

## Und es gibt sie doch – die Einpersonen-Kommanditaktiengesellschaft

Von Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M.

*Since 2008 the Swiss company law explicitly allows the single-member public limited company and the single-member private limited company. There is no explicit provision whether a single person is allowed to establish a limited partnership by shares (Kom-*

*manditaktiengesellschaft). The author comes to the conclusion that a single member may found a limited partnership by shares as well as acquire all shares later on.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Wille des Gesetzgebers der GmbH-Reform
- III. Einwände
- IV. Fazit

### I. Einleitung

Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine gesellschaftsrechtliche Randerscheinung. Derzeit gibt es gerade einmal zehn Gesellschaften.<sup>1</sup> Sie ist vor allem eine Rechtsform für den Übergang.<sup>2</sup> Zumeist wird sie gewählt, um eine Personengesellschaft mit exponierten Inhabern (z.B. Privatbankiers) in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln, denn die Kommanditaktiengesellschaft bietet den Inhabern eine vergleichbare gesellschaftsrechtliche Position. Sie ist aber nur Rechtsform auf Zeit, da die allermeisten Gesellschaften recht rasch zur AG wechseln.<sup>3</sup> Angesichts dieser geringen praktischen Bedeutung ist man über das doch vorhandene akademische Interesse an der Rechtsform erstaunt. Sie dürfte die einzige Rechtsform sein, bei der es mehr Bücher und Kommentare als Anwendungsfälle gibt.

Ausgelöst durch eine Stellungnahme des Gesetzgebers<sup>4</sup> anlässlich der Einführung der Einpersonen-AG und -GmbH tauchte die Frage auf, ob es auch eine Einpersonen-Kommanditaktiengesellschaft gibt.<sup>5</sup> Wirtschaftlich sinnvoll wäre eine solche Gestaltung als *Dauerzustand* sicherlich nicht, denn es geht bei der Kommanditaktiengesellschaft ja gerade darum, den durch das Aktienkapital vermittelten Realkredit mit dem Personalkredit eines Komplementärs zu kombinieren und so eine breitere Kapitalbasis zu schaffen, was bei der Einpersonengesellschaft nicht gelingt. Daher wird die Einpersonen-Kommanditaktiengesellschaft wohl nur als *vorübergehender* Zustand anzutreffen sein. Denkbar ist etwa die Situation eines kombinierten Rechtsform- und Generationenwechsels im Unternehmen, bei dem eine personalistische Kapitalgesellschaft gegründet werden soll und die künftige Beteiligung von Familie und Dritten mit Einlagen auf das Aktienkapital noch nicht feststeht. Genutzt werden kann die Gestaltung weiterhin zur Verhinderung des Eindringens unliebsamer Personen in eine vorhandene Kommandit-AG, indem der Komplementär die Aktien der Kommanditaktionäre aufkauft und selbst neue Aktionäre sucht.

<sup>1</sup> Compagnie Financière du Groupe Michelin, «Senard et Cie» (FR), Compagnie Financière Rupert (GE), Les Bises du Paysan Alain et Catherine Gillioz et Cie (VS), Compagnie Lombard, Odier SCA (GE), Compagnie Immobilière Lombard, Odier (GE), Financière Selvi S.C.A. (GE), Hild Resources Kommanditaktiengesellschaft (ZG), Mirabaud SCA (GE), Pictet & Cie Group SCA (GE), Reichmuth & Co (LU). Die Bank La Roche 1787 hat den Wechsel von der Kommanditgesellschaft in die Kommanditaktiengesellschaft angekündigt (vgl. Handelszeitung vom 14. Januar 2014).

<sup>2</sup> Weiterhin wird sie als Holding oder als Verwaltungsgesellschaft für Beteiligungen, Vermögen oder Immobilien genutzt.

