

**Expertenbericht zum Vorentwurf  
für eine Reform  
des Rechts  
der Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

**Professor Dr. Peter Bökli, Basel**

**Professor Dr. Peter Forstmoser, Zürich**

**Professor Dr. Jean-Marc Rapp, Lausanne**

**Vernehmlassungsunterlage vom April 1999**

## Übersicht

Die von der Arbeitsgruppe GmbH vorgeschlagene Reform hat das Ziel, den Kleinen und Mittleren Unternehmen (KMU), die das Kleid einer Kapitalgesellschaft wählen möchten, eine Rechtsform zur Verfügung zu stellen, die ihren Bedürfnissen besser entspricht als die heutige GmbH. Die Ungewissheit, die sich für den einzelnen Gesellschafter einer GmbH aus der allfälligen persönlichen solidarischen Haftung für nicht liberiertes Stammkapital ergeben kann, wird beseitigt. Die Gründung der GmbH als Einpersonengesellschaft wird bei gleichzeitiger Einführung von Kautelen zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit zugelassen. Zudem werden die Zuständigkeitsbereiche der Gesellschafterebene einerseits und der Geschäftsführungsebene andererseits deutlicher voneinander abgegrenzt. Das trägt in kleineren und mittleren Unternehmen zur Vermeidung von Streitigkeiten und Unsicherheiten bei. Die GmbH soll neu auch für nichtwirtschaftliche Zwecke zur Verfügung stehen. Das Wachstum des einmal als GmbH konstituierten Unternehmens ist nicht mehr wie heute durch die absolute Limite von 2 Millionen Franken für das Stammkapital beeinträchtigt, und die Kapitalerhöhung bedarf nicht mehr der Einstimmigkeit; im gleichen Zug wird eine Anpassung der Mindesthöhe des Stammkapitals auf 40'000 Franken vorgeschlagen. Der Mindestnennwert der Stammanteile wird auf 100 Franken gesenkt, wobei der Anteil der einzelnen Gesellschafter neu aus mehreren Stammanteilen bestehen darf. Die Übertragung von Stammanteilen wird erleichtert, ohne dass aber die für die GmbH typische Vinkulierung entfallen würde. Eine Verbriefung der Stammanteile als Namenpapiere wird möglich, nicht dagegen als Inhaber- oder Ordrepapiere. Ferner soll die Schaffung von Genussscheinen, nicht aber die Ausgabe von Partizipationsscheinen ermöglicht werden. Auch in registerrechtlicher Hinsicht sind Erleichterungen vorgesehen, indem nur noch Gesellschafter mit Nachschusspflicht dem Eintragungszwang unterliegen. Der Konkurs eines Gesellschafters bedroht nicht mehr den Bestand der GmbH als solche. Das Austrittsrecht eines Gesellschafters im Falle des Vorliegens eines wichtigen Grundes ein wesentliches Kennzeichen der GmbH wird in vielen Punkten besser geregelt.

Neu vorgeschlagen werden ferner für die GmbH in Anlehnung an das revidierte Aktienrecht Minimalstandards für eine sachgerechte Rechnungslegung, Publizität und Revision; auf das Instrument der Sonderprüfung wird hingegen verzichtet.

Schliesslich wird die Effektivität der Kapitalaufbringung verbessert. Der Kredit, den die GmbH als Rechtsform geniesst, wird dadurch erhöht. Dem gleichen Ziel dient die neue Regelung von Kapitalzuschüssen der Gesellschafter, welche diese, obwohl neues Eigenkapital erforderlich wäre, zum Schaden von Drittgläubigern in die Form von Darlehen kleiden. Der Sicherung der Kapitalbasis dienen auch das Verbot vorzeitiger Rückzahlung von bereits geleisteten Nachschüssen und die (zeitlich beschränkte) Fortdauer der statutarischen Nachschusspflicht nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters sowie die Beschränkung von Abfindungen an ausscheidende Gesellschafter auf den Betrag des frei verwendbaren Eigenkapitals. Neu soll künftig eine Teilliberierung des Stammkapitals nicht mehr zulässig sein.

