Art. 821a Abs. 2 OR) und die Liquidation (Art. 826 Abs. 2 OR).

die Normen des Aktienrechts mehr oder weniger unverändert wiedergibt.²¹ Letztlich regelt das GmbH-Recht nur bestimmte, spezifische Bereiche eigenständig.²²

Soweit das GmbH-Recht auf das Aktienrecht verweist, stellt sich die Frage, ob es sich um dynamische oder statische Verweise handelt. Nach der Intention des Gesetzgebers²³ und der heute unbestrittenen Lehre²⁴ sind diese Verweise als dynamisch zu betrachten, d. h., es gilt jeweils das in diesem Bereich anwendbare Aktienrecht.

Bei dieser Regelungsmethodik ist nicht verwunderlich, dass gewisse Regelungen des GmbH-Rechts systemfremd²⁵ und andere lückenhaft sind. Auf einzelne dieser Punkte wird unten näher eingegangen.

III. (Personenbezogene) Kapitalgesellschaft

Sowohl die AG als auch die GmbH sind Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten „nur das Gesellschaftsvermögen haftet“.²⁶ Beide Gesellschaften haben die für eine Kapitalgesellschaft typischen drei Organe, d. h. eine General- bzw. Gesellschafterversammlung, ein oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan und eine Revisionsstelle. Auf Letztere verzichten jedoch inzwischen ca. 97 % der GmbHs und ca. 72 % der AGs, d. h., sie haben ein Opting-out.²⁷ Noch höher liegt der Anteil bei neueingetragenen GmbHs mit ca. 99 % und bei neueingetragenen AGs mit ca. 89 %.²⁸

²¹ Vgl. z. B. unten VI. 1. a).

²² Vgl. z. B. unten V. 3. b).

²³ Botschaft vom 19.12.2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2001 3148, S. 3167 (zit. Botschaft GmbH 2001).

²⁴ *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11; *Forstmoser/Peyer/Schott*, Das neue Recht der GmbH, 2006, N. 20; *Jörg/Arter*, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), 2015; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 10 Rn. 68; *Lenz/von Planta*, in: *Watter/Vogt*, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 783 N. 18a; *Truffer/Dubs*, in: *Watter/Vogt*, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 808c N. 2; *Kratz*, in: *Roberto/Trüeb*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 808c N. 1 und Art. 818 N. 4. A. M. noch *Wohlmann*, SZW 3/1995, S. 140; *Böckli/Forstmoser/Rapp*, Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1999, S. 52.

²⁵ Z. B. die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Vertretung in der Generalversammlung, Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR.

²⁶ Art. 620 Abs. 1 Satz 2 OR und Art. 772 Abs. 1 Satz 3 OR. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 7 Rn. 39.

²⁷ Daten von Auditorstats (<<https://www.auditorstats.ch/index.php?pid=1>> (28.8.2023)).

²⁸ Bericht über mögliche Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Opting-out-Systems vom 15.2.2021, S. 5 (<<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/19-043-bericht-massnahmen-zur-weiterentwicklung-des-opting-out-system-rk-s-d.pdf>> (28.8.2023)).

Anders als die AG definiert das Gesetz die GmbH als „personenbezogene“ Kapitalgesellschaft. Damit versucht der Gesetzgeber den Spagat zu machen, in dem die GmbH einerseits eine Kapitalgesellschaft sein soll und andererseits personalistische Elemente aufweisen soll. Gleichzeitig kann im Schweizer Recht auch die AG sehr personalistisch ausgestaltet werden, sei es durch eine strenge Vinkulierung oder gar die Einführung des Kopfstimmprinzips.²⁹

Ausdruck des personalistischen Elements der GmbH ist unter anderem, dass die Gesellschafter sich ins Handelsregister eintragen lassen müssen, womit die GmbH gerade keine *société anonyme* ist. Weiter sind insbesondere die Regelung des Erwerbs und Verlusts der Mitgliedschaft sowie die Stellung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (Stichworte Selbstorganschaft und Nachschusspflicht) personalistisch ausgestaltet. Das kapitalistische Element zeigt sich bei der Stellung der GmbH gegenüber den Gläubigern. Hier wird sie ihrer Bezeichnung als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerecht.

IV. Gründung und Kapital

1. Gründung

Die Regelungen der Gründung sind bei der AG und GmbH weitgehend identisch.³⁰ Ein wesentlicher Unterschied ist, dass die Gründer der GmbH nicht nur im Gründungsakt genannt werden, sondern wie auch alle nachfolgenden Gesellschafter mit der Anzahl und dem Nennwert ihrer Stammanteile im Handelsregister offenzulegen sind.³¹

Weitere Abweichungen ergeben sich aus dem Umstand, dass die Gesellschafter der GmbH mehr Pflichten haben können als Aktionäre. Deshalb müssen die Gründer im Errichtungsakt ausdrücklich erklären, dass sie die statutarischen Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten übernehmen.³² Zudem muss der Zeichnungsschein auf etwaige Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen hinweisen.³³

Schließlich können die Statuten der GmbH im Vergleich zu einer AG einen erweiterten Inhalt aufweisen. Sie können insbesondere erweiterte Rechte und Pflichten der Gesellschafter begründen oder Aspekte der Organisation, bei denen die GmbH mehr Gestaltungsspielraum hat als die AG, regeln.³⁴

²⁹ Vgl. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 11 Rn. 41; *Günter/Suter*, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, *Handbuch Schweizer Aktienrecht*, 2. Aufl. 2022, § 1.14.

³⁰ Vgl. *Glanzmann*, *GesKR* 2/2012, S. 261; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 24), § 18 Rn. 138.

³¹ Art. 791 OR. Vgl. unten V.3.c).

³² Art. 777 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

³³ Art. 777a Abs. 2 OR.

³⁴ Vgl. Art. 776a OR.

2. Grundkapital

Als Kapitalgesellschaften verfügen sowohl die AG als auch die GmbH über ein nominelles Grundkapital. Bei der AG heisst dieses Aktienkapital,³⁵ bei der GmbH Stammkapital.³⁶

Die AG kann nebst dem Aktienkapital zusätzlich noch ein Partizipationskapital schaffen, das ebenfalls zum Grundkapital gehört.³⁷ Ein solches ist bei der GmbH weder vorgesehen noch zulässig. Der Gesetzgeber erachtete die Einführung von Partizipationsscheinen bei der GmbH als nicht opportun, ohne dass gleichzeitig diverse aktienrechtliche Regelungen zum Schutz der Partizipanten übernommen worden wären.³⁸ Deshalb geht das Bundesgericht davon aus, dass es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt, womit die Ausgabe von Partizipationsscheinen bei der GmbH nicht möglich ist.³⁹

Das Grundkapital muss bei beiden Gesellschaften einen Mindestbetrag aufweisen. Dieser beträgt 100.000 CHF bei der AG⁴⁰ und 20.000 CHF bei der GmbH.⁴¹ Während das Stammkapital voll einzubezahlen ist,⁴² muss das Aktienkapital zu nur 20 %, mindestens jedoch im Betrag von 50.000 CHF liberiert sein.⁴³ Weder bei der AG noch bei der GmbH gibt es einen Maximalbetrag für das Nominalkapital.⁴⁴

Seit der Aktienrechtsrevision 2020 können sowohl das Aktienkapital als auch das Stammkapital in einer Fremdwährung denominiert sein, sofern es sich dabei um die für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung handelt und die Fremdwährung entweder US-Dollar, Britisches Pfund, Euro oder Yen ist.⁴⁵ Das GmbH-Recht verweist diesbezüglich vollumfänglich auf die Regelungen des Aktienrechts.⁴⁶

Beide Gesellschaften können in ihren Statuten die Schaffung von Genussscheinen vorsehen.⁴⁷ Da diese keinen Nennwert haben,⁴⁸ sind sie nicht Teil des Grundkapitals.

³⁵ Art. 621 Abs. 1 OR. Bemerkenswert ist, dass der Terminus „Aktienkapital“ im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 aus der Begriffsdefinition der Aktiengesellschaft gestrichen wurde (vgl. Art. 620 Abs. 1 aOR), während das Stammkapital bei der GmbH weiterhin als Begriffselement aufgeführt wird (vgl. Art. 772 Abs. 1 OR).

³⁶ Art. 772 Abs. 1 OR.

³⁷ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 7 Rn. 39.

³⁸ Botschaft GmbH 2001 (Fn. 23), S. 3249.

³⁹ BGE 140 III 206 E. 3.4.2 (*obiter dictum*).

⁴⁰ Art. 621 OR.

⁴¹ Art. 773 Abs. 1 OR.

⁴² Art. 777c Abs. 1 OR.

⁴³ Art. 632 OR.

⁴⁴ Art. 773 aOR sah bis zum Jahre 2007 eine Obergrenze von 2.000.000 CHF für das Stammkapital vor; vgl. oben I.

⁴⁵ Art. 621 Abs. 2 OR und Art. 773 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 45a/Anhang 3 HRegV.

⁴⁶ Art. 773 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Art. 657 OR und Art. 774a OR.

⁴⁸ Art. 657 Abs. 3 OR.

3. Anteile

Das Nominalkapital entspricht der Summe der Nominalwerte der ausgegebenen Anteile. Seit der Aktienrechtsrevision 2020 muss der Nominalwert sowohl bei Aktien als auch bei Stammanteilen nur noch größer null sein.⁴⁹ Bis dahin war der Mindestbetrag bei Aktien 1 Rappen und bei Stammanteilen 100 CHF.⁵⁰ Deshalb dürfte die neue Regelung vor allem bei der GmbH zu einer merklichen Flexibilisierung führen.⁵¹

Die Aktien werden entweder als Namenaktien oder, ausnahmsweise, als Inhaberaktien ausgestaltet.⁵² Die Stammanteile lauten hingegen immer auf den Namen.⁵³

Aktien können als Wertrechte, als Wertpapiere, Bucheffekten oder Registerwertrechte ausgestaltet werden. Werden sie in einem Wertpapier verurkundet, dann handelt es sich für Namenaktien entweder um Ordre- oder Namenpapiere und für Inhaberaktien um Inhaberpapiere.⁵⁴

Obwohl es zulässig ist, Stammanteile in einem Namenpapier zu verurkunden,⁵⁵ werden sie meistens nicht in einem Wertpapier verkörpert,⁵⁶ sondern nur in einer Beweisurkunde dokumentiert.⁵⁷ Umstritten ist, ob Stammanteile als Bucheffekten ausgegeben werden können.⁵⁸

4. Kapitalaufbringung und -schutz

Die Vorschriften zur Leistung der Einlagen durch die Gesellschafter sind bei der AG und GmbH identisch, denn das GmbH-Recht verweist diesbezüglich auf die Bestimmungen des Aktienrechts.⁵⁹ Dies bedeutet, dass die Einlagen entweder in bar, durch Sacheinlage oder durch Verrechnung liberiert werden können. Zudem können bei einer Kapitalerhöhung die Einlagen auch aus dem freien Eigenkapital der Gesellschaft liberiert werden.⁶⁰

⁴⁹ Art. 622 Abs. 4 OR und Art. 774 Abs. 2 OR.

⁵⁰ Art. 622 Abs. 4 aOR und Art. 774 Abs. 2 aOR.

⁵¹ Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 13.

⁵² Art. 622 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} OR.

⁵³ Vgl. Art. 784 Abs. 1 OR.

⁵⁴ *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, 3. Aufl. 2018, § 19 Rn. 1016. Die Ausgabe von Inhaberaktien ist nur noch eingeschränkt zulässig; vgl. Art. 622 Abs. 1^{bis} OR sowie die Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21.6.2019.

⁵⁵ Art. 784 Abs. 1 OR. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 22.

⁵⁶ Gewisse Banken verlangen bei einer Verpfändung von Stammanteilen, dass diese in einem Namenpapier verurkundet sind.

⁵⁷ Gewisse Banken verlangen die Verurkundung als Namenpapier, wenn Stammanteile verpfändet werden.

⁵⁸ Vgl. *Bärtschi*, in: *Honsell/Vogt/Watter*, Basler Kommentar Wertpapierrecht, 2012, Art. 6 N. 103.

⁵⁹ Art. 777c OR.

⁶⁰ Art. 652d OR und Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR.

Der Kapitalschutz ist bei der AG und GmbH gleich ausgestaltet.⁶¹ Dies betrifft das Verbot der Einlagenrückgewähr,⁶² die Pflicht zur Bildung von Reserven,⁶³ den Schutz und die Verwendung der Reserven,⁶⁴ die Rückforderung unrechtmäßig ausbezahlter Leistungen⁶⁵ sowie die Handlungspflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung.⁶⁶ Damit sind die beiden Gesellschaftsformen unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes identisch, insbesondere auch im Hinblick auf sog. Upstream- und Cross-stream-Leistungen.⁶⁷

5. Kapitalveränderungen

a) Kapitalerhöhung

Bei beiden Gesellschaften kann das Grundkapital mittels ordentlicher Kapitalerhöhung erhöht werden. Der dazu erforderliche Generalversammlungsbeschluss bedarf bei der AG nur dann eines qualifizierten Quorums, wenn die Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre eingeschränkt oder aufgehoben oder die Einlagen nicht in Geld geleistet werden.⁶⁸ Demgegenüber muss die Gesellschafterversammlung der GmbH jede Kapitalerhöhung mittels qualifizierten Quorums beschließen.⁶⁹ Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen an das qualifizierte Quorum bei der GmbH höher sind als bei der AG.⁷⁰

Wird eine Kapitalerhöhung durchgeführt, dann ist weiter zu beachten, dass die Stammanteile gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nicht öffentlich zur Zeichnung angeboten werden dürfen.⁷¹ Da die GmbH-Anteile auch nicht als Effekten qualifizieren,⁷² unterliegt die GmbH keiner Prospektpflicht.⁷³

⁶¹ Art. 783 Abs. 1 OR; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 1 Rn. 22.

⁶² Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 793 Abs. 2 OR.

⁶³ Art. 801 OR.

⁶⁴ Art. 798 OR.

⁶⁵ Art. 800 OR.

⁶⁶ Art. 820 OR.

⁶⁷ Vgl. *Glanzmann*, in: Vogel, Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts, S. 11.

⁶⁸ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR.

⁶⁹ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

⁷⁰ Vgl. unten VI. 1. c).

⁷¹ Art. 781 Abs. 3 Satz 4 OR;

⁷² *Amadò/Molo*, in: Amadò/Molo, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Praxiskommentar, 2023, Art. 3 N. 5; *Bahar/Weber*, in: Bahar/Watter, Basler Kommentar Finanzdienstleistungsgesetz/Finanzinstitutsgesetz, 2023, Art. 3 lit. a Ziff. 1, 2 FIDLEG N. 5.

⁷³ Gl. M. zum Recht vor dem Inkrafttreten des FIDLEG: *Botschaft GmbH 2001* (Fn. 23), S. 3225; *Trautmann*, Die qualifizierte Kapitalerhöhung, Diss. Zürich 2016, S. 186; *Trüb/Bhend*, in: Roberto/Trüb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – GmbH, Genossenschaft, Handelsregister, Wertpapiere – Bucheffektengesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 827 N. 1. A. M. zum Recht vor dem Inkrafttreten des FIDLEG: *Gericke/Waller*, in: Watter/Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 827 N. 3.

Das Aktienkapital, nicht aber das Stammkapital, kann auch gestützt auf ein Kapitalband oder ein bedingtes Kapital erhöht werden. In beiden Fällen schafft die Generalversammlung mittels qualifizierten Mehrs eine entsprechende statutarische Grundlage. Mit einem Kapitalband wird der Verwaltungsrat ermächtigt, das Aktienkapital während einer Dauer von längstens fünf Jahren um maximal die Hälfte zu erhöhen.⁷⁴ Das bedingte Kapital ist die Grundlage, auf welcher der Verwaltungsrat Aktionären, gewissen Gläubigern, Arbeitnehmern oder Mitgliedern des Verwaltungsrats oder Dritten Options- oder Wandelrechte ausgeben kann, wobei sich das Aktienkapital bei Ausübung dieser Options- oder Wandelrechte und Erfüllung der Einlagepflicht ohne Weiteres erhöht.⁷⁵ Sowohl ein Kapitalband als auch ein bedingtes Kapital geben der AG relativ viel Flexibilität bezüglich der Erhöhung ihres Aktienkapitals.

Dass die GmbH jede Kapitalerhöhung mittels qualifizierten Quorums beschließen muss und kein Kapitalband einführen kann, verringert die Flexibilität der Kapitalbeschaffung insbesondere bei Gesellschaften, die nicht nur von einem Gesellschafter gehalten werden. Doch selbst Gesellschaften mit nur einem Gesellschafter könnten z. B. das Bedürfnis haben, eine Wandelobligation auszugeben; auch dies ist ihnen verwehrt, weil die GmbH kein bedingtes Kapital⁷⁶ haben kann. Damit weist die GmbH wesentlich weniger Flexibilität in der Finanzierung auf als eine AG. Somit ist auch nicht erstaunlich, dass Gesellschaften in einer Wachstumsphase früher oder später meistens in eine AG umgewandelt werden.⁷⁷

b) Kapitalherabsetzung

Sowohl die AG als auch die GmbH können ihr Kapital grundsätzlich mittels einer ordentlichen Kapitalherabsetzung reduzieren. Das Herabsetzungsverfahren ist bei beiden Gesellschaften gleich geregelt.⁷⁸

Die AG hat zusätzlich die Möglichkeit, das Aktienkapital im Rahmen eines Kapitalbands herabzusetzen.⁷⁹ Dieses Verfahren folgt weitgehend den Vorschriften der ordentlichen Kapitalherabsetzung, namentlich bezüglich des Gläubigerschutzes.⁸⁰ Der GmbH steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, da sie kein Kapitalband schaffen kann.

Nebst der ordentlichen Kapitalherabsetzung können sowohl die AG als auch die GmbH ihr Kapital in einem erleichterten Verfahren zum Zwecke der Beseiti-

⁷⁴ Betreffend die Möglichkeit einer Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbandes vgl. unten IV.5.b).

⁷⁵ Art. 653 Abs. 2 OR.

⁷⁶ Art. 653–653i OR.

⁷⁷ Vgl. *Forstmoser*, in: Böckli/Forstmoser, *Das neue schweizerische GmbH-Recht*, 2006, Fn. 162.

⁷⁸ Art. 782 OR.

⁷⁹ Dies gilt nicht für Gesellschaften, die auf die eingeschränkte Revision verzichten; vgl. Art. 653s Abs. 4 OR.

⁸⁰ Vgl. Art. 653u OR.

gung einer Unterbilanz herabsetzen, d. h. eine sog. deklaratorische Kapitalherabsetzung durchführen.⁸¹ Bei der GmbH ist zu beachten, dass mit der Herabsetzung des Stammkapitals unter Umständen auch eine etwaige Nachschusspflicht reduziert wird, da diese das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils nicht übersteigen darf.⁸² Deshalb ist bei der GmbH eine deklaratorische Kapitalherabsetzung nur zulässig, wenn die Gesellschafter etwaigen statutarischen Nachschusspflichten voll nachgekommen sind.⁸³ Diese Anforderung ist überdehnt, weil die Leistung desjenigen Betrags genügen würde, um den die Nachschusspflicht durch die Kapitalherabsetzung reduziert wird.⁸⁴

V. Gesellschafter

1. Wechsel im Kreis der Gesellschafter

a) Beitritt neuer Gesellschafter

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH ist nach der Gründung ein originärer und ein derivativer Erwerb der Gesellschafterstellung möglich.

Beim originären Erwerb, d. h. dem Erwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung, unterscheiden sich die beiden Gesellschaften kaum: Neue Gesellschafter können durch Ausübung von Bezugsrechten in die Gesellschaft eintreten. Die Bezugsrechte können sie erwerben, wenn entweder das Bezugsrecht der bisherigen Gesellschafter eingeschränkt oder entzogen wird, bisherige Gesellschafter ihre Bezugsrechte übertragen⁸⁵ oder der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer nicht ausgeübte Bezugsrechte zuweisen.

Der Entzug bzw. die Einschränkung des Bezugsrechts bedarf sowohl bei der AG als auch bei der GmbH eines wichtigen Grundes, der im Beschluss der Generalversammlung genannt sein muss.⁸⁶ Ein derartiger Beschluss bedarf bei beiden Gesellschaften eines qualifizierten Quorums.⁸⁷

Die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte müssen im Kapitalerhöhungsbeschluss geregelt werden.⁸⁸ Umstritten ist, ob die Übertragung von Bezugsrechten den Vinkulierungsbestimmungen unterworfen werden kann.⁸⁹ Immerhin scheint sich die Lehre einig zu sein, dass, falls eine

⁸¹ Art. 653p OR und Art. 782 Abs. 3 OR.

⁸² Art. 795 Abs. 2 OR; vgl. unten V.3.c).

⁸³ Art. 782 Abs. 3 OR.

⁸⁴ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 17.

⁸⁵ In der Literatur wird dieser Fall auch als derivativer Erwerb betrachtet; vgl. *Zindel/Isler*, in: *Watter/Vögt, Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl. 2016, Art. 652b N. 27.

⁸⁶ Art. 652b Abs. 2 OR bzw. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 OR.

⁸⁷ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6 OR.

⁸⁸ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 10 OR. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es sich dabei um einen derivativen Erwerb handle; vgl. *Zindel/Isler* (Fn. 85), Art. 650 N. 30f.

⁸⁹ *Böckli, Aktienrecht*, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 109; *Zindel/Isler* (Fn. 85), Art. 650 N. 31.

Vinkulierung der Übertragung nicht möglich ist, zumindest die Ausübung der Bezugsrechte durch einen Erwerber aufgrund der Vinkulierungsbestimmungen unterbunden werden kann. Dabei wirken sich die unterschiedlichen Vinkulierungssysteme der beiden Gesellschaftsformen auch hier aus.⁹⁰

Ebenfalls unklar ist, ob es bei der AG zulässig ist, die Übertragung der Bezugsrechte im Kapitalerhöhungsbeschluss gänzlich auszuschließen.⁹¹ Bei einer GmbH ist dies zulässig.⁹²

Schließlich besteht sowohl bei der AG als auch der GmbH die Möglichkeit, dass nicht ausgeübte Bezugsrechte durch den Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer frei zugeteilt werden.⁹³ Damit können neue Gesellschafter nach Ermessen des obersten Leitungsorgans in die Gesellschaft aufgenommen werden. Die entsprechenden Vorgaben müssen im Beschluss der Generalversammlung enthalten sein,⁹⁴ der bei der AG mit einfachem Mehr und bei der GmbH mit qualifiziertem Quorum zu ergehen hat.

b) Übertragung der Gesellschafterstellung

(1) Bei der AG

Bei der AG ist die Übertragung der Gesellschafterstellung vom Grundsatz her jederzeit möglich. Dies ist ein typisches Wesensmerkmal der Kapitalgesellschaft.⁹⁵ Allerdings bilden in der Praxis Gesellschaften, die diesem Grundsatz treu bleiben, die Ausnahme, denn die freie Übertragbarkeit von Namenaktien kann durch eine sog. Vinkulierung eingeschränkt werden.⁹⁶ Zudem sind Inhaberaktien, die nicht vinkuliert werden können, kaum mehr zulässig.

Die Vinkulierung bedarf einer statutarischen Grundlage, die mittels qualifizierten Quorums beschlossen werden muss.⁹⁷ Die Übertragung kann aber nicht beliebig erschwert werden.⁹⁸ Ein Erwerber kann bei nicht börsenkotierten Na-

⁹⁰ Vgl. dazu unten V. 1. b).

⁹¹ Bejahend *Ott*, Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss. Zürich 1962, S. 153; *Meyer*, Der Verwässerungsschutz bei der aktienrechtlichen Kapitalerhöhung, Diss. Zürich 2021, § 3 N. 458. Ablehnend: *Rosset*, Du droit préférentiel de souscription à de nouvelles actions, in: Recueil de travaux offert à la Société Suisse des Juristes à l'occasion de sa 80ème Assemblée générale, 1946. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2012 vom 2.10.2012, Sachverhalt A.c. und E. 4 (Frage mangels genügender Rüge offengelassen, aber Feststellung, dass der Beschluss der Generalversammlung nicht nichtig sei).

⁹² *Germain*, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015, N. 1747 und 1538 f. Vgl. *Maag/Jörg*, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2018, § 88.72.

⁹³ *Böckli* (Fn. 89), § 2 Rn. 13; *Maag/Jörg* (Fn. 92) § 88.67.

⁹⁴ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 OR und Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 OR.

⁹⁵ *Böckli* (Fn. 89), § 1 Rn. 16.

⁹⁶ Art. 685a Abs. 1 OR.

⁹⁷ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁹⁸ Art. 685b Abs. 7 OR.

menaktien nur gestützt auf einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund,⁹⁹ die *Escape Clause*,¹⁰⁰ eine Prozentklausel¹⁰¹ oder eine Treuhandklausel¹⁰² abgelehnt werden.¹⁰³ Zudem sind teilliberierte Namenaktien von Gesetzes wegen vinkuliert.¹⁰⁴

Bei der AG entscheidet in der Regel der Verwaltungsrat über die Genehmigung einer Übertragung. Allerdings könnte diese Kompetenz auch der Generalversammlung übertragen werden, denn es handelt sich hierbei nicht um eine unentziehbare oder unübertragbare Aufgabe.¹⁰⁵

Wird die Genehmigung der Übertragung verweigert, dann verbleiben das Eigentum an nicht börsenkotierten Namenaktien und alle damit verbundenen Rechte beim Veräußerer.¹⁰⁶ Bei einer Übertragung durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung¹⁰⁷ kommt es zu einer Spaltung zwischen Vermögens- und Mitwirkungsrechten: Die Vermögensrechte gehen sogleich, die Mitwirkungsrechte erst mit Genehmigung auf den Erwerber über.¹⁰⁸ Die Genehmigung kann in diesem Fall aber nur verweigert werden, wenn die Gesellschaft dem Erwerber anbietet, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen.¹⁰⁹

⁹⁹ Art. 685b Abs. 1 OR. Vgl. *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 210–231; *von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, § 12 N. 348–355 m. w. H.

¹⁰⁰ Art. 685b Abs. 1 und 4 OR. Bei der *Escape Clause* kann die Gesellschaft die Übertragung ablehnen, sofern sie anbietet, die zur Veräußerung stehenden Aktien zu ihrem wirklichen Wert zu übernehmen; vgl. BGE 145 III 351 E. 2; *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 145–209 m. w. H.

¹⁰¹ Art. 685b Abs. 2 i. V. m. Art. 685d Abs. 1 OR. *Von der Crone* (Fn. 99), § 12 N. 353.

¹⁰² Art. 685b Abs. 3 OR. Bei der Treuhandklausel kann die Gesellschaft einen Erwerber ablehnen, wenn dieser nicht ausdrücklich erklärt, dass er „die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben hat“. Neben dieser klassischen Erklärung sieht das neue Aktienrecht bei börsenkotierten Gesellschaften als Ablehnungsgrund vor, dass „keine Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien besteht und dass er [der Erwerber] das mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko trägt“ (Art. 685d Abs. 2 OR). Vgl. *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 84–95 m. w. H.

¹⁰³ Bei börsenkotierten Gesellschaften kann ein Erwerber nur abgelehnt werden, wenn die Statuten eine prozentmäßige Begrenzung vorsehen, oder wenn der Erwerber nicht erklärt, dass er die Aktien in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erworben hat, dass keine Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien besteht und dass er das mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko trägt (Art. 685d OR).

¹⁰⁴ Art. 685 Abs. 1 OR. Vgl. dazu *Glanzmann*, SJZ 20/2019, S. 612 f.

¹⁰⁵ *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 20/238 m. w. H.

¹⁰⁶ Art. 685c Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ Gemäß h. L. fallen auch noch weitere Formen der Übertragung mittels Universalsukzession in diese Kategorie, wie z. B. bei einer Fusion; vgl. *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 235; *du Pasquier/Wolf/Oertle*, in: *Watter/Vogt*, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 685b N. 9a.

¹⁰⁸ Art. 685c Abs. 2 OR. Korrekter wäre die Regelung des GmbH-Rechts, wonach die Mitwirkungsrechte erst nach der Genehmigung ausgeübt werden können; vgl. Art. 788 Abs. 2 OR.

¹⁰⁹ Art. 698b Abs. 4 OR.

(2) Bei der GmbH

Die Regelung der Übertragung von Stammanteilen ist diametral anders als jene von Namenaktien.¹¹⁰ Vorab ist zu beachten, dass der Abtretungsvertrag dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten enthalten muss wie ein Zeichnungsschein, d. h., er muss einen Mindestinhalt aufweisen.¹¹¹ Es ist umstritten, welche Rechtsfolge die Nichteinhaltung dieser Bestimmung nach sich zieht.¹¹² Weiter bedarf die Übertragung von Stammanteilen grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dabei handelt es sich um eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹¹³ Der Zustimmungsbeschluss bedarf eines qualifizierten Quorums, wobei der Veräußerer mitstimmen darf.¹¹⁴ Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern.¹¹⁵ Statutarisch kann die Übertragungsbeschränkung in beide Richtungen bis ins Extreme modifiziert werden, wobei eine entsprechende Statutenänderung wiederum mit qualifiziertem Mehr zu beschließen ist.¹¹⁶ Es kann einerseits auf das Zustimmungserfordernis ganz verzichtet oder andererseits eine Abtretung völlig ausgeschlossen werden.¹¹⁷ Daneben können die Statuten auch bestimmte Gründe festlegen, welche die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung rechtfertigen. Als solcher Grund gilt insbesondere, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.¹¹⁸ Schließlich gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, die Übertragung gestützt auf die *Escape Clause* oder die Treuhandklausel zu unterbinden.¹¹⁹

Anders als der ebenfalls erforderliche Eintrag im Handelsregister hat der Beschluss über die Genehmigung auch bei der GmbH konstitutive Wirkung, d. h., die Abtretung wird erst mit Erteilung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung wirksam.¹²⁰ Sofern Stammanteile durch Erbgang, Erbteilung, eheliches

¹¹⁰ Glanzmann (Fn. 30), S. 261.

¹¹¹ Art. 785 Abs. 2 OR.

¹¹² Für Nichtigkeit der Abtretung wegen Formmangels: Böckli/Forstmoser/Rapp (Fn. 24), S. 86; du Pasquier/Wolf/Oertle (Fn. 107), Art. 785 N. 4; Handschin/Truniger, Die GmbH, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 37. Für Gültigkeit des Abtretungsvertrags Küng/Camp, GmbH Recht Kommentar, 2006, Art. 785 N. 4; so auch Schenker/Meyer, in: Watter/Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 777b N. 3 bei der Zeichnung.

¹¹³ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

¹¹⁴ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

¹¹⁵ Art. 786 Abs. 1 Satz 1 OR. Vgl. Jörg/Arter (Fn. 24), S. 143–146.

¹¹⁶ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹¹⁷ Böckli/Forstmoser/Rapp (Fn. 24), S. 87; Glanzmann (Fn. 30), S. 261; Handschin/Truniger (Fn. 112), § 15 Rn. 46 f; Jörg/Arter (Fn. 24), S. 144.

¹¹⁸ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 5 OR, sog. „Bonitätsvinkulierung“. Vgl. Böckli/Forstmoser/Rapp (Fn. 24), S. 86; Küng/Camp (Fn. 112), Art. 786 N. 14.

¹¹⁹ Glanzmann (Fn. 30), S. 262; Küng/Camp (Fn. 112), Art. 786 N. 12.

¹²⁰ Art. 787 Abs. 1 OR; vgl. zur Eintragungspflicht Art. 791 OR sowie du Pasquier/Wolf/Oertle (Fn. 107), Art. 791 N. 6.

Güterrecht oder Zwangsvollstreckung übertragen werden,¹²¹ kommt es ebenfalls zu einer Spaltung zwischen Vermögens- und Mitwirkungsrechten: Letztere können erst nach Anerkennung durch die Gesellschafterversammlung ausgeübt werden.¹²² Auch in diesem Fall kann die Anerkennung nur verweigert werden, wenn die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet.¹²³

(3) *Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte*

Anders als bei der AG können die Statuten der GmbH Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte an Stammanteilen zugunsten der übrigen Gesellschafter oder der Gesellschaft begründen.¹²⁴ Sofern die Gesellschaft diese Rechte selber ausüben möchte, fällt der Entscheid darüber in die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹²⁵

Die statutarische Verankerung von Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechten bewirkt, dass solche Rechte nicht nur zwischen den Parteien eines Gesellschaftervertrages, sondern gegenüber allen Gesellschaftern und der Gesellschaft selbst gelten. Damit liegt bei einer Missachtung solcher Rechte nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern eine Statutenverletzung vor, und ein Gesellschafterbeschluss, der einer Übertragung dennoch zustimmt, ist anfechtbar.¹²⁶

c) *Austritt*

(1) *Bei der AG*

Bei der AG ist es aufgrund des Systems der festen Mitgliedschaftsstellen grundsätzlich nicht möglich, dass ein Aktionär gegen den Willen der Gesellschaft aus der Gesellschaft austritt.¹²⁷ Als *ultima ratio*¹²⁸ kann er lediglich auf Auflösung der Gesellschaft klagen, wobei dies kein Individual-, sondern ein Minderheitsrecht ist.¹²⁹ Im Rahmen dieser Auflösungsklage kann der Richter auf Ausscheiden des Gesellschafters erkennen, wenn dies im konkreten Fall „eine andere sachgemäße

¹²¹ Vgl. auch den Hinweis in Fn. 107.

¹²² Art. 788 Abs. 2 OR.

¹²³ Art. 788 Abs. 3 OR.

¹²⁴ Vgl. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 2 aOR, der im Rahmen der Aktienrechtsrevision gestrichen worden ist, bzw. Art. 777a Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

¹²⁵ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

¹²⁶ Böckli (Fn. 89), § 5 Rn. 175, Germann (Fn. 92), N. 1748–1750; Glanzmann (Fn. 30), S. 262; Rhode/Berger, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, S. 95.

¹²⁷ Glanzmann (Fn. 30), S. 262.

¹²⁸ So explizit etwa BGE 105 II 114 E. 6c); 126 III 266 E. 2a); 136 III 278 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_164/2011 vom 10.11.2011 E. 3.2 jeweils m. w. H.

¹²⁹ Art. 736 Ziff. 4 OR, wonach das Klagerecht Aktionären zusteht, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten.

und den Beteiligten zumutbare Lösung¹³⁰ darstellt.¹³¹ Sollte die Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage die Aktien des austretenden Aktionärs selber erwerben, müsste sie über frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts verfügen und dürfte nicht mehr als 20 % des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erwerben.¹³²

Ein Ausscheiden mit Zustimmung der Gesellschaft ist möglich, wenn die Gesellschaft die betreffenden Aktien erwirbt oder eine asymmetrische Kapitalherabsetzung durchführt.¹³³ Der Erwerb von Aktien durch die Gesellschaft liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrats. Er ist aber nur zulässig, wenn die Gesellschaft über freies Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswertes verfügt und die eigenen Aktien die Schwelle von 10 % des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen.¹³⁴ Die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Schwellenwerte ist umstritten.¹³⁵

Schließlich kann im Rahmen einer Fusion den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft das Recht auf Abfindung eingeräumt werden.¹³⁶ Bei einer 90%igen Mutter-Tochter-Fusion muss den Minderheitsgesellschaftern dieses Abfindungsrecht zwingend gewährt werden.¹³⁷

(2) Bei der GmbH

Die Gesellschafter einer GmbH haben ebenfalls die Möglichkeit, infolge eines freiwilligen Erwerbs eigener Stammanteile durch die Gesellschaft¹³⁸, einer asymmetrischen Kapitalherabsetzung¹³⁹ oder einer fusionsgesetzlichen Abfindung¹⁴⁰ aus der Gesellschaft auszuschneiden. Anders als bei der AG liegt der freiwillige Erwerb von Stammanteilen nicht in der Kompetenz der Geschäftsführer, sondern

¹³⁰ Art. 736 Abs. 2 OR.

¹³¹ Vgl. dazu *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 4 N. 109 f. Ausführlich insbes. *Habegger*, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996, § 12.

¹³² Art. 659 Abs. 3 Satz 1 OR. Die über 10 % hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräußern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten; Art. 659 Abs. 3 Satz 2 OR.

¹³³ Dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 44 N. 68 und § 53 N. 22.

¹³⁴ Art. 659 OR.

¹³⁵ Vgl. BGE 147 III 505; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 8 Rn. 92; *Guidoum*, GesKR 4/2022, S. 514 f.; *Fischer*, AJP 10/2021, S. 1297 f.

¹³⁶ Art. 8 Abs. 1 FusG.

¹³⁷ Art. 23 Abs. 2 Bst. a FusG. Vgl. *Glanzmann*, Umstrukturierungen, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 110.

¹³⁸ Art. 783 OR.

¹³⁹ Siehe etwa *Siffert/Fischer/Petrin*, Stämpflis Handkommentar GmbH-Recht, Art. 822 N. 8.

¹⁴⁰ Art. 8 Abs. 1 FusG. Das Fusionsgesetz gilt selbstredend auch im Kontext der GmbH (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Bst. c FusG).

er bedarf eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung,¹⁴¹ bei dem der übertragende Gesellschafter kein Stimmrecht hat.¹⁴² Ansonsten gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der AG.¹⁴³

Daneben, und anders als bei der AG, gibt es bei der GmbH auch unilaterale Austrittsrechte. Einerseits hat jeder Gesellschafter ein gesetzliches Austrittsrecht, wonach er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus der Gesellschaft klagen kann.¹⁴⁴ Andererseits können die Statuten den Gesellschaftern unter bestimmten Bedingungen ein Recht auf Austritt einräumen.¹⁴⁵

Ein Austritt wird in der Regel vollzogen, indem die Gesellschaft die Anteile des austretenden Gesellschafters erwirbt.¹⁴⁶ Allerdings darf die Gesellschaft sowohl bei einem Austritt aus wichtigem Grund als auch bei einem statutarischen Austritt Anteilscheine nur bis zur Höchstgrenze von 35 % des Stammkapitals erwerben.¹⁴⁷ Dies bedeutet, dass Gesellschafter mit über 35 % des Stammkapitals ihr Austrittsrecht nicht geltend machen können, sofern nicht ein Dritter den die 35 % überschießenden Teil der Stammanteile übernimmt.¹⁴⁸

Grundsätzlich hat der unilateral austretende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Anteile entspricht.¹⁴⁹ Für das Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen.¹⁵⁰

Die Abfindungsforderung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit die Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital verfügt, die Stammanteile der ausscheidenden Person veräußern kann oder ihr Stammkapital unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften herabsetzen darf.¹⁵¹ Für den nicht ausbezahlten Teil der Abfindung hat der austretende Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung gegen die Gesellschaft, die erst fällig wird, wenn die Gesellschaft wieder über freies Eigenkapital verfügt.¹⁵² Solange die Abfindung nicht vollständig ausbezahlt ist, können die ausgeschiedenen Gesellschafter verlangen, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle bezeichnet und die Jahresrechnung ordent-

¹⁴¹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR. Zum erforderlichen Quorum vgl. unten Fn. 283.

¹⁴² Art. 806a Abs. 2 OR.

¹⁴³ Art. 783 Abs. 1 OR.

¹⁴⁴ Art. 822 Abs. 1 OR. Siehe im Einzelnen statt vieler *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 15 N. 10f.

¹⁴⁵ Art. 822 Abs. 2 OR.

¹⁴⁶ *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 5 Rn. 27.

¹⁴⁷ Art. 783 Abs. 2 OR.

¹⁴⁸ Vgl. dazu BGE 147 III 505 E. 6.2.

¹⁴⁹ Art. 825 Abs. 1 OR.

¹⁵⁰ Art. 825 Abs. 2 OR.

¹⁵¹ Art. 825a Abs. 1 OR. *Ganz*, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2018, § 63.64; *Glanzmann* (Fn. 30), S. 263.

¹⁵² Art. 825a Abs. 3 OR.

lich revidieren lässt.¹⁵³ Trotz dieser Vorschrift hat die Gesellschaft wohl die Möglichkeit, den Eintritt der Fälligkeit der Abfindungsforderung zu verzögern.

Wenn mehrere Gesellschafter nacheinander aus der Gesellschaft austreten, besteht das Risiko, dass einzelnen Gesellschaftern ihre Abfindung bezahlt würde, während den nachfolgenden Gesellschaftern nur noch eine unverzinsliche nachrangige Forderung verbliebe.¹⁵⁴ Um diese Ungleichbehandlung zu vermeiden, müssen die Geschäftsführer sämtliche übrigen Gesellschafter unverzüglich benachrichtigen, wenn ein Gesellschafter eine Klage auf Austritt aus wichtigem Grund einreicht oder seinen Austritt gestützt auf ein statutarisches Austrittsrecht erklärt.¹⁵⁵ Sämtliche Gesellschafter, die innerhalb von drei Monaten nach Zugang dieser Mitteilung ebenfalls auf Austritt aus wichtigem Grund klagen oder ein statutarisches Austrittsrecht ausüben, sind dann gleich zu behandeln.¹⁵⁶

d) Ausschluss

(1) Bei der AG

Das Pendant zum Austrittsrecht des Gesellschafters ist der Ausschluss durch die Gesellschaft. Auch diese Möglichkeit besteht bei der AG grundsätzlich nicht.¹⁵⁷ Der Ausschluss eines Aktionärs ist nur in ganz spezifischen Fällen zulässig,¹⁵⁸ nämlich im Rahmen eines Kaduzierungsverfahrens, wenn er den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht rechtzeitig einbezahlt hat,¹⁵⁹ oder mittels einer sog. *Squeeze-out-Fusion*.¹⁶⁰ Bei einer börsenkotierten Gesellschaft kann zudem im Nachgang zu einem öffentlichen Kaufangebot der Anbieter vom Gericht die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere verlangen, wenn er über mehr als 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt.¹⁶¹ In besonderen Konstellationen ist diese Bestimmung auch auf nicht kotierte Gesellschaften anwendbar.¹⁶²

¹⁵³ Art. 825a Abs. 4 OR.

¹⁵⁴ Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁵⁵ Art. 822a Abs. 1 OR. Die Bestimmung dient damit dem Schutz des Gleichbehandlungsprinzips. Dazu statt vieler *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, 2007, Art. 822a N. 1 und ferner *Kaufmann*, in: Zindel/Peyer/Schott, Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, 2008, S. 272.

¹⁵⁶ Art. 822a Abs. 2 Satz 1 OR.

¹⁵⁷ Statt vieler *Kunz* (Fn. 131), § 1 N. 258 und § 1 N. 271.

¹⁵⁸ In diesem Sinn statt vieler *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 133), § 44 N. 53 m. w. H. Ausführlich zum Ganzen *Sanwald*, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009, insbes. Kapitel 12 bis 15.

¹⁵⁹ Art. 681 Abs. 2 OR.

¹⁶⁰ Art. 8 Abs. 2 FusG.

¹⁶¹ Art. 137 Abs. 1 FinfraG.

¹⁶² *Baeckert*, Die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere gemäß Art. 137 FinfraG, Diss. Zürich 2021, N. 77–87.

(2) *Bei der GmbH*

Bei der GmbH ist die Möglichkeit eines Ausschlusses aufgrund eines Kaduzierungsverfahrens nicht notwendig, weil die Stammanteile immer voll liberiert sein müssen.¹⁶³ Das Gleiche gilt für den börsengesetzlichen Squeeze-out, da Stammanteile nach herrschender Praxis nicht kotiert werden können.¹⁶⁴ Hingegen gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im Rahmen einer *Squeeze-out-Fusion* auszuschließen.¹⁶⁵

Daneben bestehen bei der GmbH aber noch weitere Ausschlussmöglichkeiten: Einerseits hat jede Gesellschaft das Recht, beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters zu klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.¹⁶⁶ Andererseits ist es möglich, dass die Statuten Gründe enthalten, die einen Ausschluss durch die Gesellschaft erlauben.¹⁶⁷ Nach der hier vertretenen Meinung müssen in diesem Fall die Ausschlussgründe generell abstrakt in den Statuten genannt werden; unzulässig wäre eine Bestimmung, dass die Gesellschafterversammlung mit Mehrheitsbeschluss über den Ausschluss beschließen kann.¹⁶⁸

Sowohl die Beschlussfassung über die Anhebung einer Klage auf Ausschluss als auch der Beschluss über einen Ausschluss gestützt auf die Statuten fällt in die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹⁶⁹ In beiden Fällen bedürfen die Beschlüsse eines qualifizierten Mehrs,¹⁷⁰ wobei der betroffene Gesellschafter mitstimmen darf.¹⁷¹

Bei einem Ausschluss durch die Gesellschaft hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht.¹⁷² Bemerkenswerterweise ist die Auszahlung der Abfindung gleich geregelt wie beim Austritt des Gesellschafters.¹⁷³ Damit kann die Situati-

¹⁶³ Art. 777c Abs. 1 OR. Dazu auch *Sanwald* (Fn. 158), S. 413 m. w. H.

¹⁶⁴ Für die fehlende Kapitalmarktfähigkeit statt vieler *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 5 N. 13; *Zindel/Isler* (Fn. 85), Art. 781 N. 4.

¹⁶⁵ Art. 8 Abs. 2 FusG.

¹⁶⁶ Art. 823 Abs. 1 OR. Zu möglichen wichtigen Gründen statt vieler *Sanwald* (Fn. 158), S. 388–392.

¹⁶⁷ Art. 823 Abs. 2 OR.

¹⁶⁸ *Sanwald* (Fn. 158), S. 386; *Ganz* (Fn. 151), § 63.44.

¹⁶⁹ Art. 823 Abs. 1 und 2 OR i. V. m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und 15 OR.

¹⁷⁰ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 und 9 OR.

¹⁷¹ Art. 806a OR *e contrario*. So auch die h. L.: Siehe für die Klage etwa *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 28 N. 47–54; *Kaufmann* (Fn. 155), S. 274; *Nussbaum/Sanwald/Scheiddegger* (Fn. 155), Art. 823 N. 4; *Sanwald* (Fn. 158), S. 385; *Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 139), Art. 823 N. 3. Für den Ausschluss aufgrund statutarischer Grundlage *Nussbaum/Sanwald/Scheiddegger* (Fn. 155), Art. 823 N. 11; *Kaufmann* (Fn. 155), S. 275; *Sanwald* (Fn. 158), S. 397.

¹⁷² Art. 825 Abs. 1 OR. Eine abweichende Festlegung der Abfindung durch die Statuten gemäß Art. 825 Abs. 2 OR ist vorliegend nicht möglich, da diese lediglich das freiwillige Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts betrifft. Hierzu statt vieler *Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 139), Art. 825 N. 3.

¹⁷³ Vgl. dazu oben V. 1. c)(1).

on eintreten, dass ein Gesellschafter zwar ausgeschlossen wird, aber keine Zahlung, sondern nur eine unverzinsliche, nachrangige Forderung gegenüber der Gesellschaft erhält.¹⁷⁴ Auch ist es möglich, dass die Gesellschaft die Stammanteile nicht zurückkaufen darf, weil sie andernfalls die Grenze von 35 % eigener Stammanteile überschreiten würde. Diese Konstellation kann insbesondere dann eintreten, wenn die Gesellschaft schon eigene Stammanteile besitzt; hat die Gesellschaft noch keine eigenen Stammanteile, dann dürfte die Schwelle kaum überschritten werden, weil der Gesellschafter mit mehr als 35 % dem Ausschluss nicht zustimmen wird und damit das qualifizierte Quorum nicht erreicht werden kann.

2. Rechte der Gesellschafter

a) Im Allgemeinen

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH haben die Gesellschafter Vermögens- und Mitwirkungsrechte. Diese werden ergänzt durch Hilfsrechte, wozu die Informations-, Durchsetzungs- und Bezugsrechte zählen.¹⁷⁵

Die Vermögensrechte der Aktionäre¹⁷⁶ und der Gesellschafter einer GmbH sind weitgehend identisch, weil das GmbH-Recht diesbezüglich auf das Aktienrecht verweist.¹⁷⁷ Der Unterschied, dass bei der GmbH der Anspruch am Gewinn und Liquidationsergebnis anhand des Nennwerts der Stammanteile und nicht wie bei der AG im Verhältnis der auf das Nennkapital einbezahlten Beträge zu berechnen ist,¹⁷⁸ ist materiell bedeutungslos, weil es bei der GmbH keine Teilliberalisierung gibt. Einige Besonderheiten ergeben sich hingegen bei der GmbH, wenn Nachschüsse geleistet und noch nicht zurückbezahlt worden sind. In diesem Fall werden die entsprechenden Beträge dem Stammkapital zugerechnet, also nicht privilegiert behandelt.¹⁷⁹ Allerdings ist eine abweichende statutarische Regelung zulässig.¹⁸⁰

Bei den Mitwirkungsrechten steht bei beiden Gesellschaften das Stimmrecht im Vordergrund. Die Bemessung des Stimmrechts ist mit Ausnahme des Vetorechts wiederum weitgehend identisch.¹⁸¹ Anders als bei der AG ist es bei der GmbH zu-

¹⁷⁴ Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁷⁵ Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 11 Rn. 5.

¹⁷⁶ Bei der AG wird vorliegend nicht auf die Partizipanten eingegangen.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 798 OR für Dividenden, Zwischendividenden, Bauzinsen und Tantiemen, Art. 799 OR für Vorzugsstammanteile, Art. 782 OR für die Kapitalherabsetzung und Art. 826 OR für die Liquidation.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 661 OR vs. Art. 826 Abs. 1 Satz 1 OR.

¹⁷⁹ Art. 826 OR Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁸⁰ Art. 826 Abs. 1 Satz 3 OR.

¹⁸¹ Bei beiden Gesellschaften können die Statuten Höchststimmklauseln (Art. 692 Abs. 2 OR und Art. 806 Abs. 1 Satz 3 OR) oder Stimmrechtsanteile einführen, wobei das Verhältnis von 1:10 nicht überschritten werden darf (Art. 693 Abs. 2 OR und Art. 806 Abs. 2 OR). Zudem gilt der gleiche Katalog von Beschlüssen, bei denen die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Anteile nicht anwendbar ist (Art. 693 Abs. 3 OR und Art. 806 Abs. 3 OR).

lässig, einzelnen Gesellschaftern ein unübertragbares¹⁸² statutarisches Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse¹⁸³ der Gesellschafterversammlung einzuräumen.¹⁸⁴ Die nachträgliche Einführung eines solchen Vetorechts bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.¹⁸⁵ Mit einem Vetorecht kann ein Gesellschafter eine Art Negativkontrolle im Sinne von Blockaden über die Gesellschaft ausüben, auch wenn er nicht die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. Auch erlaubt das statutarische Vetorecht die Absicherung vertraglicher Vetorechte eines Gesellschafters, womit der Schutz dieser Rechte verstärkt werden kann.¹⁸⁶

Bei der AG sind statutarische Vetorechte unzulässig.¹⁸⁷ Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH gibt es jedoch vereinzelte Beschlüsse, die der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfen,¹⁸⁸ was sich ebenfalls wie ein Vetorecht auswirkt.

Im Zusammenhang mit den Mitwirkungsrechten stehen auch das Einberufungsrecht sowie das Traktandierungs- und Antragsrecht. Diese Rechte sind in beiden Gesellschaften gleich geregelt.¹⁸⁹ Sodann sind auch die meisten Schutzrechte gleich geregelt, also das Anfechtungsrecht,¹⁹⁰ die Rückerstattungsklage,¹⁹¹ die Verantwortlichkeitsklage,¹⁹² die Klage auf Abberufung eines Liquidators aus wichtigen Gründen,¹⁹³ die Organisationsmängelklage¹⁹⁴ und die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund.¹⁹⁵ Bei Letzterer ist allerdings zu beachten, dass es sich bei der AG um ein Minderheitsrecht handelt,¹⁹⁶ während bei der GmbH jeder Gesellschafter ein individuelles Klagerecht hat.¹⁹⁷

¹⁸² Art. 807 Abs. 3 OR.

¹⁸³ Die Statuten müssen die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt; Art. 807 Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁸⁴ Art. 807 Abs. 1 OR.

¹⁸⁵ Art. 807 Abs. 2 OR.

¹⁸⁶ Glanzmann (Fn. 30), S. 268.

¹⁸⁷ Vgl. BGE 117 II 290 (= Pra 81 [1992], Nr. 137) E. 7a/aa (im Kontext des aOR). Siehe statt vieler *Böckli* (Fn. 89), § 8 Rn. 548 f. und 610. A. M. etwa *Dubs/Truffer* (Fn. 24), Art. 704 N. 13.

¹⁸⁸ Dazu zählen die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR), das Opting-Out der Revision (Art. 727a Abs. 2 OR), der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters bei einer GV mit ausländischem Tagungsort (Art. 701b Abs. 2 OR) oder die Prüfung der Zwischenbilanz bei einer Zwischendividende (Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR). Vgl. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 11 Rn. 44.

¹⁸⁹ Art. 699b OR und Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 OR.

¹⁹⁰ Art. 706–706b OR und Art. 808c OR.

¹⁹¹ Art. 678 OR und Art. 800 OR.

¹⁹² Art. 754 OR und Art. 827 OR.

¹⁹³ Art. 741 OR und Art. 826 Abs. 2 OR.

¹⁹⁴ Art. 731b OR und Art. 819 OR.

¹⁹⁵ Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 821 Abs. 3 OR.

¹⁹⁶ Vgl. Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR, wonach dieses Recht Aktionären zusteht, die 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten.

¹⁹⁷ Art. 821 Abs. 3 OR.

Anders als bei der AG hat bei der GmbH jeder Gesellschafter das Recht, dem Gericht zu beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken.¹⁹⁸

Wesentliche Unterschiede bestehen ferner beim Recht zur Geschäftsführung¹⁹⁹ sowie bei den Informationsrechten.²⁰⁰

b) Informationsrechte im Besonderen

(1) Bei der AG

Aktionäre haben bekanntermaßen nur ein beschränktes Auskunfts- und Einsichtsrecht. Jeder Aktionär kann an der Generalversammlung um Auskunft ersuchen, und zwar vom Verwaltungsrat über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis der Prüfung.²⁰¹ Allerdings ist das Auskunftsrecht gegenüber der Revisionsstelle nur bei Gesellschaften mit einer ordentlichen Revision durchsetzbar, weil ansonsten die Revisionsstelle gar nicht an der Generalversammlung teilnehmen muss.²⁰²

Außerhalb einer Generalversammlung können bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktionäre, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.²⁰³

Schließlich können Aktionäre, die mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, Einsicht in Geschäftsbücher und Akten beantragen.²⁰⁴

In all diesen Fällen müssen die Informationen nur erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind und keine Geschäftsgeheimnisse oder anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.²⁰⁵ Der Grund dieser restriktiven Informationsvermittlung liegt darin, dass die Aktionäre keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft haben.²⁰⁶ Als Korrektiv steht es den Aktionären offen, eine Sonderuntersuchung zu verlangen,²⁰⁷ was allerdings kein Individualrecht ist. Vielmehr erfordert dies einen Beschluss

¹⁹⁸ Art. 815 Abs. 2 OR. Vgl. unten VI.2.

¹⁹⁹ Vgl. unten VI.2.

²⁰⁰ Vgl. unten V.2. b).

²⁰¹ Art. 697 Abs. 1 OR.

²⁰² Art. 731 Abs. 2 OR. Vgl. *Böckli* (Fn. 89), § 13 Rn. 541 f.

²⁰³ Art. 697 Abs. 2 OR.

²⁰⁴ Art. 697a Abs. 1 OR.

²⁰⁵ Art. 697 Abs. 4 OR für das Auskunftsrecht und Art. 697a Abs. 3 OR für das Einsichtsrecht.

²⁰⁶ Insbes. BGE 105 II 114, 128 E. 7b); BGE 91 II 298, 305 E. 6a). Daneben Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14.10.2003 E. 6. Zum Ganzen statt vieler *Böckli* (Fn. 89), § 1 Rn. 22 f.

²⁰⁷ Im Gegensatz zum Auskunfts- und Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 11 Rn. 67.

der Generalversammlung²⁰⁸ oder eine Klage von Aktionären, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Stimmen vertreten.²⁰⁹

(2) Bei der GmbH

Weil die Gesellschafter der GmbH einer Geheimhaltungs- und Treuepflicht sowie unter Umständen einem Konkurrenzverbot unterliegen,²¹⁰ können ihnen mehr Informationen vermittelt werden als den Aktionären.²¹¹ Deshalb hat jeder Gesellschafter das Recht, über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft zu erhalten.²¹² Nebst diesem umfassenden Auskunftsrecht besteht auch noch ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in Bücher und Akten, sofern die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt.²¹³ Wie erwähnt, betrifft dies inzwischen 97 % der GmbHs.²¹⁴ Wurde hingegen eine Revisionsstelle bestellt, ist Einsicht nur zu gewähren, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.²¹⁵

Die Auskunft bzw. Einsichtnahme kann verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass die verlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet werden.²¹⁶ Dieser Maßstab ist bedeutend restriktiver als jener bei der AG, bei der die Informationsverweigerung bereits mit Berufung auf die Gefährdung des Geschäftsgeheimnisses oder anderer schutzwürdiger Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden kann.²¹⁷

Aufgrund dieser weitgehenden Informationsrechte erübrigt sich bei der GmbH das Institut der Sonderuntersuchung.²¹⁸

Bei der GmbH hat jeder Gesellschafter ein Recht auf vollständige Einsicht ins Anteilbuch.²¹⁹ Bei der AG wird diese vollständige Einsicht den Aktionären

²⁰⁸ Art. 697c Abs. 2 OR.

²⁰⁹ Art. 697d Abs. 1 Ziff. 2 OR. Bei börsenkotierten Gesellschaften beträgt die Schwelle 5 % (Ziff. 1).

²¹⁰ Art. 803 OR.

²¹¹ *Forstmoser/Peyer/Schott* (Fn. 24), S. 38; *Handschin*, in: Böckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht, S. 104 f.; *Gasser/Eggenberger/Stäuber*, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl. 2021, Art. 802 N. 1; *Nater*, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel 2010, S. 70; *Feuz*, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime in der GmbH, Diss. Bern 2017, § 12 f.; *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 1 Rn. 45. Ferner unten V.3.b).

²¹² Art. 802 Abs. 1 OR.

²¹³ Art. 802 Abs. 2 Satz 1 OR.

²¹⁴ Vgl. oben III.

²¹⁵ Art. 802 Abs. 2 Satz 2 OR. Vgl. die Kritik auf das Abstellen auf eine formelle Bestellung der RS bspw. bei *Chapuis/Jaccard*, in: Tercier/Amstutz/Trindade, Commentaire romand – Code des Obligations II, 2. Aufl. 2017, Art. 802 N. 7.

²¹⁶ Art. 802 Abs. 3 OR.

²¹⁷ Art. 697 Abs. 4 OR für das Auskunftsrecht und Art. 697a Abs. 3 OR für das Einsichtsrecht.

²¹⁸ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 35.

²¹⁹ Art. 790 Abs. 4 OR.

dagegen gemäß herrschender Lehre verweigert,²²⁰ weil es sich beim Aktienbuch nicht um ein Geschäftsbuch handle.²²¹ Selbst wenn das Einsichtsrecht bejaht würde, wäre es seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts nunmehr ein Minderheitsrecht.²²² Immerhin kann ein Aktionär Auskunft über seine eigenen Daten verlangen und zwar gestützt auf Art. 8 Abs. 1 und 2 DSGVO.²²³

Das Recht der Gesellschafter zur Einsicht in das Register der wirtschaftlich berechtigten Personen ist nach der hier vertretenen Auffassung gleich zu handhaben wie jenes auf Einsicht ins Anteil- bzw. Aktienbuch.²²⁴

3. Pflichten der Gesellschafter

a) Im Allgemeinen

Typischerweise hat ein Aktionär nur eine Pflicht, nämlich die Liberierung des Ausgabebetrags der Aktien.²²⁵ Da die Statuten den Aktionär für den Fall der Säumnis zu einer Konventionalstrafe verpflichten können,²²⁶ besteht allenfalls auch noch eine entsprechende Zahlungspflicht. Zudem wurden mit der Einführung der GAFI-Bestimmungen weitere Pflichten eingeführt, da dem Erwerber von Aktien verschiedene Meldepflichten obliegen können.²²⁷ Darüber hinausgehende Pflichten durch entsprechende Statutenbestimmungen oder GV-Beschlüsse sind hingegen nichtig, selbst wenn sie einstimmig beschlossen wurden.²²⁸ Zu beachten ist, dass in anderen Rechtsbereichen weitere Pflichten an die Aktionärseigenschaft

²²⁰ Böckli (Fn. 89), § 5 Rn. 322–328 m.w.H.; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 24), § 10 Rn. 61 f.

²²¹ Statt vieler Weber, in: Watter/Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 697 N. 14 m.w.H. A. M. Böckli (Fn. 89), § 5 Rn. 322, der das Aktienbuch für ein „Geschäftsbuch“ hält mit entsprechendem Einsichtsrecht auch in die Einträge anderer Aktionäre (Art. 697a OR), wobei aber bei der privaten AG das Anonymitätsinteresse regelmäßig überwiege (a. a. O., § 5 Rn. 322 und 324).

²²² Art. 697a OR.

²²³ Beim Aktienbuch handelt es sich um eine Datensammlung i.S.v. Art. 3 Bst. g DSGVO. Ebenso Kläy, Die Vinkulierung – Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel 1997, S. 408 und 416. Präzisierend gilt es zu bemerken, dass das Einsichtsrecht betreffend den eigenen Eintrag in der Literatur auch unabhängig vom Datenschutzrecht bejaht wird. Hierzu statt vieler Böckli (Fn. 89), § 5 Rn. 321. In Einzelfällen ist zudem die Einsicht betreffend Einträge anderer Aktionäre unter Anwendung von Art. 697 Abs. 1 f. OR möglich. Dazu ausführlich Martínez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006, S. 186–195.

²²⁴ Vgl. Botschaft vom 13.12.2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d’action financière (GAFI), BBI 2013 605, S. 661 f. Gl. M. Glanzmann/Spoerlé, GesKR 2/2018, S. 101; wohl auch Egle, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Diss. Zürich 2018, S. 369–371; Böckli (Fn. 89), § 5 Rn. 337, (im Gegensatz zum Aktienbuch; vgl. oben Fn. 221).

²²⁵ Art. 680 Abs. 1 OR.

²²⁶ Art. 681 Abs. 3 OR.

²²⁷ Art. 697j OR.

²²⁸ Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 24), § 11 Rn. 1 f.

geknüpft sein können, wie z. B. die börsenrechtliche Melde- und Angebotspflicht²²⁹ oder die Stimmpflicht von Vorsorgeeinrichtungen als Aktionäre von Publikums-gesellschaften.²³⁰

Bei der GmbH bestehen die Liberierungspflicht²³¹ sowie die GAFI-Melde-pflichten²³² in gleichem Maße wie bei der AG. Darüber hinaus hat der GmbH-Gesellschafter aber weitergehende gesetzliche und möglicherweise auch statutarische Pflichten. Die Erfüllung all dieser Pflichten (und nicht nur der Liberierungspflicht wie bei der AG) können durch eine statutarische Konventionalstrafe abgesichert werden.²³³

b) Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Gemäß konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und absolut herrschender Lehre haben die Aktionäre gegenüber ihrer Gesellschaft keinerlei Treuepflicht.²³⁴ Demgegenüber sind die Gesellschafter einer GmbH nicht nur zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet,²³⁵ sondern sie haben eine allgemeine Treuepflicht. Demnach müssen sie alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt und dürfen insbesondere keine Geschäfte betreiben, die ihnen zum besonderen Vorteil reichen und durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde.²³⁶ Zudem können die Statuten sogar ein Konkurrenzverbot stipulieren.²³⁷

Die Wahrung der Treuepflicht gilt nach h.L. auch bei der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung.²³⁸ Somit muss grundsätzlich jeder Gesellschafter einer GmbH bei seiner Stimmabgabe die Interessen der Gesellschaft beachten.²³⁹ Allerdings ist in Lehre und Rechtsprechung nicht geklärt, welches Verhalten von einem Gesellschafter aufgrund seiner Treuepflicht konkret verlangt werden darf. Gestützt auf den Gesetzeswortlaut geht die wohl h.L. davon aus, dass vom Gesellschafter kein Handeln, sondern nur ein Unterlassen bzw. Dulden

²²⁹ Art. 120 und 135 FinfraG.

²³⁰ Art. 71a BVG.

²³¹ Art. 793 Abs. 1 OR.

²³² Art. 790a OR.

²³³ Art. 777a Abs. 2 Ziff. 5 OR. *Amstutz/Chappuis/Gohari*, in: Watter/Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 796 N. 14; *Hauser*, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2018, § 22.10.

²³⁴ Art. 680 Abs. 1 OR. BGE 80 II 267 E. 2; BGE 91 II 298 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14.10.2003 E. 6; *Böckli* (Fn. 89), § 1 Rn. 22 f.; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 11 Rn. 1–4; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 133), § 42 N. 24–32.

²³⁵ Art. 803 Abs. 1 OR.

²³⁶ Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR.

²³⁷ Art. 803 Abs. 2 Satz 3 OR.

²³⁸ *Druey*, SJZ 24/2016, S. 567; *Nater* (Fn. 211), S. 31–35 m.w.H. Differenzierend *Feuz* (Fn. 211), S. 181 f.; *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 14 Rn. 11–17. A. M. *Truffer/Dubs* (Fn. 24), Art. 806 N. 4a; *Gasser/Eggenberger/Stäuber* (Fn. 211), Art. 803 N. 6.

²³⁹ *Nater* (Fn. 211), S. 31.

gefordert werden kann.²⁴⁰ Demnach könnte z. B. von einem Gesellschafter einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft nicht verlangt werden, dass er einem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmt.²⁴¹ Gleichzeitig dürfte der Gesellschafter diesen Beschluss aber nicht ohne Grund ablehnen, wobei fraglich ist, ob die drohende Verwässerung seiner Beteiligung ein legitimer Grund wäre.²⁴² Unklar ist sodann, ob aufgrund der Qualifikation der Treuepflicht als Unterlassungspflicht der Gesellschafter passiv bleiben darf, indem er der Gesellschafterversammlung fern bleibt oder sich der Stimme enthält. Beide Verhaltensweisen können dazu führen, dass der Beschluss nicht zustande kommt, weil beim qualifizierten Quorum die Nichtteilnahme an der Gesellschafterversammlung oder die Stimmenthaltung bezüglich des Kapitalquorums rechnerisch wie eine Nein-Stimme wirken.²⁴³ Hingegen dürfte sich die Lehre darin einig sein, dass aus der Treuepflicht keine Pflicht zur Zeichnung und Liberierung neuer Anteile resultiert. Solche Finanzierungspflichten müssen vielmehr durch eine in den Statuten verankerte Nachschusspflicht begründet werden.²⁴⁴

Tätigkeiten, welche die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verletzen, sind zulässig, sofern ihnen alle übrigen Gesellschafter schriftlich zustimmen.²⁴⁵ Statutarisch kann diese Zustimmungsbefugnis auch an die Gesellschafterversammlung übertragen werden,²⁴⁶ wobei ein entsprechender Genehmigungsbeschluss eines qualifizierten Quorums bedarf.²⁴⁷ Der Gesellschafter, der von der Treuepflicht oder dem Konkurrenzverbot befreit werden soll, darf bei diesem Beschluss nicht mitstimmen.²⁴⁸ Aus diesem Grund – und weil die Treuepflicht nach der h.L. gegenüber der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern besteht²⁴⁹ –

²⁴⁰ *Feuz* (Fn. 211), S. 191–193; *Gasser/Eggenberger/Stäuber* (Fn. 211), Art. 803 N. 3; *Glanzmann* (Fn. 30), S. 264; *Jörg/Arter* (Fn. 24), S. 160; *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger* (Fn. 155), Art. 803 N. 10; *Trüeb*, in: Roberto/Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – GmbH, Genossenschaft, Handelsregister, Wertpapiere – Bucheffektengesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 803 N. 5. A.M. *Nater* (Fn. 211), S. 31 f., wonach ein Gesellschafter einem konkreten Geschäft auch gegen seinen eigenen Willen zustimmen muss, wenn dies das Interesse der Gesellschaft objektiv erfordert und ihm persönlich subjektiv zumutbar ist.

²⁴¹ A.M. *Nater* (Fn. 211), S. 31 f., wenn die Kapitalerhöhung objektiv notwendig ist und sie dem Gesellschafter subjektiv zugemutet werden kann.

²⁴² *Glanzmann* (Fn. 30), S. 264 f. Vgl. *Nater*, (Fn. 211), S. 32, der eine „bewusste Verletzung der Interessen und des Wohls der Gesellschaft“ verlangt.

²⁴³ Art. 808b Abs. 1 OR; vgl. oben VI. 1. c). Gemäß *Feuz* (Fn. 211), Rn. 256 (Fn. 1472) wäre dies keine Verletzung der Treuepflicht, weil man vom Gesellschafter eine Handlung einverlangen würde.

²⁴⁴ *Feuz* (Fn. 211), N. 336; *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 13 Rn. 4 (*passim*).

²⁴⁵ Art. 803 Abs. 3 Satz 1 und Art. 812 Abs. 3 Satz 1 OR.

²⁴⁶ Art. 806a Abs. 3 OR.

²⁴⁷ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

²⁴⁸ Art. 806a Abs. 3 OR; *Glanzmann* (Fn. 30), S. 265 m. w. H.

²⁴⁹ *Amstutz/Chappuis/Gohari* (Fn. 233), Art. 803 N. 9; *Gasser/Eggenberger/Stäuber* (Fn. 238), Art. 803 N. 6; *Jörg/Arter* (Fn. 24), S. 160. A.M. *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 14 Rn. 16/19.

folgt ein Teil der Lehre, dass ein Gesellschafter, der sämtliche Anteile an einer GmbH hält, nicht von der Treuepflicht befreit werden kann.²⁵⁰ Auch ist ein statutarischer Verzicht auf die Treuepflicht nicht zulässig.²⁵¹

c) Nachschuss- und Nebenleistungspflichten

Weil dem Aktionär durch die Statuten keine Nebenleistungspflichten auferlegt werden können, werden bei der AG Finanzierungspflichten oder andere Nebenleistungspflichten gewöhnlich durch einen Aktionärsbindungsvertrag geregelt. Damit haben diese Pflichten rein obligatorische Wirkung zwischen den Parteien, auch wenn die Gesellschaft ebenfalls Partei des Vertrages ist.

Bei der GmbH ist es zulässig, mit einem Stammanteil Nachschuss- und andere Nebenleistungspflichten zu verbinden.²⁵² Dies erfordert eine statutarische Grundlage, welche die Nachschusspflichten und die wesentlichen Punkte von Nebenleistungspflichten umschreibt.²⁵³ Werden Nachschuss- und Nebenleistungspflichten nachträglich eingeführt, dann bedarf dies der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter.²⁵⁴

Nachschuss- und Nebenleistungspflichten ermöglichen die statutarische Absicherung von Leistungspflichten unter einem Gesellschaftervertrag. Zu beachten ist, dass damit stets Handelsregisterpublizität einhergeht,²⁵⁵ die nicht in jedem Fall erwünscht ist.

Die Nebenleistungspflichten können nicht beliebig ausgestaltet werden, sondern müssen dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen.²⁵⁶

Statutarische Verpflichtungen zur Leistung von Geld oder anderen Vermögenswerten gelten als Nachschusspflichten, sofern sie ohne angemessene Gegenleistung zu erbringen sind und der Deckung des Eigenkapitals dienen.²⁵⁷ Diese statutarischen Nachschusspflichten dürfen das Doppelte des Nennwerts der von einem Gesellschafter gehaltenen Stammanteile nicht übersteigen.²⁵⁸ Weil der zulässige Maximalbetrag vom Nennwert abhängt, können die zu leistenden Nachschüsse im Einzelfall im Verhältnis zu dem vom Gesellschafter für den Stammanteil bezahlten Preis auf einen sehr niedrigen Betrag gedeckelt sein.²⁵⁹

²⁵⁰ Vgl. *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 14 Rn. 17.

²⁵¹ *Trüb* (Fn. 240), Art. 803 N. 7.

²⁵² Art. 795 Abs. 1 OR und Art. 796 Abs. 1 OR.

²⁵³ Art. 796 Abs. 3 Satz 1 OR. Für die nähere Umschreibung der Nebenleistungspflichten kann auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden; Art. 796 Abs. 3 Satz 2 OR.

²⁵⁴ Art. 797 OR.

²⁵⁵ Art. 778 OR bzw. Art. 780 OR i. V.m. Art. 73 Abs. 1 Bst. j und k HRRegV.

²⁵⁶ Art. 796 Abs. 2 OR.

²⁵⁷ Art. 796 Abs. 4 OR.

²⁵⁸ Art. 795 Abs. 2 Satz 2 OR.

²⁵⁹ *Glanzmann* (Fn. 30), S. 265.

Die einem Gesellschafter auferlegten Nachschüsse werden mit Eintritt des Konkurses ohne Weiteres fällig.²⁶⁰ Dem Konkurseintritt gleichgestellt ist die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.²⁶¹ Unter bestimmten Voraussetzungen können Nachschüsse aber auch schon vor einer Insolvenz durch die Geschäftsführer abgerufen werden,²⁶² nämlich wenn die Gesellschaft eine Unterbilanz aufweist (Ziff. 1), ihre Geschäftstätigkeit ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäß (was immer das heißt) weiterführen kann (Ziff. 2) oder aus in den Statuten beschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt (Ziff. 3).²⁶³ Nicht möglich ist hingegen ein direkter Abruf durch Gesellschaftsgläubiger.

Die Nachschusspflicht kann nur durch ein Kapitalherabsetzungsverfahren reduziert oder aufgehoben werden.²⁶⁴ Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft besteht sie noch während drei Jahren fort, wenn auch subsidiär zur Nachschusspflicht des Rechtsnachfolgers des Gesellschafters und begrenzt auf den Konkursfall.²⁶⁵

Ein Gesellschafter haftet nur für die mit seinen eigenen Stammanteilen, nicht aber für die mit den Stammanteilen anderer Gesellschafter verbundenen Nachschüsse.²⁶⁶

Die Gesellschafter werden verschiedentlich auf ihre Nebenleistungs- und Nachschusspflichten aufmerksam gemacht. Vorab sind diese in der Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile zu nennen²⁶⁷ und müssen durch die Gründer ausdrücklich übernommen werden.²⁶⁸ Weiter müssen auch eine etwaige Urkunde über die Stammanteile,²⁶⁹ der Abtretungsvertrag²⁷⁰ und der Handelsregistereintrag²⁷¹ auf Nachschuss- und Nebenleistungspflichten hinweisen.²⁷² Dennoch können Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vor allem für Gesellschafter, die zu sehr im Denken der AG verhaftet sind, eine böse Überraschung darstellen. Hinzu kommt, dass die Geschäftsführer ein großes Ermessen und die Gesellschafter eine entsprechend geringe Vorausssehbarkeit haben, wann die Nachschüsse eingefordert werden.²⁷³

²⁶⁰ Art. 795a Abs. 3 OR; Art. 208 Abs. 1 SchKG.

²⁶¹ Gemäß h. L. hat die Bestätigung des Nachlassvertrags ähnliche Wirkungen wie die Konkursöffnung. Hierzu gehört namentlich die Fälligkeit von Forderungen. Dazu statt vieler *Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich*, in: *Stachelin/Bauer/Lorandi*, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 3. Aufl. 2021, Art. 319 N. 10 m. w. H.

²⁶² Art. 795a Abs. 1 und 2 OR.

²⁶³ Vgl. Zum Ganzen *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 28.

²⁶⁴ Art. 795c OR.

²⁶⁵ Art. 795d OR; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 29.

²⁶⁶ Art. 795 Abs. 3 OR.

²⁶⁷ Art. 777a Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

²⁶⁸ Art. 777 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

²⁶⁹ Art. 784 Abs. 2 i. V. m. Art. 777a Abs. 2 OR.

²⁷⁰ Art. 785 Abs. 2 OR.

²⁷¹ Art. 73 Abs. 1 Bst. j und k HRegV.

²⁷² *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 30.

²⁷³ Immerhin sind die Voraussetzungen in den Statuten betreffend Art. 795a Abs. 2 Ziff. 3 OR klar zu umschreiben; *Botschaft GmbH 2001* (Fn. 23), S. 3196.