<sup>3</sup> Prominentes Beispiel für diesen Weg ist die Bank Sarasin. Von den 1992 vorhandenen zehn Gesellschaften (Sethe Rolf, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, Köln 1996, S. 575) haben heute nur noch zwei diese Rechtsform.

<sup>4</sup> Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148, 3226.

<sup>5</sup> Die Einpersonen-Kommandit-AG unter Bezug auf die Botschaft ablehnend *Blanc Olivier*, Die handelsregisterrechtliche Behandlung der Kommanditaktiengesellschaft, REPRAX 2/2010, 18, 19 f., 22; *Ders.*, in: Siffert/Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Bern 2013, Art. 67 N 5; *Wildhaber Anne M.*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR, Bd. II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 765 N 2 sowie *Baudenbacher Carl*, aaO, Art. 625 N 23; *Martin Françoise*, Sociétés anonymes de famille, Diss. Lausanne 2009, S. 26 Fn. 109; ohne nähere Begründung für zulässig hält sie dagegen *Jung Peter*, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 80 Fn. 8. Ebenso jetzt *Sethe Rolf*, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014, Art. 764 N 12.

## II. Der Wille des Gesetzgebers der GmbH-Reform

Da die Gründung der Kommanditaktiengesellschaft im Gesetz nicht gesondert geregelt ist, erfolgt sie gemäss Art. 764 Abs. 2 OR nach den Vorschriften für die AG. Es handelt sich bei Art. 764 Abs. 2 OR um einen dynamischen Verweis,<sup>6</sup> sodass Änderungen des Aktienrechts in das Recht der Kommanditaktiengesellschaft hineinwirken.

Bis 2008 sah Art. 625 altOR vor, dass zur Gründung einer AG drei Personen notwendig waren. In der Praxis wurden häufig Strohleute eingeschaltet und nach abgeschlossener Gründung kaufte ein Aktionär die beiden anderen aus. Diese Umgehung duldete die Rechtsprechung.<sup>7</sup> Auch bei der Kommanditaktiengesellschaft wurde ein solches Vorgehen als zulässig angesehen,<sup>8</sup> wobei man auf die Gefahr eines Antrags auf Auflösung der Gesellschaft (heute Art. 731b OR) hinwies, einen Weg, den die Rechtsprechung dann später bei der Genossenschaft auch tatsächlich beschritten hat.<sup>9</sup>

Um dem offenkundigen praktischen Bedürfnis Rechnung zu tragen, entschloss sich der Gesetzgeber, nicht zuletzt auch aufgrund positiver Erfahrungen im EU-Ausland, mit der GmbH-Reform auf den 1. August 2008 die Einpersonengründung zuzulassen.<sup>10</sup> Art. 625 OR verlangt für die Gründung einer AG nun einen oder mehrere Gründer. Aufgrund des dynamischen Verweises müsste diese Änderung auch für die Kommanditaktiengesellschaft gelten. Doch der Gesetzgeber meinte, dem vorbeugen zu müssen, indem er in der Botschaft klarstellte: «Die Zulassung von Einpersonengesellschaften in Art. 625 E-OR findet ungeachtet der allgemeinen Verweisungsnorm

in Art. 764 Abs. 2 OR keine Anwendung für Kommanditaktiengesellschaften, da für diese Rechtsform begriffsnotwendigerweise zwei Arten von Aktionären (gewöhnliche und unbeschränkt haftende Aktionäre) gegeben sein müssen. Für die Gründung und den Bestand einer Kommanditaktiengesellschaft sind daher aus sachlichen Gründen stets zumindest zwei Aktionäre erforderlich.»<sup>11</sup> Als Beleg für das Vorhandensein zweier Arten von Aktionären wird das Standardlehrbuch von *Meier-Hayoz/Forstmoser* zitiert. Dieser vom Gesetzgeber vorgenommenen Auslegung ist das Schrifttum, soweit es die Frage überhaupt aufgreift, überwiegend gefolgt.<sup>12</sup>