Die Rechte der Minderheitsgesellschafter werden verstärkt: namentlich werden das Recht auf Einsicht und Auskunft und der Schutz der Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen verbessert.

*Die Revision des Rechts der GmbH macht gewisse Anpassungen in anderen Rechtsgebieten erforderlich, namentlich im Aktien- und im Genossenschaftsrecht.*

## **1            Allgemeiner Teil**

### **11            Ausgangslage der Reform**

#### **111            Praktische Bedeutung der GmbH**

Als Schöpfung des Gesetzgebers von 1936 hat die GmbH in der Schweiz bis Ende 1991 nicht recht Fuss fassen können: Zu diesem Zeitpunkt gab es knapp 2'800 Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH (in den Vorjahren war ihre Zahl leicht zurückgegangen), während weit über 100'000 Kleinaktiengesellschaften bestanden. Der Gedanke der Dreissigerjahre, für die kleineren und mittleren Unternehmen eine eigene, von der AG abweichende Gesellschaftsform zur Verfügung zu stellen, hatte offensichtlich in der Praxis nicht den erwarteten Nachhall gefunden.

Die Entwicklung änderte schlagartig mit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts am 1. Juli 1992: Während die Zahl der Aktiengesellschaften seither stagniert – 1994 und 1995 war sie gar leicht rückläufig –, hat die Zahl der GmbH massiv zugenommen: 1993 – im ersten vollen Jahr unter neuem Aktienrecht – stieg die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung um mehr als einen Drittel von 2'964 auf 4'186 Einheiten. In den Folgejahren setzte sich diese Tendenz fort: Ende 1994 gab es 6'600 Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Ende 1995 10'705; Ende 1998 lag der Bestand bereits bei über 31'000 GmbH. Der Zuwachs ist grossenteils eine Folge von Neugründungen, verschiedentlich aber auch der auf Art. 824 ff. OR gestützten liquidationslosen Umwandlung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Der Grund für die „Neuentdeckung“ der GmbH dürfte in erster Linie in den verschärften Anforderungen des neuen Aktienrechts liegen: in der Anhebung des Minimalkapitals auf 100'000 Franken und in den höheren Anforderungen an Sachkunde und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, die *beide* zu vermehrten *Kosten* der Geschäftstätigkeit im Kleid einer AG führen. Zur Kenntnis genommen wurde offenbar auch (obschon sich daran durch die Aktienrechtsreform nichts geändert hat), dass für die Geschäftsführer einer GmbH nicht so strenge Domizil- und keine Nationalitätsvorschriften bestehen wie gemäss Art. 708 OR für den Verwaltungsrat der AG. Ferner dürften die in der GmbH weiterhin unbeschränkten Vinkulierungsmöglichkeiten eine Rolle spielen, allenfalls auch die Möglichkeiten von Austritt und Ausschliessung der Gesellschafter. Endlich mag man sich auch da und dort darauf besonnen haben, dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenleistungspflichten, wie sie in der GmbH möglich sind, und das Prinzip, dass die Gründungsgesellschafter ohne weiteres Anspruch auf die Geschäftsführung in eigener Person haben, spezielle Bindungsverträge unter den Gesellschaftern erübrigen. Im Vordergrund dürften aber – wie erwähnt – Kostenüberlegungen stehen. Dies ist deshalb nicht unproblematisch, weil nach Ansicht der Arbeitsgruppe GmbH die minimalen Anforderungen des geltenden Rechts an die Höhe des Grundkapitals und die Möglichkeit, auf eine Revisionsstelle zu verzichten, den Gläubigerschutz nicht ausreichend gewährleisten. In einem künftigen Recht der GmbH sollte daher beim Grundkapital und bei der Revisionsstelle eine Änderung im Sinne einer Annäherung an das Aktienrecht erfolgen (vgl. dazu unten Ziff. 225 und 243).

#### **112            Inhaltliche Mängel des geltenden Rechts**

Trotz der relativ grossen Flexibilität der Aktiengesellschaft auch nach der Reform von 1991 besteht in der Schweiz nach wie vor ein Bedarf