Nebenleistungs- und Nachschusspflichten sind insbesondere in Kombination mit unübertragbaren Stammanteilen²⁷⁴ problematisch, denn in diesem Fall kann sich ein Gesellschafter nicht von seinen Pflichten befreien. Bei einer Nachschusspflicht ist der Effekt gleich wie bei teilliberierten Aktien und es stellt sich primär die Frage nach deren Verjährung.²⁷⁵ Demgegenüber stellt sich bei einer Nebenleistungspflicht die Frage, ob es sich nicht um einen ewigen Vertrag handelt. Nach einem Teil der Lehre können auch auf statutarischer Grundlage basierende Verträge gegen Art. 27 ZGB verstoßen und unzulässig sein.²⁷⁶

VI. Organe

1. General- bzw. Gesellschafterversammlung

a) Befugnisse

Die Generalversammlung der AG und die Gesellschafterversammlung der GmbH sind beide das oberste Organ der jeweiligen Rechtsform.²⁷⁷ Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH hat die General- bzw. Gesellschafterversammlung unübertragbare Aufgaben.²⁷⁸ Bei der GmbH gehen diese jedoch weiter als bei der AG, was sich aus der personalistischen Ordnung der GmbH ergibt.²⁷⁹

Die Gesellschafterversammlung der GmbH hat vorab über all jene Punkte zu beschließen, die auch in den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzbereich der Generalversammlung der AG fallen.²⁸⁰ Daneben hat sie aber weitere unübertragbare Kompetenzen, nämlich die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer;²⁸¹ die Ausübung statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufs-

²⁷⁴ Vgl. dazu oben V. 1. b) (2).

²⁷⁵ *Amstutz/Chappuis/Gohari* (Fn. 233), Art. 795 N. 1a.

²⁷⁶ *Bähler*, Die maßgeschneiderte Gesellschaft, Diss. Bern 1999, S. 138.

²⁷⁷ Art. 698 Abs. 1 OR und Art. 804 Abs. 1 OR. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 32.

²⁷⁸ Vgl. Art. 698 und 804 OR.

²⁷⁹ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 32.

²⁸⁰ Dazu gehören die Festsetzung der Statuten; die Wahl der Mitglieder des obersten Leitungsorgans und der Revisionsstelle; die Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung; die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme; die Festsetzung der Zwischendividende und die Genehmigung des dafür erforderlichen Zwischenabschlusses; die Beschlussfassung über die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve; die Entlastung der Mitglieder des obersten Leitungsorgans; sowie die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind. Vgl. dazu Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1–7 und 9 OR vs. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1–5^{bis} und 7 OR sowie Art. 736 Ziff. 2 OR vs. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 OR.

²⁸¹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR. Bei der AG wurde mit der Aktienrechtsrevision 2020 klargestellt, dass auch nicht börsenkotierte Gesellschaften diesen Entscheid statutarisch der Generalversammlung zuweisen können; vgl. Art. 732 Abs. 2 OR.

rechte;²⁸² die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft²⁸³ oder die Genehmigung eines solchen Erwerbs;²⁸⁴ die Zustimmung zur Tätigkeit der Geschäftsführer und der Gesellschafter, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstoßen, sofern die Statuten auf das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter verzichten;²⁸⁵ die Einleitung einer Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund oder den Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen;²⁸⁶ sowie die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen, falls die Statuten auf das Zustimmungserfordernis nicht verzichten²⁸⁷. Die Genehmigungs-kompetenz bei einer Vinkulierung kann auch bei der AG auf die Generalversammlung übertragen werden,²⁸⁸ was in der Praxis jedoch selten gesehen wird.²⁸⁹

Die Gesellschafterversammlung der GmbH muss auch über die Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handelsbevollmächtigten beschließen. Diese Aufgabe kann allerdings statutarisch auf die Geschäftsführer übertragen werden.²⁹⁰

Schließlich können die Statuten der Gesellschafterversammlung weitere Aufgaben übertragen. Dazu gehört, dass die Verpfändung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf²⁹¹ oder diese ein Reglement zur Regelung von Nebenleistungspflichten erlassen muss.²⁹² Zudem können die Statuten generell vorsehen, dass bestimmte Entscheide der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung zu genehmigen sind.²⁹³ Diese Bestimmung räumt den Gesellschaftern eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit über die Geschäftsführer ein. Bei der AG wäre eine entsprechende Anordnung unzulässig.²⁹⁴ Dabei stellt sich die Frage des Verhältnisses dieses Genehmigungsvorbehalts zum Prinzip der Unübertragbarkeit und Unentziehbarkeit gewisser Aufgaben der Geschäftsführer.²⁹⁵

²⁸² Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

²⁸³ Umstritten ist, ob dies eine Abtretung i. S. v. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR darstellt und deshalb ein qualifiziertes Quorum notwendig ist. Für ein qualifiziertes Quorum: *Handschin/Truniger* (Fn. 112), § 15 Rn. 68 und § 15 Rn. 40; *Lenz/von Planta* (Fn. 24), Art. 783 N. 9. Gegen die Notwendigkeit eines qualifizierten Quorums: *Bärtschi*, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, *Handbuch Schweizer GmbH-Recht*, 2018, § 65.71; *Chappuis/Jaccard* (Fn. 215), Art. 783 N. 16; *Küng/Camp* (Fn. 112), Art. 783 N. 7 *Montavon/Schnell Luchsinger*, TREX 4/2018, S. 238.

²⁸⁴ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR.

²⁸⁵ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 13 OR.

²⁸⁶ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und 15 OR.

²⁸⁷ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

²⁸⁸ Dies gilt zumindest bei nicht kotierten Namenaktien. Hierzu statt vieler *Böckli* (Fn. 89), § 5 Rn. 20.

²⁸⁹ Vgl. *Glanzmann* (Fn. 30), S. 267.

²⁹⁰ Art. 804 Abs. 3 OR.

²⁹¹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 9 OR.

²⁹² Art. 804 Abs. 2 Ziff. 12 OR.

²⁹³ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 11 i. V. m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 17 OR.

²⁹⁴ Statt vieler *Böckli* (Fn. 89), § 9 Rn. 353–355.

²⁹⁵ Vgl. dazu unten VI. 2.

Alles in allem hat die Gesellschafterversammlung der GmbH nicht nur mehr Kompetenzen als die Generalversammlung der AG, sondern sie kann auch mehr Kompetenzen an sich ziehen.

b) Durchführung

Die Gesellschafterversammlung der GmbH wird grundsätzlich nach den Regeln der Generalversammlung der AG einberufen und durchgeführt.²⁹⁶ Bemerkenswert ist, dass bei der GmbH die Einladungsfrist von 20 Tagen statutarisch auf zehn Tage verkürzt werden kann.²⁹⁷

Bis zur Aktienrechtsrevision 2020 hatte nur die GmbH die Möglichkeit, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf schriftlichem Weg zu fassen. Heute ist dies auch bei der AG zulässig.²⁹⁸

Bis zur Aktienrechtsrevision 2020 konnten die Statuten anordnen, dass sich Aktionäre in der Generalversammlung nur durch andere Aktionäre vertreten lassen können.²⁹⁹ Da diese Regelung dem kapitalistischen Charakter der AG widersprach,³⁰⁰ sieht das neue Recht vor, dass bei einer entsprechenden statutarischen Beschränkung des Vertretungsrechts auf Verlangen eines Aktionärs zwingend ein unabhängiger Stimmrechts- oder Organvertreter zu ernennen ist; andernfalls kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten vertreten lassen.³⁰¹ Diese Bestimmung gilt kraft Verweises auch für die GmbH.³⁰² Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies aufgrund der personalistischen Natur der GmbH nicht gerechtfertigt. Sollte die Gesellschaft nämlich weder einen unabhängigen Stimmrechts- noch einen Organvertreter bestellen, könnte ein beliebiger Dritter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen. Immerhin ist zu fordern, dass sowohl der unabhängige Stimmrechts- oder Organvertreter als auch ein Dritter das Geschäftsgeheimnis wahren müssen.³⁰³

c) Beschlussfassung

Soweit das Gesetz oder die Statuten nichts anderes anordnen, fasst die Generalversammlung der AG ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der vertretenen Stimmen,³⁰⁴ während bei der GmbH auf die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen ab-

²⁹⁶ Art. 805 OR.

²⁹⁷ Art. 805 Abs. 3 OR.

²⁹⁸ Art. 701 Abs. 3 OR.

²⁹⁹ Art. 689 Abs. 2 aOR.

³⁰⁰ Ähnlich *Böckli* (Fn. 89), § 8 Rn. 612, der die Bestimmung als „heikel“ bezeichnet.

³⁰¹ Art. 689d OR.

³⁰² Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR.

³⁰³ Art. 803 Abs. 1 OR.

³⁰⁴ Art. 703 OR.

gestellt wird.³⁰⁵ Diese Differenzierung entstand durch die Aktienrechtsrevision 2020 und dürfte materiell keinen Unterschied machen.³⁰⁶

Für wichtige Beschlüsse wird sowohl bei der AG als auch bei der GmbH ein qualifiziertes Quorum verlangt. Dazu muss ein Beschluss bei beiden Gesellschaften ein doppeltes Mehr auf sich vereinigen, nämlich einerseits mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und andererseits bei der AG die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte³⁰⁷ bzw. bei der GmbH die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist.³⁰⁸ Somit ist das qualifizierte Quorum bei der GmbH schwieriger zu erreichen als bei der AG.

Bezüglich der Beschlüsse, die eines qualifizierten Quorums bedürfen, entspricht der Katalog der GmbH dem um ein paar Beschlusspunkte erweiterten Katalog der AG.³⁰⁹ So müssen bei der GmbH zusätzlich folgende Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum auf sich vereinigen: die Zustimmung zur Übertragung von Stammanteilen,³¹⁰ jede Erhöhung des Stammkapitals,³¹¹ die Zustimmung zu Tätigkeiten der Geschäftsführer sowie der Gesellschafter, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstoßen (sofern diese Kompetenz statutarisch der Gesellschafterversammlung zugewiesen wurde),³¹² der Antrag an das Gericht, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen³¹³ sowie der Ausschluss eines Gesellschafter aus in den Statuten vorgesehenen Gründen.³¹⁴ Ein gesetzgeberisches Versehen dürfte sein, dass bei der GmbH der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters für die Durchführung einer virtuellen Gesellschafterversammlung kein qualifiziertes Quorum erfordert.³¹⁵

³⁰⁵ Art. 808 OR.

³⁰⁶ Gl. M. *Montavon/Jabbour*, TREX 1/2023, S. 12. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 12 Rn. 79 m. w. H.

³⁰⁷ Art. 704 Abs. 1 OR.

³⁰⁸ Art. 808b Abs. 1 OR.

³⁰⁹ Dem qualifizierten Mehr unterliegen bei der AG unter anderem die Änderung des Gesellschaftszwecks; die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlagen oder durch Verrechnung mit einer Forderung und die Gewährung von besonderen Vorteilen; die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts; die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien; die Einführung von Stimmrechtsaktien; den Wechsel der Währung des Aktienkapitals; die Einführung des Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung; eine Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland; die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft; die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel; der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind; die Auflösung der Gesellschaft. Vgl. zur AG Art. 704 Abs. 1 OR.

³¹⁰ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

³¹¹ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

³¹² Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

³¹³ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR.

³¹⁴ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 9 OR. *Glanzmann* (Fn. 30), S. 268.

³¹⁵ Vgl. dazu Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR für die AG. Vgl. *Eidgenössisches Handelsregister*, REPRAX 2/2023, S. 124 f., wonach dies aber so hinzunehmen ist.

Bei beiden Gesellschaftsformen kann der Vorsitzende der General- bzw. Gesellschafterversammlung den Stichtscheid haben. Während ihm diese Kompetenz bei der AG statutarisch zugewiesen werden muss,³¹⁶ hat er sie bei der GmbH aufgrund der dispositiven gesetzlichen Regelung, sofern sie ihm statutarisch nicht entzogen wurde.³¹⁷ Die entsprechende Regelung wurde bei der GmbH mit der Revision 2008 eingeführt. Demgegenüber besteht die Norm bei der AG erst seit der Aktienrechtsrevision 2020 und dürfte eine Korrektur eines jüngeren Bundesgerichtsentscheids sein.³¹⁸

2. Geschäftsführung

a) Zuständigkeit

Während bei der AG die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat obliegt³¹⁹ und diese Funktion von der Aktionärserschaft getrennt ist, üben bei der GmbH nach der Dispositivordnung des Gesetzes alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus.³²⁰ Damit sollen Gesellschafterstellung und Geschäftsführerstellung vor dem Hintergrund der Selbstorganschaft der GmbH miteinander verknüpft werden.³²¹ Jeder Gesellschafter hat danach Anspruch und Pflicht auf Mitwirkung und kann sein Geschäftsführermandat nicht einseitig niederlegen.³²² Immerhin kann ihm die Geschäftsführung aus wichtigem Grund entzogen werden.³²³

Statutarisch kann von der Selbstorganschaft abgewichen werden.³²⁴ In diesem Fall können auch – oder ausschließlich – Nichtgesellschafter als Geschäftsführer gewählt werden.³²⁵

Die Geschäftsführung wird sowohl bei der AG als auch bei der GmbH von den Mitgliedern des Verwaltungsrats bzw. den Geschäftsführern gemeinsam ausgeübt.³²⁶ Entschieden wird in beiden Gremien mangels abweichender statutori-

³¹⁶ Art. 703 Abs. 2 OR.

³¹⁷ Art. 808a OR.

³¹⁸ BGE 143 III 120 E. 3.2, wonach der Stichtscheid in der Generalversammlung einer Gesellschaft mit Stimmrechtsaktien bei der Wahl der Revisionsstelle unzulässig ist, da ansonsten diese Wahl durch eine Person entschieden werden könnte, die mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählt worden ist, obwohl bei der Wahl der Revisionsstelle die Stimmrechtsaktien keine erhöhte Stimmkraft haben (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR). Anders noch zur generellen Zulässigkeit BGE 95 III 155 E. 2. Zum Stand der Lehre vor der Aktienrechtsrevision: *Tanner*, in: Jung/Krauskopf/Cramer, Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, 2020, S. 663–669.

³¹⁹ Vgl. Art. 716 Abs. 2 OR; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 7 Rn. 44.

³²⁰ Art. 809 Abs. 1 OR.

³²¹ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 39.

³²² *Watter/Roth Pellanda*, in: *Watter/Vogt*, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 809 N. 10.

³²³ Art. 815 Abs. 2 OR.

³²⁴ Art. 809 Abs. 1 Satz 2 OR.

³²⁵ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 40.

³²⁶ Art. 713 Abs. 1 OR und Art. 809 Abs. 1 OR.

scher Regelung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen,³²⁷ wobei jedes Mitglied eine Stimme hat. Bei Stimmengleichheit hat der Vorsitzende grundsätzlich den Stichentscheid.³²⁸ Bei beiden Gesellschaften können nur natürliche Personen Mitglied des obersten Leitungsorgans sein.³²⁹

b) *Vorsitz*

Sofern die Statuten nichts anderes anordnen, bestimmt bei der AG der Verwaltungsrat seinen Vorsitzenden.³³⁰ Demgegenüber muss bei der GmbH zwingend die Gesellschafterversammlung den Vorsitz in der Geschäftsführung regeln.³³¹ Sie kann den Vorsitzenden selber wählen oder statutarisch anordnen, wie die Geschäftsführer diesen bestimmen.³³²

c) *Abberufung*

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH kann die Generalversammlung die von ihr gewählten Geschäftsführer jederzeit wieder abberufen.³³³ Zudem kann bei der GmbH, anders als bei der AG, jeder Gesellschafter dem Gericht beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund zu entziehen oder zu beschränken.³³⁴ Als wichtiger Grund gilt namentlich, wenn die betreffende Person ihre Pflichten grob verletzt oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat.³³⁵

d) *Aufgaben*

Sowohl der Vorsitzende des Verwaltungsrats als auch der Vorsitzende der Geschäftsführer hat gemäß Gesetz bestimmte Aufgaben.³³⁶ Bei der GmbH gehört dazu auch die Einberufung der Gesellschafterversammlung.³³⁷ Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu Art. 805 Abs. 1 OR, wonach die Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführer einberufen wird. Deshalb kann wohl nur der ad-

³²⁷ Art. 713 Abs. 1 Satz 1 OR und Art. 809 Abs. 4 Satz 1 OR.

³²⁸ Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR und Art. 809 Abs. 4 Satz 2 OR.

³²⁹ Art. 809 Abs. 2 OR für die Geschäftsführung *in fine*. Für den Verwaltungsrat: *Böckli* (Fn. 89), § 9 Rn. 173; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 133), § 27 N. 7.

³³⁰ Art. 712 Abs. 2 Satz 2 OR. Anders bei börsenkotierten Gesellschaften; vgl. Art. 712 Abs. 1 Satz 1 OR.

³³¹ Art. 809 Abs. 3 OR.

³³² *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 18 Rn. 40 f.

³³³ Art. 705 Abs. 1 OR und Art. 815 Abs. 1 OR.

³³⁴ Art. 815 Abs. 2 OR.

³³⁵ Art. 815 Abs. 2 OR. Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 4A_693/2015 vom 11.7.2016 E. 3.2.2.

³³⁶ Vgl. Art. 715 f. OR für die AG und Art. 810 Abs. 3 OR für die GmbH.

³³⁷ Art. 810 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

ministrative Vollzug der Einberufung im Kompetenzbereich des Vorsitzenden liegen.³³⁸

Die Geschäftsführer einer GmbH haben im Wesentlichen die gleichen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wie der Verwaltungsrat einer AG.³³⁹ Wie bereits erwähnt, gehören bei der GmbH die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen³⁴⁰ nicht dazu, sondern sie fallen grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung.³⁴¹

Es wurde bereits erwähnt, dass die Gesellschafterversammlung der GmbH die Kompetenzen der Geschäftsführer beschneiden kann, indem sie sich statutarisch die Genehmigung bestimmter Entscheide vorbehält.³⁴² Im Aktienrecht wäre ein solcher Vorbehalt aufgrund des Paritätsprinzips unzulässig.³⁴³ In der Lehre ist umstritten, ob die Gesellschafterversammlung Entscheide auch modifizieren kann.³⁴⁴ Ebenfalls ist fraglich, ob die nach Art. 810 Abs. 2 OR als „unübertragbar und unentziehbar“ bezeichneten Aufgaben der Geschäftsführer einem Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung unterworfen werden können. Mit Hinweis auf den Wortlaut von Art. 810 Abs. 2 OR, der mit dem Ausdruck „unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen“ den Genehmigungsvorbehalt in Art. 811 OR mitumfasst, bejaht dies die wohl herrschende Lehre.³⁴⁵ Bei der GmbH wird deshalb auch von einem relativierten Paritätsprinzip gesprochen.³⁴⁶ Mit einem Vorbehalt kann das in der Geschäftsführung geltende Kopfstimmprinzip ausgehebelt werden, da die Gesellschafterversammlung in der Regel nach dem Kapitalprinzip entscheidet.³⁴⁷

Umstritten ist, welche Wirkungen ein solcher Vorbehalt auf die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten hat. Sowohl die Lehre als auch die Materialien gehen davon aus, dass dadurch nur die Vertretungsbefugnis und nicht die Vertretungsmacht beschlagen wird, womit ein gutgläubiger Dritter geschützt ist.³⁴⁸

³³⁸ Gl. M. *Chappuis*, in: *Tercier/Trindade/Amstutz, Commentaire romand – Code des obligations II*, 2. Aufl. 2017, Art. 810 N. 35; *Kratz* (Fn. 24), Art. 810 N. 13a; *Küng/Camp* (Fn. 112), Art. 805 N. 2; *Truffer/Dubs* (Fn. 24), Art. 805 N. 3.

³³⁹ Vgl. Art. 810 Abs. 2 OR i. V.m. Art. 716a Abs. 1 OR. *Glanzmann* (Fn. 30), S. 268.

³⁴⁰ Vgl. für die AG Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR.

³⁴¹ Art. 804 Abs. 3 OR und Art. 810 Abs. 2 OR *e contrario*; ferner oben VI. 1. a).

³⁴² Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR; vgl. oben VI. 1. a).

³⁴³ *Böckli* (Fn. 89), § 8 Rn. 5 f.; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 24), § 12 Rn. 19; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Sethe* (Fn. 24), § 16 Rn. 487; *von der Crone* (Fn. 99), § 15 N. 753 f.

³⁴⁴ Für eine Modifikationsbefugnis: *Forstmoser/Peyer*, SJZ 16–17/2007, S. 431. Verneinend: *Handschin/Truniger* (Fn. 112), S. 165.

³⁴⁵ Bejahend *Forstmoser/Peyer* (Fn. 344), S. 401; *Handschin/Truniger* (Fn. 112), S. 165 f.; *Truffer/Dubs* (Fn. 24), Art. 804 N. 45. A. M. *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger* (Fn. 155), Art. 811 N. 3.

³⁴⁶ *Truffer/Dubs* (Fn. 24), Art. 804 N. 9.

³⁴⁷ *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 322), Art. 811 N. 6a.

³⁴⁸ *Botschaft GmbH 2001* (Fn. 23), S. 3213 f.; *Böckli*, in: *Böckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht*, S. 33; *Donati*, Art. 811 OR: Der statutarische Genehmigungsvor-

Wenig Auswirkung hat ein Genehmigungsvorbehalt auf das Haftungsregime, denn das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass eine Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführer nicht einschränkt.³⁴⁹ Zumindest für die zustimmenden Gesellschafter muss aber ein entsprechender Beschluss die Wirkung eines Entlastungsbeschlusses zeitigen.³⁵⁰ Weiterreichende Folgen hat ein solcher Beschluss aber nicht, insbesondere wird gemäß herrschender Lehre keine Haftung der Gesellschafter begründet.³⁵¹

e) Haftung und Anfechtung

Die Geschäftsführer der GmbH unterliegen der gleichen Verantwortlichkeit wie die Mitglieder des Verwaltungsrats bei der AG.³⁵²

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Beschlüsse des Verwaltungsrats³⁵³ bzw. der Geschäftsführer³⁵⁴ nicht anfechtbar. Allerdings kann bei besonders gravierenden Mängeln ein Beschluss des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführer nichtig sein. In beiden Fällen gelten die Nichtigkeitsgründe für Generalversammlungsbeschlüsse der AG.³⁵⁵

3. Revisionsstelle

Hinsichtlich der Revisionsstelle und der Revisionspflicht gelten für die AG und die GmbH die gleichen Vorschriften.³⁵⁶ Eine Spezialität bei der GmbH ist, dass ein Gesellschafter, der einer Nachschusspflicht unterliegt, die ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen kann.³⁵⁷ Das gleiche Recht hat ein ausgeschiedener Gesellschafter, dessen Anspruch auf Abfindung noch nicht befriedigt ist.³⁵⁸

vorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht, Diss. Bern 2014; S. 279; Gasser/Eggenberger/Stäuber (Fn. 238), Art. 811 N. 7; Kratz (Fn. 24), Art. 811 N. 5; Küng/Camp (Fn. 112), Art. 811 N. 6; Siffert/Fischer/Petrin (Fn. 139), Art. 811 N. 12; Watter/Roth Pellanda (Fn. 322), Art. 811 N. 10.

³⁴⁹ Art. 811 Abs. 2 OR.

³⁵⁰ Truffer/Dubs (Fn. 24), Art. 804 N. 46 m. w. H. Vgl. demgegenüber Botschaft GmbH 2001 (Fn. 23), S. 3213, wonach der Genehmigungsbeschluss „je nach den Umständen“ einer gesellschaftsintern wirksamen Entlastung gleichkommen soll.

³⁵¹ Truffer/Dubs (Fn. 24), Art. 804 N. 46 m. w. H.

³⁵² Art. 827 OR i. V. m. Art. 754 OR. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 24), § 18 Rn. 39.

³⁵³ BGE 109 II 239 E. 3b. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 24), § 13 Rn. 98.

³⁵⁴ Handschin/Truniger (Fn. 112); Jutzi, GesKR 4/2014, S. 504 Fn. 61.

³⁵⁵ Art. 714 OR und Art. 816 OR.

³⁵⁶ Art. 818 Abs. 1 OR.

³⁵⁷ Art. 818 Abs. 2 OR.

³⁵⁸ Art. 825a Abs. 4 OR. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 24), § 18 Rn. 70.

VII. Auflösung und Liquidation

Die Gründe für die Auflösung einer GmbH, zu unterscheiden von der mit dem Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters verbundenen Teilliquidation, entsprechen grundsätzlich denjenigen für die Auflösung der AG.³⁵⁹ Auch die Liquidation und die Löschung der GmbH folgen grundsätzlich dem Aktienrecht.³⁶⁰ Aufgrund der Besonderheiten der GmbH bei Nachschüssen, die geleistet, aber nicht zurückgezahlt wurden, ist zu beachten, dass solche Nachschüsse betragsweise an den Nennwert des Stammanteils hinzuzurechnen sind.³⁶¹ Statutarisch kann von dieser Vorschrift abgewichen werden.³⁶²

VIII. Fazit

Im Jahre 2022 wurden in etwa doppelt so viele GmbHs gegründet wie AGs. Weil sich die AG und die GmbH aus Sicht des Schweizer Steuerrechts nicht unterscheiden,³⁶³ könnte daraus geschlossen werden, dass die GmbH als Gesellschaftsform viel attraktiver ist als die AG. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte jedoch der wichtigste Grund für die Beliebtheit der GmbH deren tieferes Mindestkapital sein.

Die GmbH mag gegenüber der AG noch weitere Vorteile haben, da sie flexibler ausgestaltet werden kann. So hat die Gesellschafterversammlung der GmbH mehr Kompetenzen als die Generalversammlung der AG und kann sich z. B. auch die Genehmigung von Beschlüssen der Geschäftsführer vorbehalten. Daneben kann einzelnen Gesellschaftern für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ein Vetorecht eingeräumt werden. Den Gesellschaftern können in der Form von Nebenleistungs- und Nachschusspflichten aber auch mehr Pflichten auferlegt werden. Schließlich kann die Änderung des Kreises der Gesellschafter freier ausgestaltet werden, weil z. B. die Übertragung von Stammanteilen ganz unterbunden werden kann. Gleichzeitig kann jeder Gesellschafter einer GmbH aus einem wichtigen oder statutarischen Grund aus der Gesellschaft austreten oder ausgeschlossen werden, was bei der AG nicht möglich ist. All dies kann für die individuelle Ausgestaltung einer Gesellschaft vorteilhaft sein. Zu beachten ist allerdings, dass diese Regelungen mit einem relativ hohen Beratungsbedarf und immer auch mit Handelsregisterpublizität verbunden sind, was oft nicht erwünscht ist.

³⁵⁹ Art. 736 und 821 OR. Vgl. zur Auflösung ohne wichtigen Grund oben V.2. a).

³⁶⁰ Art. 821a Abs. 1 OR.

³⁶¹ Art. 826 Abs. 1 Satz 2 OR.

³⁶² Art. 826 Abs. 1 Satz 3 OR.

³⁶³ *Blumenstein/Locher*, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl. 2016, S. 228 f.; *Reich*, Steuerrecht, 3. Aufl. 2020, § 18 Rn. 20. Dies gilt jedoch nicht zwingend im Sozialversicherungsrecht; BGE 145 V 200 E. 4.2.

Bei der Finanzierung ist die GmbH weniger flexibel als die AG. So kann das Stammkapital nur mittels ordentlicher Kapitalerhöhung erhöht werden und bedarf stets eines qualifizierten Quorums. Zudem stehen weder ein bedingtes Kapital noch ein Kapitalband zur Verfügung. All dies mag zwar den einzelnen Gesellschafter vor Verwässerung schützen, kann aber insbesondere in einer Wachstumsphase oder in einer Krisensituation die Aufnahme von neuem Eigenkapital erschweren.

Auch wenn die GmbH als Vertragspartnerin inzwischen voll akzeptiert ist, kann sie aus Sicht der Gläubiger höhere Transaktionskosten verursachen, da immer zu prüfen ist, ob ein bestimmtes Geschäft der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung bedarf. Auch die Verpfändung von Stammanteilen kann aufwendiger sein, wenn diese der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf.

Letztlich muss man sich bewusst sein, dass eine GmbH eben keine AG ist. Auch wenn die beiden Gesellschaftsformen sich über die Jahre angeglichen haben, weisen sie viele Unterschiede auf, die sich meistens aus dem personalistischen Charakter der GmbH ergeben. Viele dieser Unterschiede mögen gerade für die im Denken der AG verhafteten Personen überraschend sein. Andere können geradezu tückisch sein, wie z. B. die Treuepflicht der Gesellschafter, deren Geltungsbereich insbesondere bei der Stimmrechtsausübung weitgehend ungeklärt ist, oder das umfassende Einsichts- und Auskunftsrecht der Gesellschafter.

Eines der größten Mankos der GmbH ist m. E. aber die mangelnde Rechtssicherheit. Auch 30 Jahre nach dem Start ihrer Popularität gibt es zur GmbH nur wenige Bundesgerichtsentscheide, während bei der AG zu den wichtigsten Fragen eine relativ gesicherte Rechtsprechung besteht. Es wird sich zeigen, wie lange es noch dauert, bis sich die GmbH auch in diesem Bereich der AG angepasst hat.

Die GmbH & Co. KG in Österreich

Julia Nicolussi

I. Proömium	223
1. Vergleichender Rundblick im deutschen Rechtskreis.....	224
2. Entwicklungsgeschichtlicher Abriss	225
II. Triebkräfte für die moderne Rechtsfortbildung	227
III. Zwei Entwicklungsstränge	230
1. Finanzverfassung: Die GmbH & Co. KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? .	230
2. Organisationsverfassung: Der Mehrheitsbeschluss – zurück zum Bestimmtheitsgrundsatz?	235
IV. Summa und Ausblick	239

I. Proömium

Die eingetragene Personengesellschaft ohne natürliche Person als unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter, somit die GmbH & Co. KG, spielt in der Praxis nach wie vor eine bedeutende Rolle¹ und ist ein Beispiel dafür, wie sich Gesellschaftsformen von ihrem ursprünglichen gesetzgeberischen Konzept entfernen und sich verselbstständigen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nicht einen starren Typenzwang zu verfolgen und aus dem Institutionendenken keine Schranke für die Gestaltungsfreiheit zu entwickeln,² ist nicht nur eine glückliche Fügung, sondern auch die innovationsfördernde Grundlage.³ Die Kautelarpraxis konnte dadurch die innere Ordnung der Gesellschaft flexibel an die wirtschaftlichen Gegebenheiten und an die Dynamik des Wirtschaftslebens anpassen.⁴ Die daraus entstandene Typenmischung wird aufgrund ihrer institutionellen Fortent-

¹ Von den 44.574 Kommanditgesellschaften in Österreich sind ca. ein Viertel GmbH & Co. KGs, bei denen der einzige Komplementär eine GmbH ist; Zahlen nach *Artmann*, Von der Einheits-GmbH & Co KG zur Personengesellschaft mbH, in: FS Schauer, 2022, S. 2.

² Grundlegend dazu *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1979; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, 1970; *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970; aus jüngerer Zeit *Fleischer*, ZIP 2023, 1505 ff.

³ *Nicolussi*, GesRZ 2022, 338.

⁴ Dazu *Haar*, Die Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 5 ff.; *Liebscher*, in: Sudhoff, GmbH & Co KG, 2005, § 1 Rn. 11.

wicklung und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung in der Zweiten Republik in der Literatur oftmals als eigenständige Rechtsform⁵ aufgefasst.

1. Vergleichender Rundblick im deutschen Rechtskreis

Das Personengesellschaftsrecht ist einer von wenigen Bereichen, dessen Organisations- und Finanzverfassung nicht von europäischem Richtlinienrecht vorgezeichnet wird.⁶ Deutschland und Österreich haben mit dem A(D)HGB, dem HGB und dem GmbHG viele gemeinsame historische Ausgangspunkte, die die normative Basis für die mit der GmbH & Co. KG aufgeworfenen Fragestellungen und Lückenprobleme bilden. Die Anziehungskraft verdankt die GmbH & Co. KG in beiden Rechtsordnungen dem Umstand, dass mit der Gestaltung die Vorteile der Kapitalgesellschaft (insb. die beschränkte Haftung) mit den Vorteilen der Personengesellschaft (steuerliche Transparenz, Gestaltungsfreiheit) verbunden werden können. Ebenso wie auch der deutsche Gesetzgeber hat sich der österreichische Gesetzgeber gegen eine Kodifizierung der Organisations- und Finanzverfassung der GmbH & Co. KG entschieden. In beiden Rechtsordnungen gab es – letztlich gescheiterte – Reformprojekte,⁷ die sich zum Ziel gesetzt hatten, dem mutmaßlichen Anliegen der Praxis mit einer kodifizierten Handelsgesellschaft auf Einlagen ein neues Rechtsformangebot zu machen und damit einer „Verfremdung“ des Rechts der Kommanditgesellschaft ein Ende zu setzen.⁸ Beide Gesetzgeber haben sich aber vielmehr auf punktuelle normative Einzelanknüpfungen für die GmbH & Co. KG beschränkt (siehe dazu unten Pkt. II.).⁹ Trotz der vergleichbaren und gestaltungsoffenen Ausgangslage hat sich die Rechtsfortbildung im Bereich der GmbH & Co. KG aber in den vergangenen 20 Jahren unterschiedlich entwickelt, wie sich am Beispiel der Kapitalerhaltung (vgl. dazu unten Pkt. III. 1.) und der Willensbildung (vgl. dazu Pkt. III. 2.) demonstrieren lässt.

Das Schweizer Recht steht im Unterschied dazu Typenmischungen reserviert gegenüber. Der GmbH & Co. KG hat der Gesetzgeber 1936 mit Artt. 552, 594 II OR bewusst einen Riegel vorgeschoben.¹⁰ Demnach steht die Komplementär-

⁵ So etwa *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens, 2010, S. 430: „neue Gesellschaftsform“; für Deutschland *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 37 Rn. 2: „faktisch eine zusätzliche Gesellschaftsform“; vgl. dazu *Fleischer/Wansleben*, in: *Fleischer/Thiessen*, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 44, 69.

⁶ *Kalss/Klampff*, in: *Dausen/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 59. EL 2023, E III. 1 e) Rn. 12.

⁷ Vgl. dazu Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. I, Die Handelsgesellschaft auf Einlagen, eine Alternative zur GmbH & Co, 1971; Entwurf Oechselhäuser, 1884; aus jüngerer Zeit *Torggler*, in: *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts, 2022, S. 49 ff. zur Personengesellschaft mit beschränkter Haftung.

⁸ *K. Schmidt*, JZ 2008, 435.

⁹ Aus rechtsvergleichender Perspektive *Fleischer*, in: *Fleischer*, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021, § 1 Rn. 253 ff.

¹⁰ Vgl. zur Rechtslage zuvor BGE 17.6.1958, 84 II 381.

Position nur natürlichen Personen offen.¹¹ Den Erfolg der Typenmischung vor allem in Deutschland beobachtend hat die *Group de réflexion* Gesellschaftsrecht 1993 in ihren Vorschlägen die Öffnung der GmbH & Co. KG für das Schweizer Recht empfohlen. Letztlich lehnte der Bundesrat diese allerdings mit der Begründung ab, dass „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“.¹² Der Schweizer Gesetzgeber konzentrierte sich auf die GmbH-Reform und hielt fest, dass mit der Nachbesserung des GmbH-Rechts „[...] der Bedarf nach ergänzenden zusätzlichen Rechtsformen weitgehend entfallen“ sei.¹³ Seit 2007 existiert die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, d. h. eine Kommanditgesellschaft, bei der der Komplementär zwingend eine AG sein muss. Auch der Konkurrenzdruck zur Europäischen Union rund um die Forcierung des Fondsrechts durch die UCITS-Richtlinien dürfte ein Grund für eine Einführung der neuen Rechtsform für Fondskonstruktionen gewesen sein. Diese läuft weitgehend autonom und unter Aufsicht der FINMA (Bewilligungspflicht), ist sondergesetzlich im Kollektivanlagengesetz (KAG) geregelt und entfaltet – soweit ersichtlich – keine Ausstrahlungswirkung auf das Schweizer Personengesellschaftsrecht. Das Personengesellschaftsrecht, insbes. die Kommanditgesellschaft und die Komplementärgesellschaft, spielen in der Schweizer Rechtslandschaft eine untergeordnete Rolle: Rund 1,6% aller eingetragenen Gesellschaften in der Schweiz sind Kollektivgesellschaften, die Rechtsform der Kommanditgesellschaft nutzen nur 0,2% der eingetragenen Gesellschaften.¹⁴

2. Entwicklungsgeschichtlicher Abriss

Dass sich die Kommanditgesellschaft als gesamthandschaftliches Rechtsgebilde des 19. Jahrhunderts in ihrer gesetzestypischen Ausgestaltung mit mehreren unbeschränkt haftenden natürlichen Personen, die auch gleichzeitig mit stark persönlichem Einschlag die Geschäfte führen,¹⁵ nur für einen kleinen Teil der Un-

¹¹ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 13 Rn. 14; Dazu monographisch *Hössli*, Die schweizerische juristische Person & Co, 2008.

¹² Botschaft 2002, 3168.

¹³ Botschaft 2002, 3168; dazu *Forstmoser*, Abschied vom Numerus Clausus im Gesellschaftsrecht?, 2005, S. 87 f.; *Aeschlimann*, AJP 2015, 213 ff.

¹⁴ Zahlen nach Eintrag im Handelsregister (Stand: 1.1.2024), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/handelsregister/statistik.html>> (3.8.2024); *Appenzeller/Baudenbacher*, in: BSK OR II, 2024, Art. 594 Rn. 1.

¹⁵ *Staubenrauch*, Handbuch des österreichischen Handels-Rechts, 1863, S. 194 ff.; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 1990, S. 142; *Behrends*, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1886, S. 457 ff.; *Endemann*, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. I, 1881, S. 329 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 9 IV 1; *Fuchs*, JW 1922, 1677; *Weigand*, in: Kalss/Meissel, Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa, 2003, S. 43 ff.

ternehmungen eignet, bedarf keiner weiteren Erklärung. Das gesetzestypische Konzept wurde durch den Gesetzgeber seitdem – mit Ausnahme der fundamentalen Weichenstellung der Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der Öffnung für sämtliche Tätigkeit durch das HaRÄG 2005 – nur geringfügig geändert.¹⁶ Die GmbH sollte ab 1906 Abhilfe dagegen schaffen und eine flexible Rechtsform mit dem Vorteil des Ausschlusses der persönlichen Haftung der Gesellschafter bieten.¹⁷ Die GmbH bot aber steuerrechtliche Nachteile: Die Kapitalgesellschaft unterlag einer eigenständigen Gewinnbesteuerung und daneben noch einer persönlichen Einkommenssteuer beim Gesellschafter. Diese doppelstufige Ertragsbesteuerung machte den Einsatz der GmbH als Unternehmensträger unattraktiv.¹⁸ Dies wurde als unbillige Härte empfunden. Die Kautelarpraxis hat dafür aber einen Ausweg gefunden: Eine Kommanditgesellschaft wurde gegründet, wobei die GmbH die Funktion der einzigen Komplementärin übernahm und die GmbH-Gesellschafter sich als Kommanditisten beteiligten. Daraufhin pachtete die KG den Geschäftsbetrieb der GmbH zu einem Pachtzins, der gerade zur Deckung der notwendigen Kosten der GmbH reichte. Der verbleibende Gewinn wurde an die Kommanditisten ausgeschüttet, die sodann nur der Einkommenssteuer unterlagen. Die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft war aus diesen Gründen nicht ohne Kritik, allerdings wurde in einer Zusammenstellung von *Heinrich Pappenheim* dargelegt, dass das Wiener Handelsregister bereits seit 1888 die Beteiligung der AG an einer Personengesellschaft eingetragen hatte.¹⁹ Zivilrechtlich anerkannt wurde sie erstmalig vom OGH im Jahr 1906²⁰ und somit deutlich früher als dies bei paralleler Rechtslage für Deutschland das Reichsgericht 1922 konstatierte.²¹

Durch die Machtübernahme der Nationalsozialisten wurden Typenvermischungen kritisch gesehen und mit dem Umwandlungsgesetz 1934 wurden auch steuerrechtliche Anreize geschaffen, um davon Abstand zu nehmen.²² Bis zur zweiten Republik lässt sich eine breite Verwendung der GmbH & Co. KG allerdings – anders als in Deutschland²³ – nicht nachweisen. Eine Hochblüte erlebte die GmbH & Co. KG ab den 1960er Jahren. Maßgebend dafür dürften wiederum steuerliche Motive gewesen sein: Im Jahr 1963 hat das Finanzministerium mittels Erlasses festgehalten, dass die Verwendung der GmbH & Co. KG *per se* kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 22 Bundesabgabenordnung dar-

¹⁶ Zu den Änderungen im Zuge des HaRÄG 2005 (BGBl. I 2005, 120) vgl. *Schauer*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2017, Rn. 2/254.

¹⁷ *Doralt*, Die GmbH im 20. Jahrhundert – Grundkonzept und Nachjustierung in der 2. Republik, in: *100 Jahre GmbH, GesRZ-Sonderheft*, 2006, S. 6.

¹⁸ Dazu *Arnold*, *GmbH* 1994, 372 f.

¹⁹ *Gerichtshalle*, 1897, S. 336.

²⁰ OGH 20.6.1906, 10.078, AC 2583.

²¹ RG 4.7.19022, RGZ 105, 101; zitiert nach *Haar* (Fn. 4), S. 8.

²² *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003, S. 326.

²³ Dazu *Fleischer/Wansleben*, in: *Fleischer/Thiessen* (Fn. 5), S. 38 ff.

stellt.²⁴ Die Typenmischung stand somit nicht nur zivilrechtlich, sondern auch steuerlich auf festem Boden. Damit war der Startschuss für das Tätigwerden der Kautelarpraxis gefallen, die seitdem die Kapitalgesellschaft & Co. für ganz unterschiedliche Zwecke einsetzt.²⁵ Diese reichen von der Familien-KG und dem Joint-Venture mit operativem Unternehmen über die vermögensverwaltende GmbH & Co. KG bis hin zum Investmentvehikel und Risikokapitalfonds (EuVECA).²⁶ Heute ist in Österreich rund ein Viertel aller Kommanditgesellschaften in der Form der GmbH & Co. KG im engeren Sinn organisiert, somit eine KG, bei der der einzige Komplementär eine GmbH ist.²⁷

Der kurze Abriss verdeutlicht, dass das Steuerrecht mit seinen unterschiedlichen Steuerregimen Anstoß für die Herausbildung unterschiedlicher Einsatzbereiche und Spielarten der GmbH & Co. KG ist. Die Motive, die letztlich zu einer nachhaltigen Verbindung von Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft führen, beschränken sich aber nicht auf die bloße Erzielung von Steuervorteilen.²⁸ Steuerrechtliche Vorteile können als Treiber für kautelarjuristische Konstruktionen dienen, sie sind aber kein Garant für eine nachhaltige Rechtsfortbildung, weil sich die steuerrechtlich motivierte Gestaltung durch die Befriedigung weiterer Bedürfnisse und Interessen in der Praxis bewähren muss. Steuerrecht sollte somit nicht als „unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts“²⁹ begriffen werden, sondern vielmehr geht von ihm die „Initialzündung“³⁰ für den Beginn der Rechtsfortbildung und der Ausdifferenzierung aus.³¹

II. Triebkräfte für die moderne Rechtsfortbildung

Die GmbH & Co. KG – wie sie uns heute in der Praxis begegnet – ist einem Zusammenwirken von Kautelarjurisprudenz, Judikatur und Gesetzgebung zu verdanken.³² Alle drei Triebkräfte hatten in der Zusammenarbeit die Aufgabe, den traditionellen Blick von den einzelnen Rechtsgebilden hin zu den dahinterste-

²⁴ *Stoll*, ÖStZ 1965, 23; *Arnold*, GmbHR 1994, 373.

²⁵ *Koppensteiner/Auer*, in: *Straube/Ratka/Rauter*, UGB, § 161 Rn. 2; *Plum*, in: FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 137 ff.

²⁶ *Nicolussi*, GesRZ 2022, 339 f.

²⁷ Stand 31.12.2021: 44.611 KGs in Österreich; Zahlen zit. nach *Artmann*, in: FS Schauer, 2022, S. 2.

²⁸ *Liebscher*, in: *Reichert*, GmbH & Co, § 1 Rn. 14.

²⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 23.

³⁰ *Fleischer/Wansleben*, in: *Fleischer/Thiessen* (Fn. 5), S. 42; *Fleischer*, in: *Fleischer* (Fn. 9), § 1 Rn. 251.

³¹ *Fleischer/Wansleben*, in: *Fleischer/Thiessen* (Fn. 5), S. 42; ebenso *Nicolussi*, GesRZ 2022, 339 f.

³² Siehe grundlegend dazu *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 264 ff; für Österreich dazu *Nicolussi*, GesRZ 2022, 340 ff.

henden komplexen Sozialgebilden zu werfen³³ und die Lückenprobleme, die sich aus dem Zusammentreffen von Personen- und Kapitalgesellschaft stellen, zu lösen.³⁴ Das Fehlen einer natürlichen Person, die unbeschränkt persönlich haftet, ziehen Judikatur und Gesetzgebung als Zäsur heran, um völlig unterschiedliche Regelungen auf diesen Typus von Personengesellschaften anzuordnen. Diese Differenzierung baut auf der Prämisse auf, dass die persönliche, unbeschränkte Haftung der natürlichen Person nicht nur den Haftungsfonds für die Gläubiger sicherstellt,³⁵ sondern sich daraus auch eine faktische Verhaltenskontroll- und Überwachungsfunktion der natürlichen Person gegenüber der Geschäftsführung der Personengesellschaft ergibt. Diese motivierende und korrigierende Wirkung bildet ein zentrales Element der *Corporate Governance* der Personengesellschaft.³⁶ Fehlt nun dieser Akteur, dessen persönliches Schicksal untrennbar mit dem Unternehmen verknüpft ist und der – auch aus Eigeninteresse – über die Verhältnisse der Personengesellschaft wacht, so fällt eine entscheidendes Rechtsformspezifikum weg.³⁷ Dadurch entfernt sich die Kapitalgesellschaft & Co. soweit vom gesetzlichen Ausgangsfall der Personengesellschaft, dass im Wege der Rechtsfortbildung zu errichtende Gestaltungsschranken erforderlich erscheinen.

Die Gesetzgebung hat sich bislang in Zurückhaltung geübt: Spezifisch für die GmbH & Co. KG wurden nur vereinzelt gesetzgeberische Pflöcke eingeschlagen, indem im Wesentlichen die Regelungen der Kapitalgesellschaft für anwendbar erklärt wurden: Erstens erlies der Gesetzgeber Regelungen, um die Transparenz der Kapitalgesellschaft & Co. im Rechtsverkehr herzustellen, indem er einerseits die Rechnungslegungspflicht sowie die Offenlegung des Jahresabschlusses normiert (§ 221 Abs. 5 UGB). Zudem ordnete er an, dass in die Firma der zwingende Rechtsformzusatz aufgenommen werden muss, der auf den Umstand hinweist, dass keine natürliche Person den Gläubigern unbeschränkt haftet (§ 19 Abs. 2 UGB).³⁸ Darüber hinaus müssen auch im Rechtsverkehr bei Verwendung von Geschäftspapieren, Bestellscheinen und der Website entsprechende Angaben ge-

³³ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 52.

³⁴ Nicolussi, GesRZ 2022, 340 f.

³⁵ Ob die natürliche Person, die auch vermögenslos sein kann, gegenüber der juristischen Person aus finanzieller Sicht der bessere Schuldner ist, wurde an unterschiedlichen Stellen bereits in Frage gestellt (Koppensteiner, in: Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH & Co KG, 2011, S. 17; Grunewald, in: MüKoHGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 6; jüngst auch Gaggl, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG, 2021, S. 4 f.). Die Wirtschaft misst der persönlichen Haftung nur geringe Bedeutung bei, was sich durch die stetig steigenden Zahlen von Privatinsolvenzen legitimieren lässt; vgl. die Insolvenzstatistiken, abrufbar unter <<https://www.ksv.at/insolvenzstatistik/insolvenzstatistik-1-halbjahr-2024>> (5.8.2024); vgl. den früheren vergleichbaren Befund bei Doralt, in: Kastner/Stoll, GmbH & Co KG, S. 47 m.w.N.

³⁶ Dazu Haar (Fn. 4), S. 5 ff.; Kalss, in: GS Arnold, 2011, S. 79; Koppensteiner, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 14 f.; Harrer (Fn. 5), S. 427.

³⁷ Zwar übt auch der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH eine *Gatekeeper*-Funktion auf der Ebene der Personengesellschaft aus, diese ist aber nicht gleichzusetzen mit jener des persönlich, unbeschränkt haftenden Gesellschafters.

³⁸ Dazu Epicoco/Walch, NZ 2019, 1.

macht werden (§ 14 Abs. 1 UGB).³⁹ Zweitens erließ der Gesetzgeber krisenbezogene Regelungen für die Personengesellschaft & Co., die sich auf das Insolvenz- und Unternehmensreorganisationsrecht (§ 67 Abs. 1 IO, § 22 URG) sowie auf das Eigenkapitalersatzrecht (§ 4 Z. 3 EKEG) beziehen.⁴⁰ In die Organisationsverfassung der GmbH & Co. KG greift der Gesetzgeber in zweifacher Weise in Bezug auf das Kontrollorgan ein: Zum einen ordnet er bei der Frage der Aufsichtsratspflicht in der Komplementär-GmbH eine Gesamtbetrachtung in der Form an, dass die Arbeitnehmerinnen in der KG für die Berechnung hinzugezählt werden (§ 29 Abs. 1 Z. 4 GmbHG). Zum anderen normiert er eine Aufsichtsratspflicht auf der Ebene der KG (§ 221 Abs. 5 UGB) für den Fall, dass die GmbH & Co. KG kapitalmarktorientiert ist (§ 189a Abs. 1 Z. 2 UGB). Wiewohl der börsennotierte KG-Anteil nicht den Regelfall bildet, wirft die Installierung eines Aufsichtsrats (samt Prüfungsausschuss) zahlreiche Folgefragen auf, zumal auch ein Verweis auf allfällig maßgebenden kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen fehlt. Wer nun meint, dass es sich dabei um ein Redaktionsversehen handelt, irrt, denn die Materialien zum APRÄG 2016 sprechen diesen „äußerst unwahrscheinlichen“ Fall einer Aufsichtsratspflicht *en passant* an.⁴¹

Indem der Gesetzgeber ein flexibles Personengesellschaftsrecht bereitstellt, bietet er der findigen Kautelarpraxis eine Spielwiese, um unterschiedliche praktische Anliegen zu erproben.⁴² Das Absehen von einer Kodifikation der Organisationsform der GmbH & Co. KG war somit eine gelungene Entscheidung des Gesetzgebers, würde dieser nämlich stets Gefahr laufen, der Vertragspraxis hinterher zu hinken: Die Kautelarjurisprudenz ist als Schöpferin und Gestalterin viel näher am echten Lebenssachverhalt als der Gesetzgeber, der Vertragswerke nach einem demokratisch-parlamentarischen Prozess in Gesetzesform gießt.⁴³ Da der Gesetzgeber auf eine gesetzgeberische Konzeption und eine Standardisierung verzichtet hat, konnte sich Vielfalt entwickeln. Die Vertragsgestaltung ist von einer besonderen Dynamik geprägt und darüber hinaus auch nicht transparent und einsehbar, da die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften bekanntlich nicht im Firmenbuch abrufbar sind. Die Fülle an unterschiedlichen Gestaltungen ist nur den wenigen juristischen Beratern bekannt. Sie fällt nur dann in den Scheinwerferkegel, wenn sie durch die Rechtsprechung aufgegriffen wird. Die große Vielfalt an unterschiedlichen Gestaltungen spielt sich somit im Verborgenen ab. Die zu erahnende Diversität der Gestaltungen kann daher nicht vollends durch einen Abgleich erfasst werden.⁴⁴

³⁹ *Edelmann*, in: Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften, Rn. 5/30; *Arnold*, in: GS Arnold, 2010, S. 40 f.

⁴⁰ Siehe dazu ausführlicher *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 66 ff.; *Karollus*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 34 ff.; *Eckert*, in: Torggler, UGB, 3. Aufl., § 161 Rn. 9.

⁴¹ *Schörghofer/Schörghofer*, in: Kalss/Bergmann, Rechtsformwahl, 2020, Rn. 29/5.

⁴² *Nicolussi*, GesRZ 2022, 341.

⁴³ *Fleischer*, RabelsZ 82 (2018), 264.

⁴⁴ *Fleischer*, RabelsZ 82 (2018), 264; *Nicolussi*, GesRZ 2022, 341.

Transparent sind somit nur ein Bruchteil der Ausgestaltungen der GmbH & Co. KG und diese sind beinahe zufällig, hängt doch die Befassung der Gerichte mit einer Streitfrage von unterschiedlichen Faktoren, nicht zuletzt vom Willen, dem finanziellen *Pouvoir* und dem Durchhaltevermögen der Streitparteien, ab. Die Rechtsprechung bildet somit eine Art Scharnier zwischen Kautelarpraxis und wissenschaftlicher Durchdringung. Sie hat die Aufgabe, anhand eines praktischen Anlassfalls zu überprüfen, ob die durch die Vertragspraxis etablierte Rechtsneuschöpfung innerhalb der zwingenden Grenzen verläuft oder ob nicht dadurch Grenzen überschritten werden, die korrigiert werden müssen.

Die große Herausforderung, die sich insbesondere im Fall der GmbH & Co. KG zeigt, besteht zum einen darin, dass die Gerichte anhand des konkreten Einzelfalls entscheiden müssen, stets aber auch nur einen Miniatureinblick in die große Vielfalt der Kautelarjurisprudenz gewinnen und oftmals mit Negativbeispielen konfrontiert sind.⁴⁵ Dies zeigt etwa die Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG, in der der Gerichtshof ausschließlich mit insolventen oder insolvenznahen Gesellschaften konfrontiert war. Die Gerichte müssen anhand dieses Puzzleteils Recht fortbilden und damit zentrale Auslegungsfragen über den Einzelfall hinaus auch für die Zukunft entscheiden.⁴⁶

Sie sind dabei zudem methodisch mit einer Pfadabhängigkeit konfrontiert. Diese ergibt sich unter anderem durch den Einsatz von *obiter dicta*, die eine gewisse Fahrspur für die Zukunft legen. Diese Hilfserwägungen im Urteil sind geeignet, eine Erwartungshaltung zu erwecken, nicht nur beim Rechtsanwender, sondern auch bei den Gerichten selbst in Bezug auf Folgeentscheidung. Eine Abweichung davon bedarf – je nach Konkretisierungsgrad des *obiter dictum* – einer besonderen Rechtfertigung.⁴⁷

III. Zwei Entwicklungsstränge

1. Finanzverfassung: Die GmbH & Co. KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft?

Diese skizzierte Pfadabhängigkeit der Judikatur zeigt sich besonders deutlich bei der Frage nach der Anwendung eines zentralen Bausteins im kapitalgesellschaftsrechtlichen Systembaukastens, nämlich des Ausschüttungsverbots und des strengen Vermögensschutzes aufgrund von Defiziten im Gläubigerschutz (insb. §§ 82 f. GmbHG). Sind nämlich ausschließlich Kapitalgesellschaften an der Personengesellschaft als unbeschränkt haftende Gesellschafter beteiligt, so werden im Ergebnis die Vorteile des Sondervermögensschutzes der Kapitalgesellschaft mit

⁴⁵ Nicolussi, GesRZ 2022, 339 f.

⁴⁶ Fleischer, AcP 82 (2018), 263; Bittner, JZ 2013, 645.

⁴⁷ Siehe dazu Korch, ZGR 2021, 878; Bittner, JZ 2013, 649 f.

dem personengesellschaftsrechtlichen Haftungsverbund von Gesellschaft und Gesellschafter kombiniert.⁴⁸

Die Rechtsprechungslinie, die letztlich zur Ausdehnung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsverbots auf der Ebene der Personengesellschaft geführt hat, reicht einige Jahre zurück und begann mit der Suche nach geeigneten Regelungen für die insolvenzreife GmbH & Co. KG: Mehrere erste Entscheidungen betrafen die Anwendung der Grundsätze des Kapitalersatzrechts, welches damals noch nicht kodifiziert war. Der OGH verneinte die Stellung des Kommanditisten als Konkursgläubiger im Konkurs der GmbH & Co. KG, da er die Pflichteinlage des Kommanditisten mit Eigenkapitalcharakter qualifizierte. Aus dem Umstand, dass das Privatvermögen der Gesellschafter vom Vermögen der Gesellschaft getrennt sei, sei eine Gleichstellung mit den Kapitalgesellschaften in Bezug auf das Eigenkapitalersatzrecht gerechtfertigt.⁴⁹ In diesem ersten Urteil spricht der OGH weder eine Anwendung der Grundsätze der Kapitalerhaltung (§§ 82 ff. GmbHG) auf die GmbH & Co. KG noch eine Vermögensbindung auf der Ebene der KG aus. Der OGH erwähnt aber im Urteil *obiter dictum*, dass die deutsche Lehre und Rspr. „noch weiter gegangen sind“ und auch die dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalerhaltungsvorschriften auf Ausschüttungen an den („Nur“-)Kommanditisten anwendet. In drei Folgeentscheidungen zur Anwendung des Kapitalersatzrechts auf die GmbH & Co. KG hält der OGH in seinen Hilferwägungen nur wenige Jahre später fest: „Das Kapitalersatzrecht ist richtigerweise als Ausprägung des Kapitalerhaltungsprinzips zu verstehen; es muss daher auf alle Rechtsformen Anwendung finden, bei denen es besondere Grundsätze der Kapitalerhaltung gibt.“⁵⁰ Auch dabei wird das *obiter dictum* als Instrument genutzt, um ohne Relevanz für den konkreten Fall zu einer viel fundamentalen Rechtsfrage, nämlich der Kapitalerhaltung in der Kapitalgesellschaft & Co., Stellung zu beziehen.⁵¹ Damit hat der OGH den ersten Stein für den Pfad zur Rechtsfortbildung gelegt.

In der Literatur wurde die Hilferwägung als Anerkennung der Kapitalerhaltungsvorschriften für die Kapitalgesellschaft & Co. interpretiert.⁵² Dies ist einer von mehreren Wegen, wie das *obiter dictum* fortgedacht hätte werden können. Diesen teilte auch der OGH in weiterer Folge. Es hätte sich aber durchaus auch eine andere Schlussfolgerung ziehen lassen, nämlich dass aus Gründen des Gläu-

⁴⁸ *Kalss*, in: GS Arnold (Fn. 39), S. 79; *Karollus*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 33.

⁴⁹ OGH 24.7.1996, 8 Ob 2124/96b (zum atypisch stillen Gesellschafter); in weiterer Folge auch OGH 25.11.1997, 4 Ob 344/97k; OGH 12.3.1998, 8 Ob 336/97p.

⁵⁰ OGH 26.8.1999, 8 Ob 54/99w; OGH 26.4.2001, 8 Ob 72/00x (zur GesbR); OGH 12.2.2003, 9 ObA 263/02w (zur GmbH & Co. KG).

⁵¹ Vgl. zur Rechtsfortbildung durch *obiter dicta Korch*, ZGR 2021, 881 f.

⁵² *Karollus*, *ecolex* 1996, 861; *Karollus*, in: FS Kropff, 1997, S. 671; *Karollus*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 39: „[...] für die ‚Personengesellschaft & Co‘ [gelten] generell besondere Grundsätze der Kapitalerhaltung [gelten], aus denen dann auch die Anwendung des Kapitalersatzrechts abgeleitet werden könne.“; krit. dazu bereits *Nicolussi*, *GesRZ* 2022, 341 ff.

bigerschutzes in der Krise das Kapitalersatzrecht auf die insolvenznahe GmbH & Co. KG anzuwenden ist, weil es in der GmbH & Co. KG besondere Grundsätze der Kapitalerhaltung gibt, die in der Übernahme der beschränkten Haftung und dem daraus resultierenden Verhältnis zur Leistung der Kapitaleinlage des Kommanditisten bestehen (§§ 171 f UGB).⁵³ Der Pfad wurde aber jedenfalls in eine gewisse Richtung gelenkt, womöglich auch aufgrund die Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten „Gläubigerschutz“, „Kapitalerhaltung“ und „Kapitalersatz“, deren Bedeutung in den unterschiedlichen Gesellschaftsformen sowie deren Verhältnis zueinander.

Die zentrale Leitentscheidung bildete die vielfach diskutierte Entscheidung des zweiten Senats im Jahr 2008:⁵⁴ Der OGH hatte über Zahlungen der KG zugunsten eines Kommanditisten an einen Dritten zu urteilen und wendete das Verbot der Einlagenrückgewähr auf die (insolvente) GmbH & Co. KG im Verhältnis zu ihrem Kommanditisten analog an. Als Begründung führt er unter Bezugnahme auf die Literatur aus, dass der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren bereits einige Regelungen der GmbH zur Sicherung des Gläubigerschutzes auf die GmbH & Co. KG übertragen habe (§ 67 KO a. F., URÄG, EKEG, UGB). Da diese auch den Schutz der Gläubiger betreffen wie das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 82 Abs. 1 GmbHG, sei auch dieses im Verhältnis zum („Nur“-)Kommanditisten analog anzuwenden.

Die zu schließende (nachträgliche) planwidrige Gesetzeslücke – eigentlich die zentrale Frage, weil notwendige Voraussetzung für die Analogie⁵⁵ – schneidet der OGH nur kurz an, wenn er sich mit den ablehnenden Argumenten auseinandersetzt: „Aus dem Schweigen des Gesetzgebers zur GmbH & Co KG [im HaRÄG] kann kein Argument gegen die Analogie abgeleitet werden.“ Die kurze Begründung ist angesichts der tiefgreifenden Änderung und den Folgewirkungen der Entscheidung auffällig, zumal gute Argumente gegen das Vorliegen einer (planwidrigen) Gesetzeslücke sprechen:⁵⁶ Der Gläubigerschutz wird in der KG durch die Kommanditistenhaftung gem. §§ 171 f UGB sichergestellt, sodass ein darüber hinausgehendes spezifisches Schutzbedürfnis in der GmbH & Co. KG hätte nachgewiesen werden müssen. Die Gleichstellung der GmbH & Co. KG mit der GmbH in manchen krisenbezogenen Zusammenhängen ist nicht geeignet, ein Argument für die Gleichbehandlung in Sachen Vermögensbindung auf Ebene der KG zu liefern.⁵⁷

⁵³ Siehe *Torggler*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 8.

⁵⁴ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p.

⁵⁵ Siehe dazu nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983.

⁵⁶ Ebenso *Hügel*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 115 f.; *Koppensteiner*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 16; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 75 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 75 ff.; *Koppensteiner*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 15 ff.; *Hügel*, in: Artmann/Rüffler/Torggler (Fn. 35), S. 115 f; *Nicolussi*, GesRZ 2022, 342.

Die kurze Aussage zur Analogie überrascht aber noch aus einem anderen Grund: Wenige Jahre zuvor stand in einer OGH-Entscheidung die analoge Anwendung zwischen Personengesellschaftsrecht und GmbH-Recht – nämlich die analoge Anwendung der Auflösungsklage (§ 133 HGB a. F.) auf die GmbH – in Frage. Der Gerichtshof verwendete dasselbe Argument, allerdings um methodisch genau zum gegenteiligen Schluss zu gelangen:⁵⁸ „[...] der Umstand, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der oberstgerichtlichen Judikatur und der jahrzehntelangen Diskussion in der Lehre [...] bisher noch keine Regelung getroffen hat (obwohl das Recht der GmbH mehrfach novelliert wurde), [spricht] gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke, die im Wege der Gesetzesanalogie geschlossen werden könnte.“⁵⁹ Ob dem Schweigen des Gesetzgebers trotz Kenntnis der Rechtslage für die richterliche Rechtsfortbildung ein Wert beigemessen werden kann, kann nicht abschließend beurteilt werden. Jedenfalls kann das Untätigbleiben des Gesetzgebers ganz unterschiedliche Gründe haben.⁶⁰ Auffällig ist, dass das Höchstgericht die Methodik einsetzt, um damit argumentativ zum entgegengesetzten Ergebnis zu kommen.⁶¹

Jedenfalls war mit dieser Entscheidung die Weichenstellung vollzogen, die in der Literatur heftig kritisiert wurde. Dass die Frage des Gläubigerschutzes in der GmbH & Co. KG diskutiert werden muss, wurde zu Recht auch nie ernsthaft in Frage gestellt.⁶² Vielmehr hat die Literatur dazu unterschiedliche Alternativkonzepte präsentiert:⁶³ So wurde neben der Erweiterung der Kommanditistenhaftung auch die Anwendung des deutschen Konzepts vorgeschlagen, wonach sich § 30 dGmbHG dann auf Ausschüttungen aus dem Vermögen der KG erstreckt, soweit damit auch Rückwirkungen auf das Vermögen der GmbH verbunden sind, d. h. eine Unterbilanz entsteht.

Zu kritisieren ist jedenfalls der schnelle Griff in den kapitalgesellschaftsrechtlichen Systembaukasten, da dieser eine Reihe von – auch bislang noch – ungelösten Folgeproblemen und -fragen nach sich zieht,⁶⁴ wie etwa die Anwendung der

⁵⁸ OGH 29.1.2001, 3 Ob 57/00d.

⁵⁹ Die Entscheidungspraxis des OGH zeigt, dass gerade letzteres Zitat mehrfach in unterschiedlichen Judikaten bestätigt wurde: OGH 25.9.2001, 4 Ob 216/01w; OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v; OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z; OGH 11.12.2007, 5 Ob 148/07m; OGH 1.2.2007, 9 Ob 16/06b.

⁶⁰ Vgl. dazu *Hopf*, in: *Fleischer/Thiessen* (Fn. 5): „Gewarnt werden muss daher von einem Schluss, aus dem Schweigen der Materialien sei ein bestimmtes Verständnis des Gesetzes oder die Billigung einer bestehenden Rechtsprechung abzuleiten [...]“; krit. ebenso *Leitner*, *ecolex* 2008, 718 f.; *Leitner*, *ecolex* 2008, 417 ff.

⁶¹ Das Argument taucht in diesem Zusammenhang noch einmal in OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h auf; vgl. zum RÄG 2014 *Bergmann/Schörghofer*, *GesRZ* 2014, 340 ff.; *Nicolussi*, *GesRZ* 2022, 342 f.

⁶² *Kalss*, in: *GS Arnold* (Fn. 36), S. 85 ff.

⁶³ *Kalss*, in: *GS Arnold* (Fn. 36), S. 903 ff.; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*, 3. Aufl. 2007, § 82 Rn. 20.

⁶⁴ Vgl. dazu nur *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, *GES* 2019, 6 ff.

Ausfallshaftung gem. § 83 Abs. 2 GmbHG, die Ausgestaltung des Kapitalherabsetzungsverfahrens in der KG sowie die Schranken für die Realteilung und die Anwachsung gem. § 142 UGB.⁶⁵ Diese Folgefragen hängen allesamt eng mit dem Ausschüttungsverbot zusammen. Sie belegen, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 82 GmbHG als Baustein, der für sich genommen einer ständigen dynamischen Rechtsfortbildung unterliegt, nicht aus dem Konzept der Kapitalaufbringung und -erhaltung des GmbHG herausgelöst werden kann und auch deshalb die Rechtmäßigkeit der Analogie in Frage gestellt werden muss.⁶⁶ Dies bestätigte auch *Georg Nowotny*, beteiligtes Senatsmitglied des OGH zu einem späteren Zeitpunkt in mehreren Stellungnahmen, wenn er schreibt: „Wenn Sie mich heute fragen, ob ich die Entscheidung für dogmatisch ‚richtig‘ halte oder nicht, so muss ich sagen, ich weiß es nicht. Insbesondere angesichts der sich aus der Entscheidung ergebenden Folgeprobleme, die dem Senat bei der Entscheidungsfindung sicher nicht in voller Tragweite bewusst waren und die in der Lehre diskutiert wurden, würde ich mir heute allerdings die Voraussetzungen der in der Entscheidung gezogenen Analogie noch genauer überlegen, bevor ich sie bejahen würde.“⁶⁷

Die Rechtsprechungslinie aus 2008 wurde in weiterer Folge konsequent fortgeführt und – durch Verweis auf die frühere Rechtsprechung – auf unterschiedliche Sachverhalte ausgedehnt und erstreckt.⁶⁸ In einer seiner jüngsten Entscheidungen dehnt der OGH auch den Adressatenkreis in einem weiteren *obiter dictum* aus, indem er festhält, dass auch Zuwendungen der KG an die Komplementär-GmbH vom Verbot erfasst sind.⁶⁹ Der Anlassfall betraf eine Leistung der GmbH & Co. KG an einen Dritten zugunsten des Kommanditisten. Der Komplementär spielte keine Rolle. Er war weder Leistender noch Leistungsempfänger. Die Erstreckung wird somit anlasslos in die Entscheidung in den Urteilstext gestreut. Mit *Herbert Wiedemann* könnte man meinen, dass „[...] nicht der Fall eine Lösung, sondern die Rechtsfortbildung einen Fall gesucht [hat].“⁷⁰ Anlasslos für den Pfad der Rechtsfortbildung war die Hilfserwägung aber keinesfalls: Denn in der Literatur wurde diese Frage bis vor kurzem diskutiert.⁷¹ Mitunter wurde argumentiert, dass mangels ausdrücklicher Erwähnung nicht auch Ausschüttungen

⁶⁵ Vgl. dazu *Hügel* in Artmann/Rüffler/Torggler, (Fn. 35), S. 111 ff.; *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 6 ff.; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 66 ff.

⁶⁶ *Nicolussi*, GesRZ 2022, 342 f.

⁶⁷ *Nowotny*, GES 2020, 15 f.; *Nowotny*, in: Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, 2019, S. 40; zurückhaltend allerdings noch in *Nowotny*, in: FS Hügel, 2016, S. 295 ff.

⁶⁸ OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p; OGH 30.8.2016 6 Ob 198/15h; OGH 21.11.2017, 6 Ob 161/17w; OGH 21.12.2017, 6 Ob 206/17p; OGH 28.3.2018, 6 Ob 128/17t. OGH 23.1.2020, 6 Ob 202/19b.

⁶⁹ OGH 23.6.2021, 6 Ob 61/21w; dazu *Blaschke*, GES 2021, 386.

⁷⁰ Spätlese zu Autokran, ZGR 1986, 658.

⁷¹ Für die Erfassung des Komplementärs *Karollus*, in: Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung, 2021, S. 16; a.A. *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 11 ff.; *Rüffler/Aburumieh/Lind*, in: Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapital-

an die Komplementärs-GmbH erfasst seien. Durch das Urteil ist dies nun klar gestellt. Die Ausführungen im *obiter dictum* wurden somit dafür eingesetzt, um Unklarheiten, die sich offensichtlich aus vorangegangenen Urteilen stellten, auszuräumen und um den Pfad wieder in die – aus Sicht des Gerichtshofs – „richtige“ Richtung zu lenken. Konsequent ist das Ergebnis aber allemal, da der OGH den Vermögensschutz auf der Ebene der KG ansetzt und deren Vermögen vor einem Abfluss schützen möchte. Es macht somit keinen Unterschied, an welchen Gesellschafter ausgeschüttet wird. Die unbeschränkte Haftung des Komplementärs ist daher kein Gegenargument, wenn es – mit dem OGH – einen Unterschied macht, wo sich das Kapital befindet.⁷²

Aus diesem Grund erscheint auch ein „Ausweichen“ auf die GmbH & Co. OG, die insbesondere auf Grund der Grundverkehrssteuer bei liegenschaftsverwaltenden Gesellschaften in verschiedenen Konstellationen interessant wäre, nicht empfehlenswert, wiewohl dies in der Literatur⁷³ oftmals angedacht wurde.⁷⁴

2. Organisationsverfassung: Der Mehrheitsbeschluss – zurück zum Bestimmtheitsgrundsatz?

Die Rechtsfortbildung des österreichischen Gerichtshofs beschränkte sich in den vergangenen Jahren aber nicht auf die Finanzverfassung, sondern betraf auch das Innenrecht der GmbH & Co. KG. Insbesondere bei der Willensbildung und Beschlussfassung der KG zeigen sich die Folgen der Apathie des Gesetzgebers besonders deutlich: Das Gesetz geht nach wie vor vom Einstimmigkeitsprinzip aus (§ 119 UGB), welches in der Praxis in der Regel zugunsten einer Mehrheitsklausel aufgegeben wird, um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen. Erst die Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag ruft den Schutz der Minderheit auf den Plan, für den das Gesetz keine Regelungen kennt. Dadurch entsteht eine große Rechtsunsicherheit. Dieses Ringen um eine Lösung des Mehrheit-Minderheiten-Konflikts ist keine genuine Frage der GmbH & Co. KG, wiewohl in der praktischen Ausgestaltung die Publikums-KG i. d. R. als unechte Kapitalgesellschaft organisiert ist.

Mit einem rezenten Urteil nimmt der OGH die vermeintlich zu Ende vermutete Diskussion rund um die Reichweite von Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften wieder auf und setzt bemerkenswerte Akzentverschiebungen. Der Sachverhalt sei rasch in Erinnerung gebracht:⁷⁵ In einer GmbH & Co. KG mit einer dreistelligen Zahl an Kommanditisten werden mehrere Beschlüsse zur Adaptierung der Gesellschaftsstruktur gefasst, unter anderem der Erwerb einer Aktiengesellschaft und die Einbringung des Betriebs in dieselbe sowie die Um-

erhaltung, 2016, S. 80 f.; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 584; *Eckert*, in: Torggler (Fn. 40), § 161 Rn. 19; *Schummer*, in: FS Koppensteiner II, S. 314.

⁷² *Nicolussi*, GesRZ 2022, 343 f.

⁷³ *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, GES 2019, 11 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu krit. *Nicolussi*, GesRZ 2022, 343 f.

⁷⁵ OGH vom 24.3.2023, 6 Ob 233/22s, GesRZ 2023, 180 (mit Anm. *Nicolussi*).

wandlung der Kommanditstellung einer AG in die eines Komplementärs. Der Gesellschaftsvertrag der KG enthielt neben einer Beteiligungsklausel (Pkt. II d)) und einer Klausel über die Anteilsabtretung und Neuaufnahme von Kommanditisten (Pkt. XVII. d) sowie Pkt. XVII.) eine Mehrheitsklausel, wonach Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Als Beschlussgegenstände wurden „alle wichtigen Angelegenheiten und solche, die über den Umfang der gewöhnlichen Geschäftsführung hinausgehen [...]“ erfasst, wobei „insbesondere“ die Genehmigung des Jahresabschlusses, die Bestellung des Abschlussprüfers, Gewinnverteilung und die Anteilsabtretung aufgelistet wurden. Die genannten Gesellschafterbeschlüsse wurden mehrheitlich mit rund 94 % der abgegebenen Stimmen gefasst. Über die Stimmrechtsverteilung gibt die Entscheidung keinen Aufschluss. Auf dieser Grundlage wurden der Aktienkaufvertrag sowie der Einbringungsvertrag geschlossen. Zu einer Firmenbucheintragung kam es aber in weiterer Folge nicht, denn das zuständige Landesgericht monierte die Wirksamkeit der Beschlüsse. In weiterer Folge wurde die Rechtsfrage an den OGH (§ 502 ZPO) herangezogen, der in seiner Begründung die Rechtsansicht der Vorinstanzen teilte.

Früher hat die Judikatur der Mehrheitsmacht durch eine einschränkende Interpretation von Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag Schranken gesetzt; ungewöhnliche Vertragsänderungen waren demnach nur dann einem Mehrheitsbeschluss zugänglich, wenn der Beschlussgegenstand ausdrücklich in der Klausel genannt war.⁷⁶ Bereits im Jahr 1996 hat sich der OGH vom Bestimmtheitsgrundsatz losgerissen, da es praktisch üblich wurde, alle potentiellen Beschlussgegenstände katalogartig zu statuieren, was dem Minderheitenschutz nicht zuträglich war.⁷⁷ Der OGH ist dann zur sog Kernbereichslehre übergegangen. Demnach besteht ein bestimmter Bereich von relativ unentziehbaren Mitgliedschaftsrechten, in die nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters eingegriffen werden kann. Der Kernbereich lässt sich nicht generell für alle Gesellschaften festmachen, sondern muss nach der Realstruktur der Gesellschaft und nach den Auswirkungen des Beschlusses auf die gesamten wirtschaftlichen und persönlichen Lebensumstände der Gesellschafter ausgerichtet werden.⁷⁸ Jedenfalls handelt es sich stets um unmittelbare, tief in die Mitgliedschaft eingreifende Maßnahmen.⁷⁹ Letztlich war auch dieses Konzept der Kritik ausgesetzt, war doch anerkannt, dass Eingriffe in Mitgliedschaftsrechte auch durch ein Einverständnis des betroffenen Gesellschafters bei Satzungsgestaltung antizipiert werden konnten, sofern sie eindeutig bestimmt und nach Ausmaß und Umfang konkretisiert war.⁸⁰ Im Ergebnis lief auch die Kernbereichslehre in eingeschränktem Umfang auf den

⁷⁶ OGH 13.12.1984, 8 Ob 577/83.

⁷⁷ OGH 9.7.1996, 4 Ob 2147/96f; vgl. dazu *Torggler/Torggler*, in: FS Roth, 2011, S. 832 f.

⁷⁸ OGH 9.7.1996, 4 Ob 2147/96f.

⁷⁹ Dazu *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197, 203; *Schäfer*, in: GroßKomm HGB, 5. Aufl., § 119 Rn. 40; *Kraus*, in: Torggler (Fn. 40), § 119 Rn. 18.

⁸⁰ Dazu *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197 ff.

Bestimmtheitsgrundsatz hinaus.⁸¹ Im Jahr 2006 hat der OGH in einer Entscheidung zur GesbR auch diesen Einwand gehört und ist zwar nicht vom Kernbereich *per se* abgerückt, sieht diesen aber nicht als Maßstab für eine formelle Legitimation der Mehrheitsentscheidung, sondern nur mehr für eine materielle, somit inhaltliche Kontrolle derselben.⁸²

In Zusammenschau der maßgeblichen Judikate folgt die österreichische Rechtsprechung somit zwei Prüfungsschritten: Zunächst ist zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsklausel enthält und ob der konkrete Beschlussgegenstand davon erfasst ist. Dabei ist der Inhalt der Klausel durch Auslegung zu ermitteln. Bei Publikumsgesellschaften erfolgt dies anhand des Wortsinns und Zwecks in systematischen Zusammenhang objektiv.⁸³ Ist der konkrete Beschlussgegenstand von der Mehrheitsklausel umfasst, so sind die inhaltlichen Schranken zu prüfen. Zu beurteilen ist somit insbesondere, ob in unentziehbare Mitgliedschaftsrechte eingegriffen wird und ob eine Zustimmung des betroffenen Gesellschafters vorliegt.⁸⁴

In der rezenten Entscheidung erläutert das österreichische Höchstgericht zwar einleitend diese beiden Prüfungsschritte, vermischt aber bei seiner Ableitung die formelle mit der materiellen Ebene: Zunächst schließt es die konkreten Beschlussagenden weitgehend pauschal vom Anwendungsbereich der statuierten Mehrheitsklausel aus, prüft aber dennoch im Anschluss materiell und bejaht den Eingriff in den Kernbereich der Gesellschafter, der – verkürzt – bei einer Zusammenschau sämtlicher Beschlüsse zu einer fundamentalen Umstrukturierung der KG führt und zu einer dadurch bewirkten „Entrechtung“ der Gesellschafter.⁸⁵

Rekurriert man auf die Prüfungsschritte, so bleiben bereits beim Ergebnis der Auslegung der Mehrheitsklausel Zweifel an den Feststellungen des Gerichtshofs. Dieser beurteilt nämlich nicht die einzelnen Beschlüsse *per se*, sondern fasst diese mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als einheitlichen Vorgang zu einer Strukturänderung zusammen, die nicht von der Mehrheitsklausel erfasst sei. An dieser Stelle wäre für jeden einzelnen Beschluss gesondert zu begründen gewesen, warum dieser nicht in den Anwendungsbereich der Mehrheitsklausel fällt. Es handelt sich schließlich um eine „wertneutrale Verfahrensregel“,⁸⁶ die unabhängig von der Wirkung des Beschlusses auf einzelne Gesellschafter zu beurteilen ist. Die statutarische Mehrheitsklausel der KG enthielt lediglich eine beispielhafte Auflistung von Beschlussagenden („insbesondere“). Bei einer objektiven Interpretation der Klausel – insbesondere in Zusammenschau mit dem restlichen Gesellschaftsvertrag – und der gebotenen weiten Auslegung wäre zu begründen gewesen, weshalb der Erwerb der Beteiligung an der AG, die Auslagerung des

⁸¹ *Torggler/Torggler*, in: FS Roth (Fn. 77), S. 834 f.

⁸² OGH 20.5.2008, 4 Ob 229/07s; dazu *Torggler/Torggler*, in: FS Roth (Fn. 77), S. 835.

⁸³ OGH 25.11.2020, 6 Ob 96/20s.

⁸⁴ Vgl. dazu *Artmann*, GesRZ 2021, 281 f.; *Nicolussi*, GesRZ 2023, 182.

⁸⁵ *Nicolussi*, GesRZ 2023, 182 ff.

⁸⁶ BGH II ZR 307/16, NZG 2018, 1226.

Unternehmens und die Umwandlung der Kommandit- in eine Komplementärbeteiligung nicht unter die Klausel und nicht unter „wichtige Angelegenheiten“ erfasst werden. Für die parallele Rechtslage in Deutschland judiziert der BGH, dass der Bestimmtheitsgrundsatz für Publikumpersonengesellschaften keine Anwendung findet, weil die Notwendigkeit besteht, den Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschluss abändern zu können.⁸⁷ Eine allgemeine Mehrheitsklausel ist somit ausreichend. Der *Mauracher Entwurf* zum MoPeG sah eine entsprechende Klarstellung für das Personengesellschaftsrecht vor (vgl. § 714 Satz 2 BGB-Entwurf), wonach eine Mehrheitsklausel im Zweifel auch Beschlüsse erfasst, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrages gerichtet sind.⁸⁸ Die Gesellschafter sollen eben gerade nicht Opfer einer unzulänglichen Vertragsgestaltung durch die Vertragsverfasser werden. Ihnen soll vielmehr die Möglichkeit erhalten bleiben, auch dann den Vertrag durch Mehrheitsbeschluss umzugestalten, wenn die zur Debatte stehende Vertragsänderung nicht im Einzelnen im Gesellschaftsvertrag aufgezählt ist.⁸⁹ Mit dem vorliegenden Beschluss schlägt der OGH genau den umgekehrten Weg ein.

Dass die Gesamtbetrachtung der beschlossenen Maßnahmen aus Sicht der Kommanditisten der KG zu einer gravierenden Änderung geführt hätte, soll nicht in Frage gestellt werden. Die Nähe zum Holzmüller-Sachverhalt des BGH⁹⁰ drängt sich auf: Der Betrieb der KG, der nahezu das gesamte Vermögen der Gesellschaft ausgemacht hat, hätte in eine 100%-Tochtergesellschaft ausgegliedert werden sollen, wodurch die Gesellschafter in ihren Einfluss- und Zugriffsrechten auf das Vermögen mediatisiert worden wären. Zudem hätten jene Kommanditisten, die gleichzeitig auch Gesellschafter der Komplementär-GmbH waren, durch den neuen zweiten Komplementär an Macht über die Geschäftsführung eingebüßt. Dieser Auswirkung ist allerdings nicht auf der Ebene der formellen Legitimation des Mehrheitsbeschlusses Rechnung zu tragen. Vielmehr ist zu beurteilen, wie bzw. mit welcher Mehrheit der Mehrheitsbeschluss zu fassen ist und welche materiellen, inhaltlichen Voraussetzungen an diesen zu stellen sind.

Anders als für die Frage der Finanzverfassung (siehe dazu oben) wirft der Gerichtshof keinen Blick in den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bausteinkasten. Dort hätte er mit § 237 AktG eine am Leitbild der Publikums-Gesellschaft gefertigte Lösungsmöglichkeit für den Mehrheitsentscheid bei Gesamtvermögensveräußerung gefunden.⁹¹ Der BGH hatte einen vergleichbaren Fall vor etwa einem Jahr zu entscheiden gehabt und hat die Anwendung der deutschen Parallelbestimmung (§ 179a dAktG) für die Publikums-Gesellschaft ausdrücklich offengelassen, für eine personalistische GmbH & Co. KG letztlich verneint.⁹² Die Beschäftigung

⁸⁷ BGH II ZR 307/16, NZG 2018, 1226.

⁸⁸ Vgl. dazu *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 714 Rn. 15.

⁸⁹ *Grunewald*, in: MüKoHGB, § 161 Rn. 126.

⁹⁰ BGHZ 83, 122, NJW 1982, 1703.

⁹¹ Dazu schon *Nicolussi*, GesRZ 2023, 182 ff.

⁹² BGH 15.2.2022, II ZR 235/20.

mit § 237 AktG wäre deshalb interessant gewesen, da diese Bestimmung dem Minderheitenschutz in der AG durch das qualifizierte Beschlusserfordernis Rechnung trägt. Naheliegender wäre die Beschäftigung auch deshalb gewesen, weil der OGH – anders als der BGH 2019 – die analoge Anwendung des § 237 AktG auf die GmbH in einem anderen Urteil bejaht hat.⁹³

Im Ergebnis erzielt der OGH nicht nur einen völlig unpraktikablen Weg, der die Handlungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft deutlich hemmt, sondern erschürt darüber hinaus Rechtsunsicherheit bei der Kautelarpraxis im Hinblick auf künftige Gestaltungen von Mehrheitsklauseln.⁹⁴ Er richtet keinen Minderheitenschutz ein, sondern vielmehr einen umfassenden Individualschutz jedes einzelnen Gesellschafters, indem jeder Einzelne bei grundlegenden Entscheidungen ein Vetorecht erhält. Losgelöst vom konkreten Einzelfall wird dabei die Chance versäumt, das Innenrecht der GmbH & Co. KG weiterzuentwickeln und fortzudenken.⁹⁵ Mit der Ausdifferenzierung des Personengesellschaftsrechts entlang der Mitgliederöffnung bei der Frage, welche Auslegungsregelungen auf den Gesellschaftsvertrag zur Anwendung gelangen, wurde nämlich schon ein Stein in die Richtung gelegt.⁹⁶

IV. Summa und Ausblick

Das Zusammenspiel von jahrzehntelang erprobter Kautelarpraxis, die ursprünglich von steuerrechtlichen Anreizen motiviert war, der Anerkennung und punktuellen Grenzziehung durch den Gesetzgeber sowie der rechtsfortbildenden Judikatur bildet das prägende Element der Rechtsformenmischung GmbH & Co. KG. Durch die öffentlich verfügbare Judikatur erhält die Wissenschaft nur einen punktuellen Einblick in die umfangreiche und diversifizierte Vertragsgestaltung der GmbH & Co. KG. Diese wenigen Einblicke belegen aber, dass die Rechtsfortbildung der Typenmischung im Fluss ist und dass ein Gesamtkonzept bislang fehlt. Es scheint ungewiss, wohin sich die GmbH & Co. KG künftig entwickeln wird: Einerseits tendiert die Judikatur zu einem Griff in den kapitalgesellschaftsrechtlichen Baukasten, wie sich anhand der Rechtsprechungsrichtlinie zur Kapitalerhaltung demonstrieren lässt. Es wird damit eine Chance verabsäumt, den abstrakten Gläubigerschutz, den das GmbHG vorsieht, in seiner Intensität zu überprüfen. Zu diskutieren wäre jedenfalls gewesen, warum eine Differenzierung zwischen natürlicher und juristischer Person geboten ist und warum die natürliche Person den Gläubigern ein Mehr an Schutz bieten kann, wiewohl die Statistiken über die Privatinsolvenzen in Österreich gerade in die gegenteilige Richtung deuten. Andererseits belegt gerade das jüngste Beispiel zur Willensbildung,

⁹³ OGH 29.8.2022, 6 Ob 159/22h; siehe dazu jüngst *Artmann*, GES 2023, 104 ff.

⁹⁴ *Nicolussi*, GesRZ 2023, 182 f.

⁹⁵ *Nicolussi*, GesRZ 2023, 182 f.

⁹⁶ OGH 17.2.2023, 6 Ob 211/22f, NZ 2023/78; OGH 25.11.2020, 6 Ob 96/20s.

dass die Judikatur mit dem Bestimmtheitsgrundsatz im Personengesellschaftsrecht längst schon überwunden gehoffte Schranken für die Publikums-GmbH & Co. KG wieder auferstehen lässt. Minderheitenschutz muss in der Publikums-gesellschaft anders als durch eine einstimmige Entscheidung gewährleistet werden können.

Neben der Kritik an der Rechtsprechungslinie und der Fortentwicklung in zentralen Fragestellungen ist hervorzuheben, dass die GmbH & Co. KG nicht nur eine Kraftprobe für das Personengesellschaftsrecht darstellt, sondern vielmehr auch Garant für die Rechtsform der Kommanditgesellschaft ist. Sie ist darüber hinaus bedeutsam für die Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts in seiner Gesamtheit; denn sie führt zu einer fundamentalen Auseinandersetzung mit kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundprinzipen, regt die Diskussion an und führt somit gleichzeitig zu einer Fortbildung und Ausdifferenzierung des GmbH- und Aktienrechts.

Diskussion

zu den Referaten von Lukas Glanzmann und Julia Nicolussi

Jakob Deutsch/Sarah Anna Fernbach

Der erste Diskutant führte zum Kapitalschutz in der GmbH & Co. KG aus, dass sich eine Zahlung der KG an den Kommanditisten mittelbar auf das Vermögen der GmbH auswirke. Zwar sei es keine direkte Zahlung aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH; diese würde indes regelmäßig nach § 126 HGB haften, wenn die KG ihre Forderung gegenüber den Gläubigern nicht mehr erfüllen könne. Die persönliche und akzessorische Haftung fände er daher überzeugend.

Anschließend legte der Teilnehmer die nunmehrige Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Kernbereichslehre in Deutschland dar. Beides seien Begriffe, die zur Begründung bestimmter Ergebnisse von den Gerichten herangezogen werden. Ihnen komme allerdings sonst keine Bedeutung mehr zu. Das MoPeG habe das System der Beschlusskontrolle in schlankerer Formulierung an die AG angeglichen. Danach folge aus der Entziehung des Anwesenheitsrechts des Kommanditisten die Nichtigkeit, womit die Frage über die Beschlusskontrolle und nicht über die Bestimmtheit gelöst werde. Im MoPeG sei die Einstimmigkeit der gesetzliche Regelfall. Mehrheitsklauseln könne man gesellschaftsvertraglich vereinbaren, allerdings sähen einige Regelungen ein Mindestquorum – so etwa beim Auflösungsbeschluss – vor.

Anschließend kritisierte ein Teilnehmer mit Blick auf den Vortrag von *Julia Nicolussi* die Entscheidung des OGH zum Kapitalschutz in der GmbH & Co. KG. Aufgrund des entscheidungsrelevanten Einzelfalls sei eine Klärung sämtlicher Fragen schlicht unmöglich. Der Diskutant setzte fort, dass schon die Bestimmung des Stammkapitals unklar sei. Nun setze der Kapitalschutz der GmbH am Stammkapital an, die GmbH & Co. KG habe aber kein Stammkapital. Ebenso sei unklar, wie und von wem ein ausscheidender Gesellschafter eine Abfindung bekäme. Der Teilnehmer schloss mit der Beobachtung, dass die Rechtsfortbildung durch die Judikatur ihre Grenze finde, sobald derart strukturelle Fragen geändert werden, bei denen die Judikatur mangels höchstgerichtlicher Anlassfälle nicht dazu kommt, diese neue Kunstrechtsform auszuformen.

Interesse weckte *Lukas Glanzmann* vor allem mit seiner These, den Aktionär treffe in der Schweiz keine Treuepflicht. Dies verwunderte die Teilnehmer und Teilnehmerinnen aus Österreich und Deutschland besonders, zumal es bei der GmbH sehr wohl eine Treuepflicht gebe. Ein Teilnehmer richtete an *Lukas Glanzmann*

daher die Frage, wie ein Fall zu lösen sei, in dem eine AG für ein Konzessionserfordernis, welches für sie überlebensnotwendig sei, eine Satzungsänderung durchführen müsse und ein Aktionär mit Sperrminorität dieser Satzungsänderung nicht zustimme. Eine Zustimmung hätte für ihn keine Nachteile und eine Ablehnung verschaffe ihm keine Vorteile. *Lukas Glanzmann* zufolge könne dieser Aktionär seine Zustimmung auch in einem solchen Fall folgenlos verweigern. Ein Aktionär unterliege eben gerade keiner Treuepflicht.

Ein weiterer Teilnehmer richtete folgende Frage an *Lukas Glanzmann*: Ein Problem der GmbH in Deutschland sei der Notar. Fraglich sei, wie die Rahmenbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen verbessert werden können. *Lukas Glanzmann* erklärte hierzu, dass im Entwurf der Aktienrechtsrevision tatsächlich auf den Notar beim Gründungsvorgang verzichtet worden war. Die Umsetzung dieses Verzichts sei letztlich jedoch an der Opposition der praktizierenden Rechtsanwälte und Notare gescheitert. Ein GmbH-rechtliches Problem ergebe sich in der Schweiz aus der oftmals bestehenden Unkenntnis zu notwendigen formalen Voraussetzungen. So werde etwa häufig die Beurkundung der Anteilsübertragung vergessen und dabei das Scheitern der Übertragung bewirkt. Bei der GmbH können solche Mängel zum Teil im Rahmen der Eintragung in das Handelsregister aufgedeckt werden. Jedoch ließe das *Corporate Housekeeping* von den betroffenen Unternehmensjuristen und Beratern in diesem Bereich sehr zu wünschen übrig.

Anschließend bat ein Teilnehmer *Lukas Glanzmann* um weitere Ausführungen zur Revisionsstelle. Insbesondere wollte der Teilnehmer wissen, wer dafür ausgewählt werden kann und ob das Recht dazu zwingend sei. *Lukas Glanzmann* stellte daraufhin klar, dass die Revisionsstelle ein Notar sei und kein Auftragsverhältnis zwischen Gesellschaft und der Revisionsstelle vorliege. Er wies außerdem darauf hin, dass Kleinstgesellschaften unter bestimmten Umständen auf die eingeschränkte Prüfung verzichten können, was in der Praxis auch mehrheitlich getan werde. Er betrachte den möglichen Entfall dieses Checks-and-Balances-Instruments jedoch aufgrund der persönlichen Haftung bei Kapitalgesellschaften als Missstand.

Lukas Glanzmann wurde dann gefragt, inwieweit sich das GmbH-Recht und das Aktienrecht mit Blick auf Analogiebildungen beeinflussen. *Lukas Glanzmann* verneinte eine Koppelungswirkung des Rechts der GmbH an jenes der AG. Er halte es jedoch für sinnvoll, in Bereichen, die nur aktienrechtlich geregelt sind, auch für die GmbH auf aktienrechtliche Bestimmungen hilfsweise über Analogie zurückzugreifen.

Schließlich ersuchte ein Teilnehmer um eine Einschätzung der Sinnhaftigkeit des Kapitalbands als Gestaltungsinstrument für genehmigte Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen. Das Kapitalband habe offenbar Nachteile auf steuerlicher Ebene, die dazu führen, dass es aktuell nicht so populär ist, wie angenommen. Hinzu träten, so *Lukas Glanzmann*, bestimmte Schwierigkeiten in der Formulierung des Gesetzestextes. Dass bei jeder Kapitalherabsetzung das ganze Gläubiger-

gerschutzverfahren zu durchlaufen ist, nimmt dem Kapitalband die Attraktivität. Daher halte sich die Euphorie in der Praxis in Grenzen.

Zum Vortrag von *Lukas Glanzmann* führte ein Teilnehmer aus, dass die Grenzen der Gestaltungsfreiheit die interessantesten und schwierigsten Fragen aufwerfen. Dauerbrenner der Diskussion sei etwa die Zulässigkeit einer statutarischen Hinauskündigungsklausel eines GmbH-Gesellschafters mit Mehrheitsbeschluss und die Abdingbarkeit der Abfindung zum vollen Wert. *Lukas Glanzmann* zufolge sei der Ausschluss eines Gesellschafters auf statutarischer Grundlage zulässig, jedoch müsse der Ausschlussgrund in den Statuten bereits generell-abstrakt genannt sein. Bei einem solchen statutarischen Ausschluss könne außerdem ausnahmsweise vorgesehen werden, dass nicht der wirkliche Wert bezahlt werden muss.

Mit Blick auf *Julia Nicolussis* Vortrag zur GmbH & Co. KG machte ein Teilnehmer schließlich darauf aufmerksam, dass dies ein schönes Beispiel für ein „Blame Game“ zwischen Kautelarpraxis und Rechtswissenschaft sei. Fraglich sei jedoch, ob die Gesetzgebungsorgane oder die Gerichte solche Anpassungs- und Innovationsprozesse besser steuern können. Nach *Julia Nicolussis* Idealvorstellung sei es vor allem der Gesetzgeber, der gute Gesetze gestaltet, die – anders als etwa das Einstimmigkeitsprinzip für Personengesellschaften – nahe an der Realität seien. Auch *Julia Nicolussi* habe den Eindruck, dass sich der österreichische Oberste Gerichtshof, wenn eine Entscheidung zur Unzeit käme oder im Ergebnis sehr weichenstellend wäre, gerne hinter dem Rechtsmissbrauch versteckt und dieses Rechtsinstitut heranzieht, um sich inhaltlich – noch – nicht zu tief mit der Frage auseinanderzusetzen.

Beendet wurde die Diskussion mit der Frage an *Lukas Glanzmann*, ob aus Sicht des schweizerischen Gesellschaftsrechts aufgrund der *per se* personalistischen Komponente die GmbH nicht die geeignetere Rechtsform für Joint-Venture-Verhältnisse sei. Aufgrund der Aktienübertragung sei die AG eben nicht für solche Konstellationen geschaffen. In der GmbH seien diese Fragen bereits in den Statuten gelöst. Auch die quasi-dingliche Absicherung fehle bei der AG. Abschließend wollte der Teilnehmer wissen, wie es in der Beratungspraxis im Joint-Venture-Bereich aussehe und ob die Offenlegung letztlich der Hinderungsgrund für die Heranziehung der GmbH sei. *Lukas Glanzmann* teilte die Auffassung, dass sich die GmbH für Joint Ventures eignet. Er könne sich gut vorstellen, dass das in der Praxis auch so umgesetzt wird. In Kauf zu nehmen seien dann aber die mit der Rechtsform der GmbH einhergehenden Nachteile der Treuepflicht, der Publizität und der Diskussion mit dem Handelsregister.

Die Unternehmensstiftung in der Schweiz

Christoph B. Bühler

I. Einleitung	245
II. Begriff der Unternehmensstiftung.....	246
III. Erscheinungsformen der Unternehmensstiftung.....	247
IV. Motive für die Errichtung von Unternehmensstiftungen.....	247
V. Praktische Bedeutung und Beispiele von Unternehmensstiftungen	249
VI. Rechtliche Zulässigkeit der Unternehmensstiftung.....	250
VII. Eignung der Stiftung als Trägerin oder Betreiberin eines Unternehmens	252
VIII. „Corporate Foundation Governance“	253
IX. Fortentwicklung des Stiftungsrechts	254
X. Schluss	256

I. Einleitung

Die Stiftung nimmt im System der Gesellschaftsformen eine Sonderstellung ein: Ein Vermögen wird von einem Stifter zu einem bestimmten Zweck gewidmet, von seinem ursprünglichen Inhaber getrennt und als eigenständige Rechtsperson grundsätzlich ewig abstrahiert. Hierdurch wird es zu einem als *juristische Person* verselbständigten Zweckvermögen, ohne Eigentümer und Mitglieder. Es handelt sich um eine *Anstalt des privaten Rechts*, in Abgrenzung zu körperschaftlich organisierten Personenverbindungen. Verwaltet wird die Stiftung durch Organe, die den Stifterwillen vollziehen und den Stiftungszweck in der Regel durch Leistungen an Begünstigte erfüllen.¹

Das Stiftungsrecht ist im Grunde konzeptionell nicht auf eine unternehmerische Tätigkeit zugeschnitten. Es spricht an sich viel dagegen, ein Unternehmen in dieser Rechtsform zu betreiben. So fehlen die für Handelsgesellschaften üblichen Vorschriften zum Schutz der Gläubiger und ein besonderes Verantwortlichkeitsrecht. Zudem setzt das Stiftungsrecht dem unternehmerischen Spielraum der Leitungsorgane enge Grenzen für dynamische Anpassungen an veränderte Umstände. Dennoch hat die Bedeutung von Stiftungen, deren Vermögen ganz oder zum großen Teil aus einem Unternehmen oder einer maßgebenden Beteiligung an einem Unternehmen bestehen, zugenommen. Die moderne Stiftung, selbst

¹ *Jakob*, ZSR 2013, 185 ff., 191.

wenn sie primär ideelle Zwecke verfolgt, begnügt sich häufig nicht mit der bloßen Verwaltung ihres Vermögens und der Verteilung ihrer Erträge, sondern sucht auch eine aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben. Sie bedient sich zur Verfolgung ihrer Zwecke marktwirtschaftlicher Kenntnisse und nimmt Einfluss auf das Unternehmen, an dem sie beteiligt ist.² Sie ist eigentlich nie bloß ein Gefäß zur mechanischen Abwicklung des Stifterwillens und auch nicht eine Art „Endlosliquidation“; sie hat immer auch die Pflicht, unternehmerisch zu agieren, um den Stiftungszweck bestmöglich zu erfüllen.³

Der vorliegende Beitrag soll aufzeigen, wie sich die Unternehmensstiftung in der Schweiz definiert, in welchen Erscheinungsformen sie auftritt und welche rechtlichen Rahmenbedingungen für sie gelten.

II. Begriff der Unternehmensstiftung

Die Unternehmensstiftung ist begrifflich nicht in einer gesetzlichen Regelung abgegrenzt. Sie entspricht vielmehr einer in der Rechtswirklichkeit⁴ entwickelten *faktischen Sonderform* der Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB,⁵ also einer juristischen Person, deren Substrat durch ein verselbständigtes, einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen gebildet wird, oder – wie die Juristen es auch pointiert zum Ausdruck bringen – einem sogenannten „personifizierten Zweckvermögen“.⁶ Die Unternehmensstiftung ist im Grenzbereich zwischen Stiftungsrecht und Unternehmensrecht anzusiedeln: sie zeichnet sich durch ihre Verbundenheit und Nähe zu einem Unternehmen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung aus, an dem sie in der einen oder anderen Form beteiligt ist.⁷ In der Literatur findet sich keine einheitliche Begriffsdefinition. Für *Hans Michael Riemer* handelt es sich um eine Unternehmensstiftung, wenn diese ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und einen wirtschaftlichen Zweck hat.⁸ Nach *Harold Grüninger* liegt demgegenüber eine Unternehmensstiftung vor, wenn „das Substrat Unternehmen dem Rechtsträger Stiftung zugeordnet werden kann“.⁹ Praktikabel und überzeugend ist nach der hier vertretenen Auffassung die Begriffsdefinition von *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, wonach es sich bei der Unternehmensstiftung um eine Stiftung handelt,

² *Grüninger*, in: Geiser/Fountoulakis, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, Vor 80–89a N 16.

³ *Sprecher*, SJZ 2015, 221 ff., 223.

⁴ Vgl. BGE 96 II 273 ff., 280 E. 2.

⁵ *Riemer*, in: Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl. 2020, ST N. 467; *Zurkinden-Erismann/Sieber*, ST 2006, 740 ff.

⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 23 N 16.

⁷ *Zurkinden-Erismann/Sieber* (Fn. 5), 740.

⁸ *Riemer* (Fn. 5), Vor Art. 80–89^{bis} N 470.

⁹ *Grüninger*, Die Unternehmensstiftung in der Schweiz, Diss. 1984, S. 23 ff.

die entweder eine *wesentliche unternehmerische Tätigkeit entfaltet* oder eine *maßgebende Beteiligung an einem Unternehmen* hält.¹⁰

In der Lehre wird vorwiegend unterschieden zwischen der *Unternehmensträgerstiftung* und der *Holdingsstiftung*. Die Unternehmensträgerstiftung betreibt ein eigenes kaufmännisches Unternehmen. Im Unterschied zu den anderen Stiftungen, welche ihr Vermögen konventionell „anlegen“, verwalten und nutzen, übt die Unternehmensträgerstiftung also eine aktive Geschäftstätigkeit aus, welche mit kaufmännischen Risiken verbunden ist (Produktion, Handel oder Erbringung von Dienstleistungen).¹¹

Die Holdingsstiftung dagegen hält eine *maßgebliche Beteiligung an einem Unternehmen*, welche ihr – anders als die bloße Vermögensanlage – die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Unternehmen verschafft, an dem sie beteiligt ist.¹²

III. Erscheinungsformen der Unternehmensstiftung

Das Stiftungsrecht unterscheidet die klassischen oder gewöhnlichen Stiftungen von den drei gesetzlichen Sonderformen der Familienstiftung und der kirchlichen Stiftung¹³ sowie die Personalfürsorgestiftung¹⁴, für welche je zusätzliche besondere Vorschriften gelten. Die Unternehmensstiftung ist demgegenüber – wie erwähnt – keine gesetzliche, sondern eine *faktische* Sonderform, die in jeder der vier genannten rechtlichen Formen im Wesentlichen in der Ausgestaltung als Unternehmensträgerstiftung oder als Holdingsstiftung vorkommen kann.¹⁵

IV. Motive für die Errichtung von Unternehmensstiftungen

Unternehmensstiftungen verdanken ihre Existenz vielfältigen Motiven. Sie stehen häufig in Zusammenhang mit der Regelung der *Unternehmensnachfolge* und dem Bestreben, die Beherrschungsverhältnisse am betreffenden Unternehmen zu erhalten.¹⁶ Im Vordergrund steht dabei der Wille, den Zweck und allenfalls auch die Organisation des Unternehmens *auf Dauer zu fixieren*, um das Unternehmen langfristig für die nächsten Generationen oder die Mitarbeitenden zu erhalten. Der Stifter möchte verhindern, dass das von ihm erfolgreich aufgebaute Unternehmen von Nachfolgern umgestaltet wird. Er will, dass die von ihm verfolgten

¹⁰ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 6), § 23 N 8.

¹¹ Riemer, Unternehmensstiftungen, in: Riemer, Die Stiftung in der juristischen Praxis, 2001, S. 177 ff., 177; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 6), § 23 N 20.

¹² Zihler, REPRAX 2018, 69 ff.; Zurkinden-Erismann/Sieber (Fn. 5), 740.

¹³ Art. 87–89 ZGB.

¹⁴ Art. 89a ZGB.

¹⁵ Riemer (Fn. 11), S. 178; Grüninger (Fn. 2), Vor 80–89a N 15.

¹⁶ Grüninger (Fn. 2), Vor Art. 80–89a, N 19.

unternehmerischen Grundsätze auch in Zukunft beachtet werden, es geht ihm um die dauernde Erhaltung der geltenden Ordnung.¹⁷

Die Unternehmensstiftung kann auch der *mittelbaren Mitarbeiterbeteiligung* dienen: Die Unternehmung oder die Aktien der das Unternehmen betreibenden Aktiengesellschaft werden in eine Stiftung zugunsten der Mitarbeitenden eingebracht. Dadurch kommen die Aktionärsrechte – die Mitbestimmungs- und Vermögensrechte – der Stiftung und so indirekt deren Destinatären, den Mitarbeitenden, zugute. Mittels der Unternehmensstiftung lassen sich denn auch generell unternehmerische Zwecke gut mit philanthropischen Anliegen verbinden. Diese Organisationsform trägt damit auch der gestiegenen Bedeutung des nachhaltigen Unternehmertums Rechnung.¹⁸

Mit der Unternehmensstiftung kann auch beabsichtigt sein, die *Unabhängigkeit des Unternehmens abzusichern*, da die bei der Stiftung liegende Beteiligung nicht von einem Dritten übernommen werden kann.

Sodann kann die Errichtung einer Unternehmensstiftung auch *unter Governance-Aspekten* funktional zweckmäßig sein: Wird eine kontrollierende Mehrheit der Aktien einer Gesellschaft in eine Stiftung eingebracht, deren Stiftungsrat gemäß den Statuten aus Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung gebildet wird, so wird das Unternehmen von der Aktionärsseite indirekt durch dessen Mitglieder des Leitungsorgans kontrolliert, sodass die Eigentümerfunktion und Managementfunktion in Übereinstimmung gebracht werden, wie dies etwa auch bei einer privaten Aktiengesellschaft verbreitet ist.¹⁹

Ein Grund für die Rechtsformwahl der Unternehmensstiftung kann schließlich auch die *Möglichkeit der Steuerbefreiung* für gemeinnützige Stiftungen sein. Nach der Praxis der Steuerbehörden hält das Gesetz zwar ausdrücklich fest, dass unternehmerische Zwecke grundsätzlich nicht gemeinnützig sind. Reine Kapitalanlagen – auch wenn es sich um über 50 % liegende Beteiligungen an Unternehmen handelt – stehen der Steuerbefreiung jedoch nicht mehr entgegen, wenn damit *keine Einflussnahme auf die Unternehmensführung* möglich ist. Voraussetzung dafür ist beispielsweise, dass die Stimmrechte bei einem anderen Rechtsträger liegen, was in der Praxis oft zur Zwischenschaltung einer Beteiligungsgesellschaft führt. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist sodann die fehlende Einflussnahme über die Kapitalbeteiligung auf die Geschäftstätigkeit der Unternehmung, was eine klare organisatorische und personelle Trennung von Stiftungsrat und Verwaltungsrat bedingt, wobei nach der Praxis der Steuerbehörden eine Verbindungsperson zugelassen wird.²⁰

¹⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 6), § 23 N. 41.

¹⁸ Vgl. *economiesuisse*, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, vom Februar 2023, S. 6: „Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze [...]“.

¹⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 6), § 23 N 21.

²⁰ Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994 der Eidg. Steuerverwaltung, S. 4. Vgl. *Zurkinden-Erismann/Sieber* (Fn. 5), 10.

Neben allen diesen Motiven können bei einzelnen Unternehmen auch *spezielle Motive* vorliegen. So soll beispielsweise die Fondation Hans Wilsdorf, welche die *Montres Rolex S. A.* beherrscht, errichtet worden sein, weil befürchtet wurde, die Anteile der in Deutschland lebenden Aktionäre würden nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges konfisziert. Die erste Stiftungsurkunde datiert denn auch vom 1. August 1945.²¹

V. Praktische Bedeutung und Beispiele von Unternehmensstiftungen

Die Schweiz gilt als attraktiver Stiftungsstandort und wird aufgrund der günstigen rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen zuweilen als „Stiftungsparadies“ bezeichnet. In den Artikeln 80–89 ZGB wurde für die klassischen Stiftungen und ihre Errichtung eine sehr liberale Ordnung eingeführt, die vom Staat weder Konzession noch Genehmigung oder Anerkennung verlangt.

In der Schweiz waren per Ende 2023 13.721 gemeinnützige Stiftungen im Handelsregister eingetragen, wobei im Jahre 2023 308 Stiftungen neugegründet und 220 Stiftungen liquidiert worden sind.²² Die Stiftungen sind vor allem in den Bereichen Kultur und Freizeit, Forschung und Bildung sowie Sozialwesen tätig. Für die Anzahl bestehender Unternehmensstiftungen gibt es keine offiziellen Erhebungen. Es soll in der Schweiz jedoch über 1.000 Unternehmensträgerstiftungen und rund 700 Holdingstiftungen geben.²³

Als Unternehmensträgerstiftungen ausgestaltet sind etwa die *Stiftung Avenir Suisse*, die *Stiftung Schweizerische Rettungsflugwacht*, die *Beyeler Stiftung Basel* oder die *Berner Inselspital-Stiftung*. Ein typisches Beispiel einer Unternehmensstiftung in der Ausgestaltung einer Holdingstiftung ist etwa die im Handelsregister des Kantons Genf eingetragene *Fondation Hans Wilsdorf*, welche sämtliche Aktien der *Montres Rolex SA* in Genf und der *Manufacture des Montres Rolex SA* in Biel hält und nebst gemeinnützigen Nebenzwecken primär die Erhaltung dieser Unternehmen zum Zweck hat. Zu dieser Kategorie gehören auch die *Jacobs Stiftung* (Jacobs), die *Kuoni und Hugentobler-Stiftung* (Kuoni), die *Hasler Stiftung* (Ascom), die *Victorinox-Stiftung* (Victorinox), die *Hidrostal Stiftung* (Hidrostal) oder die *Bossard Unternehmensstiftung* (Bossard).

²¹ Riemer, ZBJV 116 (1980), 489 ff., 497.

²² *SwissFoundations/UZH/ceps*, Der Schweizer Stiftungsreport 2024, CEPS Forschung und Praxis, Bd. 31, S. 6.

²³ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 6), § 23 N. 46; *Dietrich*, Governance der Unternehmensstiftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen 2017, S. 101, 104; *Schmid*, Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht, Diss. Zürich 1997, S. 28 ff.

VI. Rechtliche Zulässigkeit der Unternehmensstiftung

Die Unternehmensstiftung wird in der Schweiz seit Ende der 60er Jahre rechtswissenschaftlich diskutiert.²⁴ In den 90er Jahren führte die Frage nach der zivilrechtlichen Zulässigkeit unter geltendem Recht zu heftigen Diskussionen und der Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts von 1993 sah sogar ein Verbot von Unternehmensstiftungen mit überwiegend wirtschaftlichem Zweck vor, das sich in der parlamentarischen Debatte jedoch nicht durchzusetzen vermochte.

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid aus dem Jahre 2001 einen *wirtschaftlichen* Stiftungszweck ausdrücklich für zulässig erklärt.²⁵ Es hat dabei auf die Rechtsgeschäfts- und Stiftungsfreiheit verwiesen, welche eine Beschränkung auf ideale Zwecke nicht zuließen. Das Stiftungsrecht sehe – außer bei Familienstiftungen – keine Beschränkung des Zwecks vor.

In der Lehre bestehen weitgehend keine rechtlichen Einwände gegen Unternehmensstiftungen mit einem wirtschaftlichen Hauptzweck und einem sozialen, kulturellen oder ökologischen Nebenzweck. Beispiel einer Unternehmensstiftung mit einem solchen *gemischten Zweck* ist etwa die *Unternehmensstiftung Glockengiesserei H. Rüetschi AG*:²⁶

„Dauernde Erhaltung des altehrwürdigen Unternehmens ‚Glockengiesserei H. Rüetschi AG‘ unter Aufrechterhaltung des bisherigen Gesellschaftszwecks auf solider Grundlage sowie Ausrichtung von Ausbildungs- und Förderbeiträgen an das Personal des Unternehmens, aber auch an Dritte, die den Beruf des Glocken- oder Kunstgiessers erlernen wollen.“

Umstritten ist jedoch die Frage, ob auch Unternehmensstiftungen mit einem *ausschließlich* wirtschaftlichen Zweck zulässig sind.²⁷ Im erwähnten Leitentscheid von 2001 hatte das Bundesgericht eine Holdingstiftung zu beurteilen, die keinen ausschließlich wirtschaftlichen Zweck aufwies.

Ein bekanntes Beispiel einer Unternehmensstiftung mit *ausschließlich wirtschaftlichem Zweck*, also ohne ideellen Nebenzweck, ist die *Victorinox Stiftung*. Ihr Zweck lautet wie folgt:

„Sie bezweckt, die Victorinox AG, in Ibach, Gemeinde Schwyz, unter Aufrechterhaltung des bisherigen Gesellschaftszwecks auf solider Grundlage als unabhängiges Unternehmen dauernd zu erhalten, indem sie die Aktionärsrechte an der Victorinox AG derart ausübt, dass das Gedeihen des Unternehmens auf bestmögliche und langfristige Weise gewährleistet wird.“

²⁴ *Zurkinden-Erisman/Sieber* (Fn. 5), 740; eingehend *Schmid*, Die Unternehmensstiftung, im geltenden Recht, im Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich, Diss. Zürich 1997.

²⁵ BGE 127 III 337 ff. Vgl. dazu auch *Zihler* (Fn. 12), 70 und 75.

²⁶ Kommentiert bei *Zihler* (Fn. 12), 74.

²⁷ *Zihler* (Fn. 12), 73; *Riemer* (Fn. 11), S. 180; *Schweizer*, Zulässigkeit der Stiftung mit wirtschaftlichem Zweck, in: Hans Michael Riemer/Reto Schiltknecht, Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der geplanten Gesetzesrevision (Parlamentarische Initiative Schiesser), 2021, S. 75.

Der Leitentscheid des höchsten Gerichts ist verschiedentlich kritisiert worden.²⁸ Für *Paul Eitel* bleibt letztlich die Frage unbeantwortet, ob dem Unternehmer mit dem personenrechtlichen Instrument der Unternehmensstiftung die Schaffung eines *perpetuum mobile* zum Zwecke der Unternehmenserhaltung zu gestatten und damit mehr zu ermöglichen sei, als ihm anhand des für die Umsetzung solcher Zwecke an sich prädestinierten aktienrechtlichen Instrumentariums möglich ist.²⁹

Nach *Hans Michael Riemer*, dem Altmeister des schweizerischen Stiftungsrechts, beruht das Fehlen eines gesetzlichen Verbots von Stiftungen mit ausschliesslich wirtschaftlichem Zweck auf einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers, der einen idealen Stiftungszweck als selbstverständliches Begriffselement der Stiftung angesehen habe.³⁰ Rein wirtschaftlich orientierte Stiftungen rechtfertigten denn auch keine staatliche Stiftungsaufsicht mit Überwachung der Zweckerfüllung der Stiftung³¹ und entsprechender Involvierung und Verantwortlichkeit des Staates.³² Aus dem Institut der Staatsaufsicht über die Stiftungen kann jedoch nach der hier vertretenen Auffassung kaum auf eine obligatorisch gemeinnützige Zwecksetzung geschlossen werden. Die Aufgabe der Aufsichtsbehörde besteht vielmehr darin, Missbräuchen und Missständen entgegenzuwirken und kann nicht als eine Art Wirtschaftsförderung begriffen werden. Und dass die staatliche Aufsicht *per se* keine gemeinnützige Zweckverfolgung der ihr unterworfenen Organisationen voraussetzt, bedarf angesichts der ebenfalls staatlich beaufsichtigten Finanzinstitute und Finanzdienstleistungsunternehmen keiner näheren Erläuterung.³³

Riemer wendet weiter ein, Unternehmensstiftungen würden leicht als „Fluchtburg“ benutzt, um zwingenden Normen anderer juristischer Personen, namentlich Aktiengesellschaften, auszuweichen.³⁴ Auch dieser Einwand überzeugt letztlich nicht. Jedenfalls dürfte die ausschliesslich wirtschaftliche Zwecksetzung einer Stiftung – selbst wenn diese eine Unternehmung geradezu als Substrat verwendet – trotz der rechtlichen Unterschiede zwischen Stiftungen und Gesellschaften noch *keine Umgehung* des Grundsatzes des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen³⁵ bedeuten, denn die Grenzen zwischen Stiftungen und Gesellschaften werden dadurch nicht verwischt oder überschritten.³⁶

Auch das Bundesgericht hat im besagten Leitentscheid aus dem Jahre 2001 die Frage aufgeworfen, ob die staatliche Aufsicht über solche Stiftungen notwen-

²⁸ Vgl. dazu den Überblick bei *Grüninger* (Fn. 2), Vor Art. 80–89a N. 25a.

²⁹ *Eitel*, Die Stiftung als Instrument zur Perpetuierung von Aktiengesellschaften?, in: Grundfragen für die juristische Person, FS Riemer, 2007, S. 79 ff., 94 f.

³⁰ *Riemer* (Fn. 5), ST N. 530.

³¹ Art. 84 Abs. 2 ZGB.

³² *Riemer* (Fn. 11), S. 180.

³³ *Grüninger*, Die Unternehmensstiftung in der Schweiz, in: *Wirtschaft und Recht, Stiftung und Unternehmen*, 1985, S. 15 ff., 25.

³⁴ *Riemer* (Fn. 5), ST N. 512.

³⁵ Art. 530 Abs. 2 OR.

³⁶ *Riemer* (Fn. 5), ST N. 512.

dig und die dauernde, starre Bindung von Gesellschaftskapital an eine Stiftung wirtschaftlich sinnvoll sei. Diese Fragen, so das Bundesgericht, seien indessen vom Gesetzgeber und von den Personen zu entscheiden, welche eine Stiftung in Aussicht nehmen.³⁷ Wie das Bundesgericht bereits früher festgehalten hatte,³⁸ lässt das vom Grundsatz der Stiftungsfreiheit geprägte Zivilrecht *jeden nicht widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck* zu. Somit verstößt auch eine Unternehmensstiftung mit ausschließlich wirtschaftlichem Zweck jedenfalls nicht offensichtlich und unzweideutig gegen zwingendes Recht zum Schutz Dritter, und die Handelsregisterbehörden haben diese daher auch aus handelsregisterrechtlicher Sicht ins Handelsregister einzutragen.³⁹

VII. Eignung der Stiftung als Trägerin oder Betreiberin eines Unternehmens

In der Literatur wird die Unternehmensstiftung allerdings weniger hinsichtlich der Zulässigkeit als vielmehr wegen ihrer *Eignung* kritisiert. *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* wenden ein, das Stiftungsrecht sei konzeptionell nicht auf eine dynamische unternehmerische Tätigkeit zugeschnitten. *Jean Nicolas Druey* ist demgegenüber der Meinung, dass die Zementierung in einer Unternehmensstiftung dem Grundprinzip der Marktwirtschaft, wonach Leitung, Risiko und Gewinn möglichst vereinigt sein sollen, besonders ausgeprägt widerspreche. Die Stiftung sei starr und unbeweglich, und es fehle ihr an Eigentümern. Darüber hinaus werden in diesem Zusammenhang auch die für Unternehmen problematische *Staatsaufsicht*, die *eingeschränkten Finanzierungsmöglichkeiten* und für Unternehmensträgerstiftungen der *Mangel an Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger* hervorgehoben.⁴⁰

Die Stiftung ist durchaus ein mögliches, sicherlich aber nicht für alle Unternehmenskonstellationen geeignetes Instrument, um eine maßgebliche Unternehmensbeteiligung zu halten oder ein Unternehmen zu betreiben. Sie kann in einem Unternehmen ohne größere Ankeraktionäre eine stabilisierende Rolle einnehmen, der natürlichen Zerschlagungskraft des Erbrechts im Aktionariat eines Familienunternehmens entgegenwirken, eine Nachfolgelösung bewirken oder auch steuerliche Nachteile beseitigen. Ihre *Starrheit* lässt sich dabei grundsätzlich durch eine flexible und offene Ausgestaltung der statutarischen Zwecksetzung abschwächen, welche beispielsweise auch eine Veräußerung oder Umstrukturierung des Unternehmens erlaubt oder auch einen Zweckänderungsvorbehalt umfasst. Außerdem kann man die Regelung in der Stiftungsurkunde auf das Notwendigste beschrän-

³⁷ BGE 127 III 340, E. 2.c.

³⁸ BGE 110 Ib 17, 22 E. 3d.

³⁹ *Zihler* (Fn. 12), 77.

⁴⁰ *Grüninger* (Fn. 2), Vor Art. 80–89a N. 27.

ken und alles Übrige ins Reglement verweisen, welches durch den Stiftungsrat nach seinem Ermessen geändert werden kann.⁴¹

Was das Fehlen von Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger angeht, so haben die jüngsten Gesetzesrevisionen inzwischen immerhin eine gewisse Annäherung an die für Kapitalgesellschaften geltenden Regeln bewirkt.⁴²

Unklar ist demgegenüber nach wie vor, welche Auswirkungen die *Eigentümerlosigkeit* langfristig auf ein Unternehmen hat. Es stellt sich vor allem die Frage, ob mit der Verselbständigung eines Unternehmens und dem Wegfall des am Geschäftsergebnis unmittelbar interessierten Gesellschafters der Druck zu wirtschaftlich effizientem Vorgehen und damit der eigentliche Motor des Unternehmens nicht wegfällt. Dem ist immerhin entgegenzuhalten, dass die Stiftung auch Destinatäre hat, die nicht nur zu Beschwerden an die Aufsichtsbehörden legitimiert sind, sondern auch in der Stiftungsorganisation miteinbezogen werden können.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Unternehmensstiftung zumindest in besonderen Fällen durchaus ein attraktives Instrument der Unternehmensführung sein kann und trotz grundsätzlicher Bedenken für solche Sondersituationen auch weiterhin als Planungsalternative zur Verfügung stehen sollte.⁴³

VIII. „Corporate Foundation Governance“

Die Stiftung gehört sich selber und kontrolliert sich selber. Die Stiftung hat keine Mitglieder. Damit fehlt ihr auch die selbstregulierende Wirkung der Körperschaft. Der Stiftungsrat hat ein hohes Maß an Freiheit; er ist weder der Kontrolle durch Gesellschafter unterworfen, noch besteht eine Aufsicht durch die Destinatäre. Selbst der Stifter hat sich dem Stiftungszweck unterzuordnen und nach der Errichtung der Stiftung grundsätzlich keinen Einfluss mehr auf die Führung der Stiftung.⁴⁴

Auch die Kontrolle der Stiftungstätigkeit durch die Aufsichtsbehörde ist lediglich eine *Rechtskontrolle*. Die Behörde prüft, ob die rechtlichen Bestimmungen und insbesondere die Vorgaben in der Stiftungsurkunde und in Stiftungsreglementen eingehalten werden. Sie darf hingegen nicht in das Ermessen der Stiftungsorgane eingreifen und es durch ihr eigenes Ermessen ersetzen. Die Aufsicht überprüft, ob der Zweck verfolgt worden ist, aber sie kann nicht prüfen, wie gut er umgesetzt worden ist.

Daraus leitet sich die Notwendigkeit zur *Transparenz* und zur Selbstüberprüfung durch den Stiftungsrat ab, die sich an einer „Best Practice“ guter Stiftungsführung zu orientieren hat. Der Verband der Schweizer Förderstiftungen *Swiss-*

⁴¹ So bereits *Riemer* (Fn. 11), S. 511.

⁴² Vgl. dazu unten Abschnitt IX.

⁴³ *Grüniger* (Fn. 2), Vor Art. 80–89a N. 28.

⁴⁴ *Dietrich*, Governance der Unternehmensstiftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Zürich 2017, S. 41.

Foundations hat daher zusammen mit der Stiftungsbranche in Anlehnung an die Entwicklung im Gesellschaftsrecht einen Kodex für eine gute Stiftungsführung erarbeitet, der den Stiftungsorganen zu einer wirksameren Stiftungstätigkeit verhelfen soll.⁴⁵

Ein erster Swiss Foundation Code wurde bereits im Jahre 2005 veröffentlicht und dieser wurde im Jahr 2021 revidiert. Er enthält die nachstehenden vier Grundsätze und 28 ergänzende Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen:

- *Grundsatz 1/Wirksamkeit*: Die Stiftung setzt den Stiftungszweck auf möglichst effiziente und wirksame Weise um.
- *Grundsatz 2/Checks and Balances*: Die Stiftung sorgt durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür, dass für alle wichtigen Entscheidungen und Abläufe ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle besteht.
- *Grundsatz 3/Transparenz*: Die Stiftung pflegt eine möglichst große Transparenz über ihre Grundalgen, Ziele, Strukturen und Tätigkeiten.
- *Grundsatz 4/Gesellschaftliche Verantwortung*: Die Stiftung entwickelt ihre Organisation und Aktivitäten gemäß den Anforderungen der Zeit.

Der Swiss Foundation Code versteht sich dabei als genereller und nicht verbindlicher Orientierungsrahmen für gute Stiftungsführung. Das Ziel der Bestrebungen zur Etablierung einer Best Practice for Foundation Governance besteht darin, das Führungsverhalten des obersten Stiftungsorgans für eine wirksame und effiziente Umsetzung des Stiftungszwecks zu stärken. Es geht, namentlich vor dem Hintergrund *fehlender Eigentümer* um eine wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks, Checks and Balances und um Transparenz.⁴⁶

Speziell in Bezug auf die *Unternehmensstiftung* ruft jedoch deren besondere Rolle und Aufgabe nach einer gewissen Anpassung der Organisation und der rechtlichen Rahmenbedingungen: Während der Stiftungsrat bei der klassischen Stiftung vor allem nach den Vorgaben des Stifters handelt und dessen Tätigkeit weitgehend vorgezeichnet ist, muss er bei der Unternehmensstiftung auch die Tätigkeit und das Marktumfeld des *Unternehmens*, an dem die Stiftung beteiligt ist, im Auge behalten und flexiblere Entscheidungen treffen können, die aus unternehmerischer Sicht zweckmäßig und notwendig sind.

IX. Fortentwicklung des Stiftungsrechts

Der Gesetzgeber hat diesem Bedürfnis in neuerer Zeit durchaus Rechnung getragen, indem er im Zuge des schweizerischen Reformschubs bei den gesetzlichen

⁴⁵ *Sprecher/Egger/von Schnurbein*, Swiss Foundation Code, Grundsätze und Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen, 2021.

⁴⁶ *Sprecher/Egger/von Schnurbein* (Fn. 45), S. 11 f.

Bestimmungen für juristische Personen inzwischen auch das Stiftungsrecht gleich mehrfach revidiert hat.

Am 16. Dezember 2005 hat das Parlament als Ergänzung zur GmbH-Reform eine Revision des Stiftungsrechts verabschiedet, die am 1. Januar 2006 in Kraft getreten ist.⁴⁷ Neu eingeführt wurde die *obligatorische Revisionsstelle*⁴⁸ und die *Buchführungspflicht*⁴⁹. Mit Art. 84a ZGB wurde sodann eine dem Aktienrecht vergleichbare *Benachrichtigungspflicht* des Stiftungsrates gegenüber der Aufsichtsbehörde für den Fall drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Stiftung eingeführt. Es wurde ferner die gesetzliche Grundlage für die Einfügung eines Vorbehalts zur *Änderung des Zwecks* nach zehn Jahren seit der Errichtung der Stiftung oder der letztmaligen Änderung geschaffen.⁵⁰

Außerdem wurde die *steuerliche Abzugsmöglichkeit* gespendeter Beträge an juristische Personen mit öffentlichem oder gemeinnützigem Zweck erhöht,⁵¹ wodurch entsprechende Zuwendungen an Stiftungen gefördert werden sollten.

Mit der Aktienrechtsrevision, die per 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, wurde sodann durch Art. 84b ZGB eine *Offenlegungspflicht* in Bezug auf *Vergütungen* für Stiftungsräte und Geschäftsleiter gegenüber der Aufsichtsbehörde eingeführt.⁵² Demgemäß muss das oberste Stiftungsorgan der Aufsichtsbehörde jährlich den Gesamtbetrag der ihm und der allfälligen Geschäftsleitung direkt oder indirekt ausgerichteten Vergütungen im Sinne von Art. 734a Abs. 2 OR gesondert bekannt geben.

Schließlich soll auch mit der jüngsten Revision des Stiftungsrechts, welche am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist, die Flexibilität für organisatorische und unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde weiter erhöht werden.⁵³ Neu gilt die Vorbehaltsregelung in Art. 86a ZGB nicht mehr nur für Zweckänderungen, sondern auch für *Änderungen der Organisation*. Außerdem sind unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde ohne öffentliche Beurkundung möglich, sofern dies aus sachlichen Gründen als gerechtfertigt erscheint und keine Rechte Dritter beeinträchtigt werden.⁵⁴ Und in Art. 84 Abs. 3 ZGB wurde eine explizite Rechtsgrundlage für die *Stiftungsaufsichtsbeschwerde* geschaffen. Demnach können Begünstigte oder Gläubiger der Stiftung, Stifter sowie ehemalige und aktuelle Stif-

⁴⁷ Revision des Stiftungsrechts, BBl 2003, 8181 ff.; vgl. auch Parlamentarische Initiative Revision des Stiftungsrechts, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23.10.2003, BBl 2003, 8153 ff.

⁴⁸ Art. 83a ZGB.

⁴⁹ Art. 84b ZGB.

⁵⁰ Art. 86 und 86a ZGB.

⁵¹ Art. 33a DBG.

⁵² Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 31.1.2017, BBl 2017, 683 ff.; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 31.1.2017, BBl 2017, 399 ff.

⁵³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stärkung des Schweizer Stiftungsstandorts), Änderung vom 17.12.2021, AS 2022, 452 ff.

⁵⁴ Art. 86b ZGB.

tungsratsmitglieder, welche ein Interesse daran haben, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Stiftungsurkunde in Einklang steht, gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erheben.

X. Schluss

Mit den jüngsten Anpassungen des Stiftungsrechts hat der Gesetzgeber der wachsenden Bedeutung der Unternehmensstiftungen Rechnung getragen. Er hat die Rahmenbedingungen für unternehmerisch tätige Stiftungen flexibilisiert und den für Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften weiter angenähert. Damit ist nicht nur die Attraktivität dieser faktischen Sonderform der Stiftung als unternehmerisches Strukturierungs- oder Nachfolgeinstrument erhöht, sondern auch deren grundsätzliche Eignung als Trägerin und Betreiberin von Unternehmen verbessert worden.

Die österreichische Privatstiftung

Nikolaus Arnold

I.	Stiftungsarten in Österreich	257
II.	Motive zur Errichtung einer Privatstiftung	258
III.	Bedeutung der Privatstiftung für den Standort Österreich	260
IV.	Arten der Privatstiftung	261
V.	Definition und Errichtung der Privatstiftung	264
VI.	Überblick über die wesentlichen handelnden Personen	267
VII.	Vergleich zur Kapitalgesellschaft	269
VIII.	Stiftungszweck, untersagte Tätigkeiten	270
IX.	Stifter und Stifterstellung	272
X.	Absichtserklärungen	272
XI.	Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands	273
XII.	Verhältnis Stifter/Privatstiftung	274
XIII.	Einflussmöglichkeiten Begünstigter in Stiftungsorganen	275
XIV.	Weitere Kontrollinstanzen	275
XV.	Foundation Governance	276

I. Stiftungsarten in Österreich

Stiftungen sind durch die Anordnung eines Stifters einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögen mit Rechtspersönlichkeit.

Die österreichische Rechtsordnung kennt verschiedene Rechtsgrundlagen, auf deren Basis Stiftungen errichtet werden können bzw. errichtet sind. Grundsätzlich kann dabei zwischen *öffentlich-rechtlichen* Stiftungen und *privatrechtlichen Stiftungen* unterschieden werden.

Die von der praktischen Bedeutung her wichtigsten privatrechtlichen Stiftungsarten in Österreich sind Privatstiftungen nach dem Privatstiftungsgesetz und Stiftungen nach dem Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz.

Das Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz geht seinerseits bis auf ein Hofkanzleidekret vom 21.5.1841 zurück. Das aktuelle Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz 2015 (BStFG 2015) ist der Nachfolger des Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetzes 1975 (BStFG 1975). Das BStFG 2015 definiert *Stiftungen* als durch Anordnung des Gründers *dauernd gewidmete Vermögen mit Rechtspersönlichkeit* zur Erfüllung *gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke*. Neben Stiftungen kennt das BStFG 2015

auch Fonds. Auch diese genießen Rechtspersönlichkeit und dienen der Erfüllung gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke. Der wesentliche Unterschied zwischen Fonds und Stiftung besteht darin, dass der Fonds *nicht auf Dauer gewidmetes Vermögen* ist. Stiftungen und Fonds nach dem BStFG 2015 unterliegen der staatlichen Aufsicht der Stiftungs- und Fondsbehörde.

Darüber hinaus kennen die österreichischen Bundesländer auch Stiftungen nach den einzelnen landesgesetzlichen Bestimmungen. Diese haben heute nur mehr eine untergeordnete Bedeutung.

Öffentlich-rechtliche Stiftungen sind insbesondere solche der *gesetzlich anerkannten Kirchen* und Religionsgemeinschaften (siehe auch Art. 15 StGG) und *sondergesetzlich errichtete* Stiftungen. Das bedeutsame Beispiel einer sondergesetzlich errichteten Stiftung ist die Stiftung Österreichischer Rundfunk, die durch BGBl. I 2001/83 geschaffen wurde.

Die wesentlichen *Unterschiede* zwischen *Privatstiftungen* und *Stiftungen nach BStFG* (2015) bzw. nach den landesgesetzlichen Regelungen liegen vor allem darin, dass Privatstiftungen auch *eigennützige* (und nicht nur gemeinnützige bzw. mildtätige) Zwecke verfolgen dürfen. Daneben ist bei der Privatstiftung die *staatliche Kontrolle* weitestgehend *zurückgedrängt*. Mit dem BStFG 2015 wurde allerdings auch die Rechtsgrundlage für Stiftungen nach dem BStFG modernisiert und flexibilisiert. Diese Stiftungsarten können auch in das jeweilige Kleid der anderen Rechtsform wechseln. Nach § 26 BStFG 2015 können Privatstiftungen auch in Stiftungen nach dem BStFG 2015 *umgewandelt* werden,¹ wenn diesen aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen nach den §§ 34 ff. BAO abgabenrechtliche Begünstigungen zukommen. Umgekehrt können (und konnten bereits vor dem BStFG 2015) auch Stiftungen nach BStFG (2015) in Privatstiftungen nach PSG umgewandelt werden (siehe § 38 PSG).

Um die Bedeutung der Rechtsform der Privatstiftung anhand der aktuellen Zahlen zu verdeutlichen: Derzeit sind im Firmenbuch knapp unter 3.000 Privatstiftungen aufrecht eingetragen. Es bestehen ca. 250 Stiftungen nach dem BStFG.

II. Motive zur Errichtung einer Privatstiftung

Die *Motive*, warum Stifter eine Privatstiftung errichten, sind so unterschiedlich wie die Ausgestaltungen derselben. Aufgrund der wiederholten Änderungen der abgabenrechtlichen Rahmenbedingungen ist die Zahl der aus rein *steuerlichen Überlegungen* errichteten Privatstiftungen *zurückgegangen*.² Vielmehr steht nunmehr verstärkt der *Unternehmens- oder Vermögenserhalt* im Vordergrund. Insbes. soll durch „Zwischenschaltung“ einer Privatstiftung verhindert werden, dass aufgrund unterschiedlicher Interessenlagen oder durch Erbstreitigkeiten Familien-

¹ Ausgenommen Sparkassen-Privatstiftungen, siehe § 27a Abs. 4 Ziff. 8 SpG.

² Zur Verschlechterung der steuerlichen Situation gegenüber der ursprünglichen Gestaltung siehe etwa *Moshammer*, Die Wahrheit über Steuervorteile von Stiftungen, PSR 2013, 26 ff.

unternehmen oder sonstige Vermögenswerte veräußert oder zerschlagen werden müssen. Neben erbrechtlichen Überlegungen steht bei Familienstiftungen sehr häufig der *Versorgungsgedanke* im Vordergrund.

Die Privatstiftung ermöglicht es dem Stifter, über sein Ableben hinaus zu wirken, indem er der Privatstiftung in der Stiftungserklärung einen bestimmten Zweck vorgibt. Dies kann insbes. in verschiedenen familiären Situationen von Bedeutung sein. Beispielsweise können Eltern im Rahmen der Privatstiftung die Versorgung und Ausbildung der Kinder sicherstellen. Die Erben können damit vor sich selbst und auch vor Dritten geschützt werden.³ Des Weiteren kann auf die besonderen Bedürfnisse einzelner Begünstigter weit besser eingegangen werden als in einem Testament. Auch die Förderung von Familienunternehmen findet sich oft als Zweck einer Privatstiftung.

Die Privatstiftung ermöglicht es dem Stifter, sein Vermögen vor einer Aufteilung auf mehrere Erben zu bewahren. Dies kann insbes. bei Familienunternehmen von Bedeutung sein.⁴ Eine Privatstiftung kann dabei einen stabilen langfristigen Kerngesellschafter darstellen. Oft wird die Privatstiftung dabei auch als „Familienbörse“ eingesetzt. Familienmitglieder, die sich vom Unternehmen loslösen wollen, können an die Privatstiftung verkaufen. Umgekehrt können Familienmitglieder oder auch das Management Anteile von der Privatstiftung erwerben. Auch können Anteile von noch minderjährigen Kindern in der Privatstiftung „geparkt“ werden. Nachdem die Zuwendungen an Begünstigte von der Stellung als Gesellschafter unabhängig sind, eignet sich die Privatstiftung ideal für eine Aufspaltung von Entscheidungsmacht und Kontrolle auf der einen und vermögensrechtlichen Ansprüchen der Familie auf der anderen Seite.

Aufgrund der Möglichkeit, Unternehmensgewinne in der Privatstiftung steuerbegünstigt zu thesaurieren,⁵ kann die Privatstiftung bei Bedarf dem Unternehmen wieder Eigenkapital zuführen. Sie kann dabei als Puffer zwischen den Thesaurierungswünschen des Unternehmens und den finanziellen Konsumerfordernissen der Familie agieren. Dies ist insbes. bei Familienunternehmen von Bedeutung, die aufgrund ihrer Größe keinen Zugang zum Kapitalmarkt haben. Ein potenzielles Spannungsfeld stellt dabei die primär auf Vermögen wahrende und sichernde ausgerichtete Position des Stiftungsvorstands dar. Dies insbes. dann, wenn der Stiftungsvorstand vor der Entscheidung steht, weiteres Eigenkapital dem Unternehmen zuzuführen oder doch besser in andere Vermögensklassen zu investieren und das Risiko besser zu streuen.

Ob und in welcher Form eine Privatstiftung bei der Unternehmensnachfolge eingesetzt wird, ist von den individuellen Anforderungen des jeweiligen Einzelfalles abhängig. Dies erfordert i. d. R. ein Abwägen der Interessen und eine umsichtige Planung.

³ Vgl. dazu *Kraus*, Richtig Stiften, 2004, S. 22.

⁴ Vgl. dazu *Kraus*, Gründe für die Errichtung einer Stiftung, in: Constantia Privatbank, Die Österreichische Stiftung, S. 14 ff.

⁵ Vgl. dazu das Beispiel bei *Wolf*, Leitfaden Österreichische Privatstiftung, S. 10.

Ein weiterer Grund für die Errichtung einer Privatstiftung kann die vermögensrechtliche Trennung zwischen Stifter und Privatstiftung sein. Bei entsprechender Ausgestaltung der Stiftungserklärung kann daher ein Zugriff auf das bereits an die Privatstiftung übertragene Vermögen des Stifters ausgeschlossen werden.

Letztendlich bietet die Privatstiftung neben der steuerlichen Belastung durch die Stiftungseingangssteuer (die nach Wegfall der Erbschafts- und Schenkungssteuer einen Nachteil gegenüber Schenkungen zwischen natürlichen Personen und Erbschaften darstellt) auch steuerliche Erleichterungen. Die wichtigsten steuerlichen Erleichterungen bestehen bei der steuerbegünstigten Thesaurierung von Erträgen. Die Stärkung der Kapitalbasis, insbes. zur Verfolgung unternehmerischer Zwecke, wird dadurch erleichtert.

Auch im *unternehmerischen Bereich* finden sich verschiedenste Stiftungskonstruktionen. So hat der Gesetzgeber (abgabenrechtliche) Sonderbestimmungen für betrieblich veranlasste Stiftungen, Unternehmenszweckförderungsstiftungen, Arbeitnehmerförderungsstiftungen, Belegschaftsbeteiligungsstiftungen und Mitarbeiterbeteiligungsstiftungen geschaffen. Zahlreiche sog. „Anteilsverwaltungs-sparkassen“ wurden zwischenzeitlich in Sparkassen-Privatstiftungen (§ 27a SpG) umgewandelt; teilweise (wiewohl zahlenmäßig sehr gering) wird auch bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit von dieser Möglichkeit (§ 66 VAG 2016) Gebrauch gemacht.

Mitunter werden Privatstiftungen auch zur Erhaltung von Kunstsammlungen oder für sonstige *kulturelle und wissenschaftliche Zwecke* eingesetzt. So kann die Privatstiftung ausschließlich oder auch neben eigennützigen Zwecken kulturelle, wissenschaftliche, wirtschaftliche oder sonstige Zwecke verfolgen.⁶

Die *gemeinnützige Betätigung* von Privatstiftungen reicht von der Entwicklungshilfe über Gesundheitsvorsorge bis zum Tierschutz. Die Bedeutung gemeinnütziger Privatstiftungen hat erheblich zugenommen. Von gemeinnützigen Organisationen wird die Rechtsform der Privatstiftung häufig aufgrund der Kontrolle durch den Stiftungsprüfer und des Vertrauens der Allgemeinheit in die Kontroll-effizienz der Stiftungsstrukturen als beim Fundraising vorteilhaft beschrieben.

III. Bedeutung der Privatstiftung für den Standort Österreich

Die Schätzungen über das von Privatstiftungen gehaltene Vermögen gehen mitunter weit auseinander. Grob gesagt dürfte dieses im gehobenen zweistelligen Mrd.-Euro-Bereich liegen.⁷ Erhebungen zufolge sind in von Privatstiftungen

⁶ Vgl. dazu Kraus (Fn. 3), S. 22.

⁷ Vgl. apa vom 18.10.2009 zitiert nach <www.boerse-express.com>; zur volkswirtschaftlichen Bedeutung siehe auch Berrer/Helmenstein/Weyerstrass, in: Eiselsberg, JB Stiftungsrecht 2010, S. 357 f.; Gahleitner/Leitsmüller, in: Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts, S. 137, 141, nennen unter Verweis auf den Stiftungsverband über 70 Mrd. Euro bzw. auf Basis von Expertenbefragungen unter Hinweis auf Schneider et al., Die Rolle der Gemeinnützigkeit in österreichischen Stiftungen, S. 11, ca. 100 Mrd. Euro.

kontrollierten Unternehmen bis zu 400.000 Menschen beschäftigt.⁸ Die große Bedeutung der Rechtsform Privatstiftung für die österreichische Wirtschaft zeigt sich auch daran, dass an bedeutenden Unternehmen sowie an rund der Hälfte der im ATX gelisteten Aktiengesellschaften Privatstiftungen unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt sind.⁹ Auch die Mehrzahl der 100 größten Familienunternehmen werden von Privatstiftungen gehalten.¹⁰ Die Abgabenerleistung von Privatstiftungen ist durchaus beachtlich. So wurden im Jahr 2014 rund 347 Mio. und im Jahr 2015 rund 565 Mio. Euro an Kapitalertragsteuern durch diese abgeführt. Die Körperschaftsteuerleistung von Privatstiftungen belief sich im Jahr 2014 auf rund 146 Mio. Euro, im Jahr 2015 auf rund 140 Mio. Euro. An Stiftungseingangssteuer wurden rund 10,8 Mio. Euro im Jahr 2014 bzw. im Jahr 2015 rund 20 Mio. Euro abgeführt.¹¹ Österreichischen Privatstiftungen wurde im Jahr 2009 eine gesamte Wertschöpfung von 2,096 Mrd. Euro (davon 1,738 Mrd. Euro in Österreich) zugeschrieben, was rund 0,79 % am BIP entspricht.¹²

IV. Arten der Privatstiftung

Das PSG unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen verschiedenen Arten der Privatstiftung. Von der Art des Entstehens der Privatstiftung (und der zulässigen Zahl der Stifter sowie in Bezug auf die Formvorschriften) kann zwischen Privatstiftungen unter Lebenden und Privatstiftungen von Todes wegen differenziert werden.

Nach dem *Stiftungszweck* und dem *Kreis der Begünstigten* kann zwischen *gemeinnützigen* und *eigennützigen* Privatstiftungen unterschieden werden.

Das PSG definiert diese Begriffe nicht. Auf die Gemeinnützigkeit verweist es lediglich in § 35 Abs. 2 Ziff. 3 PSG (und meint dort offenbar mit „nicht gemeinnützige Privatstiftung“ eine eigennützige).

⁸ *Karmasin*, Vortragsunterlage zum 1. Österreichischen Stiftungstag der Constantia Privatbank, spricht noch von rund 200.000 Beschäftigten; *Gahleitner/Leitsmüller*, in: *Kalss* (Fn. 7), S. 137, 140, nennen bis zu 400.000 Beschäftigte in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen.

⁹ *N. Arnold/Schuster*, GesRZ 2007, 303; die apa-Meldung vom 18.10.2009 nennt als von Privatstiftungen dominierte Unternehmen u. a. Strabag, Andritz, Mayr-Melnhof, Zumtobel, Intercell, Rauch, Red Bull, Swarovski und Umdasch; (Stand August 2021) sind etwa an Andritz, AT&S, Do&Co, Erste Group, Lenzing, Mayr-Melnhof, Schoeller-Bleckmann, Uniqa und Voest Alpine Privatstiftungen mit bedeutsamen Aktienpaketen beteiligt.

¹⁰ *Contrast-Management Consulting GmbH*, 20 Jahre Privatstiftung in Österreich – Professionalisierung als Schlüssel zum Überleben, presstext pts20130924027 (24.9.2013).

¹¹ Siehe Anfragebeantwortung des BMF vom 3.6.2016, zitiert nach *Varro* in PSR 2016, 116.

¹² *Gahleitner/Leitsmüller*, in: *Kalss* (Fn. 7), S. 137, 139.

Beim Begriff der Gemeinnützigkeit ist zwischen dem stiftungsrechtlichen und dem abgabenrechtlichen Begriff zu unterscheiden. Der *stiftungsrechtliche* Begriff der *Gemeinnützigkeit* deckt sich mit dem des § 2 Abs. 2 BStFG (nunmehr 2015).¹³ Gemeinnützig sind daher solche Zwecke, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Der Stiftungszweck gilt auch dann als gemeinnützig, wenn durch die Tätigkeit nur ein bestimmter Personenkreis gefördert wird. Der Gemeinnützigkeitsbegriff des § 2 Abs. 2 BStFG (nunmehr 2015) deckt sich nicht notwendigerweise mit dem des § 35 BAO.¹⁴

§ 9 Abs. 1 Ziff. 3 PSG bezieht sich auf eine Privatstiftung, deren Stiftungszweck auf die *Begünstigung der Allgemeinheit* gerichtet ist. Die Begünstigung der Allgemeinheit impliziert typischerweise auch einen gemeinnützigen Zweck. Voraussetzung ist dies aber nicht, da auch die Förderung bestimmter Personenkreise (die insoweit nur beschränkt als Allgemeinheit bezeichnet werden können) gemeinnützig sein kann.¹⁵ Der Begriff der Förderung der Allgemeinheit ist daher nicht notwendigerweise mit dem der Gemeinnützigkeit ident.¹⁶ Eine Begünstigung der Allgemeinheit liegt insbesondere vor, wenn die Tätigkeit der Privatstiftung dem Gemeinwohl auf geistigem, kulturellem, sittlichem, sportlichem oder materiellem Gebiet nützt.¹⁷ Eine Begünstigung der Allgemeinheit kann mitunter nicht nur durch materielle Zuwendungen (sondern auch durch immaterielle Leistungen) erfolgen.¹⁸ Eine generelle Übernahme der Ausschlussbestimmungen des § 36 BAO für den stiftungsrechtlichen Bereich (der sich tw. durch die Definition ausdrücklich von der abgabenrechtlichen Gemeinnützigkeit abgrenzt) wäre nicht zulässig.¹⁹

Die einzigen *Differenzierungen zwischen gemeinnützigen und eigennützigen Privatstiftungen im PSG* bestehen darin, dass eigennützige Privatstiftungen nicht auf die Begünstigung der Allgemeinheit abzielen können (§ 9 Abs. 1 Ziff. 3 PSG), die Bezeichnung von Begünstigten oder die Angabe einer Stelle, die die Begünstigten festzustellen hat, bei Begünstigung der Allgemeinheit nicht erforderlich ist und dass eigennützige Privatstiftungen, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, nach 100 Jahren aufzulösen sind, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für

¹³ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, 1995, § 1 Rn. 23; offenbar auch *Riel*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 35 Rn. 30; *N. Arnold*, in: *Arnold/Stangl/Tanzer*, Stiftungssteuerrecht², 2010, Rn. V/100; *Ritz/Koran*, BAO⁷, 2021, § 34 Tz. 11; *W. Jud*, JBl 2003, 771, 772; OLG Wien 28.2.2008, 28 R 253/07 t, GesRZ 2009, 49; vom abgabenrechtlichen Begriff ausgehend *Knirsch*, *ecolex* 1993, 729.

¹⁴ So bereits *Hauser/Schwar*, NZ 2001, 217, 219.

¹⁵ Siehe auch *W. Jud*, JBl 2003, 771; *Kuhn*, in: *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2007, S. 79, 83.

¹⁶ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 1 Rn. 23; zustimmend *W. Jud*, JBl 2003, 771, 773; a.A. offenbar *Eiselsberg/Nidetzky/Sulz*, in: *Die Österreichische Privatstiftung (CA)²*, 1997, S. 24; *Größ*, in: *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, S. 211.

¹⁷ Siehe konkretisierend die zahlreichen Beispiele bei *W. Jud*, JBl 2003, 771, 773.

¹⁸ Siehe auch das Beispiel in den Materialien ErlRV zum § 9 Abs. 1 letzter Teilabsatz.

¹⁹ *Kuhn*, in: *Eiselsberg* (Fn. 15), S. 79, 84.

einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für 100 Jahre, fortzusetzen (§ 35 Abs. 2 Ziff. 3 PSG).

Auch auf gemeinnützige Privatstiftungen sind daher die Bestimmungen des PSG grundsätzlich (mit obigen Ausnahmen) vollinhaltlich anwendbar.

Eigennützige Privatstiftungen, die der Förderung von Familienangehörigen dienen, werden häufig als *Familienstiftungen* bezeichnet.²⁰ Eine gesetzliche Definition der Familienstiftung fehlt im PSG.²¹ Für Privatstiftungen, die der nachhaltigen Versorgung der Begünstigten dienen, wird häufig der Begriff der *Versorgungsstiftung* verwendet. Wird nach der Ausgestaltung der Stiftungserklärung auch die Vermögenssubstanz (und nicht nur der Ertrag des Vermögens) der Privatstiftung an Begünstigte zugewendet (und insoweit aufgezehrt), spricht man von *Verbrauchsstiftungen*. Auch diese sind zulässig. Es gelten für sie sämtliche Bestimmungen wie für andere Privatstiftungen auch (so auch die Zuwendungssperre des § 17 Abs. 2 Satz 2 PSG). Beim Wechsel von einer Versorgungs- in eine Verbrauchsstiftung durch Änderung der Stiftungserklärung können sich je nach Zeitraum und Intensität des Verbrauchs Fragen der widerrufsgleichen Änderung stellen. Ist kein Vermögen mehr vorhanden, ist die Privatstiftung aufzulösen (vgl. § 35 Abs. 2 Ziff. 2 PSG).

Die Begriffe Unternehmerstiftung, Unternehmensstiftung und unmittelbare Unternehmensträgerstiftung (auch Unternehmensträgerstiftung im engeren Sinn) werden in der Literatur zumeist für Stiftungen verwendet, die unmittelbar selbst ein Unternehmen betreiben.²² Von Nebentätigkeiten abgesehen ist Privatstiftungen eine derartige Betätigung untersagt. Als *Beteiligungsträgerstiftungen* werden Stiftungen bezeichnet, die eine Beteiligung an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft halten.²³ Das Halten von Beteiligungen durch eine Privatstiftung ist grundsätzlich zulässig, sofern diese nicht unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft ist. Ist mit der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ein Unternehmen verbunden (insbesondere auch dann, wenn die Privatstiftung eine aktivere Eigentümerrolle ausübt), spricht man zumeist von mittelbarer *Unternehmensträgerstiftung*. M. E. wäre es zur Unterscheidung deutlicher, wenn Stiftungen, die selbst ein Unternehmen betreiben, als Unternehmerstiftung

²⁰ Vgl. auch allgemein *Batliner*, NZ 1993, 201, 203 f.; *Hauser/Schwar*, NZ 2001, 221; aus dt. Sicht *Holler*, Stiftungssatzungen, 2004, Rn. 25.

²¹ Vgl. allerdings § 8 Abs. 3 lit. c i. V. m. § 7 Abs. 2 ErbStG 1955, siehe hierzu ausführlich *N. Arnold*, in: *Arnold/Stangl/Tanzer* (Fn. 13), Rn. II/49; vgl. auch § 15 dAStG; zu diesem weiterführend *Wassermeyer/Schönfeld/Baßler*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, Außensteuergesetz, 2024, § 15 Anm. 1 ff.; *Hopf/Gaigg*, SWI 1999, 494, 495 f.; siehe auch *Cerha*, in: *Tinti/Umdasch/Marenzi*, Sorgfalt und Verantwortung, 1996, S. 30 ff.; *Goerdeler*, NZ 1993, 208 ff.

²² Zum Begriff der [unmittelbaren] Unternehmensträgerstiftung *Schima/Toscani*, in: *GS Helbich*, 2014, S. 121, 123; *Csoklich*, in: *FS Helbich*, 1990, S. 1, 2; *Hochedlinger*, SWK 2004, W 179; zur uneinheitlichen Terminologie siehe auch *Wohlgenannt*, Verbot von Selbstzweckstiftungen, 2015, S. 10, 72 ff.; von einer Unternehmensträgerstiftung sprechend, wenn die Stiftung den Betrieb selbst führt, *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, 2013, Rn. 7/143.

²³ Zu den Definitionen siehe auch *Schiffer/Schubert*, DB 2000, 437, 438.

oder Unternehmensstiftung bezeichnet werden und Stiftungen, die eine wesentliche Beteiligung an einem Unternehmen halten, als Unternehmensträgerstiftung.

Stiftungsrechtlich zulässig ist es, dass eine Privatstiftung zur Erfüllung mehrerer unterschiedlicher Stiftungszwecke errichtet wird.²⁴ Es ist daher beispielsweise möglich, in einer Privatstiftung sowohl eigennützige als auch gemeinnützige Zwecke zu verfolgen. Zu beachten ist bei „gemischten“ Privatstiftungen allerdings, dass derartige Konstruktionen häufig zu abgabenrechtlich nicht gewünschten Ergebnissen führen.²⁵

V. Definition und Errichtung der Privatstiftung

Das Privatstiftungsgesetz (§ 1 Abs. 1 PSG) definiert die Privatstiftung als einen *Rechtsträger*, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung oder Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen.

Die Privatstiftung ist *juristische Person*. Sie ist *rechtsfähig* und *parteifähig*.²⁶ Die *Rechtsfähigkeit* der Privatstiftung ist *unbeschränkt*; sie kann auch vom Stifter (etwa in der Stiftungserklärung) nicht eingeschränkt werden.

Im Gegensatz zu den meisten anderen juristischen Personen (z. B. GmbH, Verein) hat die Privatstiftung weder Eigentümer noch Mitglieder oder Gesellschafter.²⁷ Es wird sozusagen dem „eigentümerlosen“ Vermögen Rechtspersönlichkeit zuerkannt.²⁸ Präziser ausgedrückt ist das Vermögen tatsächlich nicht eigentümerlos; es steht vielmehr im Eigentum des eigentümerlosen Rechtsträgers Privatstiftung.²⁹ Am Stiftungsvermögen ist auch der Stifter weder Beteiligter noch Teilhaber.³⁰ Die Errichtung einer Privatstiftung führt durch die Vermögenswidmung zu einer wirtschaftlichen Verselbständigung des Vermögens, welches in weiterer Folge ausschließlich auf Grundlage des Stiftungszwecks und dem erklärten Willen des Stifters³¹ sowie nach dem Ermessen des Stiftungsvorstands zu verwenden ist.³²

Durch Errichtung der Privatstiftung verliert auch der Stifter den Zugriff auf das Vermögen.³³ Er kann in das Stiftungsgeschehen grundsätzlich nicht mehr eingreifen. Einflussmöglichkeiten können sich nur aus der Stiftungserklärung, so insbes.

²⁴ Sog. „gemischte“ Privatstiftung; *W. Jud*, JBl 2003, 771, 773.

²⁵ Siehe *Tanzer*, in: *Arnold/Stangl/Tanzer* (Fn. 13), Rn. V/27.

²⁶ *N. Arnold*, PSG-Kommentar⁴, Einl. Rn. 12.

²⁷ OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98 m, RdW 1999, 409; OGH 11.3.1999, 6 Ob 331/98 i, RdW 1999, 409; OGH 14.12.2000, 6 Ob 278/00 a, GesRZ 2001, 95, u. v. a. m.

²⁸ OGH 15.7.1999, 6 Ob 74/99 x, RdW 1999, 718; OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01 w, GesRZ 2002, 30, u. v. a. m.

²⁹ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 1 Rn. 13; *N. Arnold* (Fn. 26), § 1 Rn. 9.

³⁰ OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06 y, ZfS 2006, 118.

³¹ OGH 15.7.1999, 6 Ob 74/99 x, RdW 1999, 718.

³² OGH 21.12.2015, 6 Ob 108/15 y, GesRZ 2016, 234.

³³ OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01 v, GesRZ 2002, 27.

aus dem Recht zur Änderung der Stiftungserklärung und zum Widerruf der Privatstiftung,³⁴ darüber hinaus aus sonstigen vorbehaltenen Stifterrechten ergeben.

Mandatsverträge (wie sie etwa aus der liechtensteinischen Stiftungspraxis bekannt waren), die einem Stifter faktisch den Zugriff auf das Vermögen eröffnen, sind in Österreich nicht zulässig.³⁵

Die *Privatstiftung* wird durch eine Stiftungserklärung *errichtet* (§ 7 Abs. 1 PSG). Der Gesetzgeber bedient sich wiederholt der Bezeichnung „Stiftungserklärung“ als Sammelbegriff für die *Stiftungsurkunde* und die *Stiftungszusatzurkunde*. Da eine Privatstiftung zwingend über eine Stiftungsurkunde verfügen muss, die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde aber fakultativ ist, reicht als Stiftungsakt die Errichtung einer Stiftungsurkunde aus.

Die Errichtung der Privatstiftung hat zumindest durch einen rechtsfähigen Stifter in der maßgeblichen Form zu erfolgen. Bei Privatstiftungen von Todes wegen ist eine Stiftermehrheit ausgeschlossen.

Die Stiftungsurkunde muss den *gesetzlichen Mindestinhalt* aufweisen.

Sowohl die Errichtung einer *Stiftungsurkunde* als auch die Errichtung einer *Stiftungszusatzurkunde* bedürfen bei Privatstiftungen unter Lebenden der Form des *Notariatsaktes* (§ 39 Abs. 1 PSG).³⁶ Bei Privatstiftungen von Todes wegen ist zusätzlich zur Form des Notariatsaktes auch die Form der letztwilligen Verfügung einzuhalten.³⁷ Eine ohne Einhaltung dieser Formvorschriften errichtete Stiftungserklärung kann grundsätzlich nicht zum Entstehen einer Privatstiftung führen.³⁸

Die Errichtung einer Stiftungserklärung ist ein *einseitiges Rechtsgeschäft*. Dies gilt auch dann, wenn mehrere Stifter gemeinsam eine Privatstiftung errichten.³⁹ Insoweit ist die Stiftungserklärung auch nicht mit dem Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft vergleichbar. Mitunter kann es bei Stiftermehrheit dennoch zu einer Treuepflicht zwischen den Stiftern kommen.

Stifter einer Privatstiftung können sich bei Errichtung derselben durch einen mit einer öffentlich beglaubigten Spezialvollmacht Bevollmächtigten vertreten lassen.⁴⁰

³⁴ OGH 18.9.2009, 6 Ob 136/09 g, GesRZ 2010, 59 [Anm. *Csoklich*], GES 2009, 340 [Anm. *Mager*], PSR 2009, 95 [krit. Anm. *Zollner*].

³⁵ *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 2011, S. 348; *N. Arnold* (Fn. 26), § 15 Rn. 42a.

³⁶ *N. Arnold* (Fn. 26), § 39 Rn. 2.

³⁷ Siehe auch OGH 29.4.2004, 6 Ob 45/04 t, GES 2004, 389 [Anm. *N. Arnold*]; *Schauer*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 8 Rn. 10.

³⁸ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht², 2017, Rn. 7/54.

³⁹ *Schauer*, in: *Csoklich/Müller*, Stiftung als Unternehmer, 1990, S. 31; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex spezial* 1993, S. 28; *M. C. Huber*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 7 Rn. 2; *Zollner* (Fn. 35), S. 27; vgl. auch OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98 m, RdW 1999, 409; OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05 p, GesRZ 2006, 203; OLG Wien 27.5.2008, 28 R 262/07 s, GesRZ 2009, 50.

⁴⁰ Zum notwendigen Inhalt von Spezialvollmachten bei der GmbH vgl. OGH 18.12.2009, 6 Ob 119/09 g; zu den Besonderheiten der Privatstiftung siehe *N. Arnold* (Fn. 26), § 3 Rn. 6; *Hochedlinger*, PSR 2012, 176, 177f.

Bei Anmeldung der Privatstiftung zum Firmenbuch hat der (erste) Stiftungsvorstand auch die *Stiftungsurkunde* einzureichen. Eine *Einreichung* der *Stiftungszusatzurkunde* beim Firmenbuchgericht bzw. Aufnahme in die Urkundensammlung ist hingegen nicht vorgesehen (§ 10 Abs. 2 Satz 2 PSG). Dadurch soll es dem Stifter ermöglicht werden, gewisse Angaben über die Privatstiftung von der im Übrigen geforderten Publizität auszunehmen.⁴¹ Mitunter gibt es zwar durchaus Fallkonstellationen, in denen auch die Stiftungszusatzurkunde dem Gericht gegenüber offenzulegen ist (etwa im Rahmen einer Sonderprüfung, eines Abberufungsverfahrens etc.),⁴² vor einer Einsichtnahme durch die Öffentlichkeit ist sie aber auch in diesen Verfahren geschützt. Mitunter ist eine Überprüfung auch im Rahmen der Eintragung von Änderungen der Stiftungserklärung (insbes., wenn diese von der Zustimmung von Begünstigten abhängig gemacht wird) erforderlich.⁴³ Dritte haben kein Recht auf Akteneinsicht in den Firmenbuchakt einer Privatstiftung, wenn sie ihr rechtliches Interesse nicht konkret glaubhaft gemacht haben.⁴⁴ Die *Stiftungsurkunde* (und Änderungen derselben) ist (sind) dagegen in die *Urkundensammlung* des Firmenbuchgerichtes aufzunehmen und dadurch für jedermann einsehbar. Eine Aufteilung der Regelungsinhalte auf Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde ist daher bei eigennützigen Privatstiftungen zumeist gewünscht und zweckmäßig. Bei gemeinnützigen Privatstiftungen wird zur Erhöhung der Transparenz von dieser Möglichkeit zumeist nicht Gebrauch gemacht.

Sofern die Privatstiftung bestimmte abgabenrechtliche (ertragsteuerliche) Begünstigungen in Anspruch nehmen möchte, sind sowohl Stiftungsurkunde als auch Stiftungszusatzurkunde *gegenüber der Finanzverwaltung offenzulegen* (§ 13 Abs. 1 KStG; davon umfasst sind auch allfällige Treuhandschaften⁴⁵). Weiterhin ist zur Vermeidung des erhöhten Stiftungseingangssteuersatzes eine fristgerechte Offenlegung der Stiftungserklärung erforderlich. Darüber hinaus kann eine Offenlegung der „wirtschaftlichen Eigentümer“ auch bei Begründung von Geschäftsbeziehungen (insbes. zu Kreditinstituten) erforderlich sein.⁴⁶ Meldepflichten bzw. verpflichtende Änderungsmeldungen können sich auch unabhängig von der Begründung von Geschäftsbeziehungen aus dem WiEReG ergeben. Des Weiteren sind die Begünstigten nach § 5 PSG zu melden.

Mit Errichtung der Stiftungsurkunde unter Lebenden entsteht die sog. *Vorstiftung*.⁴⁷ Bei Privatstiftungen von Todes wegen entsteht die Vorstiftung abweichend davon erst mit Ableben des Stifters.

⁴¹ ErlRV zum § 10 Abs. 2.

⁴² Vgl. auch *Gurmann*, *ecolx* 2002, 640 ff.

⁴³ Vgl. OLG Wien 31.8.2020, 6 R 140/20 g, *GesRZ* 2020, 429 [Anm. *Kubasta*].

⁴⁴ OLG Wien 3.10.2012, 28 R 180/12 i, *GesRZ* 2013, 111.

⁴⁵ Weiterführend *Tanzer*, in: *Arnold/Stangl/Tanzer* (Fn. 25), Rn. II/250 ff.

⁴⁶ *Hofmann*, *ÖBA* 2008, 777 ff.

⁴⁷ OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01 i, *GesRZ* 2002, 212.

Die Vorstiftung ist bereits rechts- und parteifähig. Sie wird vom ersten Stiftungsvorstand vertreten. Für Handlungen im Namen der Privatstiftung vor der Eintragung in das Firmenbuch *haften die Handelnden allerdings zur ungeteilten Hand* (§ 7 Abs. 2 PSG; sog. „Handelndenhaftung“). Der Stiftungsvorstand sollte daher Handlungen im Namen der Privatstiftung vor deren Eintragung weitestmöglich unterlassen (oder auf eine entsprechende Absicherung seinerseits achten).⁴⁸ Die Vorstiftung wird vom (ersten) Stiftungsvorstand vertreten. Seine Vertretungsbefugnis umfasst auch in der Phase der Vorstiftung sowohl die gerichtliche als auch die außergerichtliche Vertretung und gewöhnliche und außergewöhnliche Handlungen.⁴⁹ Die Vorstiftung endet durch Auflösung oder Beendigung bzw. mit dem Entstehen der eigentlichen Privatstiftung durch Eintragung im Firmenbuch.

Mit *Eintragung im Firmenbuch* entsteht der Rechtsträger Privatstiftung als juristische Person (die Eintragung wirkt daher konstitutiv).⁵⁰ Die Rechte und Pflichten der Vorstiftung gehen automatisch auf die Privatstiftung über (neue Organe müssen gleichfalls nicht bestellt werden).

VI. Überblick über die wesentlichen handelnden Personen

Jede Privatstiftung muss mindestens über einen Stifter verfügen. *Stifter* einer Privatstiftung sind all jene Personen, die bei der Errichtung der Privatstiftung in der maßgeblichen Form mit dem Willen zur Errichtung einer Privatstiftung mitwirken.⁵¹ Eine Vermögenswidmung durch jeden einzelnen Stifter ist für die Erlangung der Stifterstellung nicht erforderlich,⁵² in der Praxis aber üblich (wenn auch durch Mitstifter mit geringen Beträgen).

Stifter einer *Privatstiftung unter Lebenden* können ein oder mehrere in- oder ausländische, zumindest teilrechtsfähige Rechtsträger öffentlichen oder privaten Rechts sein.⁵³ Als Stifter kommen daher nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen⁵⁴ und sonstige (teil)rechtsfähige Rechtsträger in Betracht. Stifter können daher beispielsweise natürliche Personen, GmbH, AG, Verein, SE, SCE, EWIV, OG, KG oder auch Privatstiftungen oder Stiftungen auf

⁴⁸ Zu Details der Handelndenhaftung siehe *N. Arnold* (Fn. 26), § 7 Rn. 9 ff.; siehe auch OGH 26.1.2017, 3 Ob 247/16 v, ZfS 2017, 52 [Anm. *Kepplinger*].

⁴⁹ OGH 26.11.2015, 6 Ob 148/15 f, GesRZ 2016, 73 [Anm. *Klampff*], PSR 2016, 88 [Anm. *Hochedlinger*].

⁵⁰ ErlRV zum § 7.

⁵¹ ErlRV Allgemeiner Teil, Konzept der Privatrechtsstiftung; *Kalss* (Fn. 13), in: *Doral/Nowotny/Kalss*, § 3 Rn. 1; *Pittl*, NZ 1999, 197; *Csoklich*, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch, S. 45.

⁵² *Riel*, in: *Doral/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 4 Rn. 18; *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung, S. 167.

⁵³ *N. Arnold* (Fn. 26), § 3 Rn. 16.

⁵⁴ Zu sich daraus speziell ergebenden Problemen *Krejci*, Zur Zulässigkeit von AG-Stiftungen, GES 2004, 331 ff.

anderer Rechtsgrundlage sein. Eine (atypisch) stille Gesellschaft scheidet als reine Innengesellschaft mangels Rechtsfähigkeit als Stifter jedenfalls aus.

Stifter einer *Privatstiftung von Todes wegen* kann jeweils nur eine einzige natürliche Person sein. Eine Stiftermehrheit oder eine Stifterstellung von anderen Personen bzw. Rechtsträgern als einer einzigen natürlichen Person ist daher bei dieser ausgeschlossen. Mögliche rechtliche Probleme aufgrund verschiedener Ablebenszeitpunkte sollen damit vermieden werden.⁵⁵

Jede Privatstiftung muss zwingend über

- den Stiftungsvorstand und
- einen Stiftungsprüfer

verfügen. Unter bestimmten Voraussetzungen (§ 22 Abs. 1 PSG) ist auch

- ein Aufsichtsrat

einzurichten.

Darüber hinaus ermöglicht es das Privatstiftungsgesetz dem Stifter, *weitere Stiftungsorgane* zur Wahrung des Stiftungszwecks einzusetzen (§ 14 Abs. 2 PSG). Aufgrund der weitgehenden Gestaltungsfreiheit sind sowohl die Bezeichnung als auch Aufgabenbereiche und Ausgestaltung derartiger „weiterer Organe“ sehr unterschiedlich. Zumeist werden weitere Organe (häufig als Beirat, Stifter- oder Begünstigtenversammlung, Familienrat etc. bezeichnet) zur Aufrechterhaltung von Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Stifter bzw. der Begünstigten eingesetzt.

Beim Stiftungsvorstand und beim Stiftungsprüfer bzw. gegebenenfalls dem Aufsichtsrat handelt es sich jedenfalls um Organe der Privatstiftung. Bei „weiteren Organen“ hängt die Organstellung von Art und Umfang der ihnen zugewiesenen Aufgaben und der ordnungsgemäßen Einrichtung ab. Mitglieder eines Organs haben das Recht und gegebenenfalls auch die Pflicht, die gerichtliche Nachbestellung bei Fehlen von Mitgliedern eines Stiftungsorgans zu erwirken (§ 27 Abs. 1 PSG) bzw. bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die gerichtliche Abberufung von Organmitgliedern zu beantragen (§ 27 Abs. 2 PSG). Jedes Stiftungsorgan und jedes seiner Mitglieder kann zur Wahrung des Stiftungszwecks außerdem bei Gericht die Anordnung einer Sonderprüfung beantragen (§ 31 Abs. 1 PSG). Bei Vorliegen der in § 35 Abs. 2 PSG genannten Auflösungsgründe hat jedes Mitglied eines Stiftungsorgans außerdem das Recht und die Pflicht, die gerichtliche Ersetzung des Auflösungsbeschlusses zu erwirken (§ 35 Abs. 3 PSG) bzw. bei unberechtigter Auflösung die Aufhebung des unberechtigterweise gefassten Auflösungsbeschlusses bei Gericht zu beantragen (§ 35 Abs. 4 PSG).

Die *Begünstigten* (auch Destinatäre genannt) sind weder Gesellschafter noch (wirtschaftliche) Eigentümer⁵⁶ des Vermögens der Privatstiftung, vielmehr handelt es sich um diejenigen Personen, die Zuwendungen von der Privatstiftung er-

⁵⁵ ErlRV zum § 3 Abs. 1.

⁵⁶ Begünstigte sind aber grundsätzlich wirtschaftliche Eigentümer i. S. d. § 2 WiEReG.

halten bzw. denen die Vorteile aus der Stiftung zukommen sollen.⁵⁷ Bei eigennützigen Privatstiftungen kommen als Begünstigte alle natürlichen und juristischen Personen, daneben aber auch alle anderen zumindest vermögensrechtsfähigen Rechtsträger in- oder ausländischen Rechts in Betracht. Daneben kann die Privatstiftung (vor allem im gemeinnützigen Bereich) auf die Begünstigung der Allgemeinheit gerichtet sein. Eine konkrete Individualisierbarkeit entfällt diesfalls.

Je nach Ausgestaltung kann zwischen Begünstigten, die in der *Stiftungserklärung bezeichnet* werden, und solchen, die *durch eine Stelle festgestellt* werden, unterschieden werden. Begünstigte können *mit klagbarem Anspruch* ausgestattet sein; ein solcher muss ihnen allerdings nicht zukommen. Die Zuwendungen können *einmalig* oder *laufend* gewährt werden.⁵⁸ Aus einer Sonderzuwendung kann noch nicht auf die Stellung als laufend Begünstigter gefolgert werden.⁵⁹ Darüber hinaus wird häufig zwischen *aktuell Begünstigten* und bloß *potenziell Begünstigten* (bzw. Angehörigen des Begünstigtenkreises) unterschieden.

Letztbegünstigter ist derjenige, dem ein nach Abwicklung der Privatstiftung (§ 36 PSG) verbleibendes Vermögen der Privatstiftung zukommen soll. Wird die Privatstiftung infolge Widerrufs des Stifters aufgelöst und ist in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen, ist der Stifter Letztbegünstigter (§ 36 Abs. 4 PSG). Bestimmungen der Stiftungserklärung gehen dieser Zweifelsregelung aber auch im Fall des Widerrufs vor.⁶⁰ Ist kein Letztbegünstigter vorhanden oder will der Letztbegünstigte das verbleibende Vermögen nicht übernehmen und ergibt sich aus der Stiftungserklärung sonst keine Regelung, so fällt das verbleibende Vermögen der Republik Österreich anheim.⁶¹

VII. Vergleich zur Kapitalgesellschaft

Nachstehende Übersicht soll ohne Anspruch auf Vollständigkeit einen groben Vergleich zwischen den aus dem Recht der Kapitalgesellschaften bekannten Begrifflichkeiten mit den vergleichbaren Strukturen bei der Privatstiftung geben.

<i>GmbH/AG</i>	<i>Privatstiftung</i>
Gründer	Stifter
Gesellschafter	keine (hinsichtlich Dividenden bzw. Gewinnausschüttung Begünstigte)
Geschäftsführer/Vorstand	Stiftungsvorstand
Abschlussprüfer	Stiftungsprüfer

⁵⁷ Briem, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen, 2000, S. 82.

⁵⁸ Zur Typologie siehe auch Zollner (Fn. 35), S. 246 ff.

⁵⁹ OGH 18.2.2021, 6 Ob 24/21 d, ZfS 2021, 54, PSR 2021, 93, GES 2021, 195.

⁶⁰ N. Arnold (Fn. 26), § 6 Rn 4.

⁶¹ Art. 552 § 8 PGR.

<i>GmbH/AG</i>	<i>Privatstiftung</i>
Aufsichtsrat	Aufsichtsrat (nur in Ausnahmefällen verpflichtend; < 1% der PS)
Beirat	Beirat, Stiferversammlung etc.
Gesellschaftsvertrag	Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde); aber: einseitige Erklärung, tw. aber auch Elemente vertraglicher Vereinbarungen
Beistatut (Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages)	Stiftungszusatzurkunde
Ausschüttung	Zuwendung
Stamm-/Grundkapital	Mindestvermögen (EUR 70.000; keine Kapitalerhaltungsvorschriften)

VIII. Stiftungszweck, untersagte Tätigkeiten

Nach § 1 Abs. 1 PSG muss die Privatstiftung einem erlaubten, vom Stifter bestimmten Zweck dienen. Der *Stiftungszweck* ist ein wesentliches Merkmal der Privatstiftung (vgl. ErlRV zum § 9 Abs. 1). Eine Privatstiftung ohne Stiftungszweck ist unzulässig.⁶² Die Definition des Stiftungszwecks gehört zum *Mindestinhalt* der Stiftungsurkunde (§ 9 Abs. 1 Ziff. 2 PSG i. V. m. § 10 Abs. 2 Satz 1 PSG). Der Stiftungszweck drückt sich zumindest in gewissem Umfang auch in den Regelungen über Begünstigte und Zuwendungen aus;⁶³ mitunter ist es auch als ausreichend anzusehen, wenn sich der Stiftungszweck aus einer allgemeinen oder konkreten Begünstigungsregelung ergibt (ErlRV zum § 9 Abs. 1 3. Teilabsatz; das alleinige Vorliegen einer Begünstigtenregelung ohne jede Bezugnahme auf einen Stiftungszweck wird aber dem Erfordernis des Mindestinhalts der Stiftungsurkunde nicht gerecht).

Der Stiftungszweck ist vom *Gegenstand der Privatstiftung* zu unterscheiden. Der Gegenstand der Privatstiftung, d. h. die konkrete Tätigkeit, durch die der Stiftungszweck erreicht wird, muss in der Stiftungserklärung nicht näher definiert werden. § 1 Abs. 1 PSG besagt ganz allgemein, dass der Stiftungszweck durch *Nutzung, Verwaltung und Verwertung* des gewidmeten Vermögens erfüllt werden soll. Es steht den Stiftern aber frei, nähere Richtlinien für die Tätigkeit der Privatstiftung in der Stiftungserklärung vorzugeben.

⁶² Csoklich, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 51), S. 14; ebenso Krejci, Die Aktiengesellschaft als Stifter, 2004, S. 19.

⁶³ Briem, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Fn. 57), S. 77; Löffler, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 13), § 5 Rn. 1; W. Jud/Zierler, NZ 2007/51, 225, 230; siehe auch § 5 Rn. 4; zur Wechselwirkung von Begünstigtenregelung und Stiftungszweck vgl. auch OLG Innsbruck 29.5.1996, 3 R 110/96, RdW 1996, 406, AnwBl 1997, 372.

Eine Privatstiftung darf nicht (§ 1 Abs. 2 PSG)

- eine *gewerbsmäßige Tätigkeit*, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben;
- die *Geschäftsführung* einer Handelsgesellschaft *übernehmen*;
- *unbeschränkt haftender Gesellschafter* einer eingetragenen Personengesellschaft (OG/KG) sein.

Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass sich die Privatstiftung den Risiken (nach der damaligen Terminologie des HGB) kaufmännischer Betriebe aussetzt.⁶⁴ Die Terminologie „gewerbsmäßig“ ist daher weder gewerberechtlich noch steuerlich zu verstehen,⁶⁵ wobei dies ebenso wie die Frage, ob der Betrieb von Land- und Forstwirtschaft als gewerbsmäßige Tätigkeit anzusehen und insoweit untersagt ist,⁶⁶ in der Literatur weiterhin nicht einheitlich beantwortet wird. *Nebentätigkeiten* (wie beispielsweise die Veräußerung von Postkarten eines Künstlers, dessen Andenken die Privatstiftung wahren soll) sind von dem Verbot gewerbsmäßiger Tätigkeiten nicht erfasst.

Das Verbot der *Geschäftsführung* einer Handelsgesellschaft umfasst nicht nur die organschaftliche Vertretung, sondern auch jede vertragliche oder faktische Übernahme einer Geschäftsführung.⁶⁷ Die Privatstiftung darf unabhängig davon, ob damit eine Vertretungsbefugnis verbunden ist, auch nicht *unbeschränkt haftender Gesellschafter* einer eingetragenen Personengesellschaft (OG/KG) sein. Eine Privatstiftung & Co. KG ist daher jedenfalls ausgeschlossen. Zulässig ist es allerdings, dass die Privatstiftung Kommanditist einer KG ist oder sich als stiller bzw. atypisch stiller Gesellschafter zusammenschließt.⁶⁸ Ebenso kann sie Anteile an Kapitalgesellschaften erwerben und als Konzernspitze und in gewissem Umfang auch als Konzernleitung fungieren;⁶⁹ gegebenenfalls kann aber eine Aufsichtsratspflicht daraus resultieren.

⁶⁴ ErlRV zum § 1 Abs. 2.

⁶⁵ N. Arnold (Fn. 26), § 1 Rn. 16 m. w. N. (wobei diese Frage weiterhin strittig ist).

⁶⁶ Für den Zeitraum vor Einführung des UGB gegen die Zulässigkeit von Land- und Forstwirtschaft G. Nowotny, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Fn. 57), S. 145; Bruckner/Fries/Fries (Fn. 52), S. 22; Ch. Fries, *ecolex* 1993, 739, 740; N. Arnold (Fn. 26), § 1 Rn. 16; bereits damals für die Zulässigkeit Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (Fn. 39), S. 20; Rief, *RdW* 1994, 201; Csoklich, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 51), S. 23; nunmehr infolge Einführung des UGB für die Zulässigkeit von land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeiten durch die Privatstiftung eintretend Kalss, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Fn. 38), Rn. 7/29, wobei sich am Wortlaut des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 PSG auch im Rahmen der Einführung des UGB nichts geändert hat. Gegen die Zulässigkeit N. Arnold (Fn. 26), § 1 Rn. 16; siehe auch ausführlich Hayden, *PSR* 2018, 152, 155.

⁶⁷ Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (Fn. 39), S. 20.

⁶⁸ Zur Frage, ob sich Dritte am Unternehmen der Privatstiftung als stille Gesellschafter beteiligen können, siehe Hochedlinger, *ZfS* 2009, 18 ff.

⁶⁹ OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05 p, GES 2006, 121 [Anm. N. Arnold]; weiterführend Zwick, *GesRZ* 2009, 278.

IX. Stifter und Stifterstellung

Die *Stifterstellung* kann *nicht nachträglich erworben* werden.⁷⁰ Auch ein Dritter, der der Privatstiftung nachträglich Vermögen widmet (*Zustiftung*), erlangt dadurch nicht die Stellung eines Stifters.⁷¹ Die Stifterstellung *verjährt nicht*.⁷² Die Stifterstellung einer natürlichen Person *erlischt* mit dem *Ableben* des Stifters, bei juristischen Personen oder sonstigen Rechtsträgern mit ihrem *Untergang*.⁷³ Die Stifterstellung als solche besteht unabhängig davon, ob dem Stifter Stifterrechte vorbehalten wurden.

Ein *Verzicht* auf die *Stifterstellung* ist nicht möglich.⁷⁴ Ein *Verzicht* auf *Stifterrechte* ist hingegen zulässig, sofern die entsprechende Zuständigkeit dem Stifter nicht von Gesetzes wegen zwingend eingeräumt ist.⁷⁵ Gegebenenfalls kann es auch zu einer Aufhebung von Stifterrechten durch entsprechende Änderung der Stiftungserklärung (auch ohne diesbezüglichen Verzicht des konkreten Stifters) kommen. Die Eintragung einer bloßen Verzichtserklärung auf die Stifterrechte in das Firmenbuch ist unzulässig, da der Verzicht auf einem Stifter in der Stiftungserklärung vorbehaltene Rechte eine Änderung der Stiftungserklärung (durch den Stiftungsvorstand oder Stifter) voraussetzt.⁷⁶ Auf Gestaltungs- und Stifterrechte eines Stifters kann dieser auch dann verzichten, wenn er sich das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung nicht vorbehalten hat.⁷⁷ Gegebenenfalls kann ein Verzicht auf Stifterrechte die übrigen Stifter bzw. den Stiftungsvorstand zur Vornahme der erforderlichen Anpassungen der Stiftungserklärung verpflichten.

X. Absichtserklärungen

Absichtserklärungen von Stiftern vermögen es nicht, die Stiftungserklärung zu ändern.⁷⁸ Der Stiftungsvorstand ist an sie daher grundsätzlich auch nicht gebun-

⁷⁰ Ausführlich *N. Arnold* (Fn. 26), § 3 Rn. 13, 15; zustimmend OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04 z, GES 2004, 475 [Anm. *N. Arnold*].

⁷¹ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 38), Rn. 7/70.

⁷² *Geist*, GesRZ 1998, 79, 81.

⁷³ Strittig ist, ob Gestaltungsrechte eines Stifters bei gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge übergehen.

⁷⁴ *N. Arnold* (Fn. 26), § 3 Rn. 15; *Kalss/Zollner*, GesRZ 2006, 227; *H. Torggler*, in: FS Peter Doralt, S. 651; a. A. *Mager*, RdW 2005/441; OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05 p, GesRZ 2006, 203; OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06 y, ZfS 2006, 118; OGH 25.5.2007, 6 Ob 18/07 a, GesRZ 2007, 346 [Anm. *N. Arnold*].

⁷⁵ *Csoklich*, ZfS 2007, 3, 8; *Zollner* (Fn. 35), S. 174 ff.

⁷⁶ OLG Wien 23.11.2006, 28 R 183/06 x, ZfS 2007, 16; OGH 25.5.2007, 6 Ob 18/07 a, GesRZ 2007, 346 [Anm. *N. Arnold*]; *N. Arnold* (Fn. 26), PSG-Kommentar⁴, § 3 Rn. 46b.

⁷⁷ *Kalss/Zollner*, GesRZ 2006, 227, 236.

⁷⁸ *N. Arnold* (Fn. 26), § 9 Rn. 33.

den.⁷⁹ Mitunter wird daher auch die Ansicht vertreten, Absichtserklärungen von Stiftern und Letter of Wishes seien bei der Auslegung der Stiftungserklärung unbeachtlich.⁸⁰ Je nach Gestaltung der Stiftungserklärung kann einer Absichtserklärung oder einem Letter of Wishes m. E. bei der Auslegung sehr wohl Bedeutung zukommen.⁸¹ Mitunter können sich auch aus Absichtserklärungen Treuepflichten zwischen Stiftern ergeben, sofern sie der Stiftungserklärung bzw. der Zielsetzung der Privatstiftung selbst nicht widersprechen.⁸² Eine gemeinsam errichtete Absichtserklärung kann mit einem Syndikatsvertrag vergleichbar sein.⁸³

XI. Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands

Die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands hat im PSG und der Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundsätze durch die Judikatur eine besondere Bedeutung.

So ordnet § 15 Abs. 1 PSG an, dass der Stiftungsvorstand aus mindestens drei Mitgliedern, bei denen es sich um natürliche Personen handeln muss, bestehen muss. Ein generelles Weisungsrecht gegenüber dem Stiftungsvorstand ist nach h. A. unzulässig. Die Judikatur⁸⁴ hat außerdem eine Mindestfunktionsperiode für Mitglieder des Stiftungsvorstands von drei Jahren entwickelt. Eine vorzeitige Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands ist nach h. A. und auch nach den von der Judikatur entwickelten Grundsätzen nur aus wichtigem Grund zulässig.

Der Stiftungsvorstand darf nicht zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden und auch nicht am „Gängelband“ des Stifters oder eines Beirats hängen.⁸⁵

Begünstigte, deren Ehegatten/eingetragene Partner, Lebensgefährten und Personen, die mit Begünstigten in gerader Linie oder bis zum 3. Grad der Seitenlinie verwandt sind, können nicht Mitglied des Stiftungsvorstands sein; Unvereinbarkeitsbestimmungen sollen die Objektivität des Stiftungsvorstands wahren und Interessenskollisionen vermeiden.⁸⁶

Mandatsverträge mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands sind nach h. A. nicht zulässig.⁸⁷

⁷⁹ *Kalss/Müller*, in: Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge², 2017, § 26 Rn. 18.

⁸⁰ *Karollus*, in: FS Reischauer, S. 209, 226 f.; *Kodek*, PSR 2019, 56, 64.

⁸¹ *N. Arnold* (Fn. 26), § 9 Rn. 33; *Zentrum für Stiftungsrecht*, GesRZ 2011, 356, 359; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 38), Rn. 7/45.

⁸² OGH 11.5.2011, 7 Ob 5/11 b.

⁸³ *Karollus/Lukas*, ZfS 2009, 4, 16.

⁸⁴ OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10 k.

⁸⁵ OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15 m.

⁸⁶ OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09 f.

⁸⁷ *Zollner* (Fn. 35), S. 348.

XII. Verhältnis Stifter/Privatstiftung

Nach Entstehen der Privatstiftung als Rechtsträger ist diese vom Stifter (grundsätzlich) vollständig getrennt.⁸⁸

Der Stifter ist nicht Mitglied oder Gesellschafter der Stiftung oder Eigentümer des Stiftungsvermögens, durch die Errichtung der Privatstiftung hat er den Zugriff auf das Vermögen verloren.⁸⁹

Der Stifter ist, wenn die Stiftungserklärung nichts anderes vorsieht, *kein Organ* der Privatstiftung.⁹⁰

Solange sich ein Stifter Änderungs- oder Widerrufsrechte vorbehält, ist das Prinzip der *vollständigen Trennung* der Privatstiftung vom Stifter (*noch*) *nicht (vollständig) verwirklicht*; ein kumulatives Vorliegen beider Rechte ist dafür nicht erforderlich.⁹¹

Stifter, die natürliche Personen sind, können sich den *Widerruf* der Privatstiftung vorbehalten (§ 34 PSG). Unabhängig davon, ob es sich bei den Stiftern um natürliche Personen oder juristische Personen handelt, können sie sich die *Änderung der Stiftungserklärung* vorbehalten (§ 33 PSG). Darüber hinaus können sowohl Stifter als auch andere Personen Einfluss auf die Bestellung der Organe (mit Ausnahme der weiteren Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern und der Auswahl des Stiftungsprüfers) nehmen. Sie können sich (innerhalb gewisser Grenzen) auch selbst als Stelle, der die Feststellung der Begünstigten zukommt, einsetzen (§ 9 Abs. 1 Ziff. 3 PSG). Zustimmungspflichtige Geschäfte können innerhalb der von der Judikatur entwickelten Grenzen ausgestaltet werden.

⁸⁸ OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01 w, GesRZ 2002, 30, RdW 2001, 536, ecolex 2001, 916, NZ 2002/131, wbl 2002/325; 16.8.2007, 3 Ob 169/07 k, GesRZ 2008, 39 [Anm. N. Arnold], ZfS 2007, 125, RdW 2007, 728, ecolex 2008, 56, JEV 2008, 23, 26 [Anm. G. Graf], ÖJZ 2008/2, JBl 2008, 118; Kalss, in: *Doral/Nowotny/Kalss* (Fn. 13), § 3 Rn. 12; Csoklich, in: *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Fn. 57), 113.

⁸⁹ OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01 v, GesRZ 2002, 27, RdW 2001, 466, ecolex 2003/51, wbl 2002, 132; 11.9.2003, 6 Ob 106/03 m, GesRZ 2004, 210, RdW 2004, 89, GES 2003, 483, ÖJZ 2004, 264; 24.5.2006, 6 Ob 78/06 y, ZfS 2006, 118, RdW 2006, 631, ecolex 2007/2, NZ 2007, 28, wbl 2006, 486; 26.4.2018, 6 Ob 228/17 y, GesRZ 2018, 253 [Anm. Hartlieb], ZfS 2018, 73 [Anm. Oberndorfer], PSR 2018, 90.

⁹⁰ OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01 w, GesRZ 2002, 30, RdW 2001, 536, ecolex 2001, 916, NZ 2002/131, wbl 2002/325; 14.10.2003, 1 Ob 227/03 v, ecolex 2004, 382.

⁹¹ OGH 27.5.2004, 6 Ob 61/04 w, GesRZ 2004, 392, RdW 2004, 596, ecolex 2005, 47, GES 2004, 391 [Anm. N. Arnold], NZ 2005, 243; 13.3.2008, 6 Ob 49/07 k, 6 Ob 50/07 g, GesRZ 2008, 163 [Anm. N. Arnold], ZfS 2008, 27 [Anm. Oberndorfer], RdW 2008, 459, ecolex 2008, 920, wbl 2008, 442, NZ 2008, 272; 14.7.2011, 3 Ob 177/10 s, GesRZ 2011, 317 [Anm. Wurzer/Foglar-Deinhardstein], ZfS 2011, 162 [Anm. Karollus], PSR 2011, 183 [Anm. Rassi, Anm. Zollner], RdW 2011/686, ecolex 2012, 54 [Anm. Rizzi]; 26.4.2018, 6 Ob 228/17 y, GesRZ 2018, 253 [Anm. Hartlieb], ZfS 2018, 73 [Anm. Oberndorfer], PSR 2018, 90.

XIII. Einflussmöglichkeiten Begünstigter in Stiftungsorganen

Begünstigte sind von einer Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand infolge Unvereinbarkeitsbestimmung weitestgehend ausgeschlossen. Eine Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands auch durch Begünstigte ist aber möglich.

Eine Mitgliedschaft von Begünstigten in einem *Beirat* oder in sonstigen weiteren Organen ist zulässig. Die von der Judikatur entwickelten Grenzen für den *begünstigtendominierten aufsichtsratsähnlichen* Beirat sind zu beachten. Eine vollkommen freie Festsetzung der Vergütung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Begünstigte oder die Mitwirkung von Begünstigten bei der Festlegung der Höhe von Zuwendungen wird in der Judikatur mitunter problematisch gesehen.⁹²

Zukunftssichere Gestaltungen, die auf mögliche Änderungen der Judikatur oder Rechtslage Rücksicht nehmen, sind aber zulässig.⁹³ Eine ausreichende Deutlichkeit der sog. „Wandlungsklausel“ ist aber geboten.⁹⁴

XIV. Weitere Kontrollinstanzen

Durch den *Stiftungsprüfer* wird dem Stiftungsvorstand ein Kontrollorgan zur Seite gegeben. Aufgrund seiner Organstellung ist der Stiftungsprüfer mit weitergehenden Befugnissen ausgestattet als ein Abschlussprüfer der Kapitalgesellschaft.⁹⁵

Auskunftsanspruch und Einsichtsrechte von Begünstigten sind weitere Kontrollinstrumentarien der Privatstiftung.⁹⁶ Auskunftsansprüche von Begünstigten sind grundsätzlich unbeschränkbar.

Die *Sonderprüfung* (§ 31 PSG) stellt ein weiteres Kontrollinstrumentarium dar, das die Struktur und Kontrolldefizite der Privatstiftung, die sich aus dem Fehlen von Eigentümern und Gesellschaftern ergeben, ausgleichen soll.⁹⁷

Die staatliche Aufsicht durch die Gerichte ist insoweit nur ein subsidiäres Kontrollinstrumentarium, durchaus aber in verschiedensten Bereichen anzutreffen. Zu denken ist hier etwa an die Bestellungs- und Abberufungsbefugnisse des Gerichts nach § 27 PSG, die Auswahl des Stiftungsprüfers – sofern kein Aufsichtsrat bei der Privatstiftung bestellt ist – durch das Gericht sowie die Genehmigung von Rechtsgeschäften mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands sowie die Festlegung der Vergütung (§ 17/19 PSG).

Das *potenzielle Kontrolldefizit* hat dazu geführt, dass die Judikatur eine rechtenschutzfreundliche Auslegung jener Bestimmungen, die einzelnen Personen die

⁹² OGH 9.9.2013, 6 Ob 139/13 d.

⁹³ OGH 19.4.2017, 6 Ob 37/17 k; ebenso 29.8.2017, 6 Ob 36/17 p.

⁹⁴ OGH 18.11.2022, 6 Ob 174/22 i.

⁹⁵ OGH 16.4.2009, 6 Ob 239/08 b.

⁹⁶ ErlRV zum § 30.

⁹⁷ ErlRV zum § 31.

Legitimation zur Stellung von Anträgen an das Gericht einräumen, entwickelt hat.⁹⁸

XV. Foundation Governance

Die *Foundation Governance* der österreichischen Privatstiftung ist daher durchaus eine Kombination von gesetzlichen Vorgaben mit stiftungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und gerichtlicher Kontrolle. Vom Grundprinzip her ist der Stiftungsvorstand ein sich selbst kontrollierendes Organ, das aus mindestens *drei Mitgliedern* besteht. Jede Privatstiftung verfügt außerdem zwingend über einen *Stiftungsprüfer*, der die Gebarung der Privatstiftung prüft. *Rechtsgeschäfte* der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands bedürfen der Genehmigung des Gerichts (sofern kein Aufsichtsrat bei der Privatstiftung bestellt ist; ist ein Aufsichtsrat bestellt, entscheidet dieser über die Genehmigung). *Doppelmitgliedschaften* in Stiftungsvorstand und (zumindest aufsichtsratsähnlichen) Beiräten wurden von der Judikatur ausgeschlossen.⁹⁹ *Weitere Organe* können durch die Stifter in der Stiftungsurkunde eingerichtet werden; durch die relativ hohe Flexibilität in der Strukturierung können sie auch zur entsprechenden Ausgestaltung der Foundation Governance herangezogen werden.

Die *gerichtliche Kontrolle* beschränkt sich primär auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit bei Eintragungen in das Firmenbuch sowie der subsidiären Zuständigkeit zur Bestellung fehlender Organmitglieder (auf Antrag oder von Amts wegen) sowie die Zuständigkeit zur Abberufung von Organmitgliedern aus wichtigem Grund (ebenso auf Antrag oder von Amts wegen). Eine Sonderprüfung kann vom Gericht nur auf Antrag angeordnet werden.

Das Gericht kann (auf Antrag) einen fehlenden *Auflösungsbeschluss* des Stiftungsvorstands bei Vorliegen eines Auflösungsgrundes der Privatstiftung ersetzen oder einen unzulässigerweise getroffenen Auflösungsbeschluss aufheben. Ein amtswegiges Einschreiten ist auch bei einer dem § 1 PSG *widersprechenden Tätigkeit* der Privatstiftung möglich. Im Übrigen beschränkt sich die Kontrolle durch das Gericht aber im Wesentlichen auf das Firmenbuchverfahren.

Im Rahmen der Foundation Governance der Privatstiftung kommt der Ausgestaltung der Stiftungserklärung im Zuge der Möglichkeit der Einrichtung weiterer Organe eine wesentliche Bedeutung zu. Auch ohne Einrichtung weiterer Organe sind aber vom Gesetzgeber Strukturen vorgesehen, die eine effiziente Kontrolle der Gebarung der Privatstiftung ermöglichen und die Zurückdrängung staatlichen Einflusses rechtfertigen.

⁹⁸ OGH 19.11.2014, 6 Ob 140/14 b.

⁹⁹ OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07 k, 6 Ob 50/07 g.

Diskussion

zu den Referaten von Christoph B. Bühler und Nikolaus Arnold

Veronika Kubasta

Die Diskussion im Anschluss an die Vorträge von *Christoph B. Bühler* und *Nikolaus Arnold* konzentrierte sich auf die Themenbereiche Unternehmensstiftung, Stiftungsaufsicht sowie Foundation Governance.

1. Unternehmensstiftung

Insgesamt werde das Thema der Unternehmensstiftung im gesellschaftsrechtlichen Diskurs in Deutschland noch wenig beachtet. Begreift man das Gesellschaftsrecht als Unternehmensorganisationsrecht, so wäre es aber naheliegend, auch die Unternehmensstiftung stärker miteinzubeziehen. Sie sei ein Erfordernis der Praxis und in der Wirtschaft weit verbreitet. Die Holdingstiftung befindet sich dabei in einem Spannungsverhältnis zur Selbstzweckstiftung, sofern sie sich auf ein bloßes Thesaurieren von Erträgen beschränkt. Die Stiftung muss einen nach außen gerichteten Zweck aufweisen. Thesaurierungsphasen sind in Österreich jedenfalls zulässig, wobei die genaue Länge im Detail fraglich ist. Ein Anreiz für die Wahl der Stiftung sei für Familiengesellschaften in Deutschland auch in deren Mitbestimmungsfreiheit zu sehen. In Österreich werde die Mitbestimmung üblicherweise nicht in der Stiftung selbst verwirklicht, sondern eine oder zwei Ebenen tiefer in den Beteiligungsunternehmen.

2. Stiftungsaufsicht

Der Gedanken der Stiftungsaufsicht ist getragen von der Kontrolle der Stiftung als eigentümerloses Vermögen. Der Respekt vor der Stiftungsaufsicht sei in Deutschland im Vergleich zur Aufsicht von Finanzinstituten begrenzt. Die Befugnisse der Aufsichten seien nicht vergleichbar. Jedenfalls spricht das Bestehen einer staatlichen Aufsicht nicht *per se* gegen eine sachgerechte wirtschaftliche Tätigkeit des Rechtsträgers. Insgesamt wird die Stiftungsaufsicht in Deutschland zwischen den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich wahrgenommen, teils ist sie sehr bürokratisch, teils auf eine reine Rechtsmissbrauchskontrolle beschränkt. Thematisiert wurde auch die Finanzierung der Stiftungsaufsicht. In der Schweiz wird sie mit Gebühren der zu beaufsichtigenden Stiftungen geleistet.

3. *Foundation Governance*

In Österreich bestehen im internationalen Vergleich sehr weitreichende Einflussnahmemöglichkeiten des Stifters. In der Schweiz herrsche hingegen ein klares Trennungsprinzip. Der Stifter könne allenfalls im Zweck gewisse Vorbehalte festsetzen oder bestimmte Personen in den Stiftungsrat entsenden, entweder sich selbst oder Familienangehörige.

In der Schweiz gab es drei Schübe zur Anpassung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Stiftungen im Bereich Governance. Der Swiss Foundation Code leistete dabei einen wichtigen Anstoß. Er lieferte darüber hinaus Impulse in Richtung Nachhaltigkeit. Es fehlt derzeit noch an empirischen Daten zum unternehmerischen Erfolg von stiftungsabhängigen Unternehmen, insbesondere vor den Herausforderungen der Transformation in Richtung Nachhaltigkeit und Digitalisierung.

Das deutsche Stiftungsrecht wurde jüngst reformiert. Die deutsche Stiftungsrechtsreform, die am 31.7.2023 in Kraft getreten ist, hatte einen Vorlauf von acht Jahren. Die inhaltliche Ausgestaltung wird in erster Linie durch die Stiftungsaufsichtsbehörden geleistet, wobei die Unternehmensstiftung nicht näher geregelt wurde. In Deutschland gibt es eine Ausweichbewegung zur gemeinnützigen GmbH.

Thematisiert wurde auch die Forderung nach Transparenz in der Stiftung. Hier sei zu unterscheiden, welche Personen von dieser Transparenz umfasst sein sollten und warum. Bei der interessierten Öffentlichkeit gäbe es gerade keinen gerechtfertigten Grund für zusätzliche Transparenz. In Österreich gibt es keine Offenlegung von Jahresabschlüssen im Firmenbuch, volle Transparenz herrsche nur gegenüber den Begünstigten und dem Stiftungsprüfer sowie dem Gericht im Außerstreitverfahren. Sinnvoll ist abhängig von der Größe der Stiftung die Einführung eines IKS-Handbuchs.

Konflikte in der Familienstiftung werden häufig zwischen Begünstigten und dem Stiftungsvorstand ausgetragen. Sie münden in Österreich häufig in gerichtliche Abberufungsverfahren der Vorstandsmitglieder, die im Außerstreitverfahren geführt werden. Große Bedeutung habe dabei die Einhaltung der Stiftungserklärung, dies würde von den Gerichten auch präzise geprüft. Der Stiftungsvorstand kann sich auf die Business Judgement Rule berufen, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Diese wird in der Stiftung weit angewendet und umfasst auch Zuwendungen an Begünstigte als unternehmerische Entscheidungen. Auch pflichtteilsrechtliche Auseinandersetzungen sind im Kontext der österreichischen Privatstiftung häufig.

Der Vorschlag einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen

Walter Bayer

I.	Einführung	280
1.	Nachhaltiges Unternehmertum.....	280
2.	Stiftung Verantwortungseigentum und neue Rechtsform (Entwurf 0.0 – 2019) ...	281
II.	VE-GmbH (Entwurf 1.0 – 2020).....	282
1.	Leitgedanken.....	282
2.	Zustimmung und Kritik.....	283
III.	GmbH-gebV (Entwurf 2.0 – 2021).....	285
1.	Reaktion auf die Kritik	285
2.	Aufnahme in den Ampel-Koalitionsvertrag	286
3.	Verstetigung der Kritik	286
4.	Die GmbH-gebV: Stellungnahme.....	288
a)	Bedürfnis?.....	288
b)	Falsche Erwartungen?	289
c)	Dauerhafte Vermögensbindung (<i>capital lock</i>) – Wiederkehr des Fideikommisses?.....	290
d)	Benachteiligung von Gesellschaftergläubigern, Erben, Pflichtteilsberechtigten?	292
e)	Systemfremde Rechtsform?.....	292
f)	Europarechtlich unzulässig?	293
IV.	Eckpunktepapier mit Rolle rückwärts: Separate Rechtsform (2023)	294
1.	Kontinuitäten und Veränderungen gegenüber der GmbH-gebV.....	295
2.	Weitere Lobby-Arbeit	296
V.	Rechtspolitisches Fazit und Ausblick	296

I. Einführung*

1. Nachhaltiges Unternehmertum

Nachhaltigkeit ist in aller Munde.¹ Unsere Energieversorgung soll nachhaltiger werden, die Produktion von Lebensmitteln, der Verkehr, grundsätzlich unsere gesamte Lebensweise. Die Agenda der Vereinten Nationen enthält 17 globale Nachhaltigkeitsziele, die durch 169 Unterziele konkretisiert werden.²

Auch Unternehmen sollen sozialer und nachhaltiger werden.³ Dieses Ziel kann auf zwei Wegen erreicht werden: Zum einen durch die Verpflichtung aller bedeutenden Unternehmen, über ihre diesbezüglichen Anstrengungen (Stichworte: CSR, ESG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz usw.) zu berichten und sie dadurch – auch unter Einbeziehung der Investorensseite – zu motivieren, diese Bemühungen zu intensivieren,⁴ zum anderen durch die Schaffung spezieller Organisationsformen, die – anders als die ausschließlich gemeinnützigen Unternehmen – Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung miteinander verbinden.⁵

Diese weltweite Debatte um ein nachhaltiges Unternehmertum⁶ ist seit einiger Zeit wieder in Deutschland angekommen. Wieder – weil sie hier vor über 100 Jahren ihren Ausgang nahm. Wer wie ich in Jena lebt und arbeitet, hat ständigen Kontakt mit dem Namen und dem Wirken von *Ernst Abbe*, dem geistigen Vater der Carl-Zeiss-Stiftung, in die ursprünglich als Unternehmensträgerstiftung das Eigentum der industriellen Unternehmen Zeiss und Schott überführt wurde und die nach einer Änderung ihres Statuts heute als Beteiligungsträgerstiftung alle Anteile der Carl Zeiss AG und der Schott AG hält; die Erträge dieser Industriebeteiligungen werden ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke, vorzugsweise in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Thüringen, verwendet. Private Dritte können sich nur an Tochtergesellschaften beteiligen, so etwa an der in Jena ansässigen börsennotierten Carl Zeiss Meditec AG.

* Die Vortragsform wurde beibehalten. Ursprünglich lautete der Titel des Referats auf der DACH-Tagung am 2.6.2023 in Wien „Der Vorschlag einer GmbH mit gebundenem Vermögen“. Der hier abgedruckte Beitrag berücksichtigt indes die Fortentwicklung der Diskussion bis zum 1.12.2023.

¹ So wörtlich *Weitemeyer*, in: FS Hopt, Bd. I, 2020, S. 1419; vgl. weiter *Koch*, AG 2023, 553: „ESG – Zündstufen zum Megatrend“; monografisch auch *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023.

² Treffend auch von *Homeyer/Reiff*, npoR 2020, 224: „Dass mehr Nachhaltigkeit generell Not tut, ist mittlerweile breit getragener Konsens; indes am ‚Wie‘ scheiden sich die Geister.“

³ Dazu jüngst *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2022; zur internationalen Debatte auch *Sjaffell/Richardson*, Company Law and Sustainability, 2015; vgl. weiter *Grobe*, JbJZW 2022, S. 239 ff.

⁴ Zur Zertifizierung nachhaltiger Unternehmen etwa *Fleischer*, NZG 2021, 1525 ff.

⁵ Dazu auch *Fleischer*, AG 2023, 1 ff. sowie *Grobe*, JbJZW t, 2022, S. 239 ff.

⁶ Ausf. dazu (mit rechtsvergleichendem Blick ins Ausland) *Momberger*, Social Entrepreneurship, 2015 mit dem Vorschlag einer GmbH-Sozialgesellschaft, S. 312 ff.

Die in Deutschland seit einigen Jahren wiederbelebte Diskussion hat indes eine andere Stoßrichtung. Sie will außerhalb aufwendiger, staatlich kontrollierter Stiftungslösungen und losgelöst von den Anforderungen des Gemeinnützigkeitszwecks auf unkomplizierte Weise die Errichtung nachhaltiger, auf langfristige generationenübergreifende Unabhängigkeit angelegter Unternehmen ermöglichen.

2. Stiftung Verantwortungseigentum und neue Rechtsform (Entwurf 0.0 – 2019)

Zur Verwirklichung dieser Idee wurde im November 2019 unter prominenter Beteiligung bekannter Unternehmen (zum Beispiel „Alnatura“ oder „Weleda“) und teilweise weniger bekannter Start-ups (zum Beispiel „Ecosia“ und „Einhorn“) sowie mit zahlreichen Unterstützern aus Politik und Wissenschaft die Stiftung Verantwortungseigentum gegründet.⁷ Zeitgleich wurde im September 2019 ein von verschiedenen Unternehmen unter der Federführung des Jungunternehmers *Armin Steuernagel* verfasster Gesetzesentwurf für Unternehmen in Verantwortungseigentum vorgelegt.⁸ *Steuernagel* ist zugleich Spiritus Rector der Stiftung.

Dieser im Herbst 2019 vorgelegte Entwurf 0.0 fordert die Schaffung einer neuen Rechtsform für Unternehmen in Verantwortungseigentum. Leitidee ist, dass die Gesellschafter nur Verantwortungseigentümer auf Zeit sind und nicht Vermögenseigentümer. Die Gesellschaftsanteile sollen daher nicht vererblich sein, sondern dürfen nur an „Werte- und Fähigkeitenverwandte“ weitergegeben werden; sowohl im Übertragungs- als auch im Erbfall soll nur die geleistete Einlage zuzüglich einer mäßigen Verzinsung erstattet werden. Gewinne werden nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet, sondern verbleiben im Unternehmen; die geschäftsführenden Gesellschafter erhalten allein eine marktübliche Vergütung. Die hier vorgeschlagene Struktur der neuen Rechtsform kann als Hybrid zwischen Personengesellschaft und GmbH bezeichnet werden. Über alles soll ein Kuratorium wachen. Angesprochen werden mit diesem Konzept einerseits Start-ups, die signalisieren könnten, „dass sie auf Verlässlichkeit und Nachhaltigkeit setzen“ und im Erfolgsfall keinen „schnellen Exit“ anstreben,⁹ andererseits aber auch Familienunternehmer, die im Familienkreis keinen geeigneten Nachfolger finden.¹⁰

⁷ Dazu näher *Weitemeyer* (Fn. 1), S. 1421; vgl. weiter *Herchen*, ZGR 2022, 664, 667; *Fischer/Fischer*, BB 2020, 2122, 2124; *Schockenhoff*, ZIP 2023, 1825 f.

⁸ Siehe zum nahezu identischen Vorläufer des Gesetzesentwurfs: *Steuernagel/Wagner/Böhm*, in: *Arbeitsgemeinschaft Unternehmen in Verantwortungseigentum, Unternehmenseigentum im 21. Jahrhundert – Warum es eine neue Rechtsform für Unternehmen braucht*, 2018. Daran anschließend auch *Veith*, NPLY 2019, 15 ff. sowie *von Homeyer/M. Reiff*, npoR 2020, 224 ff. („Verantwortungseigentum ante portas“).

⁹ *Steuernagel*, in: *Budras*, FAZ, 21.2.2021: Erleichterungen für start-ups in neuer Rechtsform.

¹⁰ *Steuernagel*, in: *Budras*, FAZ, 21.2.2021: Erleichterungen für start-ups in neuer Rechtsform.

Für diese Idee einer neuen Rechtsform für nachhaltige Unternehmen beruft man sich regelmäßig auch auf ausländische Vorbilder,¹¹ etwa die US-amerikanische Benefit Corporation.¹² Dieser Vergleich hinkt indes. Das neu konzipierte Unternehmen in Verantwortungseigentum ist gerade *kein Sozialunternehmen*; die weltweite Debatte zum sozialen Unternehmertum¹³ bzw. zum Sozialunternehmen¹⁴ ist nach meinem Dafürhalten vielmehr eine parallel geführte Debatte,¹⁵ die sich nur punktuell mit der Debatte über Unternehmen in Verantwortungseigentum überlappt.¹⁶

II. VE-GmbH (Entwurf 1.0 – 2020)

Einen davon in Teilen grundlegend abweichenden und an eine vorhandene Rechtsform anknüpfenden Entwurf¹⁷ hat dann ein mit der Stiftung verbundener akademischer Arbeitskreis im Juni 2020 mit der „GmbH in Verantwortungseigentum“ (VE-GmbH) der Öffentlichkeit vorgelegt;¹⁸ auf einer im Juli 2020 durchgeführten rechtswissenschaftlichen Video-Konferenz¹⁹ wurde dieser Entwurf 1.0 dann kontrovers diskutiert. Durch die neue Rechtsformvariante der GmbH soll der bisher notwendige Rückgriff auf (vermeintlich) komplizierte stiftungs- und gesellschaftsrechtliche Hilfskonstruktionen überflüssig werden.²⁰

1. Leitgedanken

Die Leitgedanken der VE-GmbH entsprechen dem Entwurf 0.0 und wurden von *Anne Sanders* wie folgt formuliert: „Verantwortungseigentümer“ sei ein „Treu-

¹¹ Überblick bei *Fleischer*, AG 2022, 345, 351 ff.

¹² Zu dieser näher *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399, 411 ff.; *Fleischer*, AG 2023, 1 ff. m. w. N.; vgl. weiter *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219 ff.; *Weitemeyer*, ZGR 2022, 627, 656 ff.

¹³ Siehe bereits *Galle*, Boston College Law Review 54 (2013), 2025: „Social enterprise lawmaking is a growth industry.“

¹⁴ Dazu näher *Möslein*, ZRP 2017, 175 ff.; *Mittwoch* (Fn. 3), S. 240 ff. m. w. N.; vgl. weiter den Sammelband von Bochmann/Kumpan/Röthel/K. Schmidt, Gewinn und Gemeinwohl in Familienunternehmen, 2023 mit unterschiedlichen Beiträgen.

¹⁵ Siehe dazu jüngst auch: *Bundesregierung*, Nationale Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen, BT-Drucks. 20/8372, 18.9.2023.

¹⁶ Zur Idee des Verantwortungseigentums auch von *Homeyer/Reiff*, npoR 2020, 224 ff. m. w. N.

¹⁷ Die Abweichung wird nicht begründet; vgl. dazu auch *Reiff*, NZG 2023, 770, 771.

¹⁸ Siehe *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil*, GmbHR 2020, R 228 ff.; *Sanders*, ZRP 2020, 140 ff.

¹⁹ Veranstaltet durch *Anne Sanders, Barbara Dauner-Lieb, Simon Kempny, Florian Möslein, Rüdiger Veil*.

²⁰ *Reiff*, NZG 2023, 770, 771. Siehe zur VE-GmbH auch Wissenschaftlicher Dienst Deutscher Bundestag WD 7 – 3000 – 120/20.

händer‘, der seine Anteile auf Zeit hält, bevor er sie an die nächste Generation von ‚Werte- und Fähigkeitenverwandten‘ weitergibt“.²¹ In Parallele zum idealisierten Familienunternehmen, in dem „traditionell die Familie für Kontinuität, Selbstständigkeit und Werteorientierung des Unternehmens (einstehe)“²², soll auch die neue Rechtsform der Gesellschaft in Verantwortungseigentum die „Selbstständigkeit des Unternehmens langfristig [...] erhalten“; entscheidendes Mittel hierfür sei der verbindliche Verzicht der Gesellschafter „auf den Zugriff auf das Unternehmensvermögen und auf Gewinnausschüttung“.²³ M.a.W.: Der Gewinn des Unternehmens soll „vollständig dem Unternehmen und seinem Zweck gewidmet werden“.²⁴ Der finanzielle Anreiz für Investoren soll nicht aus einer Gewinnerwartung folgen, sondern allein aus der Begeisterung für die im Unternehmen getätigte Arbeit, die durchaus leistungsorientiert ausgestaltet werden könne.²⁵ Sanders: „Die Vergütung könne den Lebensunterhalt der geschäftsführenden Gesellschafter durchaus komfortabel absichern und auch Vorsorge für das Alter ermöglichen“.²⁶

Warum nunmehr für das Unternehmen in Verantwortungseigentum eine Rechtsformvariante der GmbH gewählt wurde und nicht mehr die im Entwurf 0.0 noch vorgesehene eigenständige Hybrid-Rechtsform, wurde von der Arbeitsgruppe im veröffentlichten Text nicht erläutert.

Bei einer Allensbach-Umfrage unter Familienunternehmen zwischen Oktober 2020 und Februar 2021 gab es hohe Zustimmungswerte für die optionale Einführung einer neuen Rechtsform für Verantwortungseigentum. 14% antworteten, dass sie sich „gut vorstellen“ könnten, das eigene Unternehmen in Verantwortungseigentum fortzuführen bzw. zu übergeben, 28% könnten es sich „vorstellen“. Ablehnend äußerte sich gut die Hälfte der Befragten.²⁷

2. Zustimmung und Kritik

Während prominente Wirtschaftswissenschaftler Zustimmung signalisierten,²⁸ hat der Entwurf einer VE-GmbH in der Rechtswissenschaft mehrheitlich²⁹ Kri-

²¹ Sanders, ZRP 2020, 140, 141.

²² So Sanders, ZRP 2020, 140, 141 m.w.N.

²³ Beide Zitate bei Sanders ZRP 2020, 140, 141.

²⁴ Sanders, ZRP 2020, 140, 141 mit Bezugnahme auf das Konzept der Stiftung Verantwortungseigentum.

²⁵ Sanders, ZRP 2020, 140, 142.

²⁶ Sanders, in: Budras, FAZ, 21.2.2021: Erleichterungen für start-ups in neuer Rechtsform.

²⁷ Allensbach-Umfrage im Auftrag der Stiftung Verantwortungseigentum.

²⁸ Siehe auch noch Bruch/Fratzsch/Fuhrmann/Sanders, FAZ, 29.11.2020, S. 18 („Die großen Stärken des Verantwortungseigentums“).

²⁹ Fischer/Fischer, BB 2020, 2127 („insgesamt gelungen“); Reiff, ZIP 2020, 1750, 1754 („verdient große Anerkennung“); vorsichtig positiv auch Teichmann, Audit Committee Quarterly IV/2020, 77 ff.; Servatius, NZG 2021, 569, 570 („Packen wir’s an!“).

tiker auf den Plan gerufen.³⁰ Dabei richtet sich die Kritik grundsätzlich nicht gegen die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Überlegungen zu Unternehmen in Verantwortungseigentum; im Gegenteil findet die These, dass die Rechtsordnung Gründern und Gesellschaftern die Umsetzung derartiger Vorstellungen ermöglichen sollte, vielfach explizite Zustimmung.³¹

Die Kritik hat vielmehr folgende Stoßrichtungen: So sieht etwa *Mathias Habersack* die VE-GmbH wegen der „dauerhaften Entmachtung der Gesellschaftergesamtheit“ als „Fremdkörper des Gesellschaftsrechts“³². Auch *Grunewald/Henrichs* halten die VE-GmbH für „ordnungspolitisch verfehlt“, da sie im Ergebnis eine „Stiftung ohne Stiftungsaufsicht“ darstelle, Steuerlücken eröffne und insgesamt nicht in das System des Gesellschafts- und Stiftungsrechts passe.³³ *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer* kritisieren, dass die von „Lobbyisten“ mit dem „Zauberwort Verantwortungseigentum“ geforderte „neue Eigentumsform für Unternehmen“ zwar „fortschrittlich klingt, [...] in Wahrheit (jedoch) ein Pakt gegen künftige Generationen“ sei; die „Nachhaltigkeitsrhetorik“ täusche darüber hinweg, dass das Konzept zum einen handwerklich schlecht umgesetzt sei, zum anderen aber auch „zu einer marktwirtschaftsfremden, dauerhaften Trennung von Verfügungsbefugnis und wirtschaftlicher Berechtigung führe[.] und damit den Anreiz unterdrücke[.], von den Früchten eigener Arbeit zu profitieren“. Die mit der VE-GmbH bezweckte „Herrschaft der toten Hand“ erinnere an das heute zu Recht verbotene mittelalterliche Fideikommiss, „mit dem der Adel über Jahrhunderte versuchte, sein Familienvermögen vor dem Zugriff nachfolgender Generationen zu bewahren“. Die Ideen der Stiftung Verantwortungseigentum und damit auch die Leitgedanken der VE-GmbH würden daher „nicht in das 21. Jahrhundert, sondern in längst vergessene Feudalzeiten“ verweisen. Würde sie der Gesetzgeber billigen, so würde er „das System des deutschen Gesellschafts-, Erb- und Stiftungsrechts [...] fundamental und zum Schlechteren verändern“.³⁴ In dieselbe Richtung argumentieren auch *Arnold/Burgard/G. Roth/Weitemeyer*: Mit der VE-GmbH würde „erstmalig die Gründung einer Körperschaft ohne Zweck (ermöglicht), die ohne ausreichende Kontrollstrukturen letztlich nur um ihrer selbst willen besteht“. Die VE-GmbH breche mit zivilrechtlichen Grundprinzipien, indem sie es den Gründern ermögliche, ähnlich wie bei dem längst überwundenen Familienfideikommiss, Vermögen auf Dauer dem Rechtsverkehr zu

³⁰ Kritisch etwa *Habersack*, GmbHR 2020, 992 ff.; *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321 ff.; *Grunewald/Henrichs*, NZG 2020, 1201 ff. („verdient keine Zustimmung“); *Vetter/Lauterbach*, in: FS Grunewald, 2021, S. 1199, 1222 („Schaffung einer eigenen Rechtsform für Gesellschaften in Verantwortungseigentum ist abzulehnen“); vgl. auch schon *Weitemeyer* (Fn. 1), S. 1419 ff.

³¹ Siehe etwa *Vetter/Lauterbach* (Fn. 30), S. 1222 („nachvollziehbar und nicht zu beanstanden“).

³² *Habersack*, GmbHR 2020, 992, 997.

³³ *Grunewald/Henrichs*, NZG 2020, 1201 (mit allen Zitaten).

³⁴ *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, FAZ, 4.9.2020, S. 16; identisch mit *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, npoR 2020, 296 ff.

entziehen. Nachteile entstünden „dadurch nicht nur der kommenden Generation, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern, dem Fiskus und möglicherweise Pflichtteilsberechtigten und Ehegatten“.³⁵

III. GmbH-gebV (Entwurf 2.0 – 2021)

1. Reaktion auf die Kritik

Diese massive Kritik blieb nicht wirkungslos, sondern hat den akademischen Arbeitskreis zu Modifikationen veranlasst.³⁶ In seinem im Februar 2021 vorgelegten zweiten Entwurf wurde zunächst das vielfach kritisierte „Zauberwort Verantwortungseigentum“ im Namen gestrichen³⁷ und die modifizierte Variante auf den Namen „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ (GmbH-gebV)³⁸ getauft. Weiterhin wurden zusätzliche Regelungen geschaffen, um die Vermögensbindung besser abzusichern und befürchteten Missbrauch zu verhindern.³⁹ Weiterhin ist jährlich ein von einem externen Wirtschaftsprüfer zu testierende Vermögensbindungsbericht zu erstellen. Und schließlich soll die Vermögensbindung durch eine unabhängige Einrichtung, die den Prinzipien des treuhänderischen Unternehmertums verpflichtet ist, kontrolliert werden.⁴⁰ Auch am Schutz der Gesellschaftergläubiger wurde nachgeschärft.⁴¹

An den Leitgedanken des Projekts wurde indes unverändert festgehalten.⁴² Ziel sei nach wie vor, „zusätzlich zu den bereits bestehenden bewährten Optionen des Gesellschaftsrechts eine Variante der GmbH als weitere Wahlmöglichkeit zu schaffen“.⁴³

³⁵ Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer, NZG 2020, 1321, 1327.

³⁶ Siehe auch Reiff, NJOZ 2021, 609 („Die überwiegend kritische Rezeption hat die AutorInnen zu punktuellen Weiterentwicklungen veranlasst.“); zur intensiven Auseinandersetzung mit der Kritik ausdrücklich Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 Rn. 5; vgl. auch Steuernagel („Der neue Gesetzentwurf habe die Kritik nun aufgegriffen [...]“), in: Budras, FAZ, 21.2.2021: Erleichterungen für start-ups in neuer Rechtsform.

³⁷ Bedauernd indes Reiff, NJOZ 2021, 609, 611.

³⁸ Abgedruckt und erläutert bei Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 ff.

³⁹ Näher Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 Rn. 8 ff.; ausf. Sanders, NZG 2021, 1573 ff.; dazu auch Reiff, NJOZ 2021, 609, 610.

⁴⁰ Dazu auch Reiff, NJOZ 2021, 609, 610.

⁴¹ Knapp Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 Rn. 16.

⁴² Siehe ausdrücklich Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 Rn. 5.

⁴³ So Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil, GmbHR 2021, 285 Rn. 2.

2. Aufnahme in den Ampel-Koalitionsvertrag

Motiviert durch die Unterstützung aus (fast) allen politischen Lagern⁴⁴ sowie ein großes mediales Echo hat die Ampel-Koalition das Projekt mit folgender Formulierung in den Koalitionsvertrag aufgenommen:⁴⁵

„Zu einer modernen Unternehmenskultur gehören auch neue Formen wie Sozialunternehmen oder Gesellschaften mit gebundenem Vermögen. Wir erarbeiten eine nationale Strategie für Sozialunternehmen, um gemeinwohlorientierte Unternehmen und soziale Innovationen stärker zu unterstützen. [...] Für Unternehmen mit gebundenem Vermögen wollen wir eine neue geeignete Rechtsgrundlage schaffen, die Steuersparkonstruktionen ausschließt.“⁴⁶

Zum Stichtag 22. Oktober 2022 hatten dann über 2.000 Personen, darunter 1.200 Unternehmensvertreter, einen Aufruf unterzeichnet, mit dem die Politik aufgefordert wird, eine neue Rechtsform für Unternehmen in Verantwortungseigentum einzuführen.⁴⁷ Auch der Bundesverband mittelständische Wirtschaft (BVMV) hat seine ursprünglich kritische Haltung korrigiert und signalisiert, das neue Konzept zu unterstützen.⁴⁸

3. Verstetigung der Kritik

Allerdings sieht sich auch dieser neue Entwurf 2.0 nach wie vor scharfer Kritik ausgesetzt.⁴⁹ Bestritten wird nach wie vor nicht nur ein Bedürfnis für die neue Rechtsform.⁵⁰ Vielmehr wird den Sympathisanten vorgeworfen, sie würden einem Missverständnis unterliegen, da ihnen fälschlich suggeriert würde, die Begriffe Verantwortungseigentum und ewiges Ausschüttungsverbot orientierten sich am Gemeinwohl, insbesondere am Erhalt des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze. Dies sei indes nicht der Fall, da der Entwurf für das Handeln der GmbH

⁴⁴ Dazu näher Pressemitteilung der Stiftung Verantwortungseigentum, 5.5.2021.

⁴⁵ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, 24.11.2021, S. 30; dazu *Thörmer/Bockstahler*, BB 2022, 158, 159; *Wachter*, DB 2022, 284, 286.

⁴⁶ Siehe auch Pressemitteilung der Stiftung Verantwortungseigentum, 24.11.2021.

⁴⁷ <<https://www.neue-rechtsformen.de/liste-der-unterzeichnenden>> (21.5.2023).

⁴⁸ Positionspapier BVMW v. Juni 2021.

⁴⁹ Siehe *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069 ff.; *Loritz/Weinmann*, DStR 2021, 2205, 2211 („kann daher aus rechtlichen, rechtspolitischen wie auch ökonomischen Gesichtspunkten nicht überzeugen“); *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Möschel, 2021, S. 181, 208 („ist abzulehnen“); *Vetter/Lauterbach* (Fn. 30), S. 1210 ff. („ist abzulehnen“); *Herchen*, ZGR 2022, 664, 667 („stößt [...] auf erhebliche Bedenken“); *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023) 594, 616 f. („Fazit fällt hier eher zurückhaltend aus“); *Hennrichs*, in: FS Henssler, 2023, S. 927, 932 ff. („weist nach wie vor Defizite auf“); zurückhaltend auch *Karst/Müller-Gschößl*, NJOZ 2021, 961 ff.; positiver hingegen *Reiff*, NJOZ 2021, 609, 611.

⁵⁰ Gegen ein Bedürfnis *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069 Rn. 40; vgl. zuvor auch schon allgemein ein Bedürfnis für ein Sonderrecht für an Sozial- und Nachhaltigkeitsbelangen ausgerichteten Gesellschaften ablehnend *Habersack*, AcP 220 (2020), 594, 646 („kein Handlungsbedarf“).

mit gebundenem Vermögen gar nicht die Vorgabe mache, besonders nachhaltig und verantwortungsvoll zu agieren.⁵¹ Weiterhin wird auf gravierende steuerrechtliche Folgen aufmerksam gemacht,⁵² auf die ich in diesem Referat indes nicht eingehen kann; anzumerken ist lediglich, dass die Befürworter der GmbH mit gebundenem Vermögen den Vorwurf,⁵³ es handele sich um ein „Steuersparmodell“, entschieden zurückweisen.⁵⁴

Vernichtende Kritik kommt schließlich aus den Reihen von Anwälten, die auf die Beratung von Familienunternehmen und Stiftungen spezialisiert sind: So sind etwa *Kirchdörfer/Kögel* der Ansicht, dass der Gesetzesentwurf eine „Vielzahl von ungelösten Fragen, Systembrüchen und Wertungswidersprüchen“ enthält und „nicht in das heutige GmbH-Recht zu integrieren (sei), ohne wesentliche gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien über Bord zu werfen“.⁵⁵ Die Idee des „Verantwortungseigentums“ (sei) deutlich besser und systemkonformer in Stiftungsform umzusetzen.⁵⁶ Im Hinblick auf die strikte Vermögensbindung und die damit verbundene Beschränkung der Umwandlungsmöglichkeiten werden schließlich *europarechtliche Bedenken* geltend gemacht.⁵⁷

Kritik kommt nunmehr auch aus den *Wirtschaftswissenschaften*:⁵⁸ Die strikte Vermögensbindung sowie der erzwungene Verbleib der Gesellschaftsanteile „in der ‚Fähigkeiten- und Wertefamilie‘ könnten den Erfolg dieser Unternehmen und damit den Fortbestand auf lange Sicht eher gefährden als fördern“.⁵⁹ Daher sei die GmbH-gebV „nur für einen sehr kleinen Teil an Unternehmen wirklich von Relevanz“,⁶⁰ sodass sich die Frage stelle, „ob sich aus Sicht des Gesetzgebers überhaupt die Einführung einer neuen Rechtsform lohnt.“ Denn die Kosten für die Einführung dieser Rechtsform würden „den Nutzen vermutlich übersteigen“.⁶¹

⁵¹ So *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069 Rn. 39.

⁵² Siehe nur *Watrin/Riegler*, FR 2021, 350 ff.; *Hüttemann/Schön*, DB 2021, 1356 ff.

⁵³ So *Hüttemann/Schön*, DB 2021, 1356, 1358 ff. gegen *Kempny*, DB 2021, 25 ff.

⁵⁴ Näher *Kempny*, DB 2021, 2248 ff. (Begünstigung thesaurierter Gewinne sei ein allgemeines Problem, kein spezifisches der GmbH mit gebundenem Vermögen), dagegen aber nochmals *Hennrichs* (Fn. 49), S. 937.

⁵⁵ *Kirchdörfer/Kögel* (Fn. 49), S. 208.

⁵⁶ *Kirchdörfer/Kögel* (Fn. 49), S. 209; ebenso und ausf. *Burgard*, ZStV 2021, 1 ff.

⁵⁷ *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 ff.; *Engel/Haubner*, DStR 2022, 844; dagegen indes *Möslein/Sanders*, JZ 2022, 923 ff., näher unter 4.

⁵⁸ Denkpapier IfM Bonn (Autoren: *Kay/Schlömer-Laufen/Reiff*); dazu FAZ, 17.4.2023, S. 18; Stellungnahme 4/2022 des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium (dagegen Stellungnahme Stiftung Verantwortungseigentum v. 9.12.2022 und Pressemit. v. 17.11.2022).

⁵⁹ IfM (Fn. 58), S. 12.

⁶⁰ IfM (Fn. 58), S. 12.

⁶¹ IfM (Fn. 58), S. 12.

4. Die GmbH-gebV: Stellungnahme

Unstreitig bewegt sich die juristische Kritik auf dem Boden des einfachen Rechts; verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Entscheidung des Gesetzgebers, eine GmbH-gebV in den Strauß der vorhandenen Rechtsformen aufzunehmen, werden denn auch von den Kritikern der neuen Rechtsform überwiegend – und zu Recht – für unbegründet erachtet.⁶²

a) Bedürfnis?

Bestritten wird ein Bedürfnis vielfach mit folgenden Argumenten: Bereits die „normale“ GmbH ermögliche es den Gründern, im Gesellschaftsvertrag nachhaltige Zwecke festzulegen und auf Gewinnausschüttungen zu verzichten.⁶³ Gemeinnützige Zwecke könnten mit der gGmbH⁶⁴ verwirklicht, die langfristige Unabhängigkeit mit Stiftungskonstruktionen gesichert werden.⁶⁵

So richtig dies alles ist, so wenig lässt sich damit jedoch ein Bedürfnis leugnen: Bei der normalen GmbH kann jede Zweckbindung durch einstimmigen Beschluss geändert werden, sofern man dies nicht durch Doppelkonstruktionen mit oder ohne Stiftung verhindert. Gerade auch die Bindung der Gesellschafter und ihrer nachfolgenden Generationen ist jedoch das Ziel der neuen Rechtsform. Satzungsmäßige Beschränkungen jedweder Art sind mithin keine Alternative zur neuen Rechtsformvariante.

Da grundsätzlich *keine gemeinnützige Tätigkeit* angestrebt wird, kommt die gGmbH nicht in Betracht. Und ungeachtet der rechtspolitisch umstrittenen Frage, ob Stiftungen zur Führung von Unternehmen die geeignete Rechtsform sind, lebt die GmbH-gebV nach dem aktuellen Willen ihrer unternehmerisch tätigen Gesellschafter, während sich das Fremdmanagement der Stiftung am historischen Willen des Stifters zu orientieren hat.⁶⁶ Typisch für die neue Rechtsform ist der persönliche Einsatz der Gesellschafter für den Unternehmenserfolg und die persönliche Bindung an Mitarbeiter, Kunden und Geschäftspartner. Die in der Firmierung als GmbH-gebV enthaltene spezifische Signalwirkung könnte möglicherweise auch den Arbeitsmarkt ansprechen, da immer mehr junge Menschen auf der Suche nach einer sinnvollen Tätigkeit sind.⁶⁷ Ich halte es daher nicht für

⁶² So auch das Ergebnis der Untersuchung bei *Harke*, Das Unternehmen gehört sich selbst! Die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen, in: *Froese/Shirvani*, Eigentum ohne Eigentümer, 2024, (unter 4.); zweifelnd indes *Grunewald/Henrichs*, NZG 2020, 1201, 1202; a. A. *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, ZStV 2020, 201, 203 („verstößt gegen die Prinzipien der Privat- und Verbandsautonomie“).

⁶³ Näher *Grisar*, GmbHR 2023, 373 Rn. 4 ff. m. w. N.

⁶⁴ Es gibt über 25.000 gGmbHs; vgl. *Mecking*, Die GmbH im Dritten Sektor, Stiftung und Sponsoring, RS 2/2020, 1, 2 m. w. N.

⁶⁵ Näher *Weitemeyer*, GmbHR 2021, 57 ff. und ZGR 2022, 627, 633 ff., 648 ff.; aus notarieller Sicht auch *Gilberg*, RNotZ 2020, 193 ff.; *Henn*, NotBZ 2021, 241, 246.

⁶⁶ Zutreffend *Teichmann*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 77, 78.

⁶⁷ *Teichmann*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 77, 79.

fernliegend, dass gerade durch die Vermögensbindung und den speziellen Zweck der neuen Rechtsform ein *rechtspolitischer Mehrwert* geschaffen wird.⁶⁸ Die GmbH-gebV ist im Ergebnis eine neue Hybridform zwischen GmbH und Stiftung.⁶⁹

Letztendlich wird die Bedürfnis-Frage vom (Rechts-)Markt entschieden.⁷⁰ Wenn sich – wie berichtet – eine große Zahl von Unternehmen und Unternehmern für die Schaffung einer neuen Rechtsform ausspricht und diese Unterstützung mit der Erwartung verbindet, dass diese Rechtsform auch genutzt werden wird, so dürfte der „Bedürfnistest aus Nachfragersicht“ zweifellos bestanden sein.

b) Falsche Erwartungen?

Es stellt sich nun aber unmittelbar die Folgefrage: Haben die Unterstützer und potentiellen Nachfrager der neuen Rechtsform möglicherweise falsche Erwartungen? Führt die Wahl der neuen Rechtsform eher zu Enttäuschungen? Wäre dies der Fall, dann wäre das aktuell festgestellte Bedürfnis ein Strohfeder, das alsbald erlöschen dürfte.

Bei der Beantwortung dieser Frage gilt es zu differenzieren: Die Behauptung, dass die Unterstützung der ganzen Idee des Verantwortungseigentums auf einem *Missverständnis* beruhe, weil fälschlich der Eindruck suggeriert würde, die neue Rechtsform sei stets gemeinwohlorientiert, möchte ich nicht teilen. Vielmehr wird stets und sogar mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die GmbH-gebV „ein Rechtskleid für eine besondere Form von Unternehmenseigentum“ sei, aber gerade „kein Siegel für besonders wertvolles Unternehmertum“.⁷¹ Es ist nicht verboten, aber auch nicht gefordert, dass mit der GmbH-gebV gemeinwohlorientierte oder besonders nachhaltige Zwecke verfolgt werden. Doch finde ich dies nicht störend: Auch ungeachtet der nicht notwendigen Gemeinwohlorientierung verdient der Wille der Gründer und ihrer Nachfolger, Gewinne zu thesaurieren mit dem Ziel, das Unternehmen fortzuentwickeln und auf Gewinnausschüttungen zu verzichten, grundsätzlich Anerkennung.

Dass in den Ohren der *Politik* diese Klarstellung möglicherweise überhört wird und Verantwortungseigentum mit Gemeinwohl gleichgesetzt und langfristige Vermögensbindung mit einer dauerhaften Sicherung des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze verwechselt wird, kann ich natürlich nicht ausschließen. Unbestreitbar betreibt die Stiftung Verantwortungseigentum ein hervorragendes Marketing! Allerdings *differenziert* auch der *Koalitionsvertrag* richtig zwischen *Sozialunternehmen* und der *GmbH-gebV*. Konsequenterweise wird daher in der von der

⁶⁸ Vgl. auch Diskussionsbericht bei *Knaier*, ZGR 2022, 690, 695.

⁶⁹ So bereits *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1322; *Strohn*, ZHR 185 (2021) 629, 632 f.; ähnlich *Henn*, NotBZ 2021, 241, 246 („Mischform aus GmbH und Stiftung“).

⁷⁰ Richtig *Bachmann*, NZG 30/2022, Editorial.

⁷¹ So explizit Gesetzesentwurf GmbH-gebV, S. 25; dies gerade massiv kritisierend aber etwa *Reiff*, NJOZ 2021, 609, 611.

Bundesregierung im September 2023 vorgelegten „Nationale(n) Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen“ die neue Rechtsform nicht erwähnt.⁷²

Gewichtiger sind m. E. *ökonomische Einwände*, die gegen die strikte Vermögensbindung vorgebracht wurden und darauf hinauslaufen, dass es für *Gründer wenig rational* sei, sich für die GmbH-gebV zu entscheiden; denn insbesondere Start-ups seien auf Risikokapital angewiesen und die Kapitalgeber erwarteten bei einem zukünftigen Unternehmenserfolg eine angemessene Gewinnbeteiligung, die jedoch aufgrund der Vermögensbindung nicht realisiert werden könne, so dass die GmbH-Variante in den allermeisten Fällen keine geeignete Rechtsform sei.⁷³ Insoweit könnten die Erwartungen, die im Hinblick auf den Erfolg der neuen Rechtsform gehegt werden, in der Praxis möglicherweise enttäuscht werden.

c) Dauerhafte Vermögensbindung (*capital lock*) – Wiederkehr des Fideikommisses?

Wie berichtet, ist die dauerhafte Vermögensbindung – die richtigerweise besser als *capital lock* denn als *asset lock* bezeichnet wird⁷⁴ ein zentraler Baustein für die neue Rechtsform.⁷⁵ Dieses dauerhafte Gewinnausschüttungsverbot wird denn auch besonders scharf kritisiert. Der GmbH-gebV wird vorgeworfen, sie sei eine Art „Selbstzweckstiftung mit treuhänderischen Gesellschaftern statt einer Stiftungsaufsicht“⁷⁶; andere bezeichnen sie als „neue Version des früheren Familienfideikommiss des deutschen Adels“.⁷⁷

Beide Vergleiche hinken etwas. Von den ökonomisch und gesellschaftspolitisch zu Recht kritisierten⁷⁸ *Familien-Fideikommissen*, mit denen der Adel sein Vermögen, speziell auch große Ländereien, über Generationen zusammenhielt, die dann aber nach Maßgabe von Art. 155 Abs. 2 Satz 2 WRV aufzulösen waren,⁷⁹

⁷² Siehe *Bundesregierung*, Nationale Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen, BT-Drucks. 20/8372, 18.9.2023.

⁷³ So das Denkpapier des IfM Bonn; dazu FAZ, 17.4.2023, S. 18.

⁷⁴ Die im Entwurf 1.0 verwendete Bezeichnung „Asset lock“ wurde wegen Missverständlichkeit korrigiert; vgl. *Sanders*, NZG 2021, 1573, 1575 f.; *Rolfes/Berisha*, GmbHR 2022, 23 Rn. 4; vgl. bereits *Reiff*, ZIP 2020, 1750 Rn. 24; *Loritz/Weinmann*, DStR 2021, 2205, 2208.

⁷⁵ Ausf. *Sanders*, NZG 2021, 1573 ff.

⁷⁶ *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1322; *Grunewald/Hennrichs*, NZG 2020, 1201, 1203; vgl. auch *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 350.

⁷⁷ *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1322; in diese Richtung auch *Grunewald/Hennrichs*, NZG 2020, 1201, 1202; *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069, 1073; ausf. auch *Harke* a. a. O. (unter 3.2.).

⁷⁸ Zur Diskussion der Fideikommissfrage bei der Entstehung des BGB (vgl. Art. 59 EGBGB) ausf. *Eckert*, Der Kampf um die Fideikommiss in Deutschland, 1992, S. 565 ff. m. w. N.

⁷⁹ Die Umsetzung erfolgte dann jedoch erst durch Gesetz v. 6.7.1938; vgl. zur Transformation in das bundesdeutsche Recht wiederum *Eckert* a. a. O., S. 764 ff. sowie weiter BT-Drucks. 16/5051, S. 45 (betr. Aufhebung des Fideikommiss-Aufhebungsgesetzes in Folge Zweckverwirklichung).

unterscheidet sich die GmbH-gebV schon dadurch, dass das Unternehmensvermögen nicht notwendigerweise in der Familienhand thesauriert wird. Im Gegenteil können sowohl die assets des Unternehmens jederzeit veräußert werden und auch das Unternehmen an sich ist dem Markt nicht entzogen, sondern kann auch gleichfalls insgesamt veräußert oder liquidiert werden.⁸⁰ Allein der durch die unternehmerische Tätigkeit erwirtschaftete Mehrwert bleibt sowohl im Falle der Veräußerung als auch im Falle der Liquidation im Unternehmen gebunden.⁸¹ Und auch rechtstatsächlich werden einzelne Unternehmen, die in der neuen Rechtsform geführt werden, nicht zu den befürchteten ökonomischen oder gesellschaftspolitischen Verwerfungen führen.

Wir hatten schließlich schon festgestellt, dass ein Gewinnausschüttungsverbot auch im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden könnte. Es bleibt indes das Problem, dass der Gesellschaftsvertrag jedenfalls durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss jederzeit abgeändert werden könnte, während die Vermögensbindung in der neuen Rechtsform *dauerhaft zementiert* sein soll. Hierdurch nähert sich die neue Rechtsform wieder der Stiftung an, bei der eine solche Zementierung gestattet ist. Es stellt sich die Frage, ob die bei der Stiftung notwendige Staatsaufsicht für die Zulassung einer dauerhaften Vermögensbindung unabdingbar ist. Ich habe hier meine Zweifel, soll die Staatsaufsicht doch in erster Linie auch die Beachtung des Stifterwillens absichern.⁸² Daher scheint mir auch eine private Aufsicht grundsätzlich ausreichend; entscheidend wäre, dass die Aufsicht effektiv ausgestaltet ist. Hinzu kommt: Auch die Stiftungsaufsicht ist nur Rechtsaufsicht! Und selbst im Stiftungsrecht wird über eine private Aufsicht nachgedacht.⁸³

Zweifel bleiben indes, weil die GmbH-gebV strukturell in die Nähe der stiftungsrechtlich unzulässigen Unternehmensselbstzweckstiftung⁸⁴ rückt.⁸⁵ Insoweit kollidiert die GmbH-gebV in der Tat mit dem Stiftungsrecht,⁸⁶ was den Gesetzgeber indes nicht hindern würde, die neue Rechtsform im Widerspruch zum Recht der Stiftung anzuerkennen.⁸⁷

⁸⁰ Zutreffend *Sanders*, NZG 2021, 1573, 1578; *Reiff*, NJOZ 2021, 609, 610.

⁸¹ Nach *Harke* (Fn. 62) ist daher der Unterschied zwischen Fideikommiss und GmbH-gebV „nur gradueller Natur“; die GmbH-gebV daher „ein dem Fideikommiss funktionsäquivalentes Vehikel“, das dem Ziel der „Auflösung von Vermögensklaven“ zuwiderläuft.

⁸² Dies einräumend auch *Harke* (Fn. 62), unter 3.3.

⁸³ Siehe nur *Weitemeyer*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 85 Rn. 29 ff., 39.

⁸⁴ Siehe nur *Weitemeyer* (Fn. 83), § 80 Rn. 127; *Backert*, in: BeckOK BGB, § 80 Rn. 19; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB, 2017, vor § 80 Rn. 224 m. w. N. zu Gegenstimmen.

⁸⁵ Ausf. *Harke* (Fn. 62).

⁸⁶ Zutreffend *Harke* (Fn. 62) („Kollision mit dem Stiftungsrecht unausweichlich“) im Anschluss an *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1323.

⁸⁷ Für eine Aufhebung des Verbots der Unternehmensselbstzweckstiftung daher auch *Sanders*, NZG 2021, 1573, 1576 f.

Ein gewisses Unbehagen wird schließlich dadurch ausgelöst, dass auf Dauer in die Freiheit zukünftiger Gesellschafter eingegriffen wird. Zu Recht wird das Fehlen einer Ausstiegs Klausel („Notausgang“) kritisiert.⁸⁸

d) Benachteiligung von Gesellschaftergläubigern, Erben, Pflichtteilsberechtigten?

Die am Entwurf 1.0 noch zu Recht gerügten Mängel im Hinblick auf den Schutz der Gesellschaftergläubiger⁸⁹ scheinen mir im Entwurf 2.0 weitgehend beseitigt; auch die diskutierten erb- und familienrechtlichen Fragen⁹⁰ sind nicht unlösbar und stehen jedenfalls der neuen Rechtsform nicht entgegen.

e) Systemfremde Rechtsform?

Gewichtiger ist das Argument, dass mit der neuen Rechtsform ein Fremdkörper im Gesellschaftsrecht geschaffen werde.

Nun lässt sich in der Tat nicht leugnen, dass die dauerhafte Bindung der Gesellschafter an die einmal festgelegte Gewinnausschüttungssperre für grundsätzlich gewinnorientierte Unternehmen ein Novum wäre. Wir kennen eine solche Bindung bislang nur bei der *gGmbH*. Entschärft wird die Problematik allerdings durch den Umstand, dass sich die dauerhafte Bindung im Ergebnis auch gestalterisch erreichen lässt, etwa durch Beteiligung einer Stiftung an einer GmbH, die nach ihrem Stiftungszweck niemals die Zustimmung zu einer Satzungsänderung erteilen wird. Es stellt sich daher die Frage, warum nicht der Gesetzgeber mit der neuen Rechtsform auch einen einfacheren Weg gestatten sollte?

Gerügt werden weiterhin systemfremde Governance-Defizite: Da die Gründer/Gesellschafter nicht an den Gewinnen partizipieren, hätten sie keinen Anreiz, für eine erfolgreiche Unternehmensführung Sorge zu tragen. Insbesondere nachfolgende Generationen würden im Gegenteil motiviert werden, die Vermögensbindung zu unterlaufen.

Auch diese Kritik hat ihren berechtigten Kern. Zu bedenken ist jedoch, dass die geschäftsführenden Gesellschafter für ihre Tätigkeit durchaus üppig vergütet werden dürfen; Grenze ist allein die Unangemessenheit. Die Verhinderung einer Umgehung der Vermögensbindung ist zunächst Aufgabe des zu installierenden Überwachungsorgans. Ich habe schon darauf hingewiesen, dass entscheidend ist, dieses Überwachungsorgan mit effektiven Kontrollrechten auszustatten. Im Übrigen ist es – wie allgemein im GmbH-Recht – Aufgabe der Rechtsprechung, Gesetzesumgehungen zu verhindern und ggf. zu sanktionieren. Schließlich könnten die festgestellten Defizite durch die bereits erwähnte Ausstiegs Klausel zusätzlich abgemildert werden.

⁸⁸ So *Bachmann*, NZG 30/2022, Editorial.

⁸⁹ Näher *Rolfes/Berisha*, GmbHR 2022, 23 ff.

⁹⁰ Ausf. *Sanders/Bühning*, GmbHR 2022, 889 ff.; *Sanders*, Editorial ErbR 2022, 1063.

f) Europarechtlich unzulässig?

Kontrovers diskutiert wird, ob die für die GmbH-gebV geltenden Beschränkungen für Umwandlungen europarechtlich unzulässig sind. So wird der GmbH-gebV die Beteiligung an einer grenzüberschreitenden Umwandlung sowie an einem Formwechsel generell verboten (vgl. § 77n Abs. 4 und 5 GmbHG-E). Eine innerstaatliche Verschmelzung ist nur auf eine andere GmbH-gebV möglich; als aufnehmender Rechtsträger darf die GmbH-gebV nur Rechtsträger aufnehmen, deren Gesellschafter die Voraussetzungen nach § 77a GmbHG-E erfüllen (vgl. § 77o GmbHG-E). Auch die Spaltungsmöglichkeiten sind eingeschränkt (§ 77p GmbHG-E).

Hier interessieren nur die Beschränkungen bei grenzüberschreitenden Umwandlungen; denn diese sind zum einen primärrechtlich durch die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV,⁹¹ zum anderen sekundärrechtlich aufgrund von Art. 86b Nr. 1, Art. 119 Nr. 1 Buchst. a) und Art. 160b Nr. 1 GesRRL explizit für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Formwechsel und Spaltungen gewährleistet.⁹² Diese sekundärrechtliche Gewährleistung gilt für alle Kapitalgesellschaften, die länderspezifisch im Anhang II der GesRRL aufgeführt sind.⁹³ Für Deutschland sind die AG, die KGaA und die GmbH in den Anwendungsbereich einbezogen; entsprechend ist der Anwendungsbereich in § 306 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normiert.⁹⁴

Möslein/Sanders haben Zweifel, ob die GmbH-gebV der „normalen“ GmbH gleichgestellt werden kann⁹⁵ und verweisen in diesem Zusammenhang auch auf die Unternehmergeellschaft (UG) haftungsbeschränkt,⁹⁶ die typischerweise erfasst wird,⁹⁷ jedoch wegen § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG als Zielrechtsträger eines Formwechsels ausscheidet.⁹⁸ Diese vermeintliche Gleichstellung hinkt indes insoweit, als dass die UG (haftungsbeschränkt) nach Erhöhung ihres Kapitals in die Form der regulären GmbH überwechseln (vgl. § 5a Abs. 5 GmbHG) und dann ohne Weiteres an allen Umwandlungsvorgängen teilnehmen kann.⁹⁹

⁹¹ Näher *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 4.1 ff.

⁹² Näher *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 8 ff.

⁹³ Abdruck bei *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 91), S. 493.

⁹⁴ Näher *Bayer/Schmidt*, in: Lutter, UmwG, 7. Aufl. 2024, § 306 Rn. 12.

⁹⁵ *Möslein/Sanders*, JZ 2022, 923, 932 f., die allerdings selbst einräumen, dass „eine eigene Rechtsform auch insoweit größere Klarheit (böte)“. In diese Richtung auch *Behme*, ZRP 2023, 38, 39.

⁹⁶ *Möslein/Sanders*, JZ 2022, 923, 933.

⁹⁷ Siehe nur *Bayer/Schmidt* (Fn. 94), § 306 Rn. 12.

⁹⁸ Für alle: *Bayer/Schmidt* (Fn. 94), § 306 Rn. 12; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 5a Rn. 70 m. w. N.

⁹⁹ So überzeugend *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 16; vgl. auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 94), § 306 Rn. 12 m. w. N.

Sollte der sekundärrechtliche Anwendungsbereich nicht eröffnet sein,¹⁰⁰ so stellt sich doch als nächste Frage, ob der Ausschluss der grenzüberschreitenden Umwandlungsmöglichkeit gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt: Denn diese Grundfreiheit gewährleistet auch den nicht vom Anwendungsbereich der GesRRL erfassten Rechtsformen eine umfassende Freiheit für grenzüberschreitende Umwandlungen.¹⁰¹ In Betracht kommt somit allein eine unionsrechtliche Rechtfertigung der Beschränkung; dies wäre nur dann der Fall, wenn die durch die Umwandlungssperre bezweckte Sicherung der Vermögensbindung als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses anzuerkennen wäre.¹⁰² Die Frage wird aktuell unterschiedlich beantwortet.¹⁰³

IV. Eckpunktepapier mit Rolle rückwärts: Separate Rechtsform (2023)

Explizit in Reaktion auf die vorgebrachte Kritik¹⁰⁴ hat die Stiftung Verantwortungseigentum im März 2023 ein neues Eckpunktepapier vorgelegt und darin das Konzept der GmbH mit gebundenem Vermögen wieder verworfen.¹⁰⁵ Sie ist vielmehr zur ursprünglichen Idee einer separaten Rechtsform¹⁰⁶ mit Elementen aus dem Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht zurückgekehrt.¹⁰⁷

Begründet wurde dieser Sinneswandel auch mit dem Argument, dass man „den Kritikern Brücken gebaut (habe)“, insbesondere im Hinblick auf den Kritikpunkt,

¹⁰⁰ Für Einbeziehung in den Anwendungsbereich der GesRRL allerdings *Engel/Haubner*, DStR 2022, 844, 846; in diese Richtung auch *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 18 ff.

¹⁰¹ Siehe nur *Bayer/Schmidt* (Fn. 94), § 306 Rn. 9; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 11 ff.; vgl. weiter *Behrens/Hoffmann*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Einl. B Rn. 158 ff. m. w. N.; zu Unrecht zweifelnd *Möslein/Sanders*, JZ 2022, 923, 928; dagegen zutreffend *Behme*, ZRP 2023, 38, 40; *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 27 ff.

¹⁰² Hierzu allgemein *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 91), Rn. 4.35 ff. m. w. N.

¹⁰³ Für Rechtfertigung insbesondere *Behme*, ZRP 2023, 38, 39 ff.; *Möslein/Sanders*, JZ 2022, 923, 929 ff.; keine Bedenken auch bei *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023) 594, 609 f.; Zweifel indes bei *Engel/Hubner*, DStR 2022, 844, 848; *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 36 ff.

¹⁰⁴ Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 14.3.2023: „Wir haben gerechtfertigte Kritik aufgenommen [...]“; nach wie vor kritisch indes *Schockenhoff*, ZIP 2023, 1825 ff.

¹⁰⁵ Eckpunktepapier – Inhalt einer neuen Rechtsform für Gesellschaften mit gebundenem Vermögen (GmgV) v. 1.3.2023, Stiftung Verantwortungseigentum; dazu Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 14.3.2023; vgl. weiter FAZ, 14.3.2023, S. 16.

¹⁰⁶ Nachdrückliche Unterstützung dafür von *Reiff*, NZG 2023, 770 ff., 775 („aus rechtsdogmatischer Perspektive nicht bloß überzeugend, sondern sogar zwingend“); vgl. im Hinblick auf europarechtliche Bedenken auch *Behme*, ZRP 2023, 38, 39; *Obernosterer*, GmbHR 2023, 434 Rn. 23 ff.

¹⁰⁷ Dafür offen auch schon *Sanders*, NZG 2021, 1573.

dass die dauerhafte Vermögensbindung „nicht ins GmbH-Recht passe[.]“¹⁰⁸ Zudem ist man der Ansicht, dass „der legislative Aufwand für eine sichere Vermögensbindung [...] mit einer eigenständigen Rechtsform niedriger (sei) als bei der komplizierten Einpassung in eine bestehende“.¹⁰⁹ Offenkundig ernst genommene europarechtliche Bedenken werden im Hinblick auf die neue Gesellschaft mit gebundenem Vermögen (GmgV) mit eigenständiger Rechtsform nunmehr explizit verneint.¹¹⁰

1. Kontinuitäten und Veränderungen gegenüber der GmbH-gebV

Laut eigener Aussage der Stiftung Verantwortungseigentum vom März 2023 soll das Eckpunktepapier lediglich

„die Kernelemente (zusammenfassen), die ein neuer Gesetzentwurf mindestens enthalten sollte, um den Anforderungen aus der unternehmerischen Praxis gerecht zu werden. Es baut maßgeblich auf dem (Entwurf 2.0) auf, ist in seiner Grundkonzeption, wissenschaftlichen Tiefe sowie in seinem Detailgrad jedoch nicht mit den beiden vorangegangenen Gesetzentwürfen vergleichbar, sondern soll lediglich den inhaltlichen Rahmen für den ausstehenden Gesetzgebungsprozess liefern und die wichtigsten Erkenntnisse des praktischen und theoretischen Prozesses der letzten zwei Jahre auf einer konzeptionellen Ebene zusammenfassen. Es kann als inhaltliche Grundlage für einen weiteren detaillierten Gesetzentwurf verstanden werden.“¹¹¹

Element zur Absicherung der Vermögensbindung soll nunmehr – dem Vorbild des genossenschaftlichen Prüfungsverbands folgend – ein privater, aber staatlich lizenzierter Unternehmensaufsichtsverband sein, dem alle Gesellschaften angehören müssen und der mit Einsichts- und Klagerechten ausgestattet ist. Um bessere Anreize für risikobehaftete Start-up-Gründungen zu schaffen, sollen gesetzliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, um das Engagement von Gründern nachträglich nach dem Leistungsprinzip zu kompensieren. Auch sollen im neuen Modell unternehmerisch sinnvolle Verkäufe und Umstrukturierungen mit Wirkung für die Zukunft nicht mehr verhindert werden. Plakativ heißt es nun: „Vermögensbindung: ja. Eingemauertes Vermögen: nein.“ Aufgegeben wird auch die bisherige Zweckeingrenzung auf erwerbswirtschaftliche oder gemeinnützige Zwecke.¹¹²

Komplizierter als bei der GmbH-gebV wird nunmehr auch die mit der Gesellschafternachfolge verbundene Weitergabe der Leitungsbefugnisse: Scheidet ein Gesellschafter aus, so soll sein quasi treuhänderisch gehaltener Anteil Zug um Zug gegen Rückzahlung der Einlage zum Nennwert an die Gesellschaft zurück-

¹⁰⁸ Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 14.3.2023.

¹⁰⁹ Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 14.3.2023.

¹¹⁰ Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 30.5.2023 mit Bezugnahme auf eine gutachterliche Stellungnahme von *Stefan Grundmann*.

¹¹¹ Zitat aus: Stiftung Verantwortungseigentum, Vergleichende Gegenüberstellung der Gesetzentwürfe GmbH-VE (2020) und GmbH-gebV (2021) sowie des Eckpunktepapiers der Stiftung Verantwortungseigentum v. 1.3.2023.

¹¹² Eckpunktepapier a. a. O., S. 7.

fallen, die dann wiederum den Anteil an einen auserkorenen neuen Gesellschafter aus dem Kreis der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ vergeben kann.

2. Weitere Lobby-Arbeit

Am 19. Juni 2023 verkündet die Stiftung Verantwortungseigentum, dass „22 Wirtschaftsverbände [...] (eine) neue Rechtsform für gebundenes Vermögen (fordern)“¹¹³ und informiert gleichzeitig, dass sich auf einer Pressekonferenz namhafte Vertreter der Ampel-Fraktionen für die Schaffung einer neuen eigenständigen Rechtsform ausgesprochen haben.¹¹⁴ Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts ist ein ausformulierter Gesetzesentwurf noch nicht veröffentlicht. Wie man hört, wird im BMJ aber an einem solchen Entwurf gearbeitet.¹¹⁵

V. Rechtspolitisches Fazit und Ausblick

Beeindruckt hat die Stiftung Verantwortungseigentum und ihre Mitstreiter offenkundig nicht nur die Kritik aus der Rechtswissenschaft, sondern insbesondere auch die Einwände, die von ökonomischer Seite vorgebracht wurden, speziell der Einwand, dass die bisherige Regelung der Vermögensbindung zu strikt und im Ergebnis für Gründer zu wenig attraktiv sei. Dieser Kritik will das neue Eckpunktepapier nunmehr mit verschiedenen Lockerungen begegnen. Dabei sollte man jedoch bedenken: Je attraktiver man die Rechtsform für ein Unternehmen in Verantwortungseigentum für die Gründergesellschaften ausgestaltet, desto mehr entfernt man sich von der ursprünglichen Idee der dauerhaften Vermögensbindung und desto nachdrücklicher stellt sich die Steuerfrage. Diese Gratwanderung wird bei der künftigen Diskussion stets zu berücksichtigen sein.

Bislang überhaupt nicht näher beleuchtet wurde die Frage, inwieweit die mit dem Verbot der Gewinnausschüttung gekoppelte dauerhafte Vermögensbindung im *faktischen Konzern* durchgesetzt werden soll. Ich sehe in den bisherigen Entwürfen kein Verbot, Tochtergesellschaften zu gründen, die nicht der dauerhaften Vermögensbindung unterliegen. Diese Tochtergesellschaften können also Gewinne ausschütten. Erst dann, wenn diese Gewinne an die Mutter transferiert werden, unterliegen sie dort der Vermögensbindung. Soweit – wohl zulässig – Dritte an der Tochter beteiligt sind, unterliegen die an diese Dritten ausgeschütteten Gewinne nicht der dauerhaften Vermögensbindung. Auf diese Weise mag man Investoren anlocken können, doch konterkariert man hierdurch die ursprüngli-

¹¹³ Siehe dazu auch das gemeinsame Verbändepapier v. 11.7.2023: Wie die „Gesellschaft mit gebundenem Vermögen“ den Wirtschaftsstandort Deutschland stärkt.

¹¹⁴ Pressemitteilung Stiftung Verantwortungseigentum v. 19.6.2023: 22 Wirtschaftsverbände fordern neue Rechtsform für gebundenes Vermögen – Mittelstand braucht Nachfolge-Option.

¹¹⁵ Siehe aber auch FAZ, 28.10.2023, S. 18 („Betont zurückhaltend verhält sich der federführend zuständige Bundesjustizminister Marco Buschmann [...]. Man tausche sich mit den anderen Ressorts aus ...“).

che Idee. Dies gilt erst recht, wenn sich Gründergesellschaften an der Tochter beteiligen (und ggf. später deren Nachfolger): Durch Gewinnausschüttungen in der Tochter kann die dauerhafte Vermögensbindung in der Mutter ohne Weiteres zumindest teilweise ausgehebelt werden.

Ich möchte zum Schluss kommen: Ungeachtet noch zu diskutierender Einzelfragen habe ich keinen Zweifel, dass sich im Ergebnis die Idee, Unternehmen auch außerhalb gemeinnütziger Zwecke und außerhalb von Stiftungsformen im Sinne von Nachhaltigkeit zu gründen und zu führen, im politischen Raum durchsetzen wird. Die Idee wird vom Zeitgeist getragen und hat gute Argumente auf ihrer Seite. Die vielfach geäußerten Kritikpunkte sind zum Teil nicht berechtigt oder überzogen, jedenfalls aber im Ergebnis nicht so gewichtig und durchschlagend, als dass sie den Gesetzgeber davon abhalten könnten, dem lautstark und vehement geäußerten Wunsch nach einer neuen Rechtsform gleich in welcher Variante nachzukommen. Jüngst hat auch der Bundespräsident große Sympathie für diese Idee geäußert.¹¹⁶

Ob die neue Rechtsform allerdings wirklich den erhofften Mehrwert für das deutsche Gesellschaftsrecht bringen wird, ist aktuell völlig offen. Diese Frage lässt sich erst beantworten, wenn ein Gesetzesentwurf aus dem BMJ bzw. der RegE der Bundesregierung vorgelegt wird. Im Ergebnis gilt es die Gratwanderung zu meistern, einerseits die Idee der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen nicht zu verwässern, andererseits aber auch Anreize für Gründer und Investoren zu schaffen.¹¹⁷ Die neue Rechtsform darf keine „Mogelpackung“ werden, insbesondere „kein Steuersparmodell“. Andernfalls wären Enttäuschungen vorprogrammiert und die mit der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen propagierte Variante des nachhaltigen Unternehmertums wäre in höchstem Grade desavouiert.

¹¹⁶ Siehe FAZ, 28.10.2023, S. 18 („Der Bundespräsident wünscht sich politisches Gehör für das umstrittene Vorhaben Verantwortungseigentum“).

¹¹⁷ In diese Richtung auch *Schockenhoff*, ZIP 2023, 1833; vgl. weiter die Vorschläge von *Henrichs* (Fn. 49), S. 937 ff.

Sozialunternehmen und gemeinnützige GmbH in Deutschland

Birgit Weitemeyer

I.	Leitbild von Social Enterprise und Sozialunternehmen.....	300
II.	Rechtsrahmen für Sozialunternehmen.....	302
III.	Einsatz und Verbreitung von Sozialunternehmen und gGmbH in Deutschland.....	305
IV.	Rechtsformvorteile der GmbH.....	306
V.	Gemeinnützigkeitsrechtliche Überformung	308
	1. Gesellschaftszweck	309
	2. Gebot der Selbstlosigkeit.....	310
	a) Verbot der Gewinnausschüttung	310
	b) Gebot angemessener Leistungsbeziehungen	312
	c) Gebot der zeitnahen Mittelverwendung	313
	d) Haftung	313
VI.	Hybride Gestaltungen	315
	1. Keine partielle Gemeinnützigkeit.....	315
	2. Ausgliederungslösung	316
	3. Gestaltungen und ihre Risiken.....	316
	4. Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmensteilen.....	317
VII.	Eignung der gGmbH für Sozialunternehmen.....	318
VIII.	Fazit.....	321

Die gemeinnützige GmbH (gGmbH) dient in Deutschland einer Vielzahl von Zwecken vornehmlich für klassische Non-Profit-Organisation etwa im Bereich der Wohlfahrtspflege. Aufgrund der gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen an die Satzungsgestaltung und die tatsächliche Geschäftsführung unterwerfen sich die Gründer im Gegenzug zu steuerlichen Privilegierungen einer Reihe von wirtschaftlich hinderlichen Restriktionen und Haftungsrisiken. Diese können oder wollen von Sozialunternehmern nicht durchgehend getragen werden. Der Beitrag geht der Frage nach, ob sich gGmbH und hybride Gestaltungen für innovative Unternehmen des „Vierten Sektors“ eignen oder ob es einer Rechtsformalternative bedarf.

I. Leitbild von Social Enterprise und Sozialunternehmen

Die Begriffe *Social Enterprise* und *Social Entrepreneur* wurden in den 1960er Jahren in der englischsprachigen Literatur entwickelt und fanden im Anschluss weite Verbreitung für die sich rasch ausbreitenden Sozialunternehmen.¹ Eine allgemein gültige Definition der erfassten Unternehmen fehlt allerdings, es überwiegen eher vage Beschreibungen und damit ein „Definitions-Dilemma“.²

So stellt das Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland (SEND) fest, es sei das

„primäre Ziel von Social Entrepreneurship die Lösung gesellschaftlicher Herausforderungen. Dies wird durch kontinuierliche Nutzung unternehmerischer Mittel erreicht und resultiert in neuen und innovativen Lösungen. Durch steuernde und kontrollierende Mechanismen wird sichergestellt, dass die gesellschaftlichen Ziele intern und extern gelebt werden.“³

Die Europäische Kommission hat im Rahmen ihrer *Social Business Initiative* (SBI) einen Aktionsplan zur Entwicklung von günstigen Rahmenbedingungen für soziale Unternehmen aufgestellt,

„für die das soziale oder gesellschaftliche gemeinnützige Ziel Sinn und Zweck ihrer Geschäftstätigkeit darstellt, was sich oft in einem hohen Maße an sozialer Innovation äußert, deren Gewinne größtenteils wieder investiert werden, um dieses soziale Ziel zu erreichen und deren Organisationsstruktur oder Eigentumsverhältnisse dieses Ziel widerspiegeln, da sie auf Prinzipien der Mitbestimmung oder Mitarbeiterbeteiligung basieren oder auf soziale Gerechtigkeit ausgerichtet sind.“⁴

Im Jahr 2019 ließ die Kommission die Auswirkungen ihrer Initiative auf die Entwicklung von sozialen Unternehmen, der Sozialwirtschaft und deren Umfeld auf nationaler und auf EU-Ebene in 28 EU-Mitgliedstaaten (einschließlich Großbritannien) und neun weiteren europäischen Ländern evaluieren. In dieser Studie werden die Begriffe „social enterprise“ und „social business“ synonym für Sozialunternehmen verwendet. Ein soziales Unternehmen wird als ein Akteur in der Sozialwirtschaft verstanden, dessen Hauptziel darin besteht, für seine Eigen-

¹ Eingehend zum Forschungsfeld und zur Entwicklung des Sektors *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815 ff. m. w. N.

² *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 818 m. w. N.

³ *Osbelt*, Social Entrepreneurship – Entstehung und Bedeutung. (PDF) Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland, September 2019, abgerufen am 14.11.2023; ähnlich *Defourny/Nyssens*, Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences, Second EMES International Conference on Social Enterprise, University of Trento, 2009, S. 12.

⁴ Europäische Kommission: Eine neue EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR). KOM(2011) 682 endgültig, Brüssel, 25.10.2012, S. 2–3; vgl. auch Erwägungsgrund 13 der VERORDNUNG (EU) Nr. 346/2013 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17.4.2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum, L 115/18 vom 25.4.2013.

tümer oder Aktionäre eine soziale Wirkung zu erzielen, anstatt nur einen Gewinn zu erwirtschaften.⁵

Deutlich wird, dass Sozialunternehmen wirtschaftlich handelnde Akteure sind, die einen besonderen „sozialen“ Zweck verfolgen, wobei „sozial“ im weitesten Sinne von gemeinwohlorientiert verstanden wird und daher etwa auch ökologische oder kulturelle Gemeinwohlzwecke umfassen kann.⁶ Die Erzielung eines privat zu vereinnahmenden Gewinns wird anders als bei gemeinnützigen Organisationen nicht ausgeschlossen, steht aber nicht im Vordergrund. Vielmehr soll unternehmerische Dynamik unmittelbar in soziale Projekte umgesetzt und sollen wirtschaftlicher Eigennutz und soziale Ziele verbunden werden.⁷ Zwischen Staat, Markt und Drittem Sektor ist so ein „Vierter Sektor“⁸ des sozialen Unternehmertums entstanden. Aber auch Unternehmen des gewerblichen Sektors übernehmen zwar nicht erst jüngst, wie der US-amerikanische Wirtschaftshistoriker *Geoffrey Jones* anhand von Beispielen weltweit zeigt,⁹ aber doch zunehmend soziale und ökologische Verantwortung.¹⁰ Anhand der im Handelsregister veröffentlichten Leitbilder aller rund 1 Mio. in der Schweiz registrierten For-Profit-Unternehmen im Vergleich mit denen von rund 60.000 der meisten Schweizer Non-Profit-Organisationen zeigt eine aktuelle Studie exemplarisch für die Schweiz, wie sich die Leitbilder in den Jahren 2003 bis 2022 annähern.¹¹ Denn auch die Non-Profit-Organisationen haben sich in den letzten Jahrzehnten professionalisiert und einer „Entgeltlogik“ unterworfen, sodass sie gewinnorientierten Organisationen ähneln.¹²

⁵ *Haarich/Holstein/Spule/Galera/Franchini/Borzaga/Chiomento/Spiess-Knafl/Scheck/Salvatori*, Impact of the European Commission's Social Business Initiative (SBI) and its Follow-up Actions. Study for DG Employment, Social Affairs and Inclusion, European Commission, 2020, S. xxxii.

⁶ Vgl. *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594, 600 m. w. N.

⁷ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2021, 5 ff.; *Habersack*, in: FS Windbichler, 2020, S. 707 ff.; *Hager*, in: FS Windbichler, 2020, S. 731 ff.; *Kuntz*, in: FS Hopt, 2020, S. 653 ff.; *Möslein/Sørensen*, The Columbia Journal of European Law 2018, 393 ff.

⁸ Vgl. The Aspen Institute (2009): The Emerging Fourth Sector. Concept Paper, Aspen; *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815 ff.; *Möslein/Mittwoch*, *RechtsZ* 80 (2016), 399, 404 m. w. N.; *Möslein/Sørensen*, The Columbia Journal of European Law 2018, 391; *Sánchez-Hernández/Carvalho/Rego/Lucas/Noronha*, Entrepreneurship in the Fourth Sector. Entrepreneurial Ecosystems and Sustainable Business Models, 2021; *Weitemeyer*, Non Profit Law Yearbook 2011/2012, 2012, S. 91 ff.; *Anheier/Schröer/Then*, Soziale Investitionen. Interdisziplinäre Perspektiven, 2012; *Scheuerle/Glänzel/Knust/Then*, Social Entrepreneurship in Deutschland – Potentiale und Wachstumsproblematiken, Studie im Auftrag der KfW, 2013.

⁹ Vgl. *Jones*, Deeply Responsible Business. A Global History for Value-Driven Leadership, 2023; vgl. auch *Fleischer*, in: *Bochmann/Kumpan/Röthel/Schmidt*, Gewinn und Gemeinwohl in Familienunternehmen, 2023, S. 37, 40 ff.

¹⁰ *Schön*, ZfPW 2022, 207 ff.

¹¹ *Meier*, University of Basel, Center for Philanthropy Studies (CEPS), gemeinsam mit *Litofcenko*, Institute for Nonprofit Management, WU Wien, The crossroads of purpose: A longitudinal analysis of for-profit and non-profit mission statements in Switzerland, 2024.

¹² *Zimmer*, npoR 2022, 46 ff.

Sozialunternehmen wird man in der Mitte einer Skala von Organisationsformen zwischen rein gewinnorientierten traditionellen Unternehmen und reinen spendenbasierten Non-Profit-Organisationen ansiedeln können.¹³ Als Abgrenzungskriterium zu klassischen Wohlfahrtseinrichtungen des Dritten Sektors wird ergänzend der Innovationsgehalt der Geschäftsidee angegeben. Die Innovation kann sich sowohl auf die Produkte und Dienstleistungen als auch auf Geschäftsmodelle und Organisationsformen beziehen. Ansätze, die eher einer Marktlogik zuzuordnen sind, setzen häufig auf Hilfe zur Selbsthilfe durch die Bereitstellung von Kapital und Wissen, oder legen besonders hohe ethische oder ökologische Kriterien beim Herstellungsprozess an (Fair Trade, alternative Energien usw.).¹⁴ Andere Sozialunternehmen bieten Waren oder Leistungen auf dem allgemeinen Markt an, um ihre Angestellten zu fördern. Typisch für diese Gruppe von Unternehmen ist Discovering Hands (Brustkrebsfrüherkennung durch Abtasten durch blinde Frauen) oder Arbeit für Behinderte (AfB), die rund 150 behinderte Menschen damit beschäftigt, gebrauchte Laptops zu überholen und günstig an sozial benachteiligte Menschen zu verkaufen.¹⁵

II. Rechtsrahmen für Sozialunternehmen

EU-weit wird auf einen unzureichenden Rechtsrahmen und das Fehlen einer gemeinsamen Definition, mangelnde Finanzierungsmöglichkeiten, unlauteren Wettbewerb mit regulären Unternehmen sowie auf mangelnde (Management-/Berufs-)Fähigkeiten und Kapazitäten in Sozialunternehmen hingewiesen.¹⁶ International geht der Trend dahin, dass sich Sozialunternehmen zertifizieren lassen oder in besonderen Rechtsformen organisiert sind und damit einen besonderen Status erlangen.¹⁷ Inzwischen haben 16 EU-Mitgliedstaaten Gesetze zu sozialen Unternehmen eingeführt.¹⁸ Diese sehen spezifische Rechtsformen mit doppelter Zweckrichtung vor, die dem Branding als Sozialunternehmen dienen,¹⁹ oder schaf-

¹³ Vgl. *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 818 f.

¹⁴ *Scheuerle/Glänzel/Knust/Then* (CSI der Universität Heidelberg), Social Entrepreneurship in Deutschland: Potentiale und Wachstumsproblematiken. Im Auftrag der KfW Banken-gruppe Research, Frankfurt 2013 (PDF-Datei 4 MB), S. 10.

¹⁵ <<https://www.afb-group.eu/de/startseite>> (14.11.2023).

¹⁶ *Haarich/Holstein/Spule/Galera/Franchini/Borzaga/Chiomento/Spiess-Knafl/Scheck/Salvatori* (Fn. 5), S. xxxix.

¹⁷ Vgl. den Überblick von *DeForuny/Nyssens/Both*, Nonprofit And Voluntary Sector Quarterly 2021, 420 ff.

¹⁸ *Haarich/Holstein/Spule/Galera/Franchini/Borzaga/Chiomento/Spiess-Knafl/Scheck/Salvatori* (Fn. 5), S. xxxiii.

¹⁹ *Momberger*, Social Entrepreneurship, 2015, S. 313 ff.; *ders.*, Non Profit Law Yearbook 2016/2017, 113, 137 ff.; *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219, 232 f.; *Fleischer*, ZIP 2021, 5, 14 f.; *Möslein*, ZRP 2017, 175 ff.

fen Labels wie das *Social Enterprise Mark* in Finnland.²⁰ In Deutschland sucht man einen besonderen Rechtsrahmen bislang vergeblich.²¹ Deshalb wird beklagt, dass die bestehenden Rechtsformen und das geltende Gemeinnützigkeitsrecht nicht ausreichend auf die Bedürfnisse von Sozialunternehmen ausgerichtet sind.²² Gefordert wird eine bessere Zulässigkeit der dualen Zweckverfolgung, die Möglichkeit einer partiellen Gewinnausschüttung für Gemeinnützige sowie die Messbarkeit und Sichtbarkeit der eigenen sozialen Erfolge gegenüber der interessierten Öffentlichkeit durch Zertifizierungen und besondere Rechtsformen.²³ Eine dahingehende Verbesserung der Rechtsgrundlagen für Sozialunternehmen hat sich die Regierungskoalition aus SPD, FDP und Grünen vorgenommen.²⁴

Das Phänomen der Sozialunternehmen als solches ist aber gerade in Deutschland „nichts Neues“, gewandelt haben sich nur die Strategien.²⁵ Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts handelten die Begründer der Genossenschaftsbewegung *Friedrich Wilhelm Raiffeisen* und *Hermann Schulze-Delitzsch* oder die *Carl-Zeiss-Stiftung* nach heutigem Verständnis sozialunternehmerisch. Aufgrund des sich rasch ausprägenden Wohlfahrtsstaats mit staatlich subventionierten Wohlfahrtseinrichtungen hat sich die Idee von Social Enterprise in Deutschland aber weniger rasch verbreitet als in Entwicklungs- und Schwellenländern und in den angelsächsischen Industriestaaten, wo soziale Sicherungssysteme auf einer oft unzureichenden oder weitgehend privaten Erbringung sozialer Dienstleistungen beruhen. So setzte in Deutschland die Entwicklung eines sozialen Unternehmertums später ein als in anderen Ländern.

Auch ein Bedürfnis nach spezialisierten Rechtsformen war nicht drängend, da Kapitalgesellschaften und spätestens seit der Reform des Jahres 2006²⁶ Genossenschaften per Satzung auf die Gewinnerzielung verzichten können und soziale, ökologische oder andere Non-Profit-Zwecke verfolgen dürfen. Ähnliches gilt für die Schweiz, wo die Aktiengesellschaft traditionell als Vehikel für gemein-

²⁰ *Haarich/Holstein/Spule/Galera/Franchini/Borzaga/Chiomento/Spiess-Knafl/Scheck/Salvatori* (Fn. 5), Annex 5, S. 18.

²¹ *F. Möslein*, in: Burgi/Möslein, Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften, 2021, S. 3, 21.

²² Vgl. den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Strategische Förderung und Unterstützung von Social Entrepreneurship in Deutschland“, BT-Drucks. 19/8567; sowie *Momberger* (Fn. 19), S. 61 ff.; *Weitemeyer* (Fn. 8), 91 ff. m. w. N.

²³ *Momberger* (Fn. 19), S. 43 ff., 60.

²⁴ Koalitionsvertrag 2021–2025 „Mehr Fortschritt wagen“, November 2021, S. 24.

²⁵ Vgl. *Achleitner*, Social Entrepreneurship und Venture Philantropy. Erste Ansätze in Deutschland, 2007; *Harbrecht*, Social Entrepreneurship – Gewinn ist Mittel, nicht Zweck. Eine Untersuchung über Entstehung, Erscheinungsweisen und Umsetzung, 2010; *Rommel*, Wer sind die Social Entrepreneurs in Deutschland? Soziologischer Versuch einer Profilschärfung, 2011.

²⁶ Durch Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14.8.2006, BGBl. I 2006, 1911.

nützige Tätigkeiten genutzt wird²⁷ und seit 2008 auch der GmbH nichtgewerbliche Tätigkeiten erlaubt sind.²⁸

In anderen Ländern, etwa des romanischen Rechtskreises, standen Kapitalgesellschaften für gemeinnützige Tätigkeiten oder duale Zwecke lange Zeit nicht zur Verfügung. Französische Kapitalgesellschaften (Art. 1832 Code civil) verfolgen grundsätzlich den Zweck, erzielte Gewinne an ihre Mitglieder auszuschütten, und können nicht den Status der Gemeinnützigkeit erlangen.²⁹ Im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht ist zwar die steuerbefreite *Corporation* neben der *Association* und dem *Trust* als Rechtsform für *Charities* seit langem anerkannt. Jedoch hat die Doktrin des *Shareholder-Value*-Ansatzes zur Rechtsunsicherheit beigetragen, inwiefern nicht gemeinnützige For-Profit-Gesellschaften für soziale Zwecke verwandt werden dürfen.³⁰

So wundert es nicht, dass in diesen Rechtsordnungen Rechtsformen oder ein besonderer Status geschaffen wurden, die Kapitalgesellschaften eine Öffnung für soziale Zwecke erlauben,³¹ wie die US-amerikanische Rechtsform der *Benefit Corporation*.³² In Kanada und Australien überwiegt Skepsis gegenüber neuen Rechtsformen, da den dortigen Gesellschaftsrechten kein derartiges *Shareholder-Value*-Konzept zugrunde liegt.³³ In Belgien ist mit der *société à finalité sociale* (SFS) auf der Grundlage von Artikel 661–669 des belgischen Gesellschaftsgesetzbuchs ein Rechtsrahmen für Rechtsformen geschaffen worden, die gewerbliche Aktivitäten durchführen dürfen (was wiederum den belgischen Vereinen verboten ist), jedoch bis auf eine geringe Eigenkapitalverzinsung keine Gewinnausschüttungen an ihre Gesellschafter vornehmen.³⁴ In Italien wurde im Jahr 2015 nach dem Vorbild der *Benefit Corporation* die *società benefit* ergänzt, die eine duale Zweckrichtung vorsieht und allen Gesellschaftsformen zur Verfügung steht.³⁵ Frankreich hat einen Rechtsrahmen für die *économie sociale et solidaire* (ESS) geschaffen. Art. 1 des Gesetzes Nr. 2014-856 vom 31. Juli 2014 öffnet den Bereich der ESS insbesondere für Handelsunternehmen. Das verfolgte Ziel darf nicht

²⁷ Vgl. *Schönenberg*, *Venture Philantropie. Zulässigkeit und haftungsrechtliche Konsequenzen für Schweizer Stiftungen und deren Organe*, 2011.

²⁸ Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), Änderung vom 16.12.2005, BBl 2005, 7289.

²⁹ *Momberger* (Fn. 19), S. 243; *von Hippel/Walz*, in: *Walz/von Auer/von Hippel, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, S. 89, 107; *Fleischer*, NZG 2021, 1525.

³⁰ Vgl. *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219, 222 f. m. w. N.; *Momberger* (Fn. 19), S. 104 ff., 254 ff., 289; *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 400, 401 ff. m. w. N.; *Krause/Kindler*, *Non Profit Law Yearbook 2010/2011*, 85 ff.; *Zimmermann/Weller*, *ZHR* 187 (2023), 594, 598 f. m. w. N.

³¹ Vgl. *Momberger* (Fn. 19), S. 104 ff., 254 ff., 289; *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 400, 401 ff. m. w. N.

³² Eingehend *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219 ff.

³³ Vgl. *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219, 228 m. w. N.; ähnlich für Australien *Langford*, *University of New South Wales Law Journal*, 2020, 43(3).

³⁴ Vgl. *Momberger* (Fn. 19), S. 276 ff.

³⁵ Vgl. *Schüßler/Ventura*, *RIW* 2020, 405 ff.

nur die Gewinnbeteiligung sein, die Führung muss demokratisch sein, schließlich muss das Unternehmen eine unteilbare gesetzliche Rücklage, einen sogenannten Förderfonds, bilden.³⁶ Jüngst hat Frankreich mit dem Gesetz vom 22.5.2019 zur Umsetzung des „Plan d’action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE)“ den Status einer *société à mission* eingeführt, die allen Handelsgesellschaften zur Verfügung steht und sie auf selbstgewählte Gemeinwohlbelange verpflichtet.³⁷ Mitte November 2023 zählte man über 1.300 solcher Gestaltungen,³⁸ etwa den Lebensmittelkonzern Danone.³⁹

III. Einsatz und Verbreitung von Sozialunternehmen und gGmbH in Deutschland

Da es in Deutschland keine einheitliche Rechtsform für Sozialunternehmen gibt, ist eine genaue Bezifferung nicht möglich. Die jüngsten Daten wurden 2018 von der KfW erhoben, demnach wurden zwischen 2012 und 2017 108.000 Sozialunternehmen gegründet.⁴⁰ Seit 2017 ist der Interessenverband Social Entrepreneurship Netzwerk Deutschland (SEND e. V.) mit rund 450 Mitgliedern (Stand 2020) aktiv.⁴¹

Als Rechtsform für Sozialunternehmen überwiegt die GmbH,⁴² denn außerhalb der zulässigen einstimmigen Verpflichtung auf einen gemeinnützigen oder dualen Zweck⁴³ ist es insbesondere für Publikumsaktiengesellschaften nach wie vor umstritten, wieweit diese ohne Verankerung in der Satzung neben gewerblichen auch soziale oder ökologische Zwecke verfolgen darf.⁴⁴ Der rechtsfähige Idealverein ist mit rund 615.000 Vereinen⁴⁵ zwar die häufigste Rechtsform im gemein-

³⁶ <<https://www.economie.gouv.fr/cedef/economie-sociale-et-solidaire>> (14.11.2023).

³⁷ Vgl. <<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1088.pdf>> (14.11.2023); eingehend *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525 ff.; *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141 ff.

³⁸ <<https://www.observatoiredessocietesamission.com/>> (laufende Aktualisierung, letzter Abruf am 14.11.2023); weitere Informationen zu Entwicklung, Branchen, Struktur und räumlicher Verteilung der *sociétés à mission* (Stand Juni 2022) unter <https://www.observatoiredessocietesamission.com/wp-content/uploads/2022/09/OBS_CEM_infograph_8.pdf> (14.11.2023).

³⁹ <<https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/danone-societe-a-mission.html>> (14.11.2023).

⁴⁰ *Mezger*, KfW Research Nr. 238, 2019, S. 1 f.

⁴¹ *Sissy Rabl*: Social Entrepreneurs: Zwischen den Stühlen. In: *DiePresse.com.*, 23.4.2019.

⁴² *Momberger* (Fn. 19), S. 87 ff., 103.

⁴³ *Momberger* (Fn. 19), S. 95 ff.; *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594, 621 ff.; *Bayer/Hoffmann*, AG 2007, 347 ff.; *Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014; *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594, 621 m. w. N. Die „Gemeinwohlorientierte Infrastruktursparte“ der Deutschen Bahn (InfraGo) in der Rechtsform der Aktiengesellschaft soll die Zulässigkeit der verlustträchtigen Tätigkeit ausdrücklich adressieren.

⁴⁴ Eingehend *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 ff.; *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594, 621 m. w. N.

⁴⁵ Siehe: *ZiviZ-Survey 2023: Trendbericht*, S. 7; *Vereine in Deutschland im Jahr 2022* (ziviz.de), S. 2.

nützigen Sektor, aber weniger geeignet für von engagierten Einzelpersonlichkeiten gegründeten Sozialunternehmen.⁴⁶ Der Verein wird meist für Selbsthilfeprojekte für seine Mitglieder oder die Allgemeinheit genutzt wie der von *Katja Urbatsch* gegründete Verein „ArbeiterKind.de“, der Studienanfängern hilft, Schwellenangst vor der Hochschule zu verlieren.⁴⁷ Selbsthilfecharakter haben auch die rund 2.000 gemeinwohlorientierten Genossenschaften,⁴⁸ da diese im deutschen Recht nach wie vor nur die Belange ihrer Genossen fördern dürfen.⁴⁹ Neben der GmbH ist für kleinere Sozialunternehmen und solche in der Gründerphase die 2008⁵⁰ geschaffene Unternehmergesellschaft mit einem Mindestkapital von nur einem Euro pro Gesellschafter attraktiv.

IV. Rechtsformvorteile der GmbH

Die GmbH bietet gegenüber den „geborenen“ Non-Profit-Organisationen wie Verein oder Stiftung zivilrechtliche Vorteile, die sie besonders für wirtschaftliche Betätigungen durch Sozialunternehmen geeignet macht. Sie kann gem. §§ 1, 4 Satz 2 GmbHG für jeden beliebigen, gesetzlich zulässigen Zweck vorgesehen werden und ist damit für jeden denkbaren erlaubten Zweck nutzbar.⁵¹

Da Sozialunternehmen häufig durch engagierte Einzelpersonen initiiert werden, ist die GmbH im Vergleich zum Verein vorzuzugswürdig, denn sie ist auch als Einpersonengesellschaft zulässig (§ 1 GmbHG),⁵² während beim Verein sieben Gründungsmitglieder erforderlich sind, § 56 BGB. Die Übertragung der Gesellschaftsanteile kann nach § 15 Abs. 5 GmbHG vinkuliert werden. Damit wird verhindert, dass Personen in den Gesellschafterkreis eintreten, die die Zielsetzung der Gesellschaft nicht mittragen. Zudem lässt sich in der Satzung vorsehen, dass der Geschäftsanteil nach dem Tod des Sozialunternehmers eingezogen werden kann oder die Erben verpflichtet sind, ihn auf bestimmte bereits festgelegte bzw. von der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern zu benennende Dritte zu übertragen.⁵³ Damit wird die bei gemeinnützigen Organisationen mit engem Mitgliederkreis übliche Organbesetzung durch Kooptation ermöglicht. Bei Verstößen gegen die Vorgaben der Gemeinnützigkeit kann ein Ausschluss der betreffenden

⁴⁶ Vgl. auch den Hinweis bei *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 819 auf das Sozialunternehmen GoBanyo.

⁴⁷ <<https://arbeiterkind.de/>> (14.11.2023).

⁴⁸ Siehe: ZiviZ-Survey 2023: Trendbericht, S. 7; Vereine in Deutschland im Jahr 2022 (ziviz.de), S. 2.

⁴⁹ Eingehend *Picker*, npoR 2024, 1 ff.

⁵⁰ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

⁵¹ Eingehend *Weitemeyer*, GmbHR 2021, 57 ff.; *Cramer*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 1 Rn. 9 ff.; *Momberger* (Fn. 19), S. 87 ff., 103.

⁵² *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 64 ff.

⁵³ *Reichert/Weller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 453 ff.

Gesellschafter in der Satzung vorgesehen werden.⁵⁴ Ein Gründer kann sich auch Mehrstimmrechte vorbehalten, um die Kontrolle im Unternehmen zu erhalten.⁵⁵

Die Governance-Struktur der GmbH mit Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer (§ 37 Abs. 1 GmbHG) erweist sich zur Führung sozialer Unternehmen als besser geeignet als ein Verein mit vielen Mitgliedern. Die Gesellschafterversammlung kann den Geschäftsführern gem. § 37 Abs. 1 GmbHG im Innenverhältnis bis ins Detail genaue Weisungen im Hinblick auf die Geschäftsführung erteilen. Auch im Übrigen ist das Innenrecht weitgehend frei gestaltbar, § 45 GmbHG. Darüber hinaus ist die Gesellschafterversammlung berechtigt, die Geschäftsführer zu überwachen, § 46 Nr. 6 GmbHG.

Im Außenverhältnis sind interne Weisungen gem. § 37 Abs. 2 GmbHG jedoch ohne Bedeutung. Beim Verein kann demgegenüber die Vertretungsmacht nach außen wirksam beschränkt werden,⁵⁶ sodass wie im Fall der Stiftung Schlaganfall-Hilfe, bei der die Vertretungsmacht des Vorstands auf den Stiftungszweck beschränkt war, der Abschluss gemeinnützigkeitsschädlicher Rechtsgeschäfte vom BGH als nicht durch die Vertretungsmacht des Vorstands gedeckt angesehen wurde. In der Sache ist die Entscheidung des BGH für gemeinnützige Vereine (wie für Stiftungen) als „Paukenschlag“ und viel zu weitgehend kritisiert worden.⁵⁷ Denn indem der BGH feststellt, die Klausel: „Die Vertretungsmacht ist durch den Zweck der Stiftung beschränkt“ umfasse die Beschränkung auf gemeinnützige Zwecke,⁵⁸ kapriziert er sich im Ergebnis allein auf die Angabe des gemeinnützigen Zwecks. Angesichts der vielen und teils schwierigen Fragen zur steuerlichen Gemeinnützigkeit sind die Anforderungen an eine klare und eindeutige Beschränkung der Vertretungsmacht in der Satzung allenfalls formal erfüllt. In seinem dritten Leitsatz meint der BGH lapidar „Einer näheren Konkretisierung des Kriteriums der steuerrechtlichen ‚Gemeinnützigkeit‘ bedarf es dabei grundsätzlich nicht.“⁵⁹ Zwar bietet die persönliche Schadensersatzhaftung des ohne Vertretungsmacht handelnden Vorstands nach § 179 BGB einen gewissen Schutz, aber ebenfalls meint der BGH weitgehend, dass: „[d]erjenige, der mit einer als gemeinnützig anerkannten Stiftung einen Vertrag schließen will, [...] allgemein damit rechnen [muss], dass gemeinnützigkeitsschädliche Rechtsgeschäfte nicht von der Vertretungsmacht des Vorstands mit umfasst sind“.⁶⁰ In diesem Fall haftet der Vertreter gem. § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht. Diese Rechtsprechung spricht für wirtschaftlich in bedeutendem Umfang tätige gemeinnützige Organisationen noch mehr als bisher für die Rechtsform der GmbH.

⁵⁴ Vgl. BGH GmbHR 1984, 74.

⁵⁵ Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 47 Rn. 11.

⁵⁶ § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB.

⁵⁷ Scholz, npoR 2021, 289 f.; krit. auch Burgard, NZG 2022, 18, 19; Uffmann, NJW 2021, 3085 ff.; Uhl, ZStV 2021, 202, 206.

⁵⁸ BGH ZIP 2021, 1160 Rn. 42 ff.

⁵⁹ BGH ZIP 2021, 1160 Ls. 3

⁶⁰ BGH ZIP 2021, 1160 Rn. 43.

Die gGmbH hat mindestens einen Geschäftsführer zu bestellen (§ 6 Abs. 1 GmbHG). Daneben sind fakultative Organe wie Beiräte oder Kuratorien oder (in der Regel) bloß fakultative Aufsichtsräte zulässig.⁶¹ Das Aufsichtsorgan kann dem Geschäftsführer Entlastung erteilen, deren haftungsmindernde Wirkung über das Verbot des *venire contra factum proprium* gem. § 242 BGB begründet wird, wobei die Entlastung auch durch den (Allein-)Gesellschafter erklärt werden kann.⁶² Ob eine solche Entlastungswirkung bei der Rechtsformalternative der Stiftung denkbar ist, ist, obwohl es gängiger Kautelarpraxis entspricht, bis heute ungeklärt⁶³ und zeigt den Vorzug der Rechtsform der GmbH.

Anders als beim Idealverein spielt es bei der GmbH keine Rolle, ob ein wirtschaftlicher oder ein ideeller Zweck verfolgt wird. Das hat den Vorteil, dass die Rechtsform auch bei einer Weiterentwicklung der wirtschaftlichen Tätigkeit passend bleibt, während beim Idealverein die Grenzen des Nebenzweckprivilegs einzuhalten⁶⁴ oder die wirtschaftlichen Tätigkeiten auf gewerbliche Tochtergesellschaften auszugründen sind.⁶⁵

Da die GmbH anders als Verein oder Stiftung alle Vorgaben des Kapital- und Insolvenzschutzes erfüllen muss, das Unternehmensmitbestimmungsrecht anwendbar ist, sie in das Handelsregister mit Publizitätswirkung der Vertretungsregelungen eingetragen wird (§ 10 Abs. 1 GmbHG) und zur Rechnungslegung (§§ 328, 267 HGB) und deren Offenlegung beim elektronischen Bundesanzeiger (§ 325 HGB) verpflichtet ist,⁶⁶ ist sie für den Rechtsverkehr als Vertragspartnerin kalkulierbar.

V. Gemeinnützigkeitsrechtliche Überformung

Die für wirtschaftliche Zwecke damit bestens geeignete, flexibel einsetzbare und für den Wirtschaftsverkehr kalkulierbare GmbH-Form muss allerdings gemeinnützigkeitsrechtlich überformt werden, wenn die steuerliche Gemeinnützigkeit

⁶¹ Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 52 Rn. 20 ff.

⁶² Grundlegend Karsten Schmidt, ZGR 1978, 426 ff.; Burgard/Heimann, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, 4. Aufl. 2023, Rn. 7.49. m. w. N.

⁶³ Offengelassen in BGH v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, ZIP 2015, 166; dazu Burgard/Heimann, NZG 2016, 166 ff.; eingehend Segna, in: FS Seibert, 2019, S. 809 ff. m. w. N.; dafür Weitemeyer, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 86 BGB Rn. 52; a. A. Rösing, Die Entlastung im Stiftungsrecht, 2013, S. 56 ff.

⁶⁴ BGH v. 16.5.2017 – II ZB 7/16, nPoR 2017, 156 = ZIP 2017, 1021; Weitemeyer/Bornemann, nPoR 2020, 99 ff.

⁶⁵ Vgl. die „ADAC-Entscheidung“: BGH v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, JZ 1984, 97, mit heutiger Einordnung Leuschner, ZIP 2015, 356 ff.; Leuschner, NZG 2017, 16 ff., zur Parallele beim FC Bayern München e. V.

⁶⁶ Zu diesbezüglichen Lücken bei Verein und Stiftung Krimmer/Weitemeyer et al., Transparenz im Dritten Sektor, 2014.

erstrebt wird.⁶⁷ Dies ist zwar zivilrechtlich zulässig, bringt aber neben einer Reihe von Vorteilen auch Nachteile mit sich, die sich für Sozialunternehmen als hinderlich erweisen können.

1. Gesellschaftszweck

Gem. § 59 Halbs. 1 AO werden die gemeinnützigkeitsrechtlichen Steuervergünstigungen nur gewährt, wenn sich aus der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung ergibt, welchen Zweck die Körperschaft verfolgt, dass der Zweck den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entspricht und dass er ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird (Grundsatz der satzungsmäßigen Gemeinnützigkeit).⁶⁸ Gemäß § 59 Halbs. 2 AO, § 63 Abs. 1 AO muss die tatsächliche Geschäftsführung diesen Satzungsbestimmungen entsprechen (Grundsatz satzungsmäßiger Geschäftsführung).⁶⁹ Aufgrund dieser satzungsmäßigen Verankerung bilden die Vorgaben des Gemeinnützigkeitssteuerrechts die gesellschaftsrechtlichen Leitlinien der Geschäftsführung und der anderen Organe.⁷⁰ Der Zweck einer gemeinnützigen GmbH muss einem der in § 52 Abs. 2 AO aufgezählten Katalogzwecke zugunsten der Allgemeinheit entsprechen und es müssen in der Satzung sämtliche Zwecke genannt werden, die tatsächlich verfolgt werden sollen, sonst kann die Abweichung der tatsächlichen Geschäftsführung von den Satzungszwecken zum Verlust der Gemeinnützigkeit führen.⁷¹ Die Bestimmung der steuerbegünstigten Zwecke in der Satzung hat abschließenden Charakter⁷² und dient der Finanzverwaltung zur Überwachung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen.

Deshalb muss ein gemeinnütziges Sozialunternehmen einen der in § 52 Abs. 2 AO aufgeführten Zwecke verfolgen, was nicht passend ist, wenn etwa lediglich normale Produkte umweltverträglicher oder nachhaltiger hergestellt werden sollen. Denkbar ist es zwar auch, dass solche wirtschaftlichen Tätigkeiten als nicht steuerbegünstigte, partiell steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe i. S. d. § 64 AO durchgeführt werden, indes ohne die steuerlichen Privilegierungen und mit dem Zwang zur Profitabilität. Denn dauerhafte Verluste im wirtschaftlichen

⁶⁷ Eingehend *Weitemeyer*, GmbHR 2021, 57 ff.; zum Gesellschaftsvertrag der Bucerus Law School gGmbH *Weitemeyer*, in: Fleischer/Mock, Große Gesellschaftsverträge, S. 1065 ff.

⁶⁸ Eingehend *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 4.180 ff.

⁶⁹ Eingehend *Seer*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 160. Lfg., 4/2020, § 63 AO Rn. 1 ff.

⁷⁰ *Hüttemann*, Gutachten G zum 72. Deutschen Juristentag, Empfiehlt es sich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung und Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen übergreifend zu regeln?, 2018, G 19, 67 ff.

⁷¹ Aus diesem Grund werden in Krisenfällen wie bei der durch SARS-Covid-19 ausgelösten Pandemie regelmäßig diese Anforderungen verwaltungsseitig gelockert, damit alle gemeinnützigen Organisationen derartige vorrangige, nicht in ihrer Satzung verankerte Zwecke verfolgen dürfen, BMF v. 9.4.2020 – IV C 4 – S 2223/19/10003 :003, BStBl. I 2020, 498.

⁷² *Hüttemann* (Fn. 68), Rn. 4.189; vgl. auch *Richter*, in: Richter, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2023, § 27 Rn. 131.

Geschäftsbetrieb sind gemeinnützigkeitsschädlich.⁷³ Zusätzlich muss aber ein gemeinnütziger Zweck verfolgt werden. Daran fehlt es bei Sozialunternehmen aber, da sie in der Regel, anders als gemeinnützige Vereine mit Mitgliedsbeiträgen, Spenden und einem ideellen Bereich etwa im Sport, ausschließlich unternehmerisch tätig sind. Das Unternehmen selbst ist der Zweckbetrieb i. S. d. §§ 65 ff. AO.

2. Gebot der Selbstlosigkeit

Der Grundsatz der Selbstlosigkeit setzt gemäß § 55 Abs. 1 Halbs. 2 AO voraus, dass die Mittel der Körperschaft nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden und die Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Mitglied keine Zuwendungen aus den Mitteln der Körperschaft erhalten dürfen (Nr. 1) und dass die Körperschaft keine Person durch Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen darf (Nr. 3). Die Bedeutung des Grundsatzes wird darin gesehen, „die Ressourcen der gemeinnützigen Körperschaft vor dem satzungswidrigen Zugriff ihrer Entscheidungsträger [zu] schützen und einen möglichst effizienten Ressourceneinsatz für die steuerbegünstigten Satzungsziele der Körperschaft“ sicherzustellen,⁷⁴ eine inhaltliche Verbindung zwischen der Verfolgung ideeller Zwecke mit dem Ausschluss von Investoren von der Gewinnausschüttung herzustellen⁷⁵ und zu verhindern, „dass eine gemeinnützige Körperschaft durch ihre Mitglieder zur Verfolgung eigenwirtschaftlicher Ziele missbraucht wird.“⁷⁶

a) Verbot der Gewinnausschüttung

In diesem Gewinnausschüttungsverbot, dem *non-distribution constraint*,⁷⁷ liegt das Spezifikum von Non-Profit-Organisationen gleich welcher Rechtsform und Rechtsordnung.⁷⁸ Nicht die Gewinnerzielung, aber die Ausschüttung eines laufenden oder eines Liquidationsgewinns an nichtgemeinnützige Mitglieder oder Dritte ist nach § 55 AO verboten.⁷⁹ Während eine Vermögensbeteiligung bei Verein und Stiftung bereits zivilrechtlich nicht vorgesehen ist, müssen in der Satzung der GmbH die Ansprüche auf den Gewinn und auf die Auskehrung eines Liquidationserlöses ausdrücklich ausgeschlossen werden. Dass dies gesellschaftsrecht-

⁷³ Vgl. Hüttemann (Fn. 68), Rn. 6.14 ff., m. w. N.

⁷⁴ Von Holt, in: Winheller/Geibel/Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, 2. Aufl. 2020, § 55 AO Rn. 2.

⁷⁵ Walz, JZ 2002, 268, 270 f.

⁷⁶ Seer (Fn. 69), § 55 AO Rn. 1.

⁷⁷ Brakman Reiser/Miller, in: Jung, Stärkung des Stiftungswesens, 2017, S. 27, 32; Fishman, in: Hopt/von Hippel, Comparative Corporate Governance of Non-Profit-Organizations, 2010, S. 131 f.; von Hippel, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, 2007, S. 15 ff.

⁷⁸ von Hippel/Walz, in: Walz/von Auer/von Hippel (Fn. 29), S. 89, 122, 129 ff.

⁷⁹ Hüttemann (Fn. 70), G 9 f., 35 ff. m. w. N.

lich zulässig ist, ist zwar in der Praxis unbestritten,⁸⁰ wurde aber höchststrichlerlich bislang nicht ausdrücklich bestätigt. Der BGH hat den Gewinnausschluss bei Idealgesellschaften bislang nur in Einzelfällen für zulässig gehalten.⁸¹ § 4 Satz 2 GmbHG erlaubt allerdings seit der Änderung durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.3.2013⁸² ausdrücklich, dass die GmbH im Rechtsverkehr ein kleines „g“ als Abkürzung für „gemeinnützig“ in der Firma führen darf, ohne dass dies den irreführenden Anschein einer rechtlich nicht existierenden Rechtsform hervorruft.⁸³ Mittelbar ist damit zugleich die Non-Profit-Eignung der GmbH gesetzlich bestätigt worden. Später hat der BGH konsequenterweise auch die Firma „gUG (haftungsbeschränkt)“ anerkannt.⁸⁴

In der Konsequenz hat das OLG Hamm diese Entwicklung aufgegriffen und unter Berufung auf meinen Beitrag zur gGmbH⁸⁵ die Beschränkung der Vermögensrechte des Gesellschafters einer gGmbH auf den Nennwert seiner Einlage auch in seiner insolvenzrechtlichen Konsequenz bestätigt:

„Die Regelung in der Satzung einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH), wonach im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters eine Abfindung nur in Höhe des Nennbetrages seiner Stammeinlage zu leisten ist, ist nicht nach § 138 BGB nichtig, selbst wenn ein grobes Missverhältnis zwischen dem Nennwert und dem nach allgemeinen gesetzlichen Regeln zu bestimmenden Abfindungsbetrag besteht. Wenn die Gesellschaft steuerbegünstigte Zwecke i. S. d. §§ 55 ff. AO verfolgt, ist die Klausel zulässig und geboten.“

Eine Bestimmung in der Satzung, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich ist, könne nach dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein.⁸⁶ Dem stehe nicht entgegen, dass dann auch den Insolvenzgläubigern des Gesellschafters nur der Nennbetrag als Haftungsmasse zur Verfügung steht, sofern die Beschränkung auf den Nennbetrag für alle Fälle des zwangsweisen Ausscheidens ausnahmslos gilt.⁸⁷ Das ist aber gemeinnützigkeitsrechtlich sowieso erforderlich:

Denn die Gesellschafter dürfen nach § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO bei ihrem Ausscheiden aus der Körperschaft oder bei Auflösung der Körperschaft nicht mehr als die eingezahlten Kapitalanteile (Bareinlagen) und den gemeinen Wert ihrer Sacheinlagen zurückerhalten. Der Wert der Sacheinlagen wird mit dem gemeinen Wert zum Zeitpunkt der Einlage in die Gesellschaft bestimmt. Die Regelung dehnt das

⁸⁰ Vgl. Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 29 Rn. 36; Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, 2009, 45 ff.

⁸¹ BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 81/96, juris, Rn. 10; Urteil vom 29.4.2014, II ZR 216/13, juris, Rn. 13; Senat, Urteil vom 26.5.1997, 8 U 163/96, GmbHR 1997, 942, 944.

⁸² Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21.3.2013, BGBl. I 2013, 556.

⁸³ Heidinger, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2021, § 18 Rn. 199.

⁸⁴ BGH v. 28.4.2020 – II ZB 13/19, npoR 2020, 313 m. Anm. Burgard.

⁸⁵ Weitemeyer, GmbHR 2021, 57, 60.

⁸⁶ OLG Hamm, ZIP 2022, 1205, Rn. 47

⁸⁷ OLG Hamm, ZIP 2022, 1205, Rn. 51; unter Berufung auf Weller/Reichert, in: MüKo-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 555.

allgemeine Gewinnausschüttungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO auf die Liquidation der Körperschaft und das Ausscheiden eines Mitglieds aus, um zu verhindern, dass das steuerbegünstigt gebildete Vermögen die steuerbegünstigte Sphäre verlässt.⁸⁸ Der Verlust der Wertsteigerung stellt keine Eigentumsverletzung dar, sondern ist eine logische Konsequenz der Steuerbefreiung.⁸⁹ Der Begriff der Mitglieder umfasst in diesem Zusammenhang sowohl Mitglieder (eines Vereins) als auch Gesellschafter einer gGmbH (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO).⁹⁰ Die Entschädigung der Erben muss gleichsinnig beschränkt werden.⁹¹

Die über die Anfangswerte hinausgehenden stillen Reserven sind bei der Auflösung der Gesellschaft nach § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO ausschließlich für steuerbegünstigte Zwecke zu verwenden (Grundsatz der Vermögensbindung). Die steuerbegünstigten Zwecke müssen nach dem Ende der Körperschaft nicht mehr mit dem Zweck der Gesellschaft identisch sein.⁹² In der Praxis wird dies durch eine Klausel in der Satzung geregelt, wonach die Gelder an einen bestimmten gemeinnützigen Anfallsberechtigten oder an die öffentliche Hand fallen.

b) Gebot angemessener Leistungsbeziehungen

Auch das Dienstverhältnis des Geschäftsführers der gGmbH ist gemeinnützigkeitsrechtlich geprägt. So dürfen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO Nichtmitglieder ebenso wie Mitglieder, soweit sie nicht in ihrer Eigenschaft als Mitglieder tätig werden, Vergütungen, Leistungen und Entgelte aller Art nur für Leistungen im Rahmen des Satzungszwecks erhalten, und Vergütungen einschließlich der Altersvorsorge oder Reisekostenpauschalen (Gesamtausstattung) dürfen nicht unverhältnismäßig hoch sein.

Zur Prüfung der Angemessenheit ist nach der Rechtsprechung des BFH auf die Gehälter vergleichbarer Positionen in der Branche und nicht nur auf die meist niedrigeren Saläre von Non-Profit-Organisationen zurückzugreifen, da gemeinnützige Organisationen ihre Organe lediglich nicht besserstellen dürfen als Geschäftsführer mit der gleichen Position und Qualifikation in gewerblichen Unternehmen, aber keine Schlechterstellung bezweckt wird.⁹³ Die Überschreitung der hiernach bestehenden Grenzen löst eine verdeckte Gewinnausschüttung (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO) aus, die zum Verlust der Gemeinnützigkeit wegen Mittelfehlverwendung (§ 59 Halbs. 2 AO, § 63 AO) führen kann.⁹⁴ Es wird immerhin eine

⁸⁸ Seer (Fn. 69), § 55 AO Rn. 21.

⁸⁹ Seer (Fn. 69), § 55 AO Rn. 21; *Leisner-Egensperger*, DStZ 2008, 292, 299.

⁹⁰ Sind an einer Körperschaft Personenvereinigungen beteiligt, sind auch deren Gesellschafter Mitglieder i. S. d. § 55 Abs. 1 Halbs. 1 AO, vgl. *Seer* (Fn. 69), § 55 AO Rn. 4.

⁹¹ *Seibt*, in: *Scholz, GmbHG*, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 33.

⁹² *Koenig*, in: *Koenig, Abgabenordnung*, 4. Aufl. 2021, § 55 AO Rn. 27.

⁹³ BFH v. 12.3.2020 – V R 5/17, npoR 2020, 303 m. Anm. *Kirchhain/Kampermann; Jansen/Fein*, *StuW* 2019, 241, 249; *Kampermann*, npoR 2017, 271 ff.

⁹⁴ BFH v. 12.3.2020 – V R 5/17, npoR 2020, 303 m. Anm. *Kirchhain/Kampermann; Jansen/Fein*, *StuW* 2019, 241 ff. *Kampermann*, Organvergütung in gemeinnützigen Körperschaften,

gewisse Bandbreite möglicher angemessener Gehaltskonditionen eingeräumt und darüber hinaus ein Sicherheitszuschlag von bis zu 20 % gewährt, deren Überschreiten noch nicht zum Verlust der Gemeinnützigkeit führt. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit besteht bei kleineren Verstößen über diese Grenze hinaus, die im Streitfall i. H. v. 3.000 € angenommen wurde, zusätzlich ein Bagatellvorbehalt, der bei rund 25.000 € hingegen eindeutig nicht mehr zum Tragen komme.⁹⁵

Dies alles gilt entsprechend für alle Leistungen an andere Organe sowie an sämtliche Mitarbeiter.⁹⁶ Gegenüber nichtgemeinnützigen GmbHs besteht damit eine erhebliche Einschränkung, da diese nur Gesellschafter-Geschäftsführern und diesen nahestehenden Personen gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG angemessene Gehälter zahlen müssen, gegenüber Fremdgeschäftsführern aber freier agieren dürfen.

c) Gebot der zeitnahen Mittelverwendung

Das Gebot der Selbstlosigkeit wird verstärkt durch das Gebot, die erwirtschafteten Mittel der gGmbH zeitnah, innerhalb von längstens drei Jahren, für die steuerbegünstigten Zwecke auszugeben, § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO. In Satz 4 wurde durch das Jahressteuergesetz 2020⁹⁷ zur Erleichterung für kleinere Organisationen zwar eine Ausnahme eingeführt, wenn diese nicht mehr als 45.000 € im Jahr einnehmen, die für erfolgreiche Sozialunternehmen aber viel zu niedrig ist. Obwohl § 62 AO unter engen Voraussetzungen Rücklagen für bestimmte Projekte, für die beabsichtigte Wiederbeschaffung von Wirtschaftsgütern, zum Erwerb von Gesellschaftsrechten an Tochtergesellschaften sowie eine freie Rücklage von höchstens zehn Prozent der jährlichen Mittel zulässt, ist die Eigenkapitalbildung etwa zur Vorsorge vor Krisensituationen, für gGmbH erheblich eingeschränkt.

d) Haftung

Weil das Steuerrecht vorgibt, dass die steuerlichen Vorgaben zum gemeinnützigen Zweck, zur Selbstlosigkeit, zur Rücklagenbildung und zur wirtschaftlichen Betätigung in der Satzung der Körperschaften verankert werden, haben diese Satzungsregelungen Grundlagencharakter für die Organisationen, stehen nicht zur Disposition der Geschäftsleiter. Das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht bestimmt die zivilrechtlichen Legalitätspflichten der Geschäftsleitung und anderer Organe

2018, S. 254; *Musil*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 261. Lfg., 2/2021, § 55 AO Rn. 213, 220.

⁹⁵ BFH v. 12.3.2020 – V R 5/17, npoR 2020, 303 m. Anm. *Kirchhain/Kampermann*.

⁹⁶ Eingehend *Kampermann* (Fn. 94), S. 243 ff.; zu Sachspenden von Kunstgegenständen einer Kapitalgesellschaft an eine Stiftung als nahestehende Person als verdeckte Gewinnausschüttung vgl. BFH v. 13.7.2021 – I R 16/18 –, BFHE 274, 36, BStBl. II 2022, 119.

⁹⁷ JStG 2020, BT-Drucks. 19/22850, <<https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/228/1922850.pdf>> (16.10.2024).

und legt den Maßstab für die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers nach § 43 GmbH fest.⁹⁸

Entspricht die Satzung zwar den gesetzlichen Anforderungen, stellt sich aber im Veranlagungsverfahren heraus, dass die tatsächliche Geschäftsführung hiervon abweicht, führt dies dazu, dass das gemeinnützige Unternehmen im jeweiligen Veranlagungszeitraum nicht steuerbegünstigt war (§ 60 Abs. 1 AO). Etwaige Steuerersparnisse aus diesen Zeiträumen sind dem Fiskus zurückzuerstatten. Der schwerstmögliche Verstoß ist gegeben, wenn eine gemeinnützige Körperschaft den Grundsatz der Vermögensbindung nicht beachtet, also entgegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO z. B. Gewinne an Organe ausschüttet. In diesem Fall soll die Steuerbegünstigung nicht nur für den Veranlagungszeitraum entfallen, in dem der Verstoß geschah, sondern auch für bis zu zehn Jahre davorliegende Zeiträume (§ 61 Abs. 3 AO).⁹⁹ Ziel dieser gravierenden Rechtsfolge ist es zu verhindern, dass Organisationen in einem Jahr steuerbegünstigt Gelder einsammeln und sich im nächsten Jahr dafür entscheiden, den Gemeinnützigkeitsstatus „aufzugeben“ und die staatlich subventionierten Gelder an Vorstand oder Gesellschafter auszukehren. Allerdings ist bei Anordnung dieser Rechtsfolge auch der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Bei geringfügigen Verstößen wird den Organisationen deshalb in der Regel nicht sofort die Gemeinnützigkeit entzogen.¹⁰⁰

Die Pflicht zur Steuernachzahlung erstreckt sich nicht nur auf die Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer, die für die gemeinnützige Körperschaft angefallen wären,¹⁰¹ sondern nach § 10b Abs. 4 EStG ggf. auch auf Steuern, die ihre Spender eigentlich hätten zahlen müssen, von denen diese aber aufgrund ihrer Spende an die vermeintlich gemeinnützige Körperschaft befreit wurden. Hintergrund ist, dass der Spender auf eine einmal erhaltene Zuwendungsbescheinigung vertrauen können soll und seine Spende einkommensmindernd geltend machen kann, ohne eine Nachzahlungspflicht zu befürchten.¹⁰² Hinzu kommt der Wegfall von Spendeneinnahmen und öffentlichen Zuwendungen in der Zukunft. Je nachdem, wie hoch die bisherige Steuerersparnis der Körperschaft und ihrer Spender war und wie viele Jahre in Frage stehen, kann die Nachzahlungspflicht einen sehr hohen Betrag annehmen. Insbesondere für gemeinnützige Körperschaften, die aufgrund des Gebots der zeitnahen Mittelverwendung mit einer geringen Kapitaldecke wirtschaften, stellt dieses Steuerrisiko zugleich ein erhebliches Insolvenzrisiko dar.

⁹⁸ Hüttemann (Fn. 70), G 19, 67 ff.

⁹⁹ Gersch, in: Klein, Abgabenordnung, 16. Aufl. 2022, § 63 AO Rn. 2; Bott, in: Schauhoff/Kirchhain, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 4. Aufl. 2023, § 10 Rn. 150 ff.

¹⁰⁰ Gersch (Fn. 99), § 63 AO Rn. 2; Hüttemann (Fn. 68), Rn. 4.231 f.; Bott (Fn. 99), § 10 Rn. 81, 100 ff.; Bott, BB 2020, 2391, 2396 m. w. N.

¹⁰¹ Zu den einzelnen Steuern Bott (Fn. 99), § 10 Rn. 119 ff.

¹⁰² Vgl. § 10b Abs. 4 S. 1 EStG, § 9 Abs. 3 Satz 1 KStG und § 9 Nr. 5 Satz 13 GewStG; Kirchhain, in: Schauhoff/Kirchhain (Fn. 99), § 12 Rn. 162.

Neben der internen Haftung der Geschäftsführer aus § 43 GmbHG können diese im Fall von vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln als gesetzliche Vertreter der GmbH persönlich für die Steuerrückzahlung der Gesellschaft haftbar gemacht werden (§§ 34, 69 AO).¹⁰³ Diese Unsicherheit belastet gemeinnützige Unternehmen im Gegensatz zu nichtsteuerbefreiten Gewerbetreibenden. Daher wird zu Recht gefordert, dass sowohl beim Verbot der Gewährung unangemessener Vergünstigungen in § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO als auch in der Vorschrift des § 63 Abs. 1 Satz 2 AO über die Anforderungen an die tatsächliche Geschäftsführung eine Entsprechung zur *Business Judgment Rule* des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aufgenommen wird, damit die Geschäftsführer wenigstens insofern mit gewerblichen Managern gleichgestellt werden, für die die *Business Judgment Rule* des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG analog gilt.¹⁰⁴

VI. Hybride Gestaltungen

1. Keine partielle Gemeinnützigkeit

Die Ausführungen zeigen, dass Gründer und Geschäftsführer von gemeinnützigen Gesellschaften einer Reihe von steuerlich bedingten Restriktionen und Risiken ausgesetzt sind. Will ein Sozialunternehmen neben dem gemeinwohlorientierten *Purpose* nicht nur, aber auch für die eigene Lebensführung und Altersvorsorge oder für gewinnorientierte Investoren einen *Profit* erwirtschaften, steht das Gemeinnützigkeitsrecht aufgrund des Grundsatzes der Ausschließlichkeit nach § 56 AO nicht zur Verfügung. Auf satzungsmäßiger Grundlage können Kapitalgesellschaften zwar auch nur partiell auf eine Gewinnausschüttung verzichten, sind dann aber nicht gemeinnützig. Die steuerliche Gemeinnützigkeit erfordert nach § 56 AO (sowie § 5 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 KStG und § 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a UStG) die ausschließliche Verfolgung gemeinnütziger Ziele. Eine partielle Gemeinnützigkeit gibt es nicht.¹⁰⁵ Der Grundsatz der Ausschließlichkeit soll die Organisationsbezogenheit fördern sowie Interessenkonflikte und Mittel Fehlverwendungen vermeiden.¹⁰⁶

Gleichwohl arbeiten Sozialunternehmer in Deutschland verbreitet in gemeinnützigen Rechtsformen wie der gGmbH, in dessen Rahmen sie sich ein angemessenes Gehalt für den Lebensunterhalt zahlen dürfen. Man geht von rund 25.300 gemeinnützigen GmbHs aus, wozu aber auch klassische Wohlfahrtsunternehmen gehören.¹⁰⁷ Rund die Hälfte der Sozialunternehmen nutzt die steuerliche Gemein-

¹⁰³ Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung, 15. Aufl. 2020, § 69 AO Rn. 1 ff.; Möllmann, DStR 2009, 2125 ff.; Mehren, in: Schauhoff/Kirchhain (Fn. 99), § 3 Rn. 97, 114.

¹⁰⁴ Hüttemann (Fn. 70), G 58, m. w. N.

¹⁰⁵ Musil (Fn. 94), § 56 AO Rn. 4; Hüttemann (Fn. 68), Rn. 4.1. Gesetzliche Ausnahmen finden sich in § 58 Nr. 2–8 AO.

¹⁰⁶ Hüttemann, NJW-Beilage zum 72. Deutschen Juristentag 2018, 55, 56.

¹⁰⁷ Vgl. Mecking, Stiftung und Sponsoring, Rote Seiten 2/2020, 2 m. w. N.

nützigkeit.¹⁰⁸ Verbreitet sind auch hybride Gestaltungen von nicht gemeinnützigen Unternehmen, die über personengleiche gemeinnützige Schwestergesellschaften einen Teil des Unternehmensgewinns für die Allgemeinheit verwenden. So will das Hamburger Unternehmen „viva con agua“ langfristig 40 % des Gewinns aus dem Verkauf von Mineralwasser in der For-Profit-GmbH belassen und 60 % an den Trägerverein und die Stiftung ausschütten, die die Gewinne sowie zusätzliche Spenden für die Verbesserung der Wasserversorgung in Entwicklungsländern einsetzen.¹⁰⁹

2. Ausgliederungslösung

Aus steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Gründen und mangels spezieller Rechtsformen für Sozialunternehmen werden auch hybride Doppelstrukturen aus einer For-Profit-GmbH und einem gemeinnützigen Trägerverein, einer Trägerstiftung oder Träger-gGmbH gewählt. In der Start-up-Phase kann es sinnvoll sein, eine gemeinnützige GmbH zu gründen und den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zunächst unterhalb der Bagatellgrenze von 45.000 € Einnahmen steuerfrei zu vereinnahmen, § 64 Abs. 3 AO. Nehmen diese Tätigkeiten an Umfang zu, kann dieser Bereich zunächst partiell versteuert und dann ganz ausgegliedert werden.

3. Gestaltungen und ihre Risiken

Bei der Wahl einer ausgegliederten For-Profit-GmbH als Tochtergesellschaft einer Non-Profit-Organisation bilden die Gewinnausschüttungen der GmbH bei der Non-Profit-Organisation steuerfreie Einnahmen aus Vermögensverwaltung (§ 14 AO).¹¹⁰ Die Vereinnahmung der Gewinne begründet auf der Ebene der Mutter-gGmbH selbst keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, falls sich das Halten der Beteiligung auf die übliche Ausübung der Gesellschafterrechte beschränkt, selbst wenn die Tochtergesellschaft zu 100 % im Anteilsbesitz der Mutterträgergesellschaft ist. Damit ist die Beteiligung einer von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaft an einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich der steuerfreien Vermögensverwaltung zuzurechnen.¹¹¹

Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb i. S. d. § 64 AO kann aber begründet werden,

¹⁰⁸ *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 819.

¹⁰⁹ <<https://www.vivaconagua.org/family/>>, unter #3 (14.11.2023).

¹¹⁰ Das gilt sogar, wenn die gemeinnützige Mutterorganisation an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft beteiligt ist, BFH v. 25.5.2011 – I R 60/10, BStBl. II 2011, 858; BFH v. 18.2.2016 – V R 60/13, BStBl. II 2017, 251.

¹¹¹ BFH v. 25.8.2010 – I R 97/09, BFH/NV 2010, 312 = GmbHR 2011, 263; ebenso BFH v. 30.6.1971 – I R 57/70, BFHE 103, 56 = BStBl. II 1971, 753; BFH v. 27.3.2001 – I R 78/99, BFHE 195, 239 = BStBl. II 2001, 449; BFH v. 19.8.2002 – II B 122/01, BFH/NV 2003, 64; vgl. auch die Verwaltungsmeinung in R 16 Abs. 5 Satz 3 der KStH 2004 sowie die h. M. in der Literatur, *Mueller-Thuns/Jehke*, DStR 2010, 905; *Eggers*, DStR 2007, 461; *Kirchhain* (Fn. 102), § 7 Rn. 147 ff. m. w. N.

„wenn die Körperschaft über eine Zusammenfassung mehrerer Beteiligungen in einer Holding planmäßig Unternehmenspolitik betreibt oder in anderer Weise entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft ausübt und damit durch sie unmittelbar selbst am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt“.¹¹²

Insofern kommt es im Gemeinnützigkeitssteuerrecht anders als im Konzernrecht mit der Konzernvermutung des § 17 Abs. 2 AktG auf eine tatsächliche Einflussnahme an. Das wird indes angenommen, wenn der Vorstand der Mutterkörperschaft und die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft personenidentisch sind¹¹³ oder die Holdinggesellschaft planmäßig die Unternehmenspolitik der Tochtergesellschaft bestimmt.¹¹⁴ Derartige Gestaltungen sind daher zu vermeiden, vermindern aber auch betriebswirtschaftlich sinnvolles Durchregieren.

4. Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmensteilen

Problematisch sind hybride Strukturen zudem, weil gewerblichen Unternehmen gelegentlich der Vorwurf der verdeckten Gewinnausschüttung gemacht wird, wenn sie Spenden im Rahmen der Höchstbeträge des § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG an gemeinnützige Organisationen tätigen. Die Folge ist, dass der Spendenabzug nicht anerkannt und der Betrag dem Gewinn der Gesellschaft außerbilanziell hinzugerechnet wird.¹¹⁵ Gegen die Einordnung der Spende als verdeckte Gewinnausschüttung spricht, dass jeder altruistischen Zuwendung eine ideelle Motivation zugrunde liegt, die jedenfalls in der mittelständischen Wirtschaft durch die persönlichen Vorlieben der Unternehmer beeinflusst werden. Daher sollte eine verdeckte Gewinnausschüttung allenfalls dann angenommen werden, wenn eine For-Profit-Gesellschaft an ihre eigene gemeinnützige oder öffentlich-rechtliche Trägerorganisation spendet.¹¹⁶ Indes wäre gerade bei hybriden Strukturen miteinander verbundener gemeinnütziger und gewerblich tätiger Organisationen nichts gewonnen. *Hüttemann* schlägt daher vor, dass der Gesetzgeber wie in Österreich den Vorbehalt des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG streicht, gegebenenfalls in Verbindung mit der Einführung einer absoluten Spendenhöchstgren-

¹¹² BFH v. 30.6.1971 – I R 57/70, BFHE 103, 56 = BStBl. II 1971, 753; ähnlich EuGH v. 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze u. a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Slg. 2006, I-289 Rn. 143; R 5.7 Abs. 5 Satz 4 mit Verweis auf R 4.1 Abs. 2 Satz 2–5 KStR 2015.

¹¹³ Vgl. BFH v. 25.8.2010 – I R 97/09, BFH/NV 2010, 312; a. A. nur Indiz für die Weitergabe steuerlicher Vorteile an die Tochtergesellschaft, da diese selbst steuerpflichtig ist: *Hüttemann* (Fn. 68), Rn. 6.138.

¹¹⁴ BFH v. 29.3.2017 – VI R 82/14, BFH/NV 2011, 1313.

¹¹⁵ BFH/NV 2008, 988; ebenso BFH/NV 2008, 1704 Zuwendungen an eine Stiftung; BFH, Beschluss vom 13.7.2021 – I R 16/18 –, BFHE 274, 36, BStBl. II 2022, 119; BFH, Urteil vom 13.7.2022 – I R 52/20 –, BFHE 278, 70, BStBl. II 2023, 501 Schenkung von Kunstwerken eines kommunalen Wohnungsunternehmens an die Trägergemeinde; zum Ganzen *Weitemeyer*, in: FS Reuter, 2009, S. 1201; zu weiteren Problemen vgl. *Weitemeyer*, in: Bochmann/Kumpan/Röthel/K. Schmidt, Gewinn und Gemeinwohl in Familienunternehmen, 2023, S. 105 ff.

¹¹⁶ *Weitemeyer* (Fn. 116), S. 1201 ff.

ze.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang könnte die Anerkennung einer Rechtsform oder eines Status für Sozialunternehmen ein Signal senden, dass es solchen Unternehmen bereits aufgrund ihres Gesellschaftszweck eigen ist, erhebliche Zuwendungen zugunsten der Allgemeinheit zu tätigen, und dies auch steuerlich anzuerkennen ist.

VII. Eignung der gGmbH für Sozialunternehmen

Es zeigt sich, dass sich die GmbH in vielerlei Hinsicht für die Führung eines sozial motivierten Unternehmens eignet. Zivilrechtlich bietet sie eine bewährte Rechtsform für wirtschaftliche Betätigungen im Rechtsverkehr. Gemischt fällt das Urteil zum Rechtsrahmen des Gemeinnützigkeitsrechts aus:

Kritiker wenden gegen gemeinwohlorientierte, nicht gemeinnützige Rechtsformen ein, es stelle sich das Problem, wie ein solcher *Corporate Purpose* gesellschaftsrechtlich konkret definiert, festgeschrieben und überwacht werden kann, um private Gewinnerzielungsinteressen und die Verfolgung des gemeinnützigen *Purpose* für Geschäftsleiter und *Shareholder* in Einklang zu bringen, ohne dass es zu *Greenwashing* kommt. Demgegenüber wirkt die steuerliche Gemeinnützigkeit bereits wie ein staatliches Gütesiegel.¹¹⁸ Kern dieser besonderen Wertschätzung ist das Gewinnausschüttungsverbot. Entwickelt hat die These der US-amerikanische Wirtschafts- und Rechtswissenschaftler *Henry Hansmann*, der die Existenz von Non-Profit-Organisationen auf ein Vertragsversagen aufgrund eines Informationsdefizits zurückführt. Bei besonders komplexen und schwer zu beurteilenden Dienstleistungen und/oder bei solchen, bei denen der zahlende Nachfrager der Güter mit dem Konsumenten nicht identisch ist, könnten die Nachfrager nicht auf ausreichende Informationen zurückgreifen, um deren Qualität beurteilen zu können. Beispiele sind Krankenhäuser, Altersheime, Kindertagesstätten oder die Entwicklungshilfe. Da kommerzielle Anbieter dazu tendierten, Informationsasymmetrie auszunutzen, suchten die Nachfrager nach anderen Kriterien für die Qualität der angebotenen Leistung. Ein solches Kriterium sei die besondere Vertrauenswürdigkeit einer Non-Profit-Organisation, die aufgrund des Verbots, Gewinn auszuschütten, weniger Anreizen unterworfen sei, das Wissensgefälle auszunutzen.¹¹⁹

Das öffentliche Vertrauen in gemeinnützige Organisationen wird weiter dadurch gestärkt, dass die nach § 60 AO erforderliche Verankerung der gemeinnützigen Zwecke in der Satzung die „Förderungswürdigkeit“ der Organisation nach außen hin dokumentiert und die Finanzverwaltung überwacht, ob die satzungsg-

¹¹⁷ *Hüttemann* (Fn. 68), Rn. 8.92.

¹¹⁸ *Schauhoff*, in: *Schauhoff/Kirchhain* (Fn. 99), Grundlegung Rn. 40.

¹¹⁹ *Hansmann*, *The Role of Nonprofit Enterprise*, *The Yale Law Journal* 1989 (89), 835 ff.; *Steinberg*, *Economic Theories of Nonprofit Organizations*, in: *Powell*, *The Nonprofit Sector – A Research Handbook*, 2006, S. 117–139.

mäßige Gemeinnützigkeit der tatsächlichen Geschäftsführung entspricht.¹²⁰ Seit dem 1.1.2024 wird dieser Status in einem öffentlich einsehbaren und durchsuchbaren zentral beim Bundeszentralamt für Steuern geführten Empfängerzuwendungsregister ersichtlich sein.

Die Gemeinnützigkeit gewährleistet allerdings nur, dass keine Gewinne entnommen und keine unangemessenen Leistungsbeziehungen vereinbart werden. Diese Mechanismen vermögen zwar Missbräuche zu verhindern, sie können aber keinen Antrieb für Leistung und Innovation setzen. In der bewussten Ausschaltung unternehmerischer Anreize besteht das grundsätzliche Governance-Problem, das jeder Organisation ohne Gewinnausschüttung innewohnt.¹²¹ Gerade die Aussicht auf privates Gewinnstreben soll gemäß dem Slogan „Private Action, Public Benefit“¹²² Sozialunternehmer zu einer effektiveren und innovativeren Verfolgung der gleichzeitig angestrebten sozialen und ökologischen Ziele anregen.

Im Rechtsvergleich zeigen sich unterschiedliche Lösungen im Hinblick auf Ausschüttungsbeschränkungen und Vermögensbindung. Eine Reihe von Ländern sieht keine Einschränkungen vor, sondern fordert nur die Verankerungen eines gemeinwohlorientierten Zwecks, so für die US-amerikanische *Benefit Corporation*. Zum Teil wird die Gewinnausschüttung an Gesellschafter beschränkt, so bei der *Community Interest Company* des Vereinigten Königreichs auf maximal 35 % der laufenden Gewinne, während die Vermögenswerte bei Auflösung der Gesellschaft vollständig gebunden sind.¹²³ Steuerliche Privilegien sind mit einer vollständigen oder partiellen Gewinnausschüttung konsequenterweise aber nicht verbunden.¹²⁴ Eine Vermögensbindung kann dafür sorgen, dass eher nachhaltig motivierte Unternehmer diese Rechtsform wählen. Aufgrund der Zwangsthesaurierung stehen ggf. mehr finanzielle Mittel für die gemeinwohlorientierte Zweckverfolgung zur Verfügung. Ein vollständiger Ausschluss der Gewinnausschüttung wird international aber nicht angestrebt. Er wäre auch kontraproduktiv, da die Gewinnerwartung gerade als Anreiz sowohl für die Gründer von Sozialunternehmen als auch für Investoren dient. Wird eine vollständige Beschränkung der Gewinnausschüttung gewünscht, stehen zudem gemeinnützige Kapitalgesellschaften zur Verfügung.¹²⁵ Luxemburg hat im Jahr 2016 mit der *société d'impact sociétal*

¹²⁰ Hüttemann (Fn. 70), G 19; Momberger (Fn. 19), S. 214 ff.; Schauhoff (Fn. 119), Grundlegung Rn. 40; Buchna/Leichinger/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 12. Aufl. 2023, S. 22.

¹²¹ Eingehend von Schönfeld, Leitungs- und Kontrollstrukturen in gemeinnützigen Organisationen, 2017; vgl. auch Weitemeyer/Weißenberger/Wiese, GmbHR 2021, 1069, 1075 zur Gesellschaft mit gebundenem Vermögen.

¹²² Strategy Unit Report des britischen Cabinet Office, Private Action, Public Benefit: A Review of Charities and the Wider Non-profit Sector: Strategy Unit Report – September 2002.

¹²³ Weitere Hinweise bei Fleischer/Pendl, NZG 2023, 815, 821 f.

¹²⁴ Möslein, Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften, S. 3, 21; Möslein/Mittwoch, RabelsZ 80, 2016, 399, 427 f.

¹²⁵ Überzeugend Tittel, Hybride Rechtsformalternativen der Aktiengesellschaft und der GmbH. Zugleich: eine Untersuchung der U.S.-amerikanischen Benefit Corporation und Public

(SIS) einen flexiblen Status für Sozialunternehmen entwickelt. Vorgesehen ist, dass mindestens 50 % der Gesellschaftsanteile keinen Anspruch auf Gewinnausschüttung gewähren. Denkbar sind auch höhere Quoten bis hin zu 100 %, was dann zur steuerlichen Gemeinnützigkeit führt.¹²⁶

Probate Alternativen bieten im deutschen Recht hybride Gestaltungen. Weil Unternehmensteile finanziell strikt voneinander streng getrennt sind und die Finanzverwaltung die Einhaltung der Gemeinnützigkeit überwacht, gelingt die Signalwirkung, ohne dass die befürchteten Defizite in der Überwachung und Kontrolle des gemeinwohlorientierten *Purpose* bestehen. So sind die rund 300 lokalen Oxfam-Läden, die gespendete Secondhandwaren mit Gewinn veräußern, in Deutschland in Form eines Vereins als Anteilseigner der gewerblichen Oxfam Deutschland Shops GmbH organisiert. Der Verein finanziert sich zu 40 % aus den Verkaufserträgen.¹²⁷ Träger der Organisation „Dialog im Dunkeln“ in Hamburg ist die gewerbliche Consens Ausstellungs-GmbH, daneben existiert ein gemeinnütziger Förderverein e. V. Dialog im Dunkeln. Das Unternehmen beschäftigt in Hamburg 50 blinde Mitarbeiter, die Sehende in dunklen Ausstellungs- und Restauranträumen mit den Sinneswahrnehmungen in einer dunklen Welt vertraut machen.¹²⁸ Und das Hamburger Unternehmen „viva con agua“ schüttet die Lizenzgewinne aus dem Verkauf von Mineralwasser der For-Profit-GmbH an den Trägerverein aus, der die Gewinne sowie zusätzliche Spenden für die Verbesserung der Wasserversorgung in Entwicklungsländern einsetzt.¹²⁹

Hybride Strukturen erfordern allerdings einen höheren Aufwand bei der Gründung durch die notarielle Beurkundung und die Eintragung der GmbH im Handelsregister sowie aufgrund der Bilanzierungspflicht im laufenden Geschäftsgang und lösen zusätzlichen Abstimmungsbedarf zwischen Träger und Tochtergesellschaft aus.¹³⁰ Vorteilhaft ist die Haftungsabschirmung des gemeinnützigen Bereichs gegenüber den wirtschaftlich tätigen Tochtergesellschaften, seien diese gewerblich oder gemeinnützig tätig.¹³¹ Die gemeinnützige Konzernspitze kann hierdurch ihr Vermögen, insbesondere Immobilien, vor den Gefahren der operativen Tätigkeit schützen.¹³² Auch können Verantwortlichkeiten klarer strukturiert und der gewerbliche Bereich und der gemeinnützige Bereich organisatorisch und im Hinblick auf Rechnungslegung und Controlling getrennt werden.

Benefit Corporation sowie der britischen Community Interest Company, Diss. BLS, im Erscheinen.

¹²⁶ Vgl. Haarich/Holstein/Spule/Galera/Franchini/Borzaga/Chiomento/Spiess-Knafl/Scheck/Salvatori (Fn. 5), Annexes 5 to 10, S. 12.

¹²⁷ Baeumer, Gebrauchte Waren werden gebraucht, FAZ v. 17.3.2011, S. 19.

¹²⁸ <<https://dialog-in-hamburg.de/>> (14.11.2023).

¹²⁹ <<https://www.vivaconagua.org/family/>> (14.11.2023).

¹³⁰ Höll, npoR 2012, 11, 13; Momberger (Fn. 19), S. 226 f. m. w. N.

¹³¹ Mit weiteren Beispielen und Bewertung Momberger (Fn. 19), S. 222 ff.

¹³² Vgl. Hüttemann/Schauhoff/Kirchhain, DSfR 2016, 633 ff.

VIII. Fazit

Das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht, insbesondere die Rechtsform der GmbH, ist mit seiner Zweckoffenheit und seinen vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten gut geeignet, als Hülle für Sozialunternehmen zu dienen. Dabei fungiert die steuerliche Gemeinnützigkeit bereits wie ein Label für sozial-motiviertes Unternehmertum. Allerdings sind die Grenzen des Gemeinnützigkeitsrechts zu beachten, die zur peniblen Einhaltung einer Reihe von Regelungen zwingen, die über das „normale“ Kapitalgesellschaftsrecht weit hinausgehen und sich auch nicht immer auf den ersten Blick erschließen. Um einerseits Gewinnanreize zu setzen und andererseits gemeinwohlorientiert tätig zu werden und dies auch nach außen zu dokumentieren, werden hybride Formen von gemeinnützigen Non-Profit-Organisationen und For-Profit-Rechtsformen genutzt, die aber ebenfalls mit steuerlichen Risiken und einem gewissen Aufwand verbunden sind.

Um solche mitunter gerade für kleinere Unternehmen aufwändigen Doppelstrukturen zu vermeiden und zugleich das positive Branding der Gemeinwohlorientierung zu genießen, besteht neben den Regelungen für gemeinnützige Zweckbetriebe für Sozialunternehmer ein Bedarf für spezielle Rechtsformen oder einen Status nach ausländischen Vorbildern.¹³³ Ein dahingehendes Label steht mit der Zertifizierung als *Certified B Corporation* zwar auch in Deutschland zur Verfügung und wird beispielsweise von der Kosmetikfirma *Rituals*, dem Kaffeeunternehmen *Illy* und dem Saftanbieter *Innocent* genutzt. Das Verfahren sieht die Erfüllung von 80 von 200 besonders gemeinwohlorientierten Kriterien von Arbeitnehmerbelangen bis Umweltfragen vor.¹³⁴ Gegenüber einer speziellen Rechtsform oder einem Status für Unternehmen mit dualer Zweckausrichtung wie die französische *société à mission*, die der Staat kostenlos zur Verfügung stellt, sind allerdings Zertifizierungskosten in die Abwägung einzustellen.

¹³³ In diese Richtung auch Zimmermann/Weller, ZHR 187 (2023), 594, 633.

¹³⁴ Möslein/Mittwoch, RabelsZ 80 (2016) 399 ff.; Möslein, in: Burgi/Möslein (Fn. 21), S. 3, 5 ff. mit Hinweisen auf vergleichbare Regime auch in Deutschland m. w. N.

Diskussion

zu den Referaten von Walter Bayer und Birgit Weitemeyer

Benedikt Hirschler/Kilian Juritsch

Im Fokus der Diskussion im Anschluss an die Vorträge von *Walter Bayer* und *Birgit Weitemeyer* standen die mögliche Umsetzung der Vorschläge für die Rechtsform der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen und die daraus folgenden Auswirkungen auf andere Gesellschaften.

1. Motive für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen

Mehrfach wurde vorgebracht, dass der Hauptzweck für die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen in der Bindung der Nachfolgegenerationen liegt. Für die Bindung der Gründergeneration sei eine besondere Rechtsform grundsätzlich nicht notwendig. Erst ab der zweiten Generation könnte die gewünschte Selbstbindung der Gründergeneration durch die bestehenden Rechtsformen unterwandert werden. Bei langandauernden Übergangsprozessen, mit denen Konflikte einhergehen können, sei die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen – ähnlich wie Stiftungen – von großem Nutzen. Als weitere Anwendungsmöglichkeit für Gesellschaften mit gebundenem Vermögen seien etwa Kindergärten hervorzuheben, welche derzeit als Vereine organisiert sind. Weiterhin könne die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als „Steuerspar-Vehikel“ eingesetzt werden.

2. Europarechtliche Überlegungen und Hindernisse zur Umsetzung

Kritisch wurde die ursprüngliche Überlegung einer GmbH mit gebundenem Vermögen betrachtet, da diese gegen die unionsrechtliche Mobilitätsrichtlinie und die Niederlassungsfreiheit verstoßen könnte. Denn der Erstentwurf sah eine Umgründungsbeschränkung der GmbH mit gebundenem Vermögen vor. In der Diskussion wurde vorgebracht, dass es in der neuen hybriden Rechtsform keine unionsrechtlichen Bedenken gibt, sofern eine solche hybride Rechtsform in einem anderen Mitgliedsstaat nicht besteht. Wenn diese Rechtsform in einem anderen Mitgliedsstaat unbekannt ist, ist eine grenzüberschreitende Umgründung eben nicht möglich.

3. *Kritische Stimmen zur Gesellschaft mit gebundenem Vermögen*

Vielfach wurde darauf hingewiesen, dass die Bindungswirkung des Vermögens bei derzeitiger Ausgestaltung des Entwurfs durch die Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Rechtsformen als einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen faktisch umgangen werden kann. Plakativ wurde das fehlende Verbot zur Gründung einer Tochtergesellschaft ohne Vermögensbindung als „Etikettenschwindel“ bezeichnet.

Fraglich sei weiterhin, ob die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen für Investoren, welche für die Kapitalaufbringung von Start-ups unerlässlich sind, eine attraktive Rechtsform darstellt. Nach den herkömmlichen Finanzierungsmodellen seien Investoren oftmals nicht in der Lage, langfristig an die Gesellschaft gebunden zu sein.

4. *Alternative Gestaltung zur Gesellschaft mit gebundenem Vermögen*

Als Gegenvorschlag zur GmbH mit gebundenem Vermögen wurde eine Novellierung der bestehenden Rechtsgrundlagen zum Stiftungsrecht vorgetragen. Eine Änderung des Stiftungsrechts in Richtung einer Unternehmensstiftung genüge, um der nachhaltigen Vermögensbindung Rechnung zu tragen. Eine Unternehmensstiftung könne in Europa u. a. bereits in Dänemark gegründet werden; dort bestehen jedoch strenge Regelungen zur Besetzung der Organe und eine gut funktionierende marktnahe behördliche Aufsicht. Im Gegensatz zu einer stiftungsrechtlichen Vermögensbindung sehe der Entwurf für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen keine derartig strenge behördliche Aufsicht vor.

5. *Die gemeinnützige GmbH in Österreich*

Zu Österreich wurde angemerkt, dass die gemeinnützige GmbH nur eine untergeordnete Rolle spiele. Beispiele aus der Praxis seien Krankenhäuser sowie Wohnungsbaugesellschaften. Aufgrund der energiepolitischen Entwicklungen des vergangenen Jahres sei insbesondere in der Energiebranche eine Debatte über die Notwendigkeit von gemeinwohlorientierten Gesellschaften entstanden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Österreich bei Start-ups auch aufgrund des Ministerialentwurfs zur Flexiblen Kapitalgesellschaft bereits sehr innovativ sei, aber im Bereich der Gemeinwohlorientierung von Gesellschaften liege man – im Vergleich zu Deutschland – zurück.

Die Genossenschaft in Österreich

Stephan Frotz

I.	Einleitung	325
II.	Rechtsgrundlagen	327
III.	Begriff der Genossenschaft, Erscheinungsformen und Organe	328
	1. Begriff	328
	2. Erscheinungsformen	330
	3. Organe	331
IV.	Genossenschaft und Kartellrecht	331
	1. Österreich	331
	2. Europäische Union (EU)	332
V.	„Vorteile“ der Genossenschaft („Anziehungspotential“)	333
	1. Selbsthilfe- und Unterstützungsorganisation	333
	2. Leitung der Genossenschaft und Gestaltung des Rahmens	334
	3. Nominalkapital, Haftungsprivileg und Ertragsteuer	334
	4. Aufwand	335
	5. Mitgliederwechsel	335
	6. Revision	335
VI.	Die Genossenschaft als „way of no return“	335
	1. Keine Umwandlung und Verschmelzung	335
	2. Rechtsformübergreifende Abspaltung und Einbringung nach § 92 BWG	336
	a) Aufnehmende Gesellschaft	336
	b) Gegenstand der Übertragung	336
	c) Haftung	337
VII.	Struktur der Österreichischen Raiffeisengruppe und des Österreichischen Raiffeisenverbandes (Revision)	337

I. Einleitung

Ziel und Gegenstand dieses Beitrags¹ ist es, aus rechtlichem Blickwinkel einen Überblick über die Genossenschaft in Österreich zu geben. Dabei werden einzelne Themen, denen nach Auffassung des Vortragenden, auch für die anschlie-

¹ Der Autor hat den Beitrag als Vortrag beim 12. Deutsch-Österreichisch-Schweizerischen Symposium zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht am 1./2.6.2023 in Wien gehalten. Die Vortragsform wurde unter Hinzufügung von Zitaten grundsätzlich beibehalten.

ßende Diskussion, besondere Bedeutung zukommt, besonders hervorgehoben und detaillierter ausgeführt.

Die Rechtsform Genossenschaft bildet seit jeher einen wesentlichen Bestandteil von relevanten Bereichen der österreichischen Wirtschaft. Zu erwähnen sind nicht nur die Kreditwirtschaft im Raiffeisen- und Volksbankenbereich und die Landwirtschaft, so z. B. die Milchgenossenschaften und sonstige Agrargenossenschaften, sondern vor allem auch der Handelsbereich. Als Beispiele können hier dienen die Intersport Organisation, im Kern bestehend aus der INTERSPORT Österreich registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden „ISÖ“) als „Holdinggenossenschaft“ und deren 100 %-iger operativ tätiger Tochtergesellschaft INTERSPORT Austria Gesellschaft m.b.H. (im Folgenden „ISA“), die Zentransport Österreich e.Gen., die ADEG Österreich Großeinkauf der Kaufleute registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung und als Elektrohändler die Euronics Austria registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, die und deren Mitglieder unter der Bezeichnung „Red Zac“ auftreten. Vor allem von historischer Bedeutung ist die OKAY Team eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung, die ehemalige Konsum Österreich, über die 1995 eines der größten Insolvenzverfahren in Österreich eröffnet und Ende 1996 abgeschlossen wurde. Zu erwähnen ist ferner im Tourismus- und Gastronomiebereich eine der derzeit mitgliederstärksten Genossenschaften in Österreich, die 1975 gegründete Hogast Einkaufsgenossenschaft für das Hotel- und Gastgewerbe registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung als eine bedeutende Einkaufsgenossenschaft für Hotellerie und Gastronomie. Sie hat gegenwärtig mehr als 2.500 Genossenschafter. Schließlich ist auf die APA-Austria Presse Agentur hinzuweisen, die ebenfalls als Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft errichtet wurde.

Frischen Aufwind erhielt die Rechtsform der Genossenschaft in jüngster Zeit durch das Bundesgesetz über den Ausbau von Energie aus erneuerbaren Quellen (Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz – EAG), BGBl 2021/150. Dieses Gesetz begründet für Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energie zwei Arten von Energiegemeinschaften, die Bürgerenergiegemeinschaft (BEG) einerseits und die Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft (EEG) andererseits. Ihr Hauptzweck darf nicht in der Erwirtschaftung von finanziellem Gewinn liegen; vielmehr hat eine EEG oder BEG ihren Mitgliedern vorrangig ökologische, wirtschaftliche oder sozialgemeinschaftliche Vorteile zu verschaffen.² Für beide Formen bietet sich als Konsequenz der Förderung der Mitglieder die Rechtsform der Genossenschaft an. Die beachtliche Zahl von Genosschaftsneugründungen der letzten Jahre – so wurden etwa 2022 26 (!) und in den letzten drei Jahren 59 neue Genosschaften im Bereich Schultze-Delitzsch errichtet – ist auch auf die erneuerbaren Energien zurückzuführen – 17 der 26 Neugründungen sind Energiegenossenschaften,

² *Dellinger*, Betroffenheit statt Unabhängigkeit ist kein schlechtes Governance-Modell, Aufsichtsrataktuell 2021, 224 ff.; *Kurzmann/Fischl*, Rechtsformen von Erneuerbaren-Energie-Gemeinschaften und Bürgerenergiegemeinschaften, RdU-U&T 2022, 9 ff.; *Schlatter*, Alles Neu bei den Erneuerbaren, *ecolex* 2021, 8 ff.

die erneuerbaren Strom, vor allem aus Photovoltaikanlagen erzeugen, speichern, verbrauchen und auch verkaufen. Ein Beispiel hierfür ist die Peng – Piestingtaler Energiegenossenschaft e.Gen. Sie gehört einem neuen Revisionsverband an, dem „Rückenwind“ – Förderung- und Revisionsverband gemeinwohlorientierter Genossenschaften, der mit Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 15.2.2016 anerkannt wurde. Auch das dient als Zeichen für die (ungebrochene) Popularität der Rechtsform Genossenschaft.

Insgesamt existieren in Österreich derzeit rund 1.600 autonome Raiffeisengenossenschaften, wovon 100 Lagerhausgenossenschaften sind, und ca. 830 andere Genossenschaften, vorwiegend im Bereich Schultze-Delitzsch.

All dies zeigt zugleich die Flexibilität der Rechtsform der Genossenschaft und damit des Genossenschaftsgesetzes vom 9.4.1873 als ihrer gesetzlichen Grundlage. Dieses Gesetz wurde zwar verschiedentlich novelliert (zuletzt im Jahr 2021), es bildet im Kern aber dennoch nach wie vor das tragfähige Fundament für die Gesellschaft. In ihm finden Kleingenossenschaften ebenso ihren Platz wie Genossenschaften mit zahlreichen Mitgliedern, sowie Genossenschaften mit Aktivitäten in ganz unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen.

II. Rechtsgrundlagen

Die allgemeinen Rechtsgrundlagen der österreichischen Genossenschaft sind folgende:

- Genossenschaftsgesetz vom 9.4.1873 RGBI 1873/70 i.d.F. BGBl I 2021/86
- Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997 BGBl 1997/127 i.d.F. BGBl I 2021/26 (materielle Revisionsregelungen, formale Revisorvoraussetzungen, Revisionsverbände und Verbandszugehörigkeit)
- Genossenschaftsrevisionsrechtsänderungsgesetz 1997 BGBl I 1997/127 i.d.F. BGBl I 2018/69
- Genossenschaftsverschmelzungsgesetz vom 7.5.1980 BGBl 1980/223 i.d.F. BGBl 1996/304
- Genossenschaftsspaltungsgesetz BGBl 2018/69
- Genossenschaftsinsolvenzgesetz RGBI 1918/105 i.d.F. BGBl I 2010/58

Zusätzlich sind, je nach Tätigkeitsbereich der Genossenschaft spezielle gesetzliche Regelungen relevant, z. B. für Kreditgenossenschaften Regelungen des Bankwesengesetzes, BGBl 1993/532 i.d.F. BGBl I 2022/237.

III. Begriff der Genossenschaft, Erscheinungsformen und Organe

1. Begriff

Nach § 1 GenG sind Genossenschaften Personenvereinigungen von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dienen, so z. B. Kredit-, Einkaufs-, Verkaufs-, Konsum-, Verwertungs-, Nutzungs-, Bau-, Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaften. Mittel zur Förderung kann auch die Beteiligung der Genossenschaft an juristischen Personen und „unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften“ sein, wenn die Beteiligung der Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Ertrag dient.

Im Zentrum der gesetzlichen Begriffsbestimmung steht der Förderauftrag, den der gesellschaftsvertraglich festzulegende Unternehmensgegenstand der konkreten Genossenschaft näher ausformt. Dabei liegt die Besonderheit der Genossenschaft nicht in der Förderung der Genossenschafter, sprich der Gesellschafter als solches. Auch andere Gesellschaftsformen verfolgen das Ziel, ihren Gesellschaftern Nutzen zu bringen, und zwar primär durch die Erzielung und Ausschüttung von Gewinnen. Demgegenüber ist die Genossenschaft als Selbsthilfeorganisation ausgestaltet. Bei ihr geht es um eine spezifische Förderung, nämlich eine Förderung durch und im Rahmen des Geschäftsverkehrs. Das folgt auch aus § 1 Abs. 2 GenG, der die Beteiligung an anderen Gesellschaften (nur) zulässt, wenn diese Beteiligung nicht überwiegend der Erzielung von „Erträgnissen“ der Einlage dient.³

Vor diesem Hintergrund sind die Genossenschafter üblicherweise die Geschäftspartner der Genossenschaft. Sie gehen mit ihrer Genossenschaft eine fördernde Geschäftsverbindung ein und schließen dazu mit der Genossenschaft *Zweckgeschäfte* ab (vgl. § 5a Ziff. 1 GenG, der es ermöglicht, in der Satzung Zweckgeschäfte auch mit Nichtmitgliedern zuzulassen, wobei der Primat des Mitgliedergeschäftes gewahrt bleiben muss – das Nichtmitgliedergeschäft darf also nur *dienende* Funktion haben, d. h. es hat dem Mitgliedergeschäft zugutezukommen).⁴ Die Konditionen der Zweckgeschäfte sind – dem Förderauftrag der Genossenschaft entsprechend – auf der Grundlage des Nutzens für die Genossenschafter festzulegen. Den Genossenschaftern sollen also günstige Bedingungen geboten werden, die im Idealfall unter dem Marktniveau liegen. Die Förderung kann allerdings auch darin bestehen, dass eine Genossenschaft ihren Mitgliedern Leistungen anbietet, die die Mitglieder ansonsten nicht oder nur schwer erhalten wür-

³ Nowotny, in: Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Stand 1.6.2017, <www.rdb.at>; van Husen, Zu den Genossenschaftsprinzipien: Eine nicht ausschließlich rechtsdogmatische Spurensuche, in: FS Hofinger, 2015; Hofinger, Reformvorschlag für den Förderauftrag, in: Die Gewerbliche Genossenschaft, 8/2001; Beuthien, Genossenschaftsgesetz, 16. Aufl. 2018.

⁴ Keinert, Österreichisches Genossenschaftsrecht, 1988; Krejci, Zum Unternehmensgegenstand der Genossenschaft, *ecolex* 1992, 849.

den. Des Weiteren kann die Förderung der Genossenschafter im Wege der Rückvergütung erfolgen, und zwar abhängig von Ausmaß und Intensität der Leistungsbeziehung.

All das schließt nicht aus, dass die Genossenschaft auch im Bereich der *Zweckgeschäfte* und nicht nur im Bereich der *Deckungsgeschäfte und Hilfgeschäfte* Gewinne erzielt. Sie muss also nicht den gesamten Vorteil aus ihrer Geschäftstätigkeit an die Genossenschafter weitergeben. Abgesehen von der faktischen Unmöglichkeit eines solchen Ausbalancierens ist anerkannt, dass die Genossenschaft dazu in der Lage sein muss, für ihre Aktivitäten erforderliches Eigenkapital zu schaffen. Darüber hinaus ist jede Genossenschaft, will sie überleben, auf Gewinnerzielung angewiesen.

Mit dem Grundsatz der sog. „naturalen Förderung“ vereinbar sind Gewinnausschüttungen an die Genossenschafter im Verhältnis der Geschäftsanteile („Geschäftsanteilsverzinsung“); sie dürfen allerdings keinen kapitalistischen Charakter haben, sondern müssen dem angeführten Grundsatz untergeordnet bleiben. Erwerb und Wirtschaft der Mitglieder dürfen also nicht nur und auch nicht überwiegend über Gewinnausschüttungen „gefördert“ werden.⁵

Beteiligungen an anderen Gesellschaften können ebenfalls Fördermittel sein. Ihre Zulässigkeit setzt zunächst voraus, dass die Satzung der Genossenschaft die Begründung von Beteiligungen ausdrücklich erlaubt (vgl. § 5a Abs. 1 Ziff. 2 GenG).⁶ Voraussetzung ist weiters, dass die Beteiligungsgesellschaft selbst eine Förderleistung erbringt oder in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem genossenschaftlichen Förderbetrieb steht.⁷ Nicht ganz eindeutig ist, ob sich eine Genossenschaft nur aus Kapitalanlagegründen an einer anderen Gesellschaft beteiligen kann. *Dellinger*⁸ vertritt dazu die meines Erachtens berechtigte Auffassung, das sei dann zulässig, wenn der Beteiligungserwerb der Förderkapitalbildung und -anlage diene. Die Genossenschaft müsse in der Lage sein, die dazu notwendigen finanziellen Mittel bestmöglich anzulegen, so unter anderem auch in Beteiligungen. Die Grenze ist nach meiner Auffassung dort zu ziehen, wo diese Veranlagung in keiner Relation mehr zum Umfang der Zweckgeschäfte mit den Mitgliedern steht. Eindeutig unzulässig ist jedenfalls der Erwerb von Beteiligungen zu dem Zweck, die daraus resultierenden Gewinnausschüttungen an die Genossenschafter einfach weiterzuleiten. Anerkannt wird ferner, dass der Erwerb einer Beteiligung auch aus anderen wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt und damit zulässig sein kann. Gebracht wird das Beispiel einer Kreditgenossenschaft,

⁵ *Kastner*, in: Patera, Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens; *Beuthien*, Die Genossenschaftsidee im Spiegelbild von Rechtsform, Unternehmen und Gesellschaft – Wie geht es weiter?, AG 2012, 867.

⁶ *Dellinger*, Die Genossenschaft als Gesellschafter – Genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung an anderen Rechtsträgern, in: FS Krejci, 2001, S. 523; *Stölzle*, Die Beteiligung einer Genossenschaft an einer handelsrechtlichen Gesellschaft, GesRZ 1980, 8.

⁷ OGH 2.2.1984 – 6 Ob 19/83, SZ 57/28.

⁸ *Dellinger*, in: *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen: Kommentar, 2. Aufl. 2014, zu § 1 GenG.

die die Beteiligung an einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Hotelbetriebsgesellschaft übernimmt, um wirtschaftlichen Schaden von sich abzuwenden.⁹

Ferner fragt sich, ob eine Genossenschaft „reine Holdinggenossenschaft“ sein kann oder ob sie zusätzlich einen eigenen Geschäftsbetrieb aufzuweisen hat. Die wohl h. M. geht davon aus, dass ein eigener Geschäftsbetrieb nicht notwendig ist. Allerdings muss sichergestellt sein, dass die Beteiligungsunternehmen die Genossenschafter tatsächlich fördern, sei es über die gesellschaftsrechtliche Beherrschung dieser Unternehmen, sei es durch vertragliche Vereinbarungen.¹⁰ In diesem Sinne ist die ISÖ Alleingesellschafter der ISA, deren einzige Tätigkeit im Einkauf der von den Genossenschaftern der ISÖ im Sporthandel benötigten Artikel (z. B. Ski, Fahrräder, Bekleidung usw.) und in der Belieferung der Genossenschafter mit diesen Artikeln zu Konditionen unter dem Marktniveau im Wholesale-Bereich liegt. Aus der Sicht der ISA als GmbH stellt sich dabei als Folge der Gewährung günstigerer Preise und sonstiger Bedingungen an die Gesellschafter ihrer Muttergesellschaft das Thema des Verbots der Einlagenrückgewähr nach den §§ 82 f. GmbHG. Im konkreten Fall ist die „Förderung“ betriebswirtschaftlich gerechtfertigt, und zwar u. a. deshalb, weil die ISA aufgrund eines entsprechenden Haftungssystems der Intersport-Händler kein Delkredere-Risiko trifft und weil sie aufgrund entsprechender Vororder der Intersport-Händler mit keinem allgemeinen Marktabsatzrisiko belastet ist. Dem Thema des Verbots der Einlagenrückgewähr ist jedenfalls in der Situation der Förderung der Mitglieder einer Holdinggenossenschaft durch deren Beteiligungsgesellschaft besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

2. Erscheinungsformen

§ 2 GenG unterscheidet

- Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung (§ 53 ff. GenG)
- Genossenschaften mit beschränkter Haftung (§ 76 ff. GenG) und
- Genossenschaften mit Geschäftsanteilhaftung (vgl. § 2 Abs. 3 i. V. m. § 86 a GenG – siehe auch § 27 BWG für Kreditgenossenschaften)

Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung existieren im österreichischen Wirtschaftsleben nicht. Die Genossenschaften mit beschränkter Haftung bzw. mit Geschäftsanteilhaftung haben sie zur Gänze verdrängt. Im Übrigen greift die Haftung der Genossenschafter sowohl bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung als auch einer solchen mit Geschäftsanteilhaftung nur im Fall von deren Liquidation oder Insolvenz.

⁹ *van Husen*, in: Haberer/Krejci, Konzernrecht, Kap. 3, Stand 1.7.2016, <www.rdb.at>.

¹⁰ *Beuthien*, Die eingetragene Genossenschaft als Holdinggesellschaft, AG 1996, 349; *Schwetz*, Revisionsverband gem. § 5 WGG – Parteistellung im Firmenbuch auch bei Holdinggesellschaften, immo aktuell 2021, 13 (OGH 17.12.2020 – 6 Ob 233/20p).

3. Organe

Das Genossenschaftsgesetz stattet die Genossenschaft mit folgenden Organen aus:

- Generalversammlung
- Vorstand und
- Aufsichtsrat (zwingend bei dauernder Beschäftigung von mindestens 40 Arbeitnehmern – vgl. § 24 Abs. 1 GenG)

Die Generalversammlung bestellt den Vorstand, wählt die Aufsichtsratsmitglieder und beruft die Organmitglieder ab. Vorstandsbestellung und -abberufung können durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat übertragen werden (§ 15 Abs. 1 und 3 GenG).

Ausschließlich Genossenschafter können zu Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gewählt werden (vgl. §§ 15 Abs. 1 und 24 Abs. 1 GenG – arg.: „[...] aus dem Kreis der Genossenschafter [...]“).

IV. Genossenschaft und Kartellrecht

1. Österreich

§ 2 Abs. 2 Ziff. 3 KartG nimmt vom Kartellverbot ausdrücklich aus:

„Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern sowie zwischen diesen und der Genossenschaft, soweit diese Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung des Förderungsauftrages von Genossenschaften [...] berechtigt sind“.

Gegenstand der Ausnahme sind nur Kartelle und vertikale Vertriebsbindungen (Bagatellgrenze: 10 % Marktanteilsschwelle bei horizontalen und 15 % bei vertikalen Kartellen). Andere Tatbestände des Kartellgesetzes, so etwa zur Marktherrschaft (vgl. §§ 4 ff.) oder zum Zusammenschluss (§§ 7 ff.), sind davon nicht erfasst. Mit der Ausnahme soll nach h. M. die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft als volkswirtschaftlich erwünschte, um nicht zu sagen notwendige Gesellschaftsform und Selbsthilfeorganisation sichergestellt werden. Mit *Krejci* sind Zweck und Ziel des § 2 Abs. 2 Ziff. 3 KartG, „das von der Rechtsordnung, d. h. dem Gesetzgeber positiv beurteilte Wirken von Genossenschaften“ kartellrechtlich, insbesondere durch die Rechtsprechung, nicht zu behindern.¹¹

Nicht gänzlich geklärt in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung ist, ob § 2 Abs. 2 Ziff. 3 KartG nur die sog. „Immanenztheorie“ kodifiziert oder ob die Bestimmung einen darüber hinausgehenden eigenständigen Regelungsgehalt

¹¹ *Krejci*, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 3.

hat. Ein Teil der Lehre (*Koppensteiner*¹², *Schuhmacher*¹³ und *Gugerbauer*¹⁴) meinen, die Regelung fuße auf der Immanenztheorie; deshalb sei bei der Prüfung des Eingreifens der Ausnahmeregelung zu beurteilen, ob die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne der Immanenztheorie für das ordnungsgemäße Funktionieren der konkreten Genossenschaft notwendig sei. Mit anderen Worten, die Ausnahmeregelung setze voraus, dass die kartellrechtlich auf dem Prüfstand stehenden Vereinbarungen *erforderlich* sind, um den gesetzlich anerkannten, also legitimen Hauptzweck der Genossenschaft verwirklichen/erreichen zu können (*ancillary-restraints*-Doktrin). Nur soweit reiche die Ausnahme.

Demgegenüber vertreten andere Autoren (*Mösenbacher*¹⁵, *Nowotny*¹⁶) den Standpunkt § 2 Abs. 2 Ziff. 3 KartG gehe über eine bloße Kodifikation der Immanenztheorie hinaus, sei also weiter zu verstehen. In diesem Sinne komme es darauf an, ob die Wettbewerbsbeschränkung durch den Förderungsauftrag gerechtfertigt sei. Verwiesen wird insoweit auch auf einen, von einem Schiedsgericht entschiedenen Fall. In diesem Fall ging es um eine Regelung im Statut einer Sekundär-genossenschaft, die die geschäftliche Tätigkeit der Mitglieder der Sekundär-genossenschaft, d. h. der Primär-genossenschaften, auf eine bestimmte geografische Region beschränkte. Das Eingreifen der Ausnahmeregelung wurde damit begründet, dass die durch diese Vorschrift hervorgerufene Konzentration der Kräfte auf ein bestimmtes Marktgebiet dessen effizientere Bearbeitung und zudem eine leichtere Risikoüberwachung begründe. Sowohl der Förderungsauftrag als auch der Revisionszweck rechtfertigten die Anwendung der Ausnahmeregelung.

Ein spannendes Thema, zu dem das letzte Wort noch nicht gesprochen sein dürfte, ist die Frage, wie weit die Kartellrechtsfreistellung im Genossenschaftskonzern reicht. Führt die Auslagerung von Fördertätigkeiten in operative Tochtergesellschaften dazu, dass auch auf diese Tochtergesellschaften im Verhältnis zu den Genossenschaf tern § 3 Abs. 2 Ziff. 3 KartG anwendbar ist? Sind diese Tochterunternehmen in diesem Sinn also „Instrumente zur Verwirklichung des genossenschaftlichen Förderungsauftrages“?

2. Europäische Union (EU)

Art. 101 AEUV enthält keine spezifisch auf die Genossenschaft bezogene Regelung. Die EU-kartellrechtlichen Bestimmungen haben, wie allgemein bekannt,

¹² *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 7 Rn. 55; so auch schon *Koppensteiner*, Schwerpunkte der Kartellgesetz-Novelle 1993, wbl 1993, 341, 343 f.

¹³ *Schuhmacher*, Zum Wettbewerbsverständnis im österreichischen Recht, wbl 2019, 376.

¹⁴ *Gugerbauer*, Kommentar zum KartG, 2. Aufl. 1994, § 5 Rn. 30; OLG Wien 10.7.1997 – 26 Kt 20, 190/97.

¹⁵ *Mösenbacher*, in: Dellinger (Fn. 8), Anh. I zu § 1 GenG: Genossenschaft und Kartellrecht, Rn. 51 ff., insbes. Rn. 43 ff.

¹⁶ Siehe zur Kritik auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 1990, S. 457.

durchgängig Vorrang, gelten unmittelbar.¹⁷ Voraussetzung ist, dass das in Art. 101 AEUV tatbestandsmäßig verankerte Verhalten geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen und eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes zu bewirken, die spürbar sein muss (*Zwischenstaatlichkeitsklausel*).¹⁸ Abzustellen ist auf den sachlich, auf den räumlich und auf den zeitlich maßgebenden Markt, wobei sich aus einer Zusammenschau dieser Elemente der „relevante Markt“ ergibt.¹⁹

Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist anhand der Immanenztheorie zu prüfen, ob sich Wettbewerbsbeschränkungen als „unerlässliche Mindestfunktionsvoraussetzung“ der Genossenschaft erweisen.

Alles Weitere würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, welcher sich mit der Genossenschaft in Österreich befasst.

V. „Vorteile“ der Genossenschaft („Anziehungspotential“)

Worin besteht nun das besondere Anziehungspotential der Genossenschaft im Vergleich zu anderen Gesellschaftsrechtsformen. Vor allem folgende Vorteile dürften hierfür ausschlaggebend sein:

1. *Selbsthilfe- und Unterstützungsorganisation*

Wie bereits dargelegt, ist die Genossenschaft auf Förderung von Erwerb und Wirtschaft ihrer Mitglieder angelegt. Genossenschaften als Rechtsform sind also darauf ausgerichtet, ihren Gesellschaftern wirtschaftliche Vorteile zukommen zu lassen, die sie einem Dritten nicht gewähren (würden). Anders als Kapitalgesellschaften unterliegen Genossenschaften daher insoweit grundsätzlich keinem Verbot der Einlagenrückgewähr. Kritisch wird es bei Genossenschaften erst dann, wenn den Genossenschaftefern über Zweckgeschäfte die geleisteten Einlagen bzw. Geschäftsguthaben zurückgewährt werden, d. h. wenn es so zu einer Unterbilanz käme. Abgeleitet wird das für Österreich aus § 3 Abs. 1 Genossenschaftsinsolvenzgesetz, nach dem der Insolvenzverwalter im Konkurs der Genossenschaft die offenen Einlagen einzutreiben hat. Bei offener oder verdeckter Rückgewähr der Einlage – Letzteres über günstigere Konditionen – muss die Einlagepflicht des Genossenschaftefers wieder aufleben, weil ansonsten der mit § 3 Abs. 1 Genossenschaftsinsolvenzgesetz verfolgte Zweck vereitelt werden würde. Dabei geht

¹⁷ OGH 25.10.1996 – 1 Ob 2362/96a, ÖBl 1997, 180 = ÖJZ-LSK 1997/56 = wbl 1997/34.

¹⁸ Lettner, in: Burgstaller/Lettner, EU-Kartellrecht, 2014, C. Konkurrenz zwischen europäischem und österreichischem Kartellrecht – Die Zwischenstaatlichkeitsklausel; *Kommission*, Entscheidung Lombard Club, ABl 2004 Nr. L 56 S 1, Rn. 438 f.

¹⁹ *Mösenbacher*, in: Dellinger (Fn. 8), Anhang I zu § 1 GenG: Genossenschaft und Kartellrecht, Rn. 13 ff.

es nach h. M. nicht nur um die Deckung der Gesellschaftseinlagen, sondern um die Deckung der Geschäftsguthaben im Nettoaktivvermögen der Genossenschaft.²⁰

Eine Einlagenrückgewähr in diesem Sinn verleiht der Genossenschaft Rückforderungsansprüche gegen die betreffenden Genossenschafter. Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn der betreffende Genossenschafter die Leistung gutgläubig als Förderleistung bezogen hat, und zwar in Analogie zu § 83 Abs. 1 GmbHG und § 56 Abs. 3 AktG. Die Rückforderungsansprüche der Genossenschaft verjähren grundsätzlich in fünf Jahren.²¹

Abweichend von GmbH und AG ist der Vertrag über die verbotswidrige Förderleistung nicht nach § 879 Abs. 1 ABGB absolut nichtig. Die Genossenschaft kann ihn nach h. M. nur im Ausmaß der Differenz „anfechten“. Das führt dazu, dass eine Verletzung des so verstandenen Verbots der Einlagenrückgewähr im Prozess nicht von Amts wegen wahrzunehmen ist.²²

2. *Leitung der Genossenschaft und Gestaltung des Rahmens*

Die Generalversammlung ist gesetzlich als höchstes und weisungsbefugtes Organ ausgestaltet, die dem Vorstand Weisungen erteilen kann. Die Genossenschafter sind und bleiben daher grundsätzlich „Mastermind“ des Geschehens. Gerade bei Genossenschaften mit großer Mitgliederzahl ergeben sich daraus allerdings auch Defizite, die darin begründet sind, dass die Mitglieder an der Generalversammlung und damit an der Meinungsbildung von vorneherein nicht teilnehmen oder mangels entsprechenden Interesses und mangels entsprechender Information nicht in der Lage sind, die Meinungsbildung sachgerecht vorzunehmen.

Obwohl § 11 Satz 2 GenG anordnet, dass der Genossenschaftsvertrag vom Genossenschaftsgesetz nur so weit abweichen kann, soweit dies das Gesetz für ausdrücklich zulässig erklärt, besteht für den Gesellschaftsvertrag ein relativ flexibler Gestaltungsspielraum.

3. *Nominalkapital, Haftungsprivileg und Ertragsteuer*

Genossenschaften kennen kein Mindestkapital und keine Mindestkörperschaftsteuer. Zugleich lässt sich die Haftung des einzelnen Mitglieds für Verbindlichkeiten der Genossenschaft, die dann auch nur in der Liquidation oder Insolvenz der Genossenschaft zum Tragen kommt, beschränken.

²⁰ Feil/Perkounigg/Igerz, Die Genossenschaft im österreichischen Handels- (Genossenschafts-), Steuer- und Bilanzrecht, 2. Aufl. 1986; Maurer/Perkounigg, Genossenschaftliche Rückvergütungen, in: Bergmann, Praxisfragen zum Körperschaftsteuerrecht, 2000.

²¹ Nowotny, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Fn. 3), Rn. 5/10.

²² Dellinger, in: Dellinger (Fn. 8), zu § 1 GenG Rn. 25; vgl. dazu Müller, [deutsches] Genossenschaftsgesetz, 2. Aufl. 1991, § 22.

4. Aufwand

Genossenschaften haben geringe Gründungskosten und verzeichnen einen geringen laufenden Aufwand, auch im Bereich der Abschlussprüfung, durch ihre zwingende Zugehörigkeit zu einem (anerkannten) Revisionsverband.

5. Mitgliederwechsel

Der Mitgliederwechsel bei Genossenschaften ist unkompliziert. Insbesondere das Ausscheiden aus der Genossenschaft durch Kündigung, Tod oder durch Geschäftsanteilsübertragung gestaltet sich einfach, und zwar bei Tod und Kündigung im Regelfall nach dem Nominalwertgrundsatz ohne Unternehmensbewertung. Der Schutz der Genossenschaft (und deren Gläubiger) erfolgt (ausschließlich) durch zeitversetzte Auszahlung des Geschäftsguthabens (einjährige Sperrfrist des § 79 Abs. 1 GenG).

6. Revision

Gemessen an der Abschlussprüfung einer Kapitalgesellschaft ist der Umfang der Revision einer Genossenschaft erweitert. Zusätzlich zu prüfen sind die Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit ihrer Einrichtungen, ihrer Rechnungslegung und ihrer Geschäftsführung, insbesondere in Bezug auf die Erfüllung des Förderauftrags sowie in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl. §§ 1 und 5 GenRevG), und zwar bei Genossenschaften mit Aufsichtsrat in jedem, ansonsten in jedem zweiten Geschäftsjahr. Darüber hat der Revisor schriftlich zu berichten. Mängel sind im Bericht ausdrücklich festzuhalten. Die Generalversammlung ist anhand einer Kurzfassung des Revisionsberichtes, in den jedenfalls alle „Mängel von Belang“ aufzunehmen sind, zu informieren. § 8 Abs. 1 GenRevG verpflichtet die Genossenschaft, geeignete Maßnahmen zur Behebung festgestellter Mängel zu ergreifen und darüber dem Revisor zu berichten. Andernfalls hat der Revisor das Firmenbuchgericht zu informieren, dass dann über die Geschäftsführung nach § 87 GenG Ordnungsstrafen bis zu 3.500 EUR verhängen kann.

Zusammenfassend erleichtert die Revision durch ihren erweiterten Umfang somit tendenziell das Leben des Genossenschafters.

VI. Die Genossenschaft als „way of no return“

1. Keine Umwandlung und Verschmelzung

Das österreichische Genossenschaftsrecht ermöglicht es nicht, eine Genossenschaft formwechselnd oder errichtend in eine andere Gesellschaftsform, d. h. in eine Kapital- oder Personengesellschaft umzuwandeln. Des Weiteren kennt das österreichische Genossenschaftsrecht auch keine Verschmelzung einer Genossen-

schaft mit einer Gesellschaft anderer Rechtsform, insbesondere einer Kapitalgesellschaft.

2. Rechtsformübergreifende Abspaltung und Einbringung nach § 92 BWG

Genossenschaften können nach den Vorschriften des GenSpaltG zur Neugründung und zur Aufnahme ab- oder aufgespalten werden. Eine Spaltung zur Neugründung setzt zwingend voraus, dass die neu entstehende Gesellschaft eine Genossenschaft ist. Nur eine Abspaltung oder Aufspaltung zur Aufnahme kann rechtsformübergreifend erfolgen. Die §§ 21 f. GenSpaltG lassen es ausnahmsweise zu, dass der übernehmende Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft ist, aber nur dann, wenn die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger unterbleibt, und zwar deshalb, weil „die Mitglieder an der übernehmenden Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar im selben Verhältnis beteiligt sind, wie an der übertragenden Genossenschaft“. Diese Voraussetzung ist z. B. dann erfüllt, wenn die sich spaltende Genossenschaft Alleingesellschafter der übernehmenden Kapitalgesellschaft ist.

Flankiert werden die §§ 21 f. GenSpaltG für Kreditgenossenschaften durch § 92 BWG, der es Kreditgenossenschaften ermöglicht, ihren bankgeschäftlichen Teilbetrieb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in eine Aktiengesellschaft einzubringen. Sowohl die Spaltung zur Aufnahme nach § 21 GenSpaltG als auch die Einbringung nach § 92 BWG bewirken also den Gesamtrechtsnachfolgeübergang des spaltungsgegenständlichen bzw. einbringungsgegenständlichen Vermögens.²³

Keine der beiden Regelungen genießt gesetzlich Vorrang. Spaltung und Einbringung stehen daher Kreditgenossenschaften gleichwertig zur Verfügung. Dennoch bestehen zwischen ihnen folgende relevante Unterschiede:

a) *Aufnehmende Gesellschaft*

Gespalten werden kann in GmbH und AG, eingebracht werden muss in eine Aktiengesellschaft.

b) *Gegenstand der Übertragung*

Gesellschaftsrechtlich zulässig ist die Spaltung jedes Vermögensgegenstandes. Die Einbringungsmöglichkeit besteht nur für einen bankgeschäftlichen Betrieb oder Teilbetrieb.

²³ *Lovrinovic*, Genossenschaft wird flexibler – Das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz erleichtert ab 2019 Umgründungen, *Raiffeisenzeitung* Nr. 40 (2018), 13; *Mösenbacher*, Das bringt das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz. *Cooperativ – Das Magazin für Genossenschaften*, 146 Jg. (2018), H 3, 18–21; *Ritt-Huemer/Simonishvili*, Genossenschaft, spalte dich!, *ÖBA* 2019, 328; *Blisse*, Warum Genossenschaften ihr Vermögen zusammenhalten sollten, *ÖBA* 2020, 317; *Rauter*, Die Spaltung von Genossenschaften, *JAP* 2018/2019, 12.

c) Haftung

Die Einbringung führt zu einer *pro-futuro*-Haftung der einbringenden Kreditgenossenschaft für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft im Fall von deren Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 92 Abs. 9 BWG).²⁴ Es kommt also zu einer unbegrenzten Forthaftung des Einbringenden für Neuschulden. Offen ist, ob das auch dann gilt, wenn die Beteiligung an der Bankaktiengesellschaft in weiterer Folge zur Gänze oder so weit veräußert wird, dass die Verwaltungsgenossenschaft keine Minderheitsrechte mehr ausüben kann. *Dellinger/Schellner*²⁵ und *van Husen*²⁶ vertreten Ersteres, *Völkl/Frenzl*²⁷ wollen die Haftung schon bei einer relevanten Reduzierung der Beteiligung entfallen lassen.

Demgegenüber verweist § 21 GenSpaltG nicht auf § 92 Abs. 9 BWG. Das GenSpaltG enthält darüber hinaus eigene Gläubigerschutzvorschriften, die dem Spaltungsgesetz nachgebildet sind. Anknüpfungspunkt ist das für die Spaltung nach § 5 GenSpaltG zwingend einzuholende Gutachten des Revisors. Es dient nicht nur der besseren Information der Mitglieder, sondern hat auch dazu Stellung zu nehmen, ob die Spaltung mit den Belangen der Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Genossenschaften vereinbar ist. Des Weiteren hat der Revisor u. a. gutachtlich zu bestätigen, dass das den beteiligten Genossenschaften jeweils zugewiesene Vermögen einen positiven Verkehrswert hat, der bei einer neuen Genossenschaft mindestens der Höhe der dafür gewährten Geschäftsanteile entspricht.²⁸

VII. Struktur der Österreichischen Raiffeisengruppe und des Österreichischen Raiffeisenverbandes (Revision)

Zur zusätzlichen Information ist im Folgenden die Struktur der Österreichischen Raiffeisengruppe im Banken- und Lagerhausbereich sowie die Struktur der Raiffeisenrevisionsverbände festgehalten:

²⁴ *van Husen*, „Unbeschränkte pro-futuro-Haftung“ für ihren Bankbetrieb einbringende Kreditgenossenschaften?, ÖBA 2001, 671.

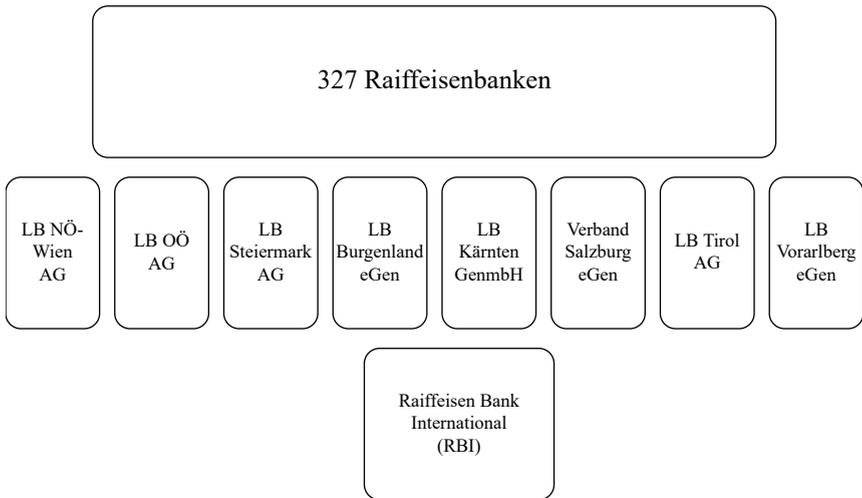
²⁵ *Dellinger/Schellner*, in: *Dellinger*, Bankwesengesetz, 8. Aufl. 2016, zu § 92; *Dellinger/Schellner*, Das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz, RWZ 2019, 22; *Dellinger* (Fn. 8).

²⁶ *van Husen*, in: *Laurer/Schütz/Kammel/Ratka*, BWG, 4. Aufl., § 92, Stand 1.1.2017, <www.rdb.at>; *van Husen*, Wem gehört das Genossenschaftsvermögen? Ein Beitrag zur Reform des Genossenschaftsrechts. Studien zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Bd. 7, 1998.

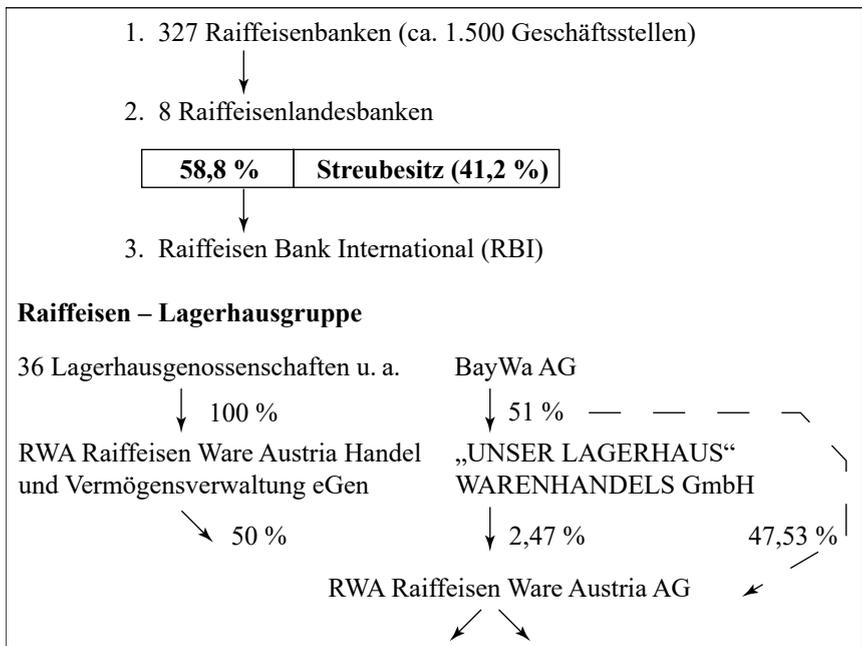
²⁷ *Völkl/Frenzl*, in: *Laurer/Schütz/Kammel/Ratka* (Fn. 26), § 27, Stand 1.10.2019.

²⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 3. Aufl. 2021, § 17 SpaltG, Rn. 116 ff.; *Potyka*, Das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz, RdW 2018, 574.

Raiffeisen Bankengruppe (genossenschaftlicher Zusammenschluss)



Bei der Raiffeisen Bankengruppe handelt es sich um einen Zusammenschluss von unabhängigen Banken. Die RBG ist dreistufig aufgebaut und umfasst ca. 1,7 Mio. Mitglieder:

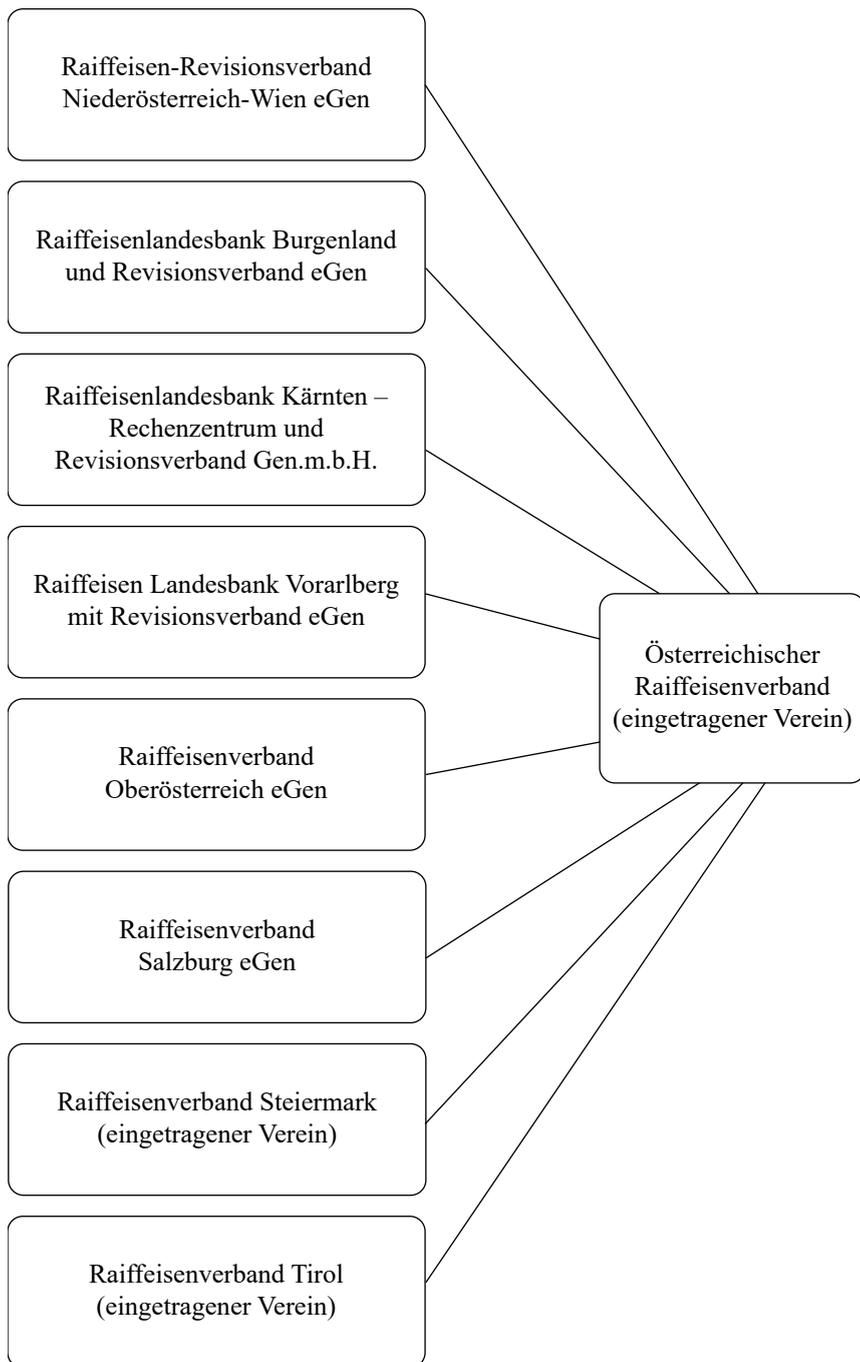


<i>Inländische (mittel- und unmittelbare) Tochterunternehmen und Beteiligungen (Auszug)</i>	<i>CEE-Tochterfirmen</i>
AGRARCOMMANDER (95 %)	RWA Czechia (51 %)
Agro Innovation Lab (100 %)	RWA Hrvatska (100 %)
Austria Juice (49,99 %)	RWA Magyarorszag (100 %)
Bautechnik (100 %)	RWA Raiffeisen Agro Romania (100 %)
BayWa Vorarlberg (51 %)	RWA Slovenija (100 %)
Garant (99,99 %)	RWA Slovakia (100 %)
Raiffeisen-Lagerhaus GmbH (89,9 %)	RWA Srbija (100 %)

Raiffeisen Revisionsverbände

Der Österreichische Raiffeisenverband (ÖRV) ist ein eingetragener österreichischer Verein (ZVR-Nummer 113436576). Vereinszweck ist die Vertretung der Interessen der Raiffeisen-Gruppe. Für seine Mitglieder ist der ÖRV auch Revisionsverband nach dem Genossenschaftsrevisionsgesetz, zudem koordiniert er die Arbeit der acht Raiffeisen-Revisionsverbände in den Bundesländern.

Die Revisionsverbände sind in ihrem jeweiligen Bundesland der gesetzliche Revisionsverband, der mit der Genossenschaftsrevision eine besondere und bewährte Form der Pflichtprüfung durchführt. Alle Revisionsverbände sind ordentliche Mitglieder im Österreichischen Raiffeisenverband.



Die Genossenschaft in der Schweiz

Harald Bärtschi

I.	Grundzüge des Schweizer Genossenschaftsrechts	342
1.	Zweck und Geschäftstätigkeit	343
2.	Gründung der Genossenschaft	344
a)	Gründungsversammlung	344
b)	Eintragung in Handelsregister	344
c)	Gründerinnen und Gründer	345
d)	Statuten	345
e)	Firma	346
3.	Genossenschaftskapital und Anteilscheine	346
a)	Genossenschaftskapital	346
b)	Genossenschaftsanteile und Anteilscheine	347
c)	Kein Partizipationskapital	348
d)	Kapitalschutzvorschriften	348
e)	Veränderungen des Grundkapitals	349
4.	Rechtsstellung der Genossenschafterin	349
a)	Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft	349
b)	Rechte der Genossenschafterin	351
c)	Pflichten der Genossenschafterin	354
5.	Organisation und Organe der Genossenschaft	356
a)	Überblick	356
b)	Generalversammlung	356
c)	Verwaltung und Geschäftsführung	359
d)	Revisionsstelle (Abschlussprüferin)	363
6.	Verantwortlichkeit	363
a)	Geltungsbereich	363
b)	Haftungsvoraussetzungen	364
c)	Mittelbarer und unmittelbarer Schaden	366
d)	Entlastung, Solidarität und Verjährung	367
7.	Ausscheiden von Genossenschafterinnen	367
a)	Austrittsrecht	367
b)	Ausschluss	368
c)	Verlust der Mitgliedschaft im Todesfall	368
d)	Beendigung eines Rechtsverhältnisses	368
e)	Übertragung der Mitgliedschaft	369
8.	Auflösung, Umwandlung und Liquidation	369
a)	Beendigungsgründe	369
b)	Umwandlung	370
c)	Liquidationsverfahren	370
d)	Verteilung und Löschung	371

9. Exkurs: steuerliche Situation	371
10. Fazit	373
II. Governance von Großgenossenschaften	373
1. Hintergrund	373
2. Genossenschaftsverband	373
a) Gesetzliche Regelung	373
b) Machtverhältnisse	374
3. Blick auf Praxis	376
a) Detailhändler	376
b) Banken und Versicherungen	378
III. Reformbedarf	379

I. Grundzüge des Schweizer Genossenschaftsrechts*

Die *Bedeutung* der Genossenschaft in der Schweiz erscheint in absoluten Zahlen betrachtet als beschränkt, wenn auch nicht vernachlässigbar: Den 8.186 Genossenschaften stehen 257.519 GmbHs und 239.362 Aktiengesellschaften gegenüber.¹ Doch kommt einzelnen großen Genossenschaften wirtschaftlich eine überragende Bedeutung zu. In der jüngeren Vergangenheit ist eine gewisse Wiederentdeckung dieser Rechtsform zu beobachten. Aspekte der Corporate Governance bei Genossenschaften weckten als Folge einzelner Skandale und Missbräuche im Umfeld von Genossenschaften das Interesse der Öffentlichkeit. So schenkt mittlerweile auch die Wissenschaft der über Jahrzehnte stiefmütterlich behandelten Genossenschaft mehr Aufmerksamkeit.

Zunächst wird ein Überblick über das derzeit in Kraft stehende Schweizer Genossenschaftsrecht gegeben.² Im internationalen Verhältnis gelangen die Bestimmungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts nach der aus Schweizer Sicht geltenden Inkorporations- oder *Gründungstheorie* unabhängig vom Ort der tatsächlichen Verwaltung zur Anwendung, wenn eine Genossenschaft ihren statutarischen Sitz in der Schweiz hat, sie somit nach den Vorschriften des Schweizer Rechts organisiert ist und die geltenden Publizitäts- beziehungsweise Registrie-

* Erweiterte Fassung des am 2.6.2023 anlässlich des 12. deutsch-österreichisch-schweizerischen Symposiums zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien gehaltenen Referats. Für wertvolle Hinweise zur österreichischen Raiffeisen Bankengruppe dankt der Verfasser Rechtsanwalt Dr. *Stephan Frotz*, Wien.

¹ Stand 1.1.2024. Die Angaben stützen sich auf das Eidgenössische Amt für das Handelsregister, vgl. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/handelsregister/statistik.html>>.

² Die einführenden Bemerkungen zum Schweizer Genossenschaftsrecht beruhen zum Teil auf *Bärtschi*, Der Rechtsrahmen für Genossenschaften in der Schweiz, in: Blome-Drees/Göler von Ravensburg/Jungmeister/Schmale/Schulz-Nieswandt, Handbuch Genossenschaftswesen, 2023, S. 733 ff.

nungsvorschriften erfüllt.³ Deutschland wendet hingegen im Verhältnis zu Drittstaaten wie der Schweiz, das heißt Staaten ohne Mitgliedschaft in der EU oder im EWR und ohne staatsvertraglich vereinbarte Niederlassungsfreiheit, die Sitztheorie an, stellt folglich auf den Verwaltungssitz ab.⁴ Die Besonderheiten von Schweizer Großgenossenschaften werden im zweiten Teil erörtert, wobei der Schwerpunkt auf Fragen der Steuerung und der Machtverhältnisse liegt (hinten, II.).

1. Zweck und Geschäftstätigkeit

Gemäß der *gesetzlichen Umschreibung* im Schweizer Obligationenrecht (OR)⁵ ist die Genossenschaft „eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt oder die gemeinnützig ausgerichtet ist“ (Art. 828 Abs. 1 OR).

Somit ist der charakteristische Zweck der Genossenschaft auf die Befriedigung wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder in *gemeinsamer Selbsthilfe* gerichtet. Die Tätigkeit der Genossenschaft soll direkt – und nicht nur über die Ausschüttung eines erzielten Gewinns – den Mitgliedern zugutekommen. Der Beteiligung liegt nicht wie bei der Aktiengesellschaft ein bloß finanzielles Interesse zugrunde.

Mangels gemeinnütziger Ausrichtung impliziert die gesetzliche Umschreibung in Art. 828 Abs. 1 OR einen hauptsächlich *wirtschaftlichen* Zweck. Dabei ist es möglich, gleichzeitig untergeordnete nichtwirtschaftliche Zwecke zu verfolgen. So darf eine Konsumgenossenschaft noch ein kulturelles Projekt unterstützen, eine Gewerkschaft soziale Interessen ihrer Mitglieder fördern. Die Genossenschaft kann selbst ein kaufmännisches Unternehmen betreiben, sich aber auch darauf beschränken, beispielsweise für die Mitglieder den Absatz von Produkten zu fördern oder Güter einzukaufen.

Die Möglichkeit einer *gemeinnützigen Ausrichtung* ist im Gesetz erst seit Anfang 2021 verankert. Zuvor konnte sich diese lediglich auf eine bundesrätliche Verordnung stützen: Die inzwischen aufgehobene Bestimmung von Art. 86 lit. b Ziff. 2 Handelsregisterverordnung (HRegV)⁶ hat für die Eintragung einer Rechts Einheit als Genossenschaft ausdrücklich vorgesehen, dass der statutarische Zweck – alternativ zur Förderung der Mitgliederinteressen – „gemeinnützig ausgerichtet“ ist. Insofern nicht unproblematisch bleibt eine Geschäftstätigkeit, welche weder den Interessen der Mitglieder dient noch gemeinnützig ist, so im Zusammen-

³ Vgl. Art. 154 Abs. 1 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987 (Systematische Rechtssammlung 291).

⁴ Vgl. BGH 27.10.2008 – II ZR 158/06 und II ZR 290/07 („Trabrennbahn“).

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (Systematische Rechtssammlung 220).

⁶ Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17.10.2007 (Systematische Rechtssammlung 221.411).

hang mit den bei einzelnen Genossenschaften häufigen Nichtmitgliedergeschäften. Darauf ist sogleich zurückzukommen.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers wird der Genossenschaftszweck unter Mitwirkung der Genossenschafterinnen erreicht. Insoweit sind persönliche Eigenschaften oder Fähigkeiten der Mitglieder relevant. Deshalb werden Genossenschaften als *personenbezogene* Körperschaften betrachtet. Neuen Mitgliedern soll der Eintritt nicht übermäßig erschwert werden (Prinzip der offenen Tür), und bestehenden Genossenschafterinnen darf der Austritt nicht verwehrt sein.

In der Praxis existieren Genossenschaften in unterschiedlicher Größe und Ausprägung. Auch der Gesetzgeber hatte nicht nur landwirtschaftlich ausgerichtete Kleingenossenschaften vor Augen, deren Mitglieder sich zur gegenseitigen Unterstützung zusammenschließen. Vielmehr nimmt das Gesetz punktuell auf große Genossenschaften Rücksicht. Auf die besondere Erscheinungsform des *Genossenschaftsverbands* und die Struktur von Großgenossenschaften wird im nächsten Kapitel eingegangen (hinten, II.).

Festzuhalten ist bereits an dieser Stelle, dass der Mitgliedschaft der Basismitglieder bei den Großgenossenschaften in der Regel keine überragende Bedeutung zukommt. Normalerweise ist die Mitgliedschaft nicht unabdingbar, das heißt für die Inanspruchnahme von Leistungen nicht vorausgesetzt. Bei den meisten Großgenossenschaften hat die Mitgliedschaft keine spürbaren Auswirkungen auf die Stellung des Basismitglieds im Vergleich zu sonstigen Kundinnen oder Leistungsbezügern. Die *Nichtmitgliedergeschäfte* von Genossenschaften werden allgemein geduldet, obgleich sie im Prinzip nicht zweckkonform sind: Sie dienen weder den wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe noch einer gemeinnützigen Ausrichtung.

2. Gründung der Genossenschaft

a) Gründungsversammlung

Gemäß Art. 830 und Art. 834 Abs. 1 OR erfordert die Gründung einer Genossenschaft, dass die konstituierende Versammlung die *Satzung* (näher zu den Statuten hinten, I. 2. a)) genehmigt. Leisten die Gründerinnen die geschuldeten Einlagen auf das etwaige Genossenschaftskapital nicht in Geld (Sacheinlagegründung), verlangt das Gesetz eine Offenlegung in den Statuten (Art. 833 Ziff. 2 OR) sowie einen schriftlichen Gründungsbericht (Art. 834 Abs. 2 Satz 1 OR). Außerdem bestellt die Versammlung nach Art. 834 Abs. 3 OR die gesetzlich und statutarisch vorgesehenen Organe. Seit dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision von 2020 am 1.1.2023 ist auch für die Errichtung einer Genossenschaft eine öffentliche Beurkundung erforderlich (Art. 830 OR), während früher ein schriftliches Protokoll der konstituierenden Versammlung genügt hat.

b) Eintragung in Handelsregister

Die neu gegründete Genossenschaft entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister (Art. 838 Abs. 1 OR). Der Eintragung kommt *heilende Wirkung* zu:

Im Interesse des Verkehrsschutzes stehen Gründungsmängel dem Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht entgegen. Gleichwohl sind vorhandene Mängel zu beheben. Eine besondere Gründungshaftung wird im Abschnitt zur Verantwortlichkeit (Art. 916–920 OR) allerdings nicht vorgesehen.

Werden vor der Eintragung in das Handelsregister im Namen der Genossenschaft Verbindlichkeiten begründet, haften die Handelnden persönlich und solidarisch (Art. 838 Abs. 2 OR). Die *persönliche Haftung* entfällt, wenn die Genossenschaft die Verpflichtungen innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister übernimmt (Art. 838 Abs. 3 OR).

c) Gründerinnen und Gründer

Die Genossenschaft kann aus natürlichen und juristischen Personen beziehungsweise Handelsgesellschaften bestehen. Somit fallen neben der Aktiengesellschaft und der GmbH auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften als Mitglieder einer Genossenschaft in Betracht. An der Gründung müssen mindestens *sieben Mitglieder* beteiligt sein (Art. 831 Abs. 1 OR). Anders als unter dem früheren Aktienrecht, bei welchem die Praxis ein späteres Unterschreiten der damaligen gesetzlichen Mindestanzahl von drei Gründerinnen toleriert hat, muss eine Genossenschaft jederzeit mindestens sieben Mitglieder aufweisen. Andernfalls kommen die aktienrechtlichen Vorschriften zu Organisationsmängeln analog zur Anwendung (Art. 831 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 731b OR).

Das Schweizer Bundesgericht geht noch einen Schritt weiter: Sinkt die Mitgliederzahl unter das Minimum, liegt nicht bloß eine mangelhafte Organisation vor, sondern es ist der *Tatbestand* der Genossenschaft als solcher nicht mehr gegeben. Es fehlt dann an einem begriffsbestimmenden Element. Die Körperschaft existiert nur noch formal im Handelsregister, hat aber materiell ihre Existenz verloren. Eine Wiederherstellung mittels gerichtlicher Maßnahme fällt außer Betracht. Das Gericht muss entweder eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands ansetzen oder die Auflösung der Genossenschaft verfügen.⁷ Die Lehre hat diese Auffassung des Bundesgerichts kritisch aufgenommen. In der Praxis wird etwa bei landwirtschaftlichen Genossenschaften die historisch bedingte „magische Zahl“ Sieben nicht selten unterschritten, ohne dass eine Auflösung sinnvoll erschiene.⁸

d) Statuten

Die Statuten (Satzung) sind anlässlich der Gründung durch die Gründungsversammlung (vorne, I.2. a)) zu genehmigen. Als *Statuteninhalt* schreibt Art. 832 OR Bestimmungen über die folgenden Punkte vor:

⁷ Schw. BG – 138 III 407 E. 2.5.2, S. 410 f. (Auflösung der Genossenschaft, da eine Fristansetzung auch von der Beschwerdeführerin als unzweckmäßig betrachtet worden ist).

⁸ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 19 N 57.

1. die Firma (hinten, I.2. e)) und den Sitz;
2. den Zweck (vorne, I. 1);
3. die Form der Mitteilungen der Genossenschaft an die Genossenschafterinnen.

Der *bedingt notwendige Statuteninhalt* wird in Art. 833 OR umschrieben. Dabei geht es um Vorgänge oder Umstände, welche in den Statuten zu regeln sind, falls die Genossenschaft vom entsprechenden Tatbestand Gebrauch machen beziehungsweise von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichen möchte. Dazu gehören folgende Aspekte:

1. die Schaffung eines Genossenschaftskapitals durch die Ausgabe von Anteilscheinen;
2. die Leistung von Sacheinlagen;
3. besondere Vorschriften über den Eintritt in die Genossenschaft sowie über den Verlust der Mitgliedschaft;
4. die etwaige persönliche Haftung und Nachschusspflicht der Genossenschafterinnen sowie Verpflichtungen zu Geld- oder anderen Leistungen;
5. besondere Vorschriften über die Organisation, die Vertretung, Statutenänderungen und über die Beschlussfassung der Generalversammlung;
6. Beschränkungen und Erweiterungen des Stimmrechts;
7. Bestimmungen über die Berechnung und die Verwendung des Bilanzgewinns sowie des Liquidationsüberschusses.

e) *Firma*

Die Firma einer Genossenschaft – verstanden als offizielle Bezeichnung des Unternehmens – kann grundsätzlich frei gewählt werden (Art. 950 Abs. 1 Satz 1 OR). Die Rechtsform ist in einer Schweizer Landessprache anzugeben (Art. 950 Abs. 1 Satz 2 OR; Art. 116a Abs. 1 HRegV). Die offizielle *Abkürzung* der Rechtsform lautet „Gen“.⁹ Üblicherweise wird bei Genossenschaften die Rechtsform ausgeschrieben.

3. *Genossenschaftskapital und Anteilscheine*

a) *Genossenschaftskapital*

Das Grundkapital einer Genossenschaft wird aus den Einlagen der Mitglieder gebildet. Es ist aufgrund der personen- statt kapitalbezogenen Ausrichtung der Genossenschaft *freiwillig*. Das Genossenschaftsrecht schreibt weder eine minimale Höhe des Grundkapitals oder des Nennwerts der Anteile noch eine Mindest-

⁹ Auf Französisch und Italienisch ist als Abkürzung „SCoo“ (Société coopérative/Società cooperativa) zu verwenden, vgl. Art. 116a Abs. 2 und Anhang 2 HRegV. Die frühere, per 1.7.2016 eingeführte fremdsprachige Abkürzung „SCoop“ wurde auf Anfang 2023 angepasst, weil die Übereinstimmung mit dem englischen Begriff „scoop“ und die Ähnlichkeit mit dem Detailhandelsunternehmen (in Genossenschaftsform) „Coop“ als ungünstig erachtet wurden.

liberierung vor.¹⁰ Ein Grundkapital in fester Höhe ist nicht zulässig (Art. 828 Abs. 2 OR) und stünde mit dem Prinzip der offenen Tür in einem Spannungsverhältnis. Auch die Handelsregisterpublizität ist beschränkt: In das Handelsregister wird lediglich der Nennwert der Anteilscheine eingetragen (Art. 87 Abs. 1 lit. h HRegV).

b) Genossenschaftsanteile und Anteilscheine

Der *Genossenschaftsanteil* ist der Anteil der Genossenschafterin am statutarisch vorgesehenen Grundkapital und verkörpert die aus der Beteiligung fließenden vermögensmäßigen Rechte beziehungsweise Pflichten. Verfügt die Genossenschaft nicht über ein Grundkapital, bestehen keine Genossenschaftsanteile. Jede Genossenschafterin muss mindestens einen Anteil übernehmen (vgl. Art. 853 Abs. 1 OR). Der Genossenschaftsanteil wird entweder direkt von der Genossenschaft durch Zeichnung und Leistung der Einlage oder von einem anderen Genossenschafter erworben. Die Statuten können vorsehen, dass eine Genossenschafterin mehrere Anteile erwerben darf, wobei die maximale Anzahl zu bestimmen ist (vgl. Art. 853 Abs. 2 OR).

Der *Anteilschein* – sofern nicht synonym zum Begriff Genossenschaftsanteil verwendet – ist die freiwillig beziehungsweise auf statutarischer Grundlage ausgestellte Beweisurkunde über den Genossenschaftsanteil.¹¹ Er bescheinigt die Beteiligung einer Genossenschafterin am Grundkapital und gegebenenfalls die sich daraus ergebende Rechtsposition, etwa das Recht auf einen Anteil am Bilanzgewinn, auf Rückzahlung des Anteils oder auf Ausrichtung eines Liquidationsüberschusses. Zusätzlich zum Ausweis über die Kapitalbeteiligung kann der Anteilschein eine Bestätigung der Mitgliedschaft enthalten (vgl. zu den Mitgliedschaftsurkunden hinten, I.4.b)(1)).

Die personenbezogene Ausrichtung der Genossenschaft steht einer verkehrsfähigen Ausgestaltung der Anteilscheine entgegen. Die Anteilscheine müssen auf den Namen des Mitglieds ausgestellt werden; eine Ausgabe in Form von *Wertpapieren* ist *nicht* zulässig (Art. 853 Abs. 3 OR). Die Übertragung von Genossenschaftsanteilen beziehungsweise Anteilscheinen bewirkt nach der zwingenden Bestimmung von Art. 849 Abs. 1 OR keinen Mitgliederwechsel, sodass der Veräußerer Genossenschafter bleibt. Die Erwerberin wird grundsätzlich erst mit dem

¹⁰ Ist eine Genossenschaft als Versicherungsunternehmen tätig, verlangt Art. 8 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17.12.2004 (Systematische Rechtssammlung 961.01) je nach Versicherungszweig und Einschätzung der Aufsichtsbehörde ein Mindestkapital in der Höhe von 3–20 Mio. CHF. Auch bei Finanzinstituten bestehen gewisse Vorgaben zum Mindestkapital.

¹¹ Die französische Terminologie ist anschaulicher als die deutschen Begriffe: Als „part sociale“ wird der Genossenschaftsanteil, als „titre représentant la part sociale“ der Anteilschein bezeichnet (leicht abweichend hingegen die durch den Gesetzgeber verwendeten Begriffe, vgl. die französische Fassung von Art. 853 OR).

Aufnahmebeschluss originär zum Mitglied und kann bis zur Aufnahme höchstens die aus der Mitgliedschaft fließenden vermögensmäßigen Rechte ausüben.

c) *Kein Partizipationskapital*

Genossenschaften ist es verwehrt, *Partizipationsscheine* auszugeben, verstanden als Beteiligungsscheine mit einem Nennwert und einem Recht auf Gewinnbeteiligung sowie auf einen Liquidationsanteil, aber ohne Stimmrecht. Das Schweizer Bundesgericht verneint in Analogie zum GmbH-Recht das Vorliegen einer Gesetzeslücke, da bei der Genossenschaft die im Aktienrecht vorhandenen Schutzmechanismen für Partizipanten, welche Eigenkapital gewähren, ohne umfangreiche Mitwirkungsrechte zu erhalten, fehlen.¹²

Für Banken in der Rechtsform der Genossenschaft erlaubt Art. 14 Bankengesetz¹³ ein *Beteiligungskapital*, welches in Teilsommen zerlegt und dem aktienrechtlichen Partizipationskapital nachgebildet ist. Die Beteiligungsscheine begründen keine Mitgliedschaft, gewähren aber Vermögens- und gewisse Informations- sowie Kontrollrechte.

d) *Kapitalschutzvorschriften*

Eine Reduktion des Grundkapitals erfordert grundsätzlich die Einhaltung der Vorschriften zur Kapitalherabsetzung. Darauf ist zurückzukommen (hinten, I.3. e)). Für die zu treffenden Maßnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung begnügt sich Art. 903 Abs. 1 OR seit der Aktienrechtsrevision von 2020 mit einer Verweisung auf die *aktienrechtlichen* Vorschriften. Anwendbar sind auch die Bestimmungen zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen. Bei Genossenschaften mit Anteilscheinen gelten überdies die Regeln über den Kapitalverlust (Art. 903 Abs. 2 OR).

Demnach hat die Verwaltung die *Zahlungsfähigkeit* der Genossenschaft zu überwachen (Art. 725 Abs. 1 OR) und Maßnahmen zu ergreifen, falls der Genossenschaft eine Zahlungsunfähigkeit droht (Art. 725 Abs. 2 OR). Bei begründeter Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Genossenschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind (Überschuldung), muss die Verwaltung unverzüglich je einen geprüften Zwischenabschluss zu Fortführungs- und zu Veräußerungswerten erstellen lassen. Bestätigt sich die Überschuldung, ist das Konkursgericht zu benachrichtigen, sofern nicht Rangrücktritts- und Stundungserklärungen von Gläu-

¹² Schw. BG – 140 III 206 E. 3.6.5 und E. 3.7, S. 219 f. (Raiffeisen); Kritik etwa bei *Forstmoser/Taisch/Troxler*, Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften, Bundesgericht kippt Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter, 14.7.2014, N 17 ff.; zustimmend *Wohlmann*, Die Revision des Genossenschaftsrechts ist überfällig, Jusletter, 15.9.2014, N 2. Einigkeit herrscht, dass die vom Bundesgericht vermisste gesetzliche Grundlage mittels Revision des Genossenschaftsrechts geschaffen werden sollte.

¹³ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8.11.1934 (Systematische Rechtssammlung 952.0).

bigerinnen im Ausmaß der Überschuldung vorliegen oder begründete Aussicht auf Behebung der Überschuldung innerhalb von längstens 90 Tagen besteht (vgl. Art. 725b OR).

Ein *Kapitalverlust* liegt vor, wenn nach der letzten Jahresrechnung die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte des Genossenschaftskapitals (zuzüglich der nicht ausschüttbaren gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserve gemäß Art. 671 f. OR) nicht mehr decken. In diesem Fall hat die Verwaltung Maßnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts zu ergreifen (Art. 725a OR). Zur Behebung einer Überschuldung oder eines Kapitalverlusts ist es unter Umständen zulässig, Grundstücke und Beteiligungen mit einem über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegenen wirklichen Wert aufzuwerten (vgl. Art. 725c OR).

e) *Veränderungen des Grundkapitals*

Kapitalerhöhungen erfolgen durch den Beitritt neuer Genossenschafterinnen, welche Anteile übernehmen. Ein formelles Erhöhungsverfahren wie beim Aktienkapital kennt das Genossenschaftsrecht nicht. Falls die Statuten angepasst werden müssen, sind jedoch eine öffentliche Beurkundung und eine Eintragung in das Handelsregister erforderlich (Art. 838a OR).

Wie sich aus Art. 874 Abs. 2 OR ergibt, finden auf die *Herabsetzung* des Grundkapitals beziehungsweise die Aufhebung der Anteilscheine die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung Anwendung. Überdies wird das Grundkapital faktisch durch den Austritt von Genossenschafterinnen reduziert.

4. *Rechtsstellung der Genossenschafterin*

a) *Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft*

(1) *Prinzip der offenen Tür*

Der Beitritt neuer Mitglieder ist jederzeit möglich (Art. 839 Abs. 1 OR). Die Statuten können die Aufnahme von Genossenschafterinnen regeln. Dabei ist nach Art. 839 Abs. 2 OR der Grundsatz der *nicht geschlossenen Mitgliederzahl* zu wahren und darf der Eintritt nicht übermäßig erschwert werden. Persönliche Voraussetzungen, welche an neue Mitglieder gestellt werden, müssen sachlich gerechtfertigt sein. Verfügt die Genossenschaft in einem bestimmten Geschäftsbereich über eine bedeutende Stellung oder kommt ihr gar ein faktisches Monopol zu, kann es für andere Erwerbstätige dieser Branche wichtig sein, der Genossenschaft beitreten zu dürfen. Doch lässt sich aus dem Genossenschaftsrecht grundsätzlich kein klagbares Recht auf Eintritt ableiten. Ein solches kann sich aus dem Kartellrecht oder einer anderen gesetzlichen Grundlage ergeben.¹⁴

¹⁴ Zu denken ist an das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18.3.1994 (Systematische Rechtssammlung 832.10), unter Umständen auch an eine Aufnahmepflicht gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens oder den Persönlichkeitsschutz (vgl. zur Kontrahierungspflicht Schw. BG – 129 III 35).

(2) *Beitrittsverfahren*

Der Beitritt zur Genossenschaft beruht auf einer durch den Beitretenden unterzeichneten *Erklärung* (vgl. Art. 840 OR). Darin ist auf eine etwaige persönliche Haftung oder Nachschusspflicht des Mitglieds hinzuweisen. Erhält der Beitretende davon keine Kenntnis, entfällt für ihn die persönliche Haftung beziehungsweise Nachschusspflicht. Ist eine neu gegründete Genossenschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen, sind für den Erwerb der Mitgliedschaft die Statuten zu unterzeichnen (Art. 834 Abs. 4 OR). Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Beitretende von den aus den Statuten hervorgehenden Pflichten Kenntnis erlangt. Aufgrund der schriftlichen Beitrittserklärung sind der Genossenschaft sämtliche Genossenschafterinnen bekannt.

Zuständig für die Aufnahme neuer Mitglieder ist die *Verwaltung* (Art. 840 Abs. 3 OR). Die Statuten können bestimmen, dass der Eintritt direkt mit der Entgegennahme der Beitrittserklärung erfolgt oder umgekehrt die Generalversammlung über die Aufnahme neuer Mitglieder beschließen muss. Ist die Zugehörigkeit zur Genossenschaft mit einem Versicherungsvertrag verknüpft, wird die Mitgliedschaft mit der Annahme des Versicherungsvertrags erworben (Art. 841 Abs. 1 OR).

Die Genossenschafterinnen sind in ein von der Genossenschaft geführtes Verzeichnis einzutragen (Art. 837 Abs. 1 Satz 1 OR). Das *Genossenschafterverzeichnis* ist nur in bestimmten Fällen öffentlich einsehbar. Die Genossenschafterinnen werden grundsätzlich auch nicht in das Handelsregister eingetragen. Sind sie jedoch für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft persönlich haftbar oder zu Nachschüssen verpflichtet, muss die Verwaltung die Ein- und Austritte beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 877 Abs. 1 OR). Dabei ist dem Handelsregisteramt ein von einem Mitglied der Verwaltung unterzeichnetes aktualisiertes Genossenschafterverzeichnis einzureichen, welches von jedermann eingesehen werden kann (Art. 88 Abs. 1 und Abs. 2 HRegV). Anders als bei der Aktiengesellschaft oder GmbH wird bei der Genossenschaft kein Verzeichnis von wirtschaftlich Berechtigten ab einer 25 %-Beteiligung verlangt, da aufgrund der zwingenden Mindestanzahl von sieben Genossenschafterinnen und des Kopfstimmprinzips nicht denkbar ist, dass die Genossenschaft von einem Mitglied kontrolliert wird.

(3) *Beendigung der Mitgliedschaft*

Die Genossenschaft darf den Eintritt von neuen Mitgliedern nicht übermäßig erschweren und hat ebenso das *Austrittsrecht* ihrer Mitglieder (vgl. Art. 842–845 OR) zu respektieren. Auf die Modalitäten des Austritts und die Gründe, welche zur Beendigung der Mitgliedschaft führen, sowie auf die Übertragung der Mitgliedschaft ist zurückzukommen (hinten, I. 7).

b) Rechte der Genossenschafterin

(1) Relative Gleichbehandlung

Die Genossenschafterin verfügt über nicht vermögensmäßige und über vermögensmäßige Rechte. Beim Gegenstand und Umfang dieser Rechte gibt es wesentliche Unterschiede. Das Gesetz geht vom Prinzip der *Rechtsgleichheit* aller Genossenschafterinnen aus (Art. 854 OR). Tatsächliche, für die Genossenschaft relevante Unterschiede dürfen beziehungsweise sollen berücksichtigt werden, sodass eine relative Gleichbehandlung genügt. Doch existieren grundsätzlich keine unterschiedlichen Kategorien von Genossenschafterinnen. Beispielsweise sind bei der Genossenschaft nach herrschender Auffassung vermögensmäßige Privilegien analog den Vorzugsaktien oder Gründervorteilen ausgeschlossen.

Die Statuten dürfen die Ausstellung von *Mitgliedschaftsurkunden* vorsehen, welche auch in die Anteilscheine integriert sein können (Art. 852 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Mitgliedschaftsurkunden dienen der Kontrolle bei der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten.

(2) Mitwirkungsrechte

Den Genossenschafterinnen stehen das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung sowie ein Antragsrecht zu. Zentral ist die Befugnis, anlässlich einer Generalversammlung oder Urabstimmung das Stimmrecht auszuüben (Art. 855 OR). Art. 885 OR statuiert zwingend das *Kopfstimmprinzip*: Jede Genossenschafterin hat in der Generalversammlung oder Urabstimmung eine Stimme.

(3) Bekanntgabepflicht der Genossenschaft

Als Kontrollrechte erwähnt das Gesetz die Bekanntmachung des *Geschäftsberichts* und die Auskunftserteilung (Art. 856 f. OR). Spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung oder der Urabstimmung, welche über die Genehmigung des Lageberichts und der Jahresrechnung zu entscheiden hat, sind diese Unterlagen zusammen mit dem Revisionsbericht am Sitz der Genossenschaft zur Einsicht aufzulegen (Art. 856 Abs. 1 OR). Sofern die Unterlagen nicht elektronisch zugänglich sind, kann gemäß Art. 856 Abs. 2 OR jede Genossenschafterin während eines Jahres nach der Generalversammlung die Zustellung des Geschäftsberichts und des Revisionsberichts verlangen. Die Sondervorschriften zur Offenlegung der Vergütungen von Verwaltungs- und Geschäftsführungsorganen (vgl. zum Vergütungsbericht Art. 734–734f OR) finden lediglich auf Aktiengesellschaften mit börsennotierten Aktien und nicht auf Genossenschaften Anwendung.

(4) Einsichts- und Auskunftsrecht

Die Genossenschafterin darf *Geschäftsbücher* und *Korrespondenz* bloß einsehen, falls die Generalversammlung oder die Verwaltung sie dazu ermächtigen und soweit Geschäftsgeheimnisse gewahrt werden (Art. 857 Abs. 2 OR). Überdies kann

das Gericht anordnen, dass die Genossenschaft einer Genossenschafterin bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts relevante Auszüge aus den Geschäftsbüchern oder der Korrespondenz – in Form von beglaubigten Abschriften – offenlegt, sofern dadurch die Interessen der Genossenschaft nicht gefährdet werden (vgl. Art. 857 Abs. 3 OR). Schließlich erlaubt Art. 857 Abs. 1 OR den Genossenschafterinnen, die Revisionsstelle „auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam [zu] machen und die erforderlichen Aufschlüsse [zu] verlangen“. Auskunftspflichtig ist neben der Revisionsstelle die Verwaltung. Gegenstand des Auskunftsrechts können alle Vorgänge innerhalb der Genossenschaft sein.

(5) *Mangelhafte Beschlüsse*

Jede Genossenschafterin mit einem Rechtsschutzinteresse ist befugt, von der Generalversammlung oder in einer Urabstimmung gefasste, gegen das Gesetz oder die Statuten verstoßende Beschlüsse beim Gericht mittels Klage gegen die Genossenschaft *anzufechten* (Art. 891 Abs. 1 Satz 1 OR). Die Klage muss spätestens zwei Monate nach der Beschlussfassung angehoben werden (Art. 891 Abs. 2 OR). Zeitlich unbefristet kann eine Genossenschafterin die *Nichtigkeit* von Beschlüssen der Generalversammlung oder der Verwaltung geltend machen.

(6) *Abberufungsrecht*

Ein Recht auf Abberufung von Mitgliedern der Verwaltung, der Revisionsstelle sowie von anderen gewählten Bevollmächtigten und Beauftragten steht nach Art. 890 OR nicht nur der Generalversammlung zu. Vielmehr räumt das Gesetz einer Minderheit von *10 % der Genossenschafterinnen* die Befugnis ein, beim Gericht die Abberufung aus wichtigen Gründen zu verlangen, etwa bei einer Vernachlässigung der Pflichten. Das Gericht verfügt soweit erforderlich eine Neuwahl durch die zuständigen Genossenschaftsorgane und trifft für die Zwischenzeit die geeigneten Anordnungen.

(7) *Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklage*

Die *Verantwortlichkeit* von Mitgliedern der Verwaltung und Liquidatoren gegenüber Genossenschafterinnen wird in Art. 917 Abs. 1 OR geregelt (hinten, I.6.). Für die Rückerstattung von ungerechtfertigt bezogenen Leistungen verweist Art. 902a OR auf die Vorschriften des Aktienrechts. Danach müssen Genossenschafterinnen sowie Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder ungerechtfertigt bezogene Leistungen zurückerstatten (Art. 678 Abs. 1 OR), wobei eine einzelne Genossenschafterin über ein Klagerecht auf Leistung an die Genossenschaft verfügt (Art. 678 Abs. 4 Satz 2 OR).

Zudem ist nach Art. 904 Abs. 1 OR eine *Rückerstattung* im Konkurs der Genossenschaft im Verhältnis zwischen Mitgliedern der Verwaltung (als Verpflichteten) und Gläubigerinnen der Genossenschaft (als Berechtigten) möglich, soweit an die Verwaltungsmitglieder in den letzten drei Jahren vor Konkurseröffnung

Bezüge entrichtet worden sind, welche „ein angemessenes Entgelt für Gegenleistungen übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden sollen“. Im Genossenschaftsrecht nicht vorgesehen ist das aktienrechtliche Institut der Sonderuntersuchung (Art. 697c–697h OR), welches die Untersuchung bestimmter Sachverhalte durch unabhängige Sachverständige bezweckt, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697c Abs. 1 OR).

(8) Leistungsbezugs- und Benutzungsrecht

Das typische vermögensmäßige Recht einer Genossenschafterin besteht nicht im Erhalt einer Dividende, sondern im Bezug von *Leistungen* der Genossenschaft beziehungsweise in der Benutzung von genossenschaftlichen Einrichtungen.

(9) Anteil am Jahresgewinn

Erzielt die Genossenschaft aus ihrem Betrieb einen Jahresgewinn, so setzt dessen Verteilung an die Genossenschafterinnen eine *statutarische Grundlage* sowie die vorgeschriebenen Zuweisungen an den Reservefonds und etwaige weitere Fonds (Art. 860–863 OR) voraus. Mangels statutarischer Bestimmung fällt der Jahresgewinn vollumfänglich in das Genossenschaftsvermögen (Art. 859 Abs. 1 OR). Auf diese Weise dient der Ertrag der Finanzierung der Genossenschaft und erlaubt weitere Investitionen. Weil die Möglichkeit, sich von Investorinnen Kapital zu beschaffen, beschränkt ist, kommt der Eigenfinanzierung eine größere Bedeutung als bei einer Aktiengesellschaft zu. Allerdings ist die Tätigkeit der Genossenschaft gar nicht auf die Erzielung eines Gewinns, sondern auf die Förderung beziehungsweise Befriedigung wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder gerichtet.

Wird der Jahresgewinn an die Genossenschafterinnen ausgezahlt, richtet sich die Verteilung, soweit statutarisch nicht abweichend geregelt, nach dem Maß der *Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen* durch die einzelnen Mitglieder (Art. 859 Abs. 2 OR). Es wird nämlich davon ausgegangen, dass der Jahresgewinn aus Überschüssen oder Rückbehalten gebildet worden ist, zu denen die Mitglieder beitragen, soweit sie Leistungen der Genossenschaft in Anspruch nehmen. Beispielsweise kauft die Genossenschaft von ihren Mitgliedern Produkte und vertreibt diese, wobei sie einen Überschuss erzielt. Oder sie veräußert erworbene Güter an die Mitglieder zu Preisen, welche nicht bloß kostendeckend sind.

Soll der Jahresgewinn anhand der Anteile verteilt werden, legt Art. 859 Abs. 3 OR als *Obergrenze* den „landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten“ fest. Dadurch erweisen sich Anteilscheine als wenig attraktives Anlageinstrument, partizipiert die Inhaberin doch am Risiko. Ein größerer Spielraum besteht bei Banken (vgl. zu den Kreditgenossenschaften Art. 861 OR).

(10) Abfindungsanspruch und Liquidationserlös

Das Gesetz gewährt ausscheidenden Genossenschafterinnen *keinen Abfindungsanspruch* (Art. 865 Abs. 1 OR). Eine Ausnahme besteht nach Art. 865 Abs. 2 OR,

falls die Genossenschaft innerhalb eines Jahres nach dem Ausscheiden aufgelöst und das Vermögen an die vorhandenen Genossenschafterinnen verteilt wird. Auf statutarischer Grundlage kann ausscheidenden Genossenschafterinnen gemäß Art. 864 OR ein Abfindungsanspruch eingeräumt werden. Die Berechnung richtet sich nach dem bilanzmäßigen Reinvermögen im Zeitpunkt des Ausscheidens mit Ausschluss der Reserven (Art. 864 Abs. 1 Satz 2 OR). Alternativ dürfen die Statuten ein Recht der ausscheidenden Genossenschafterin auf Rückzahlung der Anteile vorsehen (Art. 864 Abs. 2 Satz 1 OR).

Ohne statutarische Regelung kommt der Genossenschafterin *kein* Anspruch auf einen *Anteil am Liquidationsüberschuss* zu (Art. 913 Abs. 2 und Abs. 4 OR). Der Überschuss ist stattdessen gemäß Entscheid der Generalversammlung (Art. 913 Abs. 5 OR) für genossenschaftliche Zwecke oder gemeinnützige Bestrebungen zu verwenden.

c) *Pflichten der Genossenschafterin*

(1) *Treuepflicht*

Während bei der Aktionärin und beim Gesellschafter einer GmbH die Pflicht zur Leistung der Einlage im Zentrum steht, wird im Abschnitt über die Pflichten der Genossenschafterinnen zuerst die Treuepflicht statuiert: Gemäß Art. 866 OR sind die Genossenschafterinnen verpflichtet, die Interessen der Genossenschaft in guten Treuen zu wahren. Der Inhalt der Treuepflicht hängt im Einzelfall vom Genossenschaftszweck und von der statutarischen Ausgestaltung des Mitgliedschaftsverhältnisses ab. Ob aus der Treuepflicht ein *Konkurrenzverbot* abzuleiten ist, bestimmt sich nach den konkreten Umständen. Bei einer Großgenossenschaft verkommt die Treuepflicht regelmäßig zur leeren Floskel.

(2) *Beitrags- und Leistungspflichten*

Die Beitrags- und Leistungspflichten richten sich nach den Statuten (Art. 867 Abs. 1 OR). Erbringt eine Genossenschafterin die geschuldeten Beitragsleistungen trotz zweimaliger Zahlungsaufforderung und entsprechender Androhung nicht, kann sie gemäß Art. 867 Abs. 3 OR ihrer Genossenschaftsrechte verlustig erklärt und aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden. Falls die Genossenschaft *Anteile* ausgegeben hat, muss jedes beitretende Mitglied mindestens einen Anteil übernehmen (vgl. Art. 853 Abs. 1 OR). Möglich sind auch *Eintrittsgelder* (vgl. Art. 839 Abs. 2 OR) oder *Auslösungssummen* beim Austritt beziehungsweise Ausschluss (Art. 842 Abs. 2 und Art. 846 Abs. 4 OR; hinten, I. 7. a)).

(3) *Persönliche Haftung*

Ohne besondere statutarische Regelung gilt auch bei der Genossenschaft der Grundsatz, dass für die Verbindlichkeiten ausschließlich das Genossenschaftsvermögen haftet (Art. 868 OR). Doch erlaubt das Gesetz den Genossenschaften, in

den *Statuten* eine unbeschränkte oder beschränkte persönliche Haftung der Genossenschafterinnen vorzusehen (Art. 869 Abs. 1 und Art. 870 Abs. 1 OR). Die Haftung betrifft alle Genossenschafterinnen und darf nicht auf einzelne Mitglieder beschränkt werden (Art. 872 OR). Weil die Genossenschaft kein festes Grundkapital hat, sichert die persönliche Haftung der Genossenschafterinnen den Gläubigern ein gewisses Haftungssubstrat. Zum Schutz der Versicherungsnehmer ist eine persönliche Haftung bei Versicherungsunternehmen ausgeschlossen.

Eine Genossenschafterin, welche neu eintritt, haftet auch für die vor ihrem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten (Art. 875 Abs. 1 OR). Nach dem *Ausscheiden* dauert die Haftung der ausgeschiedenen Genossenschafterin für bereits entstandene Verbindlichkeiten fort, sofern die Genossenschaft innerhalb eines Jahres oder eines statutarisch festgesetzten längeren Zeitraums seit der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister in Konkurs gerät (Art. 876 Abs. 1 OR). Analoges gilt für den Fall einer Auflösung der Genossenschaft, wenn es später zu einer Konkursöffnung kommt (Art. 876 Abs. 3 OR).

Bei der *unbeschränkten Haftung* müssen die Genossenschafterinnen, soweit die Gläubiger im Konkurs der Genossenschaft zu Verlust kommen, für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft mit ihrem ganzen Vermögen einstehen (Art. 869 Abs. 2 OR). Die Haftung ist *solidarisch* und wird durch die Konkursverwaltung geltend gemacht. Die *beschränkte Haftung* gemäß Art. 870 OR entspricht abgesehen vom Höchstbetrag im Wesentlichen der unbeschränkten Ersatzpflicht. Falls Genossenschaftsanteile bestehen, richtet sich die Haftungssumme der einzelnen Genossenschafterin nach deren Betrag (Art. 870 Abs. 2 OR).

(4) Nachschusspflicht

Zur Deckung von Bilanzverlusten können die Genossenschafterinnen statutarisch gegenüber der Genossenschaft zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet werden (Art. 871 Abs. 1 OR). Eine Nachschusspflicht kann auch zusätzlich zur persönlichen Haftung der Genossenschafterinnen vorgesehen werden. Ähnlich wie die Haftung kann die Nachschusspflicht gemäß Art. 871 Abs. 2 OR *unbeschränkt* oder *beschränkt* sein.

Die Aufteilung unter die Genossenschafterinnen bestimmt sich nach der statutarischen Regelung, andernfalls nach dem Betrag der Genossenschaftsanteile oder mangels Genossenschaftsanteilen nach Köpfen (Art. 871 Abs. 3 OR). Die Nachschüsse können *jederzeit*, auch außerhalb eines Konkurses, eingefordert werden (Art. 871 Abs. 4 Satz 1 OR). Für neu eintretende sowie für ausscheidende Genossenschafterinnen gilt das zur Haftung Erwähnte analog (vgl. Art. 875 Abs. 1 und Art. 876 Abs. 2 OR).

Eine persönliche Haftung oder eine Nachschusspflicht können auch *später* eingeführt beziehungsweise erweitert werden. Erforderlich ist hierfür die Zustimmung von drei Vierteln aller Genossenschafterinnen (Art. 889 Abs. 1 OR). Stimmt eine Genossenschafterin einem solchen Beschluss nicht zu, kann sie die Anwendung des Beschlusses auf sie verhindern, indem sie innerhalb von drei Monaten

seit der Veröffentlichung des Beschlusses den Austritt aus der Genossenschaft erklärt (Art. 889 Abs. 2 Satz 1 OR), ohne dass sie eine Auslösungssumme leisten müsste (Art. 889 Abs. 3 OR).

(5) Weitere Pflichten

Die Statuten können weitere *Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten* der Genossenschafterinnen vorsehen. Die Pflichten können auch nachträglich eingeführt oder ausgedehnt werden.

5. Organisation und Organe der Genossenschaft

a) Überblick

Die *gesetzlich vorgeschriebenen Organe* einer Genossenschaft sind die Generalversammlung, die Verwaltung und gegebenenfalls die Revisionsstelle. Den gesetzlichen Organen kommen zwingende Aufgaben zu. Eine Kompetenzvermutung zugunsten eines der Organe fehlt im Schweizer Genossenschaftsrecht.

Auf *Mängel in der Organisation* der Genossenschaft finden die aktienrechtlichen Vorschriften (Art. 731b OR) Anwendung (Art. 908 OR). Folglich kann das Gericht den rechtmäßigen Zustand wiederherstellen lassen, das fehlende Organ beziehungsweise einen Sachwalter ernennen oder die Genossenschaft auflösen (Art. 731b Abs. 1^{bis} OR).

b) Generalversammlung

(1) Stellung

Analog zur Generalversammlung (Hauptversammlung) der Aktiengesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) und zur Gesellschafterversammlung der GmbH (Art. 804 Abs. 1 OR) wird die „Generalversammlung der Genossenschafter“ als *oberstes Organ* der Genossenschaft bezeichnet (Art. 879 Abs. 1 OR).

(2) Unübertragbare Aufgaben

Art. 879 Abs. 2 OR enthält einen *Katalog* von unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung, nämlich:

1. Statutenänderungen;
2. die Wahl der Verwaltung sowie der Revisionsstelle;
3. die Genehmigung der Jahresrechnung und die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns;
4. die Genehmigung des Lageberichts und gegebenenfalls der Konzernrechnung;
5. die Beschlussfassung über die Rückzahlung von Kapitalreserven;
6. die Entlastung der Verwaltung;
7. die Beschlussfassung über Gegenstände, welche das Gesetz oder die Statuten der Generalversammlung vorbehalten.

(3) Einberufung der Generalversammlung

Die Generalversammlung kann gemäß Art. 881 OR durch folgende *Organe* einberufen werden:

- die Verwaltung (aus eigener Initiative);
- ein anderes nach den Statuten dazu befugtes Organ;
- nötigenfalls die Revisionsstelle;
- Liquidatoren oder Vertreter der Anleihensgläubiger;
- die Verwaltung auf Verlangen von mindestens 10 % der Genossenschafterinnen oder, bei Genossenschaften mit weniger als 30 Mitgliedern, von mindestens drei Genossenschafterinnen;
- das Gericht, falls die Verwaltung dem Begehren der Genossenschafterinnen nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt.

Die Generalversammlung ist in der statutarisch vorgesehenen Form, spätestens aber *fünf Tage vor dem Versammlungstag* einzuberufen (Art. 882 Abs. 1 OR). Diese Frist erweist sich als sehr kurz, kann statutarisch aber verlängert werden. Bei einer Genossenschaft mit über 30 Mitgliedern ist die Einberufung erst wirksam, wenn sie durch öffentliche Auskündigung erfolgt ist (Art. 882 Abs. 2 OR).

(4) Tagungsordnung

Bei der Einberufung sind die *Verhandlungsgegenstände* – in der Schweiz in der Regel als „Traktanden“ bezeichnet – bekannt zu geben (Art. 883 Abs. 1 OR). Über nicht gehörig angekündigte Gegenstände können keine gültigen Beschlüsse gefasst werden (Art. 883 Abs. 2 OR). Die Stellung von Anträgen sowie Verhandlungen ohne Beschlussfassung werden gemäß Art. 883 Abs. 3 OR von der Traktandierungspflicht nicht erfasst.

Die Formvorschriften für die Einberufung der Generalversammlung brauchen jedoch nicht eingehalten zu werden, wenn und solange alle Genossenschafterinnen in einer Versammlung anwesend sind und niemand Widerspruch erhebt (Art. 884 OR). Man spricht von einer *Universalversammlung*.

(5) Vertretung

Eine Genossenschafterin kann sich gemäß Art. 886 Abs. 1 OR an der Generalversammlung durch einen anderen Genossenschafter vertreten lassen, doch darf ein Bevollmächtigter nicht mehr als eine Genossenschafterin vertreten. Bei einer Genossenschaft mit über 1.000 Mitgliedern ist es zulässig, dass ein Genossenschafter auf statutarischer Grundlage bis zu neun anderen Genossenschafterinnen vertritt (Art. 886 Abs. 2 OR). Überdies können die Statuten vorsehen, dass sich Genossenschafterinnen durch *Familienangehörige* vertreten lassen dürfen (Art. 886 Abs. 3 OR).

Diese Beschränkungen lassen sich mit dem personenbezogenen Charakter der Genossenschaft erklären und stellen einen wesentlichen Unterschied zur Aktien-

gesellschaft dar, bei welcher an Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften regelmäßig die Mehrheit der Stimmen durch Vertreterinnen ausgeübt werden und dem *unabhängigen Stimmrechtsvertreter* (vgl. Art. 689c OR) eine zwingende, institutionalisierte Funktion zukommt.

(6) *Elektronische Durchführung*

Die aktienrechtlichen Vorschriften über den Tagungsort und über die Verwendung *elektronischer Mittel* bei der Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung sind sinngemäß anwendbar (Art. 893a OR). Demzufolge darf die Verwaltung vorsehen, dass Genossenschafterinnen, welche nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können (Art. 701c OR). Auf statutarischer Grundlage kann eine Generalversammlung mit elektronischen Mitteln gänzlich ohne Tagungsort (virtuelle Generalversammlung) durchgeführt werden (Art. 701d OR).

Eine einseitige Übertragung der Versammlung über das Internet genügt nicht. Vielmehr muss die Verwaltung sicherstellen, dass jede Teilnehmerin Anträge stellen sowie sich an der Diskussion *beteiligen* kann (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 3 OR). Beim Auftreten von technischen Problemen ist der betroffene Teil der Versammlung zu wiederholen (Art. 701f Abs. 1 OR).

(7) *Mehrheitserfordernisse*

Als allgemeines Quorum für Beschlüsse der Generalversammlung sowie Urabstimmungen statuiert Art. 888 Abs. 1 OR die *absolute Mehrheit* der abgegebenen Stimmen. Soweit die Statuten kein höheres Quorum vorschreiben, unterstellt Art. 888 Abs. 2 OR Beschlüsse der Generalversammlung über Statutenänderungen und über die Auflösung der Genossenschaft einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Soll eine persönliche Haftung der Genossenschafterinnen beziehungsweise eine Nachschusspflicht eingeführt oder ausgedehnt werden, müssen drei Viertel sämtlicher Genossenschafterinnen zustimmen (Art. 889 Abs. 1 OR).

(8) *Anfechtbare und nichtige Beschlüsse*

Gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung können von der Verwaltung und jeder Genossenschafterin innerhalb von zwei Monaten seit der Beschlussfassung beim Gericht mittels Klage gegen die Genossenschaft *angefochten* werden (Art. 891 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 OR). Die *Nichtigkeit* eines Beschlusses kann jederzeit geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen zu beachten.

(9) *Urabstimmung und Delegiertenversammlung*

Zählt eine Genossenschaft über 300 Mitglieder oder bestehen die Mitglieder mehrheitlich aus Genossenschaften, erlaubt Art. 880 OR, dass die Statuten die sog.

Urabstimmung vorsehen: Dabei werden die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder teilweise durch schriftliche Stimmabgabe der Genossenschafterinnen ausgeübt.

Unter derselben Voraussetzung können die Statuten gemäß Art. 892 Abs. 1 OR die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder teilweise auf eine *Delegiertenversammlung* übertragen. Der Gestaltungsspielraum ist groß. Die Zusammensetzung, Wahlart und Einberufung der Delegiertenversammlung sind durch die Statuten festzulegen (Art. 892 Abs. 2 OR). Unter dem Vorbehalt einer abweichenden statutarischen Regelung hat jeder Delegierte in der Delegiertenversammlung eine Stimme (Art. 892 Abs. 3 OR). Das Kopfstimmprinzip ist hier somit nicht zwingend. Im Übrigen sind die Vorschriften über die Generalversammlung anwendbar (Art. 892 Abs. 4 OR). Die Delegiertenversammlung und die Urabstimmung dürfen miteinander kombiniert werden.

(10) *Versicherungsgenossenschaften*

Eine besondere Delegation von Kompetenzen der Generalversammlung sieht Art. 893 OR vor: Versicherungsunternehmen mit über 1.000 Mitgliedern dürfen die meisten Befugnisse der Generalversammlung statutarisch ganz oder teilweise auf die *Verwaltung* übertragen (Art. 893 Abs. 1 OR). Unübertragbar sind lediglich die Befugnisse der Generalversammlung zur Einführung beziehungsweise Ausdehnung einer Nachschusspflicht, zur Auflösung der Genossenschaft sowie zur Fusion, Spaltung oder Umwandlung der Rechtsform (Art. 893 Abs. 2 OR). Die Genossenschafterinnen verfügen so kaum noch über Mitwirkungsrechte.

c) *Verwaltung und Geschäftsführung*

(1) *Zusammensetzung, Wahl und Amtsdauer*

Die „Verwaltung“ (Vorstand) der Genossenschaft – in der Praxis angelehnt an das Aktienrecht häufig auch „Verwaltungsrat“ genannt – muss gemäß Art. 894 Abs. 1 OR aus mindestens *drei Personen*, mehrheitlich Genossenschafterinnen, bestehen. Bei der Beteiligung einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft sind natürliche Personen, welche als Vertreterinnen handeln, zu bestimmen; die Gesellschaft kann nicht selbst Mitglied der Verwaltung sein (Art. 894 Abs. 2 OR). Nationalitäts- oder Wohnsitzerfordernissen unterstehen die Mitglieder der Verwaltung nicht. Doch muss die Genossenschaft mindestens eine vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz und mit Zugang zum Genossenschafterverzeichnis einsetzen (Art. 898 Abs. 2 OR; hinten, I. 5. c)(4)). Dieser Vertreterin muss nicht zwingend die Funktion als Mitglied der Verwaltung zukommen.

Die Wahl der Verwaltung stellt nach Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 OR eine unübertragbare Befugnis der *Generalversammlung* dar. Ebenso ist die Generalversammlung berechtigt, Mitglieder der Verwaltung abzurufen (Art. 890 Abs. 1 OR).

Die *Amtsdauer* der Mitglieder der Verwaltung beträgt höchstens vier Jahre. Eine Wiederwahl ist möglich, sofern die Statuten eine solche nicht ausschließen

(Art. 896 Abs. 1 OR). Für Versicherungsunternehmen verweist Art. 896 Abs. 2 OR auf das Aktienrecht, sodass die Amtsdauer drei Jahre beträgt, sofern nicht statutarisch eine davon abweichende Dauer zwischen einem Jahr und maximal sechs Jahren vorgesehen wird (Art. 710 Abs. 2 OR). Mit Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen beziehungsweise vereinbarten Amtsdauer endet das Mandat.

Zusätzlich stellen der *Rücktritt* und die Abberufung durch die Generalversammlung Beendigungsgründe dar. Außerdem steht ein *Abberufungsrecht* aus wichtigen Gründen, insbesondere wegen vernachlässigter beziehungsweise nicht erfüllbarer Pflichten, einer Minderheit von 10 % der Genossenschafterinnen zu, welche hierfür an das Gericht gelangen muss (Art. 890 Abs. 2 OR). Gemäß Art. 905 Abs. 1 OR ist überdies die Verwaltung berechtigt, die von ihr bestellten Ausschüsse, Geschäftsführerinnen, Direktoren und anderen Bevollmächtigten oder Beauftragten jederzeit abzurufen. Sind Bevollmächtigte oder Beauftragte von der Generalversammlung ernannt worden, können sie durch die Verwaltung in ihren Funktionen eingestellt werden (Art. 905 Abs. 2 OR). In diesem Fall ist zeitnah eine Generalversammlung durchzuführen, welche über die Abberufung entscheidet (vgl. Art. 890 Abs. 1 OR).

(2) Aufgaben der Verwaltung und Delegation der Geschäftsführung

Aus Art. 902 OR ergibt sich, dass die Verwaltung für die *Geschäftsführung* der Genossenschaft zuständig ist. Das Gesetz erwähnt spezifisch folgende Aufgaben der Verwaltung (Art. 902 Abs. 2 und Abs. 3 OR):

- die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung von deren Beschlüssen;
- die Überwachung von etwaigen mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragten Personen sowie der regelmäßige Erhalt von Informationen über den Geschäftsgang;
- die Erstellung der Protokolle von Sitzungen der Verwaltung beziehungsweise von Generalversammlungen sowie die Führung der Geschäftsbücher und des Genossenschafterverzeichnisses;
- die Erstellung des Geschäftsberichts sowie dessen Unterbreitung zur Prüfung durch die Revisionsstelle;
- die Anzeigen an das Handelsregisteramt über Ein- und Austritte von Genossenschafterinnen, sofern diese für die Genossenschaftsschulden haftbar oder zu Nachschüssen verpflichtet sind (Art. 877 Abs. 1 OR).

Ob es sich bei diesen Aufgaben um unübertragbare Pflichten handelt, präzisiert das Gesetz nicht. Es ist davon auszugehen, dass die Mitglieder der Verwaltung zentrale Kompetenzen selbst wahrnehmen müssen. Immerhin können gemäß Art. 897 OR die Statuten „einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Verwaltung“ *Ausschüssen* übertragen, welche von der Verwaltung bestimmt werden. Umstritten ist, ob Aufgaben auch auf einen Delegierten der Verwaltung übertragen werden könnten.

Die Generalversammlung oder die Verwaltung dürfen die Geschäftsführung auf statutarischer Grundlage auf *Geschäftsführerinnen* oder *Direktoren* übertragen, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sein müssen (Art. 898 Abs. 1 OR). Das Gesetz regelt die Delegation nicht näher.

(3) Pflichten

Die Mitglieder der Verwaltung unterstehen gemäß Art. 902 Abs. 1 OR einer *Sorgfaltspflicht*. Wie im alten Aktienrecht wird nicht ausdrücklich eine *Treuepflicht* statuiert. An eine solche ist die Verwaltung nach allgemeiner Auffassung gleichwohl gebunden. Diese geht weiter als die Treuepflicht der Genossenschafterinnen (Art. 866 OR). Außerdem verpflichtet Art. 902 Abs. 1 OR die Verwaltung, „die genossenschaftliche Aufgabe mit besten Kräften zu fördern“.

Die *Rechtsgleichheit* aller Genossenschafterinnen (Art. 854 OR) ist auch von der Verwaltung zu respektieren. Gemäß dem Prinzip der relativen Gleichbehandlung (vorne, I. 4. b)(1)) sind die Genossenschafterinnen unter denselben Umständen gleich und bei abweichender Situation verschieden zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung erfordert einen sachlichen Grund beziehungsweise eine Rechtfertigung durch das Genossenschaftsinteresse sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, womit die Ungleichbehandlung für den angestrebten Zweck geeignet sowie erforderlich sein muss und keine übermäßigen Auswirkungen entfalten darf.

Abgesehen von diesen allgemeinen Pflichten zur Sorgfalt, Treue und Gleichbehandlung der Genossenschafterinnen können sich diverse Pflichten der Verwaltung im Einzelfall aus *spezifischen gesetzlichen Regelungen* ergeben. Das vorgeschriebene Verhalten der Verwaltung bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung beziehungsweise einem Kapitalverlust wird in Art. 903 OR durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt (vorne, I. 3. d)).

(4) Vertretung der Genossenschaft

Die Art der Vertretung der Genossenschaft durch die Verwaltung wird gesetzlich nicht geregelt. Aus Art. 898 Abs. 1 OR geht hervor, dass die Verwaltung die Vertretung auf Geschäftsführerinnen oder Direktoren übertragen kann. Doch bleibt unklar, ob mindestens ein *Mitglied der Verwaltung* zur Vertretung der Genossenschaft befugt bleiben muss. Dies sollte bejaht werden. Bei Kollektivunterschrift zu zweien sind zwei Mitglieder erforderlich. Sämtliche Zeichnungsberechtigten sind von der Verwaltung in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 87 Abs. 1 lit. 1 HRegV), doch wirkt die Eintragung nicht konstitutiv.

Mindestens eine vertretungsberechtigte Person muss in der Schweiz *Wohnsitz* haben (Art. 898 Abs. 2 Satz 1 OR). Bei Kollektivunterschrift zu zweien sind zwei Vertretungsberechtigte mit Schweizer Wohnsitz erforderlich. Entgegen dem Wortlaut von Art. 898 Abs. 2 Satz 2 OR wird nicht eine Funktion als Mitglied der Verwaltung, als Geschäftsführer oder als Direktor verlangt. Eine Vertretungsberechtigung ohne spezifische Funktion genügt.

Das Vertretungsrecht gegenüber *gutgläubigen Dritten* wird lediglich durch den Zweck der Genossenschaft begrenzt (Art. 899 Abs. 1 OR). Vorbehalten bleibt nach Art. 899 Abs. 2 OR eine im Handelsregister eingetragene Beschränkung des Vertretungsrechts auf die Haupt- beziehungsweise Zweigniederlassung oder mittels Einräumung einer Kollektivunterschrift. Eine Begrenzung auf die Zweigniederlassung ist vor allem relevant, wenn der Zweck der Zweigniederlassung enger gefasst ist als derjenige der Hauptniederlassung, was eher selten vorkommt. Bei der Kollektivunterschrift sind spezifische Vorgaben möglich, etwa dass ein Direktor nur zusammen mit einem Mitglied der Verwaltung unterzeichnen darf.

Für Verträge zwischen der Genossenschaft und einem Organ statuiert Art. 899a OR ein *Schriftformerfordernis*, sofern es nicht um ein laufendes Geschäft mit einer Leistung der Genossenschaft im Wert von bis zu 1.000 CHF geht. Das Handeln der zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugten Personen verpflichtet die Genossenschaft auch im außervertraglichen Bereich: Nach Art. 899 Abs. 3 OR haftet die Genossenschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, welche eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht.

(5) Sitzungen und Beschlussfassung

Das Schweizer Genossenschaftsrecht enthält keine Bestimmungen zu den Sitzungen der Verwaltung. Es können sinngemäß die aktienrechtlichen Regeln zu den Verwaltungsratssitzungen (vgl. insbesondere Art. 713–715 OR) herangezogen werden. Obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich verlangt, sollte eine *Präsidentin* der Verwaltung bestimmt werden, welche grundsätzlich die Sitzungen einberuft und leitet.

Die interne Organisation der Verwaltung ist gesetzlich nicht geregelt, weshalb sich Bestimmungen dazu in den Statuten empfehlen. Sofern die Statuten keine abweichende Regelung vorsehen, entscheiden die Mitglieder der Verwaltung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (vgl. zum Aktienrecht Art. 713 Abs. 1 Satz 1 OR). Jedem Mitglied kommt eine Stimme zu. Auch ohne gesetzliche oder statutarische Grundlage dürfte es zulässig sein, dass die Mitglieder der Verwaltung ihre Beschlüsse auf dem *Zirkularweg* fassen. In Art. 23 Abs. 2 HRegV wird verlangt, dass Zirkularbeschlüsse von allen Personen unterzeichnet sind, welche dem Organ angehören. Einstimmigkeit sollte allerdings nicht erforderlich sein. Es genügt, dass die Mitglieder mit ihrer Unterschrift – auch bei Ablehnung in der Sache – zum Ausdruck bringen, Gelegenheit zur Mitwirkung gehabt zu haben und mit dem Zirkularverfahren einverstanden gewesen zu sein. Für die Behandlung kontroverser Themen eignet sich das Zirkularverfahren allerdings nicht.

Beschlüsse der Verwaltung sind im Gegensatz zu solchen der Generalversammlung *nicht anfechtbar*. Doch kann sich jedermann auf die *Nichtigkeit* eines Beschlusses der Verwaltung berufen. Für die Nichtigkeitsgründe ist auf die Regelung zu den Verwaltungsratsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft (Art. 714 OR) abzustellen, welche ihrerseits auf die Bestimmung über nichtige Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft (Art. 706b OR) verweist. Eine Kla-

ge auf Feststellung der Nichtigkeit ist denkbar, wenn ein Beschluss der Verwaltung in schwerwiegender Weise gegen zwingende und grundlegende Normen des Genossenschaftsrechts verstößt. Das Feststellungsurteil wirkt gegenüber jedermann.

d) Revisionsstelle (Abschlussprüferin)

Das Genossenschaftsrecht regelt die Revision nicht eigenständig, sondern verweist in Art. 906 Abs. 1 OR auf das Aktienrecht. Der *ordentlichen Revision* unterstehen demzufolge insbesondere Genossenschaften, welche zwei der drei folgenden Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten: Bilanzsumme von 20 Mio. CHF, Jahresumsatz von 40 Mio. CHF und 250 Vollzeitstellen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen können überdies (1) 10 % der Genossenschafterinnen, (2) Genossenschafterinnen, welche zusammen mindestens 10 % des Grundkapitals vertreten, sowie (3) Genossenschafterinnen mit persönlicher Haftung oder einer Nachschusspflicht (Art. 906 Abs. 2 OR).

Die übrigen Genossenschaften müssen ihre Jahresrechnung grundsätzlich bloß eingeschränkt prüfen lassen (Art. 727a Abs. 1 OR). Bei der *eingeschränkten Revision* sind die Anforderungen an die Revisionsstelle tiefer (Art. 727c und Art. 729 OR), und der Umfang der Prüfung erweist sich als weniger groß (vgl. Art. 729a OR). Genossenschaften mit bis zu zehn Vollzeitstellen dürfen mit der Zustimmung sämtlicher Genossenschafterinnen auf die eingeschränkte Revision verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR).

Falls die Genossenschafterinnen eine persönliche Haftung beziehungsweise Nachschusspflicht trifft, kommt der Revisionsstelle die Aufgabe zu, die korrekte Führung des *Genossenschafterverzeichnisses* zu prüfen (Art. 907 OR). Genossenschaften ohne Revisionsstelle müssen das Verzeichnis durch eine zugelassene Revisorin prüfen lassen. Das Genossenschafterverzeichnis, welches in diesem Fall über das Handelsregisteramt öffentlich einsehbar ist (vorne, I. 4. a)(2)), kann für Gläubigerinnen der Genossenschaft relevant sein.

6. Verantwortlichkeit

a) Geltungsbereich

Die Bestimmungen zur Verantwortlichkeit (Art. 916–920 OR) lehnen sich an das alte *Aktienrecht* an. Eine besondere Gründungshaftung fehlt, sodass unter Umständen die allgemeinen Regeln des Deliktsrechts herangezogen werden müssen. Für die Schadenersatzpflicht im Zusammenhang mit einem etwaigen Emissionsprospekt gilt mittlerweile eine rechtsformübergreifende Spezialhaftung (vgl. Art. 69 Finanzdienstleistungsgesetz¹⁵).¹⁶ Bei Kreditgenossenschaften und Versi-

¹⁵ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15.6.2018 (Systematische Rechtsammlung 950.1).

¹⁶ Mangels Vereinheitlichung sowie Eignung zum massenweisen Handel ist eine Qualifikation der Anteilscheine einer Genossenschaft als Effekten (vgl. Art. 35 Abs. 1 und Art. 3 lit. b

cherungsunternehmen richtet sich die Verantwortlichkeit nach den aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 920 OR). Der Verweis ist dynamisch zu verstehen: Es ist das aktuelle Aktienrecht maßgeblich. Auf Banken findet die Spezialvorschrift von Art. 39 Bankengesetz Anwendung, welche ebenfalls auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen verweist. Ähnlich führt das Gesetz für die Verantwortlichkeit der Organe von Finanzinstituten (zum Begriff des Finanzinstituts vgl. Art. 2 Abs. 1 Finanzinstitutsgesetz¹⁷) die obligationenrechtlichen Bestimmungen an (Art. 68 Abs. 1 Finanzinstitutsgesetz).¹⁸

b) Haftungsvoraussetzungen

Nach Art. 916 OR können gegenüber der *Genossenschaft* alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Revision oder Liquidation befassten Personen ersatzpflichtig werden. Auch faktische Organe fallen unter die Haftung. Die befugte Delegation von Aufgaben wirkt haftungsbefreiend, sofern die Auswahl, Unterrichtung und Überwachung sorgfältig vorgenommen worden sind. Über die Anhebung einer Klage entscheidet die Verwaltung, falls nicht die Generalversammlung beschließt, einen Verantwortlichkeitsanspruch geltend zu machen. Im Konkursfall ist die Konkursverwaltung dafür zuständig.

Die Haftung setzt einen Schaden, das heißt eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens der Genossenschaft, eine den belangten Organpersonen anzulastende Pflichtwidrigkeit, einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden sowie ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) voraus. Der adäquate *Kausalzusammenhang* ist zu bejahen, wenn das Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen; der Eintritt des Erfolgs muss durch das Verhalten allgemein als begünstigt erscheinen.

Bei einer Unterlassung wird auf den hypothetischen Kausalzusammenhang bei Annahme eines pflichtgemäßen Handelns abgestellt. Der hypothetische Ge-

FIDLEG) zweifelhaft, sodass die Anwendbarkeit der Prospektpflicht unwahrscheinlich erscheint, vgl. Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV) vom 25.11.2015 (Systematische Rechtsammlung 958.11); aus der Perspektive des Bucheffektengesetzes (Bundesgesetz über Bucheffekten [Bucheffektengesetz, BEG] vom 3.10.2008 [Systematische Rechtsammlung 957.1]) *Bärtschi*, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Wertpapierrecht, 2012, Art. 6 BEG N 104. Dass beim Angebot von Genossenschaftsanteilen kein Basisinformationsblatt erstellt werden muss, ergibt sich aus der Anwendung von Art. 59 Abs. 1 FIDLEG, vgl. *Favre/Borens*, in: Sethe/Bösch/Favre/Kramer/Schott, Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz, 2021, Art. 59 N 10.

¹⁷ Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15.6.2018 (Systematische Rechtsammlung 954.1).

¹⁸ Für Anwendung der aktuellen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften *Bärtschi*, in: Bahar/Watter, Basler Kommentar, Finanzdienstleistungsgesetz, Finanzinstitutsgesetz, 2023, Art. 68 FINIG N 64.

schehensablauf wird häufig nicht noch auf seine Adäquanz überprüft, weil sonst wertende Gesichtspunkte doppelt berücksichtigt würden. Bei einer *Mehrheit von Ersatzpflichtigen* in unterschiedlichen Funktionen ist es wichtig, dass der Schaden korrekt auf die maßgeblichen Pflichtverletzungen zurückgeführt wird. So ist es denkbar, dass sich ein Versäumnis der Revisionsstelle bei der Rechnungsprüfung gar nicht oder bloß teilweise auf den Schaden ausgewirkt hat. Wenn die Verwaltung trotz begründeter Besorgnis einer Überschuldung und ungedeckter Forderungen die Benachrichtigung des Konkursgerichts unterlässt, beschränkt sich der kausal verursachte Vermögensverlust auf den Fortführungsschaden, welcher infolge der Konkursverschleppung entsteht.¹⁹

Beim *Verschulden* geht es um die Vorwerfbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens. In subjektiver Hinsicht muss der Verantwortliche urteilsfähig gewesen sein. Objektiv ist das Verschulden zu bejahen, wenn der in Anspruch Genommene nicht so gehandelt hat, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf. Maßgebend ist die von einer gewissenhaften und vernünftigen Person desselben Verkehrskreises unter den gleichen Umständen als erforderlich angesehene Sorgfalt. Es findet somit ein objektivierter Verschuldensmaßstab Anwendung. Faktoren wie fehlende Zeit oder mangelnde Kenntnisse werden grundsätzlich nicht als Entschuldigung anerkannt. Für die Haftung genügt leichte Fahrlässigkeit. Wie im Vertragsrecht bestehen Berührungspunkte zur Pflichtwidrigkeit. Umstritten ist die Beweislast. Angesichts des vertraglichen oder zumindest vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Genossenschaft und ihren Organpersonen rechtfertigt es sich, für Ansprüche aus einem Schaden der Genossenschaft das Verschulden zu vermuten. In den übrigen Fällen obliegt der Nachweis des Verschuldens der geschädigten Klägerin.

Werden gesetzliche Pflichten im Zusammenhang mit der Überschuldung einer Genossenschaft (vorne, I. 3. d)) verletzt, besteht auch gegenüber den einzelnen *Genossenschafterinnen* und den *Gläubigerinnen* der Genossenschaft eine Haftung der Mitglieder der Verwaltung sowie der Liquidatoren (vgl. Art. 917 Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle unterliegt dieser Bestimmung nicht, kann folglich – anders als im Aktienrecht – lediglich gemäß Art. 916 OR von der Genossenschaft belangt werden. Ebenso wenig fallen Personen darunter, welche von der Verwaltung mit der Geschäftsführung betraut werden. Sonstige Pflichtverletzungen werden nicht erfasst. Insoweit kann grundsätzlich höchstens auf die allgemeine Deliktshaftung zurückgegriffen werden.²⁰

¹⁹ Vgl. dazu aus der Rechtsprechung zum Aktienrecht *Bärtschi*, Nachweis des Konkursverschleppungsschadens, Zusammenfassung von Schw. BG 29.6.2023 – 4A_166/2022, iusNet Gesellschaftsrecht, 28.9.2023.

²⁰ Zu den Haftungsvoraussetzungen *Pasquier*, Verantwortlichkeit und Haftung, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi, Handbuch Schweizer Genossenschaftsrecht, 2022, S. 544 ff., Rn. 48.09.

c) *Mittelbarer und unmittelbarer Schaden*

Wie generell im Verantwortlichkeitsrecht ist zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Schaden zu differenzieren. Für die Geltendmachung des *mittelbaren Schadens* ausser Konkurs oder im Konkurs verweist Art. 917 Abs. 2 OR auf das Aktienrecht. Gestützt darauf ist jede Genossenschafterin ausserhalb eines Konkurses einzeln befugt, den Ersatz des gesamten Genossenschaftsschadens auf Leistung an die Genossenschaft zu verlangen (vgl. Art. 756 Abs. 1 OR). Dabei trägt die klagende Genossenschafterin das ganze Prozesskostenrisiko, was das Verfahren für sie unattraktiv macht.

Der *Gläubigerin* steht ausserhalb eines Konkurses kein Verantwortlichkeitsanspruch zu. Denn sie ist von einer Schädigung nicht direkt betroffen, solange die Genossenschaft in der Lage ist, ihre Forderungen zu begleichen. Im Konkurs steht es zunächst der Konkursverwaltung zu, den Verantwortlichkeitsanspruch geltend zu machen (vgl. Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR). Verzichtet die Konkursverwaltung darauf, ist jede Gläubigerin beziehungsweise Genossenschafterin zur Durchsetzung des Anspruchs berechtigt (vgl. Art. 757 Abs. 2 Satz 1 OR). Forderungen von Gläubigerinnen mit Rangrücktritt werden bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs nicht berücksichtigt, soweit sich die aufgeschobene Benachrichtigung des Konkursgerichts angesichts der eingeholten Rangrücktritte nicht als pflichtwidrig erweist (vgl. Art. 757 Abs. 4 OR).²¹ Der erlangte Schadenersatz fällt vorrangig an die klagenden Gläubigerinnen zur Deckung ihrer Forderungen, alsdann an klagende Genossenschafterinnen (vgl. Art. 757 Abs. 2 Sätze 2 und 3 OR).

Wirkt sich eine Pflichtwidrigkeit *unmittelbar* auf das Vermögen einer Genossenschafterin beziehungsweise Gläubigerin aus, ist ein direkter Anspruch gegen das verantwortliche Organ zu prüfen. Im Konkurs der Gesellschaft schränkt indessen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Aktienrecht die Geltendmachung des unmittelbaren Schadens ein, falls infolge derselben Pflichtverletzung die Gesellschaft ihrerseits einen Schaden erlitten hat, sodass zwei konkurrierende Ansprüche gegenüber derselben Organperson bestehen. In einer solchen Konstellation befürchtet das Schweizer Bundesgericht einen Wettlauf zwischen der Konkursverwaltung und direkt klagenden Gesellschafterinnen oder Gläubigerinnen.

Bei gleichzeitiger Schädigung der Gesellschaft steht der unmittelbar geschädigten Genossenschafterin oder Gläubigerin die Klage gemäss Rechtsprechung lediglich offen, wenn sie diese mit einem widerrechtlichen Verhalten im Sinne des außervertraglichen Haftpflichtrechts, einer *culpa in contrahendo* oder einer ausschliesslich dem Gesellschafter- beziehungsweise Gläubigerschutz dienenden Bestimmung des Gesellschaftsrechts zu begründen vermag.²² Die *exklusive Schutznorm* darf nicht gleichzeitig die Genossenschaft schützen. Diese Einschränkung

²¹ Hierzu näher *Bärtschi*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Nobel/Müller, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde, 2023, S. 719 ff., § 25 N 36.

²² Vgl. zum Aktienrecht etwa Schw. BG – 141 III 112 E. 5.2.3, S. 117.

führt dazu, dass der unmittelbare Schaden der Genossenschafterin oder Gläubigerin häufig nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann, sodass die Konkursverwaltung freie Hand bei der Verfolgung des Anspruchs der Genossenschaft beziehungsweise der Gläubigergesamtheit hat.

d) Entlastung, Solidarität und Verjährung

Obwohl es an einer gesetzlichen Bestimmung im Genossenschaftsrecht fehlt, dürfte ein *Entlastungsbeschluss* der Generalversammlung Schadenersatzklagen der Genossenschaft ausschließen, soweit diese auf bekannte beziehungsweise bekannt gegebene Tatsachen gestützt werden. Dasselbe gilt für Klagen von Genossenschafterinnen, welche dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben oder der Genossenschaft in Kenntnis des Entlastungsbeschlusses beigetreten sind (vgl. Art. 758 Abs. 1 OR). Das Klagerecht der übrigen Genossenschafterinnen erlischt in Analogie zur aktienrechtlichen Regelung (Art. 758 Abs. 2 Satz 1 OR) zwölf Monate nach dem Entlastungsbeschluss.

Mehrere Ersatzpflichtige haften nach Art. 918 Abs. 1 OR solidarisch. In Anlehnung an die *differenzierte Solidarität* des Aktienrechts (Art. 759 Abs. 1 OR) sind sie insoweit haftbar, als sie den Schaden pflichtwidrig und schuldhaft mitverursacht haben. Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird durch das Gericht nach dem Grad des Verschuldens bestimmt (Art. 918 Abs. 2 OR).

Art. 919 Abs. 1 OR statuiert eine relative *Verjährungsfrist* von drei Jahren ab der Kenntnisnahme des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen durch den Geschädigten. Die absolute Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre ab dem schädigenden Verhalten beziehungsweise dessen Beendigung. Vorbehalten bleibt eine längere strafrechtliche Verfolgungsverjährung beziehungsweise eine Frist von drei Jahren ab Eröffnung eines erstinstanzlichen Strafurteils (Art. 919 Abs. 2 OR).

7. Ausscheiden von Genossenschafterinnen

a) Austrittsrecht

Jeder Genossenschafterin steht der Austritt frei, solange die Genossenschaft nicht aufgelöst ist (Art. 842 Abs. 1 OR). Ein dauerndes Verbot oder eine übermäßige Erschwerung des Austritts durch die Statuten beziehungsweise durch Vertrag sind ungültig (Art. 842 Abs. 3 OR). Sehen die Statuten nicht eine für die Mitglieder großzügigere Regelung vor, kann der Austritt lediglich unter Einhaltung einer *Kündigungsfrist* von einem Jahr auf das Ende eines Geschäftsjahres erfolgen (Art. 844 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Statutarisch oder vertraglich darf der Austritt während maximal fünf Jahren ausgeschlossen werden (Art. 843 Abs. 1 OR, „Sperrfrist“), unter dem Vorbehalt eines Austritts aus wichtigen Gründen (Art. 843 Abs. 2 Satz 1 OR).

Zulässig ist eine statutarische Pflicht der austretenden Genossenschafterin zur Leistung einer verschuldensunabhängigen *Auslösungssumme*, falls der Austritt zu einer erheblichen Schädigung der Genossenschaft führt oder deren Fortbestand

gefährdet (Art. 842 Abs. 2 OR). Der Auslösungssumme kommt nicht der Charakter einer Konventionalstrafe zu. Sie darf die Höhe des effektiven Schadens nicht überschreiten und findet keine Anwendung, wenn der Austritt wegen einer neuen beziehungsweise erweiterten Haftung oder Nachschusspflicht erfolgt (Art. 889 Abs. 3 OR).

Die Statuten können für den Fall eines Austritts *Abfindungsansprüche* oder die Rückzahlung von Anteilen vorsehen. Ist eine Genossenschafterin insolvent, kommt gemäß Art. 845 OR der Konkursverwaltung beziehungsweise dem Betreibungsamt die Befugnis zu, das Kündigungsrecht auszuüben und den Austritt zu erklären.

b) *Ausschluss*

Eine Genossenschafterin kann jederzeit aus *wichtigen* sowie aus etwaigen in den *Statuten* genannten Gründen ausgeschlossen werden (Art. 846 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Ein Ausschluss ohne Angabe von Gründen ist nicht statthaft. Die Lehre gewährt der Betroffenen einen Anspruch auf rechtliches Gehör. Zuständig für den Ausschluss ist grundsätzlich die Generalversammlung. Erklären die Statuten die Verwaltung für zuständig, ist der Ausgeschlossene zwingend zum Rekurs an die Generalversammlung berechtigt (Art. 846 Abs. 3 OR). Die Frist für die Einreichung eines derartigen Rekurses ist umstritten. Zum Teil wird eine dreimonatige Frist vertreten. Der Beschluss der Generalversammlung kann innerhalb von drei Monaten gerichtlich angefochten werden.

Analog zur Pflicht des freiwillig austretenden Mitglieds zur Leistung einer verschuldensunabhängigen Auslösungssumme können ausgeschlossene Mitglieder unter denselben Voraussetzungen zur Entrichtung einer *Auslösungssumme* verpflichtet werden (Art. 846 Abs. 4 OR).

c) *Verlust der Mitgliedschaft im Todesfall*

Mit dem Tod der Genossenschafterin endet die Mitgliedschaft (Art. 847 Abs. 1 OR). Gestützt auf eine statutarische Bestimmung können die *Erben* an die Stelle der verstorbenen Genossenschafterin treten, und zwar entweder automatisch oder auf schriftlichen Antrag aller beziehungsweise einzelner Erben hin (Art. 847 Abs. 2 und Abs. 3 OR). Die Erbengemeinschaft hat für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte eine gemeinsame Vertreterin zu bestellen (Art. 847 Abs. 4 OR).

d) *Beendigung eines Rechtsverhältnisses*

Steht die Mitgliedschaft in der Genossenschaft mit einem öffentlich-rechtlichen beziehungsweise privaten Anstellungsverhältnis oder sonst mit einem Vertrag in Zusammenhang, erlischt die Mitgliedschaft mit der Beendigung der Anstellung beziehungsweise des *Vertrags* (Art. 848 OR). Zu denken ist etwa an einen Versicherungsvertrag. Die Statuten können eine abweichende Regelung vorsehen.

e) Übertragung der Mitgliedschaft

Ein Mitgliedschaftswechsel bedingt grundsätzlich, dass das bisherige Mitglied austritt und das neue Mitglied von der Genossenschaft aufgenommen wird. Die Abtretung von Genossenschaftsanteilen oder die Übergabe einer Mitgliedschaftsurkunde bewirken nicht direkt die Übertragung der Mitgliedschaft (Art. 849 Abs. 1 OR). Vielmehr ist ein *Aufnahmebeschluss* erforderlich. Bis zur Aufnahme der Erwerberin verbleiben die persönlichen Mitgliedschaftsrechte beim Veräußerer (Art. 849 Abs. 2 OR).

Die Statuten der Genossenschaft können den Übergang der Mitgliedschaft auf eine Rechtsnachfolgerin anordnen, welche einen *Vertrag übernimmt*, sofern die Mitgliedschaft mit diesem Vertrag in Zusammenhang steht (vgl. Art. 849 Abs. 3 OR). Hängt die Mitgliedschaft gemäß Statuten vom Eigentum an einem Grundstück oder vom wirtschaftlichen Betrieb eines Grundstücks ab, kann der Übergang der Mitgliedschaft statutarisch an den Erwerb des Grundstücks oder die Übernahme des Betriebs geknüpft werden (Art. 850 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Die Erwerberin des Grundstücks oder Betriebs wird so automatisch zur Genossenschafterin. Bei Grundstücken ist diese statutarische Anordnung im Grundbuch vorzumerken (Art. 850 Abs. 3 OR).

8. Auflösung, Umwandlung und Liquidation

a) Beendigungsgründe

In Art. 911 OR werden folgende *Auflösungsgründe* angeführt:

1. ein statutarisch vorgesehener Auflösungsgrund tritt ein;
2. die Generalversammlung fällt mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen (Art. 888 Abs. 2 Satz 1 OR) oder nach Maßgabe eines statutarisch erhöhten Quorums einen Auflösungsbeschluss, für welchen keine öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist;
3. über die Genossenschaft wird der Konkurs eröffnet; oder
4. es liegt ein sonstiger gesetzlicher Auflösungsgrund vor.

Eine *Auflösungsklage* sieht das Schweizer Genossenschaftsrecht nicht vor. Kann eine einzelne Genossenschafterin beziehungsweise eine Minderheit von Genossenschafterinnen nicht einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss erwirken, steht das individuelle Austrittsrecht zur Verfügung (Art. 842–845 OR; vorne, I.7.a)).

Auf die Auflösung der Genossenschaft folgt üblicherweise die Liquidation. Auf das Liquidationsverfahren ist zurückzukommen (hinten, I.8.c)). Doch ist auch eine Auflösung *ohne Liquidation* denkbar. Das Schweizer Fusionsgesetz²³ (FusG) erlaubt die Fusion von Genossenschaften mit anderen Genossenschaften

²³ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3.10.2003 (Systematische Rechtssammlung 221.301).

oder mit Kapitalgesellschaften (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 FusG). Die Generalversammlung der Genossenschaft muss die Fusion mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschließen, bei Einführung oder Erweiterung persönlicher Leistungspflichten beziehungsweise einer Haftung mit drei Vierteln aller Genossenschafterinnen (Art. 18 Abs. 1 lit. d FusG). Für eine Abfindungsfusion gilt ein Quorum von 90 % der stimmberechtigten Gesellschafterinnen der übertragenden Gesellschaft (vgl. Art. 18 Abs. 5 FusG). Wird eine Kapitalgesellschaft von einer Genossenschaft übernommen, müssen sämtliche Aktionärinnen beziehungsweise Gesellschafterinnen der GmbH zustimmen (Art. 18 Abs. 1 lit. b FusG). Neben Fusionen sind auch Spaltungen möglich (Art. 30 FusG).

b) *Umwandlung*

Das Schweizer Recht erlaubt zudem *Änderungen der Gesellschaftsform*. So kann sich eine Kapitalgesellschaft in eine Genossenschaft oder eine Genossenschaft in eine Kapitalgesellschaft umwandeln (Art. 54 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 lit. a FusG). Genossenschafterinnen ohne Anteilscheine haben bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft Anspruch auf mindestens einen Anteil (Art. 56 Abs. 2 FusG). Die Anforderungen an das Beschlussquorum (Art. 64 Abs. 1 lit. b und lit. d FusG) entsprechen den Voraussetzungen bei der soeben behandelten Fusion, weshalb die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Genossenschaft Einstimmigkeit verlangt.

c) *Liquidationsverfahren*

Die Auflösung der Genossenschaft ist von der Verwaltung beziehungsweise gegebenenfalls durch das Gericht beim *Handelsregisteramt* zur Eintragung anzumelden (Art. 912 OR). Im Übrigen richten sich die Folgen der Auflösung nach dem Aktienrecht, soweit das Genossenschaftsrecht keine besonderen Vorschriften enthält (Art. 913 Abs. 1 OR). Die Genossenschaft in Liquidation bleibt rechtsfähig (vgl. Art. 739 Abs. 1 OR). Die Befugnisse der bestehenden Gesellschaftsorgane werden auf Handlungen im Zusammenhang mit der Liquidation beschränkt, soweit hierfür nicht die Liquidatoren zuständig sind (vgl. Art. 739 Abs. 2 OR). Liquidatoren können gestützt auf einen Generalversammlungsbeschluss oder eine statutarische Bestimmung eingesetzt werden. Andernfalls besorgen kraft Gesetzes die Mitglieder der Verwaltung die Liquidation (vgl. Art. 740 Abs. 1 OR). Bei einer gerichtlichen Auflösung ernennt das Gericht die Liquidatoren (vgl. Art. 740 Abs. 4 OR). Im Konkursfall übernimmt die Konkursverwaltung die Liquidation (vgl. Art. 740 Abs. 5 Satz 1 OR). Auch eine juristische Person kann Liquidatorin sein.

Nach der Eintragung der Auflösung in das Handelsregister (vgl. Art. 739 Abs. 1 OR) erstellen die Liquidatoren per Stichtag der Auflösung gestützt auf die Veräußerungswerte der vorhandenen Aktiven die Liquidationseröffnungsbilanz (vgl. Art. 742 Abs. 1 OR) und veröffentlichen zwecks Erfassung der Forderungen einen

Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt (vgl. Art. 742 Abs. 2 OR). Die Liquidatoren schließen die laufenden Geschäfte ab, ziehen ausstehende Forderungen ein, verwerten die Aktiven und erfüllen die Verbindlichkeiten (vgl. Art. 743 Abs. 1 OR). Für nicht fällige und für streitige Verbindlichkeiten ist der entsprechende Betrag gerichtlich zu hinterlegen oder der Gläubigerin eine gleichwertige Sicherheit einzuräumen. Andernfalls ist die Verteilung des Genossenschaftsvermögens bis zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten aufzuschieben (vgl. Art. 744 Abs. 2 OR). Sollte die Genossenschaft überschuldet sein, muss das Gericht den Konkurs eröffnen (vgl. Art. 743 Abs. 2 OR). Dauert die Liquidation länger, erstellen die Liquidatoren jährliche Zwischenabschlüsse (vgl. Art. 743 Abs. 5 OR). Zuletzt folgt die Liquidationsschlussbilanz (Schlussabrechnung), welche von der Generalversammlung abzunehmen ist.

d) Verteilung und Löschung

Frühestens ein Jahr nach dem Schuldenruf darf der *Liquidationsüberschuss*, welcher nach der Tilgung sämtlicher Schulden und der Rückzahlung etwaiger Anteile verbleibt, verteilt werden (vgl. Art. 745 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Die einjährige Frist kann auf drei Monate verkürzt werden, wenn die Bestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin vorliegt, wonach die Schulden getilgt sind und nach den Umständen angenommen werden kann, dass keine Drittinteressen gefährdet sind (vgl. Art. 745 Abs. 3 OR). Eine Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Genossenschafterinnen ist nur zulässig, falls die Statuten dies vorsehen (Art. 913 Abs. 2 OR). Soweit statutarisch nicht abweichend geregelt, erfolgt die Verteilung nach Köpfen (Art. 913 Abs. 3 Satz 1 OR). Fehlt eine statutarische Ordnung, ist der Liquidationsüberschuss gemäß Entscheid der Generalversammlung zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen zu verwenden (Art. 913 Abs. 4 und Abs. 5 OR).

Das Liquidationsverfahren wird mit der *Löschung* der Genossenschaft im Handelsregister abgeschlossen, wobei die Anmeldung durch die Liquidatoren erfolgt (vgl. Art. 746 OR). Das Handelsregisteramt nimmt die Löschung regelmäßig erst vor, wenn das kantonale Steueramt und die Eidgenössische Steuerverwaltung bestätigt haben, dass keine offenen Steuerschulden bestehen. Die Löschung im Handelsregister wirkt nach der traditionellen Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich konstitutiv.

9. Exkurs: steuerliche Situation

Im Schweizer Steuerrecht kommt der Genossenschaft keine gesetzliche Sonderstellung mehr zu. Die früheren kantonalen Spezialregeln für Genossenschaften gelten nicht mehr. Doch dürfen Genossenschaften wie auch andere juristische Personen die den Mitgliedern gewährten Rabatte, Skonti, Umsatzbonifikationen und *Rückvergütungen* auf dem Entgelt für Lieferungen und Leistungen sowie die zur Verteilung an die Versicherten bestimmten *Überschüsse* grundsätzlich auf

Bundesebene und in den Kantonen ohne Höchstgrenze als geschäftsmäßig begründeten Aufwand vom Gewinn abziehen (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. d DBG²⁴; Art. 25 Abs. 1 lit. d StHG²⁵). Daraus kann sich faktisch eine gewisse Privilegierung der Genossenschaft bei der Ertragsbesteuerung im Vergleich zu einer Kapitalgesellschaft ergeben, wenn eine Genossenschaft auf die Erzielung eines Ertrags verzichtet und ihre Tätigkeit auf die Verschaffung wirtschaftlicher Vorteile zugunsten der Mitglieder ausrichtet.

Eine *Beschränkung* in der Art von § 22 des deutschen Körperschaftsteuergesetzes²⁶ beziehungsweise von § 8 Abs. 3 Ziff. 2 des österreichischen Körperschaftsteuergesetzes²⁷ wird nicht vorgesehen. Danach sind Rückvergütungen der Genossenschaften an ihre Mitglieder nur als Betriebsausgaben abziehbar, soweit die dafür verwendeten Beträge im Mitgliedergeschäft erwirtschaftet worden sind (§ 22 Abs. 1 Satz 1 deutsches Körperschaftsteuergesetz). Der Gewinn aus dem Mitgliedergeschäft bildet die Obergrenze für den Abzug (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 3 deutsches Körperschaftsteuergesetz). Die abgezogene Rückvergütung hat die Höhe des Umsatzes zwischen den Mitgliedern und der Genossenschaft zu berücksichtigen.

Immerhin erfordert die geschäftsmäßige Begründung des Aufwands unter Schweizer Recht, dass die entsprechenden Leistungen nicht den Mitgliedern vorbehalten sind, sondern dass im gleichen Umfang und unter denselben Bedingungen *auch Nichtmitglieder* davon profitieren können.²⁸ Fließen geldwerte Leistungen hingegen einzig aufgrund der Stellung als Mitglied an Genossenschafterinnen, sind sie dem steuerbaren Reingewinn zuzurechnen. Die Differenz zwischen der tatsächlichen und der marktüblichen Leistung kann als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werden.

In der Schweiz partizipieren beispielsweise Versicherungsnehmer bei der Mobilien an regelmäßig gewährten *Prämienrückerstattungen*, welche alternierend für die einzelnen Versicherungszweige in Form einer Gutschrift für die nächste

²⁴ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14.12.1990 (Systematische Rechtssammlung 642.11).

²⁵ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG) vom 14.12.1990 (Systematische Rechtssammlung 642.14).

²⁶ Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (Bundesgesetzblatt 2002 Teil I S. 4144), zuletzt geändert am 27.3.2024 (Bundesgesetzblatt 2024 Teil I Nr. 108).

²⁷ Bundesgesetz vom 7.7.1988 über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz 1988 – KStG 1988), Bundesgesetzblatt Nr. 401/1988 vom 29.7.1988 (aktueller Wortlaut: „Eine Einkommensverwendung ist auch anzunehmen bei: [...] 2. Rückvergütungen, die von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in Form von Kaufpreiserückvergütungen gewährt werden und aus dem Mitgliedergeschäft erwirtschaftet wurden.“).

²⁸ Vgl. etwa *Brunner-Dobler*, Fusion und Umwandlung von Genossenschaften, 2008, S. 198 f. m. w. H.

Rechnung gewährt werden. Mit dieser „Erfolgsbeteiligung“ streicht Mobilien ihren genossenschaftlichen Charakter heraus.²⁹

10. Fazit

Der aktuelle Aufschwung im Genossenschaftswesen, unter anderem durch die Nachhaltigkeitsbewegung begünstigt, vermag den kontinuierlichen leichten Rückgang der Anzahl Genossenschaften in der Schweiz bislang zwar noch nicht vollständig wettzumachen. Ein gewisser *Wandel* in der Wahrnehmung der Genossenschaft als fortschrittliche statt altmodischer Rechtsform ist aber unverkennbar. Jedenfalls nutzen zahlreiche kleinere, aber auch viele große, wirtschaftlich bedeutende Unternehmen in der Schweiz diese Rechtsform. Das Schweizer Obligationenrecht bietet den Genossenschaften einen flexiblen, auf eine personenbezogene Ausrichtung abgestimmten Rechtsrahmen, welcher trotz der Anlehnung an das Aktienrecht verschiedene Besonderheiten aufweist. Nach diesem allgemeinen Überblick ist auf die Steuerung großer Genossenschaften einzugehen (hinten, II.) sowie der Reformbedarf des Schweizer Genossenschaftsrechts zu erörtern (hinten, III.).

II. Governance von Großgenossenschaften

1. Hintergrund

Die Diskussion der Corporate Governance hat sich lange Zeit auf die Aktiengesellschaften konzentriert. Demgegenüber findet die Governance von Großgenossenschaften trotz der hohen wirtschaftlichen Bedeutung noch verhältnismäßig wenig Beachtung. Die *gesetzlichen Regelungen* des Schweizer Rechts erweisen sich als knapp und bejährt. Typischerweise basieren die Genossenschaftsgruppen auf dem Institut des Genossenschaftsverbands. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

2. Genossenschaftsverband

a) Gesetzliche Regelung

Beim Genossenschaftsverband handelt es sich um eine Genossenschaft, welche aus mindestens drei Genossenschaften besteht (Art. 921 OR). Der Verband kann auch andere juristische oder natürliche Personen als Mitglieder haben, sofern *mehrheitlich Genossenschaften* daran beteiligt sind.³⁰ Im Gesetz (vgl. Art. 921–925 OR) wird der Genossenschaftsverband bloß rudimentär geregelt. Für die Or-

²⁹ Die Rückerstattung wird wie folgt beworben: „Als genossenschaftlich verankertes Unternehmen lassen wir unsere Versicherten am Erfolg teilhaben.“

³⁰ *Lengauer*, Genossenschaftsverbände, in: Simoni/Hauser/Bärtschi (Fn. 20), S. 727 ff., Rn. 66.01 m. w. H.

ganisation des Genossenschaftsverbands besteht ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum.

Falls in den Statuten nicht anders geregelt, ist das oberste Organ eines Genossenschaftsverbands die *Delegiertenversammlung* (Art. 922 Abs. 1 OR). Deren Aufgaben werden im Gesetz nicht spezifiziert. Die Delegiertenversammlung verfügt häufig über zahlreiche Mitglieder, oft mehr als 100 Personen. Die unterschiedliche Größe der beteiligten Mitgliedsgenossenschaften lässt sich mittels variierender Anzahl Vertreterinnen in der Delegiertenversammlung berücksichtigen. Auf diese Weise wird das Kopfstimmprinzip gewahrt. Es ist bei der Delegiertenversammlung aber auch zulässig, vom Kopfstimmprinzip abzuweichen (vgl. die bereits erwähnte Bestimmung von Art. 892 Abs. 3 OR) und die Stimmkraft der Delegierten unterschiedlich zu bemessen, wobei jede Mitgliedsgenossenschaft beispielsweise einen einzigen Delegierten entsendet.

Oft bestehen noch *Regionalräte* oder regionale Ausschüsse beziehungsweise Versammlungen, welche als Bindeglied zwischen den Mitgliedsgenossenschaften und dem obersten Leitungsorgan des Verbands dienen. Diesen regionalen Gremien kann eine rein konsultative Funktion oder eine besondere Rolle bei der Bestimmung der Delegierten für die Delegiertenversammlung zukommen. Zum Teil werden rechtlich eigenständige Regionalverbände in der Rechtsform von Vereinen errichtet.

Die Statuten können die Verwaltung des Genossenschaftsverbands ermächtigen, die Geschäftstätigkeit der Mitgliedsgenossenschaften zu *überwachen* (Art. 924 Abs. 1 OR). Es lassen sich in den Statuten auch gewisse Eingriffskompetenzen der Verwaltung umschreiben, beispielsweise bei einem Verstoß gegen die Statuten oder gegen sonstige Vorgaben des Verbands.

Außerdem dürfen die Statuten der Verwaltung das Recht verleihen, Beschlüsse, welche von Mitgliedsgenossenschaften gefasst worden sind, gerichtlich *anzufechten* (Art. 924 Abs. 2 OR). Es geht namentlich um Verwaltungs- und Generalversammlungsbeschlüsse. Im Übrigen gelten, soweit keine Sondervorschriften erlassen worden sind, die Bestimmungen des allgemeinen Genossenschaftsrechts.

b) *Machtverhältnisse*

Bei einem Genossenschaftsverband stellt sich die Frage, wer wen kontrolliert. Innerhalb einer Gruppe von *Aktiengesellschaften* übt im Konzern die Obergesellschaft über ihren Verwaltungsrat das Stimmrecht an den Aktien der Untergesellschaft aus. Die Mehrheit der Stimmen in der Generalversammlung und das damit verknüpfte Recht zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (vgl. aus Sicht des Rechnungslegungsrechts Art. 963 Abs. 2 OR) begründen die kontrollierende Stellung der Obergesellschaft.

Hingegen liegt die stimmenmäßige Beherrschung beim Genossenschaftsverband gegenteilig: Der Genossenschaftsverband wird von einer Mehrzahl von Genossenschaften gehalten. Teilweise wird von einem „verkehrten“ oder *umgekehr-*

ten Konzern gesprochen.³¹ Der Genossenschaftsverband kann eine lediglich unterstützende Funktion wahrnehmen, aber auch als steuernde Dachgesellschaft auftreten.

Einzelne Merkmale des allgemeinen Genossenschaftsrechts haben einen Einfluss auf die Machtverhältnisse beim Genossenschaftsverband. So besteht eine *Treuepflicht* der Mitglieds-genossenschaften (Art. 866 OR). Aus der Treuepflicht lassen sich gewisse Einwirkungsrechte des Verbands gegenüber den Mitgliedern ableiten. Für eigentliche Verpflichtungen der Mitglieder ist jedoch eine statutarische Grundlage erforderlich.³² Ohnehin müssen sich die eingeräumten Befugnisse des Verbands auf eine statutarische Grundlage stützen, wobei es den beteiligten Genossenschaften obliegt, die Statuten des Verbands beziehungsweise ihre eigenen Statuten zu ändern.³³ Insofern kommt den Mitglieds-genossenschaften eine einflussreiche Stellung zu. Gleichzeitig ist jedes Mitglied – mindestens theoretisch – zwingend zum Austritt berechtigt.

Demgegenüber sind die Einflussmöglichkeiten der *Basismitglieder* beschränkt. Angesichts des Idealtypus der Genossenschaft, wonach hauptsächlich die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe gefördert oder gesichert werden (vorne, I. 1.), wäre zu erwarten, dass den Basismitgliedern eine bedeutende Stellung zukäme. Die partizipative Ausprägung rechtfertigt die Qualifikation der Genossenschaft als (sozial) nachhaltige Rechtsform. Tatsächlich konzentriert sich die Mitwirkung der Basismitglieder bei einer Verbandstruktur im Wesentlichen auf die Wahl der Delegierten, gleicht somit einer indirekten Demokratie.

Ausnahmen bestätigen die Regel. So führten die regionalen Genossenschaften der großen Schweizer Detailhandelsunternehmung Migros im Frühsommer 2022 bei ihren Basismitgliedern eine schriftliche Abstimmung (*Urabstimmung*) über die Aufhebung des statutarischen Alkoholverbots durch. Das für die Abschaffung erforderliche Quorum von zwei Dritteln wurde dabei nicht erreicht. Die Stimmbeteiligung lag bei rund 29 %, ungefähr 630.000 Mitgliedern entsprechend.

Wegen des Kopfstimmprinzips (Art. 885 OR) gibt es auf Ebene der Mitglieds-genossenschaft keine Basismitglieder mit erhöhter Stimmkraft und verstärktem *Anreiz*, sich für die Interessen der Genossenschaft beziehungsweise des Verbands zu engagieren. Und im Verhinderungsfall wird die Möglichkeit der Ausübung des Stimmrechts an der Generalversammlung durch die Beschränkung des Vertretungsrechts (vorne, I. 5. b) (5)) erschwert.

³¹ Vgl. *Pester*, Genossenschaftspraxis und -forschung in der Schweiz, Aktuelle Herausforderungen am Beispiel der Corporate Governance von Genossenschaftsverbänden, 2021, S. 13.

³² *Brechbühl/Lengauer/Nösberger*, Leitfaden Cooperative Governance, 2020, S. 59.

³³ Näher zu den möglichen Instrumenten der Einflussnahme durch den Genossenschaftsverband *Lengauer*, Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden, in: Jung/Krauskopf/Cramer, Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, 2020, S. 457, 469 ff.

3. Blick auf Praxis

a) Detailhändler

(1) Migros

Die Organisationsstrukturen der wirtschaftlich bedeutendsten Genossenschaften der Schweiz unterscheiden sich stark. Grob betrachtet stehen den von Mitglieds-genossenschaften gehaltenen *Verbänden* Primär-genossenschaften gegenüber, an denen direkt die Basismitglieder beteiligt sind und welche einer Holdinggesellschaft gleich die Beteiligungen halten. Bei der ersten Variante werden die Machtverhältnisse durch die Anzahl beteiligter Genossenschaften beeinflusst. Bei der Schweizer Detailhändlerin Migros sind es bloß zehn regionale Genossenschaften. Die mitgliedermäßig größte beteiligte Genossenschaft (Aare) verfügt über mehr als 500.000 Genossenschafterinnen, insgesamt sind es über zwei Millionen Basismitglieder.

Die *regionalen Genossenschaften* verfügen über eine starke Stellung, obgleich die Statuten des Verbands der Verwaltung umfangreiche Prüfungs- und Überwachungsrechte einräumen. Die Verwaltungspräsidenten der regionalen Genossenschaften werden von den Schweizer Medien gerne als „Regionalfürsten“ bezeichnet. Wegen Konflikten und Compliance-Problemen hat der Verband in der jüngeren Vergangenheit einen fünfköpfigen Governance-Ausschuss der Verwaltung geschaffen. Dieser soll bei Missbräuchen eingreifen und beispielsweise die Absetzung von Organmitgliedern einer regionalen Genossenschaft beantragen können, wobei der Entscheid über Sanktionen oder Maßnahmen bei der Verwaltung liegt.

Die Zuständigkeit der regionalen Genossenschaften überschneidet sich teilweise mit dem Verband, dem Migros-Genossenschafts-Bund. Im Frühjahr 2023 wurde nach kontroversen internen Diskussionen beschlossen, das Supermarktgeschäft in eine neue Aktiengesellschaft, die *Migros Supermarkt AG*, einzubringen. Diese Rechtseinheit erbringt als Servicegesellschaft Dienstleistungen für die regionalen Genossenschaften. Die – auch als Folge der Etablierung von Aldi und Lidl in der Schweiz – unter hohem Kosten- und Konkurrenzdruck stehende Migros erhofft sich dadurch eine organisatorische Vereinfachung und Effizienzgewinne. Es wird erwartet, dass noch weitere Geschäftsbereiche überführt und zentralisiert werden. Gleichzeitig werden im Interesse einer Fokussierung auf das Kerngeschäft verschiedene Geschäftsbereiche veräußert und Arbeitsplätze abgebaut.

Obwohl es sich bei der Migros Supermarkt AG um eine direkte Untergesellschaft des Verbands handelt, ist aufgrund der Zusammensetzung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung angenommen worden, dass die neue Organisation die Stellung der regionalen Genossenschaften stärkt und den Verband schwächt. Die *Implementierung* dieser Reorganisation verlief nicht reibungslos. An der am 9.9.2023 abgehaltenen außerordentlichen Delegiertenversammlung des Migros-Genossenschafts-Bunds wurde das erforderliche Quorum von zwei Dritteln für

die beantragte Reduktion der Anzahl Mitglieder der Verwaltung wider Erwarten verfehlt. Die Idee ist gewesen, dass die fünf regionalen Genossenschaften mit Vertretung im Verwaltungsrat der neuen Migros Supermarkt AG dafür auf ihre Mitgliedschaft in der Verwaltung des Migros-Genossenschafts-Bunds verzichten. An der ordentlichen Delegiertenversammlung vom 11.11.2023 war die Beschlussfassung erfolgreich, sodass die Umsetzung per 1.7.2024 erfolgen konnte.

(2) Fenaco

An der *fenaco Genossenschaft*, welche unter anderem die Detailhandelsketten Volg und LANDI betreibt, sind rund 150 hauptsächlich landwirtschaftliche Genossenschaften beteiligt. Jede Mitgliedsgenossenschaft wird durch einen Delegierten an der Delegiertenversammlung vertreten. Dessen Stimmkraft hängt vom Wert der Geschäftstätigkeit der jeweiligen Genossenschaft mit fenaco ab. Die einzelnen Landwirte sind an den Mitgliedsgenossenschaften angeschlossen. Wegen der Vielzahl beteiligter Genossenschaften erweist sich die Stellung der Basis als stärker zersplittert, was die Position des Verbands verstärkt. Bei den vom Verband direkt oder indirekt gehaltenen Beteiligungen handelt es sich hauptsächlich um Aktiengesellschaften, beispielsweise die Volg Detailhandels AG.

(3) Coop

Die langjährige Konkurrentin der Migros, die Coop, hat ihre Struktur bereits vor längerer Zeit angepasst. Per Anfang 2001 schlossen sich 14 regionale Genossenschaften und die im Jahr 1893 gegründete Coop Schweiz zusammen. Seither stellt die Coop-Gruppe Genossenschaft eine Art *Holdingsgesellschaft* dar. Es handelt sich um eine reguläre Genossenschaft (Primärgenossenschaft), nicht um einen Verband. Die gut 2,5 Mio. Basismitglieder sind direkt dieser Genossenschaft angeschlossen.

Den sechs Regionen kommt keine rechtliche Eigenständigkeit zu. Die Basismitglieder wählen die jeweiligen *Regionalräte*, aus deren Kreis über einen Ausschuss je ein Verwaltungsratsmitglied vorgeschlagen sowie die maximal 60 Mitglieder der Delegiertenversammlung ernannt werden. Zu öffentlichen Diskussionen geführt hat die beabsichtigte Verschärfung der Anforderungen an die Wahl der Regionalräte. Obgleich ein dagegen angestrebtes Verfahren vor dem Zivilgericht Basel-Stadt aus formellen Gründen ohne Erfolg blieb, entschloss sich Coop mit Blick auf die Regionalratswahlen von Ende Januar 2025 zu gewissen Erleichterungen der ursprünglich geplanten Vorgaben in den Statuten und in der Geschäftsordnung für Wahlen.

Der Detailhandel wird durch die Coop Genossenschaft bestritten, welche eine 100-prozentige *Untergesellschaft* der Coop-Gruppe Genossenschaft darstellt. Die früheren Untergesellschaften werden als rechtlich unselbstständige Divisionen geführt. Daneben bestehen verschiedene eigenständig gehaltene Beteiligungen.

b) Banken und Versicherungen

Hinsichtlich ihrer rechtlichen Struktur weisen die Banken und Versicherungen in Genossenschaftsform *Ähnlichkeiten* mit den Detailhandelsunternehmen auf. Dabei entspricht Raiffeisen dem Typus von Migros oder fenaco, Mobiliar gleicht demgegenüber Coop.

(1) Raiffeisen

Die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft stellt den Verband dar für die über 200 angeschlossenen *Raiffeisenbanken*. Zur Vielzahl beteiligter Mitgliedsgenossenschaften kommt im Finanzbereich hinzu, dass namentlich die Komplexität der regulatorischen Vorgaben und die Sicherheitsanforderungen an die IT-Struktur die Abhängigkeit vom Verband verstärken. Nach einem Skandal betreffend den früheren Vorsitzenden der Geschäftsleitung hat die Raiffeisen Schweiz ihre Organisation angepasst. Die Delegiertenversammlung wurde abgeschafft.

Das oberste Organ der Raiffeisen Schweiz Genossenschaft ist die Generalversammlung. Jede Raiffeisenbank wählt für die Generalversammlungen einen Vertreter sowie einen Stellvertreter. Für die Beschlüsse und Wahlen hat jede Raiffeisenbank eine Stimme. Es wurde versucht, die Stellung der Raiffeisenbanken zu stärken. In ihrer *Eignerstrategie* betonen die Raiffeisenbanken ihre Stellung als „Eigentümer“ der Raiffeisen Schweiz Genossenschaft und drücken ihre Erwartungshaltung gegenüber deren Verwaltungsrat aus.

Die über zwei Millionen *Basismitglieder* sind den regional ausgerichteten Raiffeisenbanken angeschlossen. Um die Mitgliedschaft zu erwerben, zeichnen sie einen Anteilschein der Bank. Im Gegenzug erhalten sie eine Verzinsung des geleisteten Nennwerts sowie gewisse Sonderkonditionen, beispielsweise auf dem Mitglieder-Sparkonto. Etwas mehr als die Hälfte der Kundinnen der Raiffeisenbanken sind Mitglieder.

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat der Raiffeisen Schweiz nach dem erwähnten Skandal schwere Mängel in der Corporate Governance vorgeworfen. Im Jahr 2018 wurde die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft von der FINMA aufgefordert, die Vor- und Nachteile einer *Umwandlung* in eine Aktiengesellschaft vertieft zu prüfen. Dass die ungenügende Oberaufsicht durch den Verwaltungsrat an der Rechtsform der Genossenschaft gelegen hätte oder dadurch wesentlich begünstigt worden wäre, ist allerdings nicht erwiesen. Die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft hielt denn auch an ihrer bisherigen Rechtsform fest. Im Finanzbereich können sich Unterschiede beim Einsatz gewisser Kapitalinstrumente ergeben (vgl. zur Möglichkeit der Schaffung eines Beteiligungskapitals vorne, bei Fn. 13) und gilt die Abwicklung eines Finanzinstituts in Genossenschaftsform als erschwert.

Vergleicht man die dargelegte Gliederung mit der *österreichischen Raiffeisen Bankengruppe*, ergeben sich gewisse Gemeinsamkeiten, aber auch wesentliche Unterschiede. Die dortigen gut 300 Raiffeisenbanken bilden die erste Ebene einer dreistufigen Struktur. Es kommen acht Raiffeisenlandesbanken hinzu, an denen

die einzelnen Raiffeisenbanken des betreffenden Bundeslands beteiligt sind. Rund die Hälfte der Raiffeisenlandesbanken ist in den letzten Jahren in Aktiengesellschaften umgewandelt worden. Die Raiffeisen Bank International bildet die Spitze. Bei ihr handelt es sich um eine börsennotierte Aktiengesellschaft, welche sich – neben einem Streubesitz von rund 40 % – mehrheitlich im Besitz der Raiffeisenlandesbanken befindet. Abgesehen von der Dienstleistungserbringung zugunsten der Gruppe ist sie selbst als bedeutendes Finanzinstitut im In- und Ausland tätig. Die Struktur wird ergänzt durch einen eingetragenen Verein, den Österreichischen Raiffeisenverband. Dieser Verein vertritt die Interessen der Gruppe und vereinigt sowie koordiniert die einschlägigen Revisionsverbände im Sinne des Genossenschaftsrevisionsgesetzes.

(2) *Mobiliar*

Bei der Versicherungsgruppe Mobiliar beschränkt sich die Rechtsform der Genossenschaft auf die *Holdingebene*. Die Schweizerische Mobiliar Genossenschaft hält als 100-prozentige Untergesellschaft die Schweizerische Mobiliar Holding AG. Das Versicherungsgeschäft wird in Untergesellschaften der Schweizerischen Mobiliar Holding AG geführt, und zwar als separate Aktiengesellschaften, beispielsweise die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG, die Schweizerische Mobiliar Lebensversicherungs-Gesellschaft AG oder die Protekta Rechtsschutz-Versicherung AG. Die Versicherungsnehmer können Mitglieder der Schweizerischen Mobiliar Genossenschaft werden.

III. Reformbedarf

Trotz der unterschiedlichen Ausrichtung lehnt sich das Schweizer Genossenschaftsrecht verschiedentlich an das *Aktienrecht* an, allerdings an dasjenige in einer weit zurückliegenden Fassung. Das Genossenschaftsrecht entspricht noch größtenteils der Version aus dem Jahr 1936, in Kraft getreten am 1.7.1937. Auch im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 2020 sind im Kapitel zum Genossenschaftsrecht nur geringfügige Anpassungen vorgenommen worden.

Ein gewisser *Reformbedarf* ist kaum zu übersehen und dem Schweizer Parlament nicht verborgen geblieben. Diverse politische Vorstöße, welche sich beispielsweise auf die Reduktion der vorgeschriebenen Mitgliederzahl,³⁴ die Transparenz und Informationsrechte³⁵ oder eine punktuelle Modernisierung des Genossenschaftsrechts³⁶ bezogen, wurden zugunsten eines auf eine Totalrevision des Genossenschaftsrechts zielenden Postulats³⁷ nicht weiterverfolgt. Die Lehre hat

³⁴ Vgl. die Motion Molina vom 10.6.2020 (20.3563, zurückgezogen).

³⁵ Vgl. die Motion Reynard/Hurni vom 19.3.2021 (21.3418, zurückgezogen).

³⁶ Vgl. die parlamentarische Initiative vom 24.6.2021 (21.479, zurückgezogen).

³⁷ Vgl. das Postulat Guggisberg vom 17.6.2021 (21.3783, erledigt).

sich verschiedentlich für eine Revision des Genossenschaftsrechts ausgesprochen,³⁸ und zwar schon vor Jahrzehnten.³⁹

Auch mit Blick auf die *Großgenossenschaften* erscheint der Ruf nach dem Gesetzgeber angesichts der knappen gesetzlichen Regelung des Genossenschaftsverbands und der Herausforderungen in der Praxis legitim oder zumindest prüfenswert. Angebracht sind rechtsformübergreifende Überlegungen mit dem Ziel, eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Unternehmen in verschiedener Rechtsform durch den Gesetzgeber zu vermeiden, soweit sachliche Gründe dafür fehlen.⁴⁰

Es wird sich zeigen, in welcher Form und Frist eine Neuordnung des Genossenschaftsrechts realisiert werden kann. In zeitlicher Hinsicht ist aufgrund der Erfahrungen aus den letzten in der Schweiz durchgeführten Aktienrechtsrevisionen kein übermäßiger Optimismus angebracht. Zudem hat die Regierung den Bedarf nach einer Totalrevision des Schweizer Genossenschaftsrechts anlässlich der Erfüllung des Postulats Guggisberg (vorne, Fn. 37) verneint. Stattdessen spricht sich der *Bundesrat* in seinem Bericht vom 8.12.2023 mit dem Titel „Zeitgemäßes und zukunftsfähiges Genossenschaftsrecht“ bloß für punktuelle Anpassungen aus, namentlich zur Reduktion der gesetzlichen Mindestanzahl von sieben Gründerinnen auf drei Mitglieder sowie zur Schaffung zusätzlicher Bestimmungen für große Genossenschaften.

³⁸ Vgl. etwa *Forstmoser*, Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Fn. 33), S. 205, 218 ff.; *Jenny*, Revisionsbedarf des schweizerischen Genossenschaftsrechts, 2024, S. 19 ff.; *Jutzi/Herzog*, Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Fn. 33), S. 363, 389 f.; *Pester*, Schweizer Genossenschaftsrecht erfährt keine Totalrevision, *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 74 (2024), 93 ff.; *Pester*, Die aktuellen Diskussionen zur Revision des Schweizer Genossenschaftsrechts, *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 72 (2022), 143 ff.; *Troxler*, Anmerkungen zum Bericht des Bundesrates zur Revision des Genossenschaftsrechts, *Jusletter*, 22.1.2024, N 36.

³⁹ Vgl. die Hinweise bei *Wohlmann* (Fn. 12), N 19 ff.

⁴⁰ Zu möglichen Privilegierungen von Großgenossenschaften im Vergleich zu Aktiengesellschaften *Natsch*, Die Genossenschaft im Konzern, 2002, S. 174 ff.

Diskussion

zu den Referaten von Stephan Frotz und Harald Bärtschi

Fabian Aubrunner

Im Anschluss an die beiden Vorträge zur Genossenschaft von *Stephan Frotz* und *Harald Bärtschi* widmete sich die Diskussion zuerst dem Thema der Konfliktlösung bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern. Nach einem Teilnehmer werden bei Kapital- und Personengesellschaften in erster Linie das Gesetz sowie der Gesellschaftsvertrag zur Konfliktbewältigung herangezogen. Bei deutschen Genossenschaften sei dies nur eingeschränkt möglich. Es sei unüblich, besondere Bestimmungen und Schiedsklauseln in den Genossenschaftsverträgen zu verankern. In der Praxis werden daher etwa für bestimmte Warenarten besondere Liefer- und Bezugsklauseln vorformuliert. Dies sei insbesondere bei Genossenschaften im Landwirtschafts- oder Lebensmittelbereich der Fall, die auf den Lieferbezug von Gütern oder die Teilnahme an dem System abstellen. Bei solchen vorformulierten Musterklauseln seien anschließend auch die AGB-Kontrolle und zudem insolvenzrechtliche Folgewirkungen zu beachten. Gefragt wurde, ob diese Praxis auch in Österreich und der Schweiz vollzogen werde und ob es darüber hinaus nicht besser wäre, einzelne Klauseln in den Statuten zu verankern, um weitreichende Schwierigkeiten zu vermeiden.

Stephan Frotz replizierte, dass in der österreichischen Praxis besondere Konditionen für den Bezug von Waren oder Warenarten kaum vorhanden seien. Jedoch seien Schiedsklauseln in den Genossenschaftsstatuten durchaus üblich. Deswegen bestehe auch keine verwertbare Rechtsprechung der österreichischen Gerichte, da Streitigkeiten zumeist im Mediations- oder Schiedsverfahren entschieden werden. Weiterhin soll durch die Aufnahme besonderer Klauseln in die Statuten Verbraucherschutzbestimmungen nicht ausgehebelt werden können. *Stephan Frotz* sei in Österreich auch keine Genossenschaft bekannt, die bereits einen Versuch gewagt hätte.

Aus schweizerischer Sicht führte *Harald Bärtschi* aus, dass es keine gesetzlichen Bestimmungen dazu gebe und in der Praxis Streitigkeiten zumeist durch vertragliche Regelungen gelöst werden, sofern es nicht bereits statutarisch festgelegt worden ist.

Der zweite Diskussionspunkt betraf das Verhältnis der Einlagenrückgewähr zum gemeinschaftlichen Zweck der Genossenschaft, nämlich der Förderung des Geschäftsverkehrs und der Mitglieder. Ein Teilnehmer brachte vor, dass am Bei-

spiel des Genossenschaftskonzerns klare Abgrenzungen vermischt werden. Dabei sei vor allem auf den konkreten Begriff der „Rückvergütung“ einzugehen. In der Schweiz sind in Art. 859 OR¹ besondere Verteilungsgrundsätze bestimmt, mit denen auch der Bezug zum Geschäftsverkehr deutlich werde. Die Verteilung folgt Art. 859 Abs. 2 OR im Verhältnis zur Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen. Dennoch wären Ausschüttungen im Konzern am Beispiel einer (Mutter-)Genossenschaft und einer (Tochter-)AG problematisch: Zuerst würden die Dividenden zur Genossenschaft hochfließen und anschließend die Rückvergütung an die Mitglieder verteilt werden. Fraglich sei, ob in dieser Konstellation noch ein Bezug zum Geschäftsverkehr oder einer genossenschaftlichen Einrichtung vorliege, oder ob es sich doch um eine unzulässige Gewinnrückfuhr handeln könnte. Speziell bei schweizerischen Versicherungskonzernen, bei denen des Öfteren kein Gewinn bestehe, stelle sich diese Frage.

Aus österreichischer Sicht merkte *Stephan Frotz* zuerst an, dass es generell keine gesetzlichen Bestimmungen zu Genossenschaftsverbänden gebe. Anhand eines bedeutenden Praxisbeispiels stellte er den Stufenbau von einer (Holding-)Warengenossenschaft und weiteren Genossenschaften durch mediatisierte Beteiligungen vor. Die Einwirkungen der einzelnen Genossenschaften seien in diesem Fall sehr begrenzt. Zudem gebe es auch keine gesetzlichen Regelungen über die Rückvergütungen wie in der Schweiz. Die Festsetzung der Rückvergütung obliege ausschließlich dem Vorstand, allenfalls unter Zusammenarbeit oder mit Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Vorstand habe festzulegen, wann und wofür den Mitgliedern eine Rückvergütung gewährt werden sollte. Die Mitglieder haben jedoch keinerlei Entscheidungsmacht. Daher stellen Dividendenzahlungen an die Genossenschaft zuerst eine Grundlage für die Stärkung des Genossenschaftskapitals dar. Danach entscheide der Vorstand auf Grundlage des Genossenschaftskapitals über die Rückvergütungen. Sie seien daher in der Regel nicht als direkte Weiterleitung der Dividende zu qualifizieren.

Harald Bärtschi stimmte dem grundlegenden Spannungsverhältnis zwischen Rückvergütungen und verbotener Gewinnrücklage zu. Es gebe die dispositive Bestimmung im schweizerischen Obligationenrecht und daher sei eine flexible Ausgestaltung möglich. Anhand eines Praxisbeispiels im Versicherungsbereich diskutierte er (zulässige) geleistete Prämienzahlungen der (Holding-)Genossenschaft, wobei er stets auf eine Einzelfallbetrachtung hinwies. Unzulässig seien jedoch unüblich hohe Zinszahlungen, Kreditgewährungen oder Anteilsscheine.

¹ Art 859 Abs. 1 OR lautet: „Ein Reinertrag aus dem Betriebe der Genossenschaft fällt, wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, in seinem ganzen Umfange in das Genossenschaftsvermögen.“; Abs. 2 leg. cit. lautet: „Ist eine Verteilung des Reinertrages unter die Genossenschafter vorgesehen, so erfolgt sie, soweit die Statuten es nicht anders ordnen, nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die einzelnen Mitglieder.“; Abs. 3 leg. cit. lautet: „Bestehen Anteilscheine, so darf die auf sie entfallende Quote des Reinertrages den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen.“

Darauf aufbauend wurde von Teilnehmern und Teilnehmerinnen die Frage aufgeworfen, ob Gesellschaftsverträge derart ausgestaltet werden können, damit fragliche Geschäfte den Vorschriften zur Kapitalerhaltung genügen. Dabei sei insbesondere an die Aufnahme von bestimmten Gesellschaftszwecken im Unternehmensgegenstand zu denken.

Stephan Frotz trat diesem Vorschlag skeptisch gegenüber und verwies auf das strenge Verbot der Einlagenrückgewähr für Kapitalgesellschaften in Österreich. In der Judikatur werde bei dem Verbot der Einlagenrückgewähr ein Gefährdungstatbestand angenommen und daher wäre auch eine gesellschaftsvertragliche Verankerung nicht zielführend, auch wenn ein üblicher Förderungszweck festgesetzt sei. *Harald Bärtschi* verwies für die schweizerische Rechtslage zum Verbot der Einlagenrückgewähr auf die aktienrechtlichen Bestimmungen, die auch für Genossenschaften von Bedeutung seien.

Zum Schluss wurde über die genossenschaftsrechtlichen Treupflichten diskutiert. Hinterfragt wurde, was genau unter Treupflichten zu verstehen sei und ob diese überhaupt in Genossenschaften von Bedeutung seien. *Harald Bärtschi* führte zur schweizerischen Sicht aus, dass bei der Beurteilung von Treupflichten jede einzelne Genossenschaft gesondert betrachtet werden müsse. Darüber hinaus müsse in diesem Zusammenhang bei Klein-Genossenschaften auch das Konkurrenzverbot mitdiskutiert werden. Im Gegensatz dazu müsse bei Groß-Genossenschaften das Konkurrenzverbot nicht mitbedacht werden.

Autorenverzeichnis

Dr. Nikolaus Arnold

Rechtsanwalt in Wien und geschäftsführender Gesellschafter der ARNOLD Rechtsanwälte GmbH, Mitherausgeber der Zeitschrift „Der Gesellschafter“

Fabian Aubrunner, LL.M. (WU), B.Sc. (WU)

Mitarbeiter der Finanzmarktaufsicht (FMA) in Wien

Prof. Dr. iur. Harald Bärtschi, LL.M. (Yale)

Rechtsanwalt (Zürich New York), Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Zürich, Professor der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt bei Bärtschi Rechtsanwälte AG

Prof. Dr. Walter Bayer

Direktor des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; vormals dort Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht

Prof. Dr. Christoph B. Bühler, LL.M.

Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich; Rechtsanwalt, Partner bei böckli bühler partner in Basel

Jakob Deutsch, LL.M. (WU)

Universitätsassistent prae doc am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

Florian Ebner, LL.M. (WU)

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Liechtenstein, Liechtenstein Business Law School; Lehrbeauftragter am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

Sarah Anna Fernbach, LL.M. (WU)

Universitätsassistentin prae doc, Redaktionskoordination des Journals für Erbrecht und Vermögensnachfolge

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M. (Michigan)

Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, Affiliate Professor an der Bucerius Law School

Dr. Stephan Frotz

Gesellschafter und Seniorpartner der Frotz Rechtsanwälte OG in Wien

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M. (Harvard)

Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt bei Baker McKenzie Zurich

Mag. Benedikt Hirschler

Universitätsassistent prae doc am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

Melanie Hollaus, LL.M. (WU)

Universitätsassistentin prae doc am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

Kilian Juritsch, LL.M. (WU)

Rechtsanwaltsanwärter KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Wien

Dr. Veronika Kubasta, LL.M. (WU), B.Sc. (WU)

Richteramtswärterin am Oberlandesgericht Wien

Prof. Dr. iur. Julia Nicolussi

Inhaberin des Lehrstuhls für Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Univ.-Prof. Mag. Dr. Ulrich Torggler, LL.M. (Cornell)

Institutsvorstand und Professor am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien

Dr. iur. Tizian Troxler, LL.M. (Harvard)

Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät im Fachbereich Privatrecht der Universität Basel; CAS UZH für Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht; Advokat in Basel

Univ.-Ass.ⁱⁿ Mag.^a Lena Tschurlovich

Universitätsassistentin am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Inhaberin des Lehrstuhls für Steuerrecht und Direktorin des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen an der Bucerius Law School in Hamburg