## III. Einwände

Liest man im besagten Lehrbuch<sup>13</sup> nach, steht dort nur, dass das Gesetz zwei Aktionärgruppen kennt. Ob diese in Personalunion auftreten können, wird nicht angesprochen, und *Peter Forstmoser* hat mir versichert, dass niemand seit der 1. Auflage an diese Frage gedacht hat. Auch die Schlussfolgerung des Gesetzgebers, nur weil es zwei Arten von Aktionären gibt, seien aus sachlichen Gründen stets zumindest zwei Aktionäre notwendig, überzeugt nicht. Man denke nur an Aktionäre verschiedener Aktienkategorien, denen es auch nicht untersagt ist, Aktien der jeweils anderen Kategorie zu halten.

Vermutlich wollte der Gesetzgeber an den Grundsatz anknüpfen, wonach es bei der Kommanditgesellschaft zwingend zwei Personen geben muss, von denen eine unbeschränkt und eine beschränkt haftet (Art. 594 OR), und wonach die gleichzeitige Mitgliedschaft als Komplementär und Kommanditär unzulässig ist.<sup>14</sup> Vor dem Hintergrund, dass das Recht der Komplementäre der Kommanditaktiengesellschaft aus dem Personengesellschaftsrecht stammt, läge dieser Gedanke zumindest nahe. Die Kommanditaktiengesellschaft ist jedoch keine Mischform von AG und Personengesellschaft, sondern eine Sonderform der AG. Dies zeigen die Entstehungsge-

<sup>6</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969, 4014.

<sup>7</sup> BGE 117 IV 259.

<sup>8</sup> *Reinhardt Christoph*, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1971, S. 44; *Eilentrop Bettina*, Die Kommanditaktiengesellschaft, Diss. Zürich 1989 (= SSHW 112), S. 207; ebenso *Sethe* (Fn. 3), S. 379 Fn. 32.

<sup>9</sup> BGE 138 III 407.

<sup>10</sup> Fassung gemäss Ziff. I 3 des BG vom 16. Dezember 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), in Kraft seit 1. Januar 2008 (AS 2007, 4791).

<sup>11</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>12</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 5.

<sup>13</sup> *Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*, Schweizerische Gesellschaft, 11. Aufl., Bern 2012, § 17 N 22 ff.

<sup>14</sup> *Combäuf Albert*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 594–597 N 10.

schichte,<sup>15</sup> die systematische Stellung der Rechtsform innerhalb des Gesellschaftsrechts und der Rechtsvergleich.<sup>16</sup> Schon deshalb sind Zweifel angebracht, ob der Grundsatz von der Kommandit- auf die Kommanditaktiengesellschaft übertragbar ist. Der Gesetzgeber hat jedoch an anderer Stelle ein Übriges getan, um gerade diesen Grundsatz bei der Kommanditaktiengesellschaft abzuschaffen. Er hat den Komplementären verboten, Sondereinlagen zu leisten,<sup>17</sup> und sie verpflichtet, sich am Aktienkapital zu beteiligen. Die Komplementäre sind also zwingend auch Aktionäre. Zudem ist völlig unstrittig, dass sich ein gewöhnlicher Aktionär nachträglich entscheiden kann, (mit Zustimmung der bisherigen Komplementäre) dem Kreis der Komplementäre beizutreten. Damit ist die angeblich strikte Trennung der beiden Gesellschaftergruppen also auch in die andere Richtung aufgegeben. Wenn die Grenze zwischen den Gesellschaftergruppen aber so offen ist und der Gesetzgeber sie eher als Aktienkategorien begreift, spricht nichts dagegen, dass der Komplementär (weiterhin persönlich haftend) alle Aktien bei der Gründung oder später übernimmt. Auch wenn der Komplementär alle Aktien besitzt, sind noch beide Gesellschaftergruppen vorhanden, was sich dann zeigt, wenn er einen Teil seiner Aktien wieder an Dritte veräussert.

Der Wortlaut von Art. 764 Abs. 1 OR steht nicht entgegen; im Gegenteil ist er gerade dafür offen: Er verlangt im Gegensatz zu Art. 594 Abs. 1 OR gerade nicht das Vorhandensein von mindestens zwei Personen, sondern stellt nur die Haftungsgrundlage klar. Dies leitet über zu einer teleologischen Überlegung,<sup>18</sup> die ebenfalls für die Einmann-Kommanditaktiengesellschaft spricht: Wesentlich ist allein, dass das vom Gesetz verlangte Haftungssubstrat vorhan-

den ist, also ein Gesellschaftsvermögen in der Höhe der Sperrziffer «Aktienkapital» (einbezahlt oder sonst liberiert) und eine unbeschränkte persönliche Haftung von mindestens einem Gesellschafter. Mehr verlangt das Gesetz nicht.

Gegen die Zulässigkeit der Einpersonen-Kommanditaktiengesellschaft könnte Art. 768 Abs. 2 OR sprechen, wonach die Mitglieder der Verwaltung kein Stimmrecht bei der Wahl der Aufsichtsstelle haben. Dieses Bedenken lässt sich durch eine teleologische Reduktion lösen, indem man das Verbot auf den Fall begrenzt, dass innerhalb der Gesellschaft aktuell beide Gesellschaftergruppen mit unterschiedlichen Personen vorhanden sind. Kommt es zur Personalunion, ist das Stimmverbot überflüssig. Die (mit dem Stimmverbot bezweckte) Unabhängigkeit der Aufsichtsstelle wird in jedem Fall durch Art. 728 und 729 OR gewährleistet. Zudem kann die Gesellschaft in Fällen des Art. 727a Abs. 2 OR auch vom *Opting-out* Gebrauch machen,<sup>19</sup> sodass bei kleineren Gesellschaften Art. 768 Abs. 2 OR gar nicht im Wege stünde.

#### IV. Fazit

Die historische Methode ist nur eine von mehreren Auslegungsmethoden; sie ist nicht bindend. Das Gesetz entwickelt nach seiner Verabschiedung ein Eigenleben und kann sich durchaus wegbewegen von dem, was sich der Gesetzgeber ursprünglich gedacht hat. Dies passiert vor allem in Fällen, in denen schon die Überlegung des Gesetzgebers selbst nicht so ganz überzeugte. Im Ergebnis ist daher kein Grund ersichtlich, warum man nicht die Gründung oder spätere Entstehung einer Einpersonen-Kommanditaktiengesellschaft für zulässig halten sollte.

<sup>15</sup> *Huber Eugen*, Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts: Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im März 1920, Bern 1920, S. 138; Botschaft zur Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 269.

<sup>16</sup> Für einen Rechtsvergleich zwischen den verschiedenen Regelungsmodellen der Kommanditaktiengesellschaften siehe *Sethe* (Fn. 3), S. 287–542.

<sup>17</sup> Botschaft (Fn. 14), 269 f.; BSK OR II-*Wildhaber* (Fn. 5), Vor Art. 764–771 N 4; *Eilentrop* (Fn. 8), S. 8 u. 50; a.A. soweit ersichtlich nur von *Greyerz Christoph*, Die Aktiengesellschaft, in: Gutzwiller et al. (Hrsg.), Schweizer Privatrecht, Band VIII/2, Basel 1982, S. 305.

<sup>18</sup> Diese verdanke ich *Peter Forstmoser*.

<sup>19</sup> Diese Frage ist streitig, wie hier *Blanc*, REPRAX 2/2010, 29; BSK OR II-*Wildhaber* (Fn. 5), Art. 768 N 2a; *Dürr Roger*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 768 N 12; *Krähenbühl Samuel/Zihler Florian*, Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, REPRAX 2–3/2008, 62; Praxismitteilung EHRA 2/09, N 2.1; a.A. *Gwelessiani Michael*, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2012, N 301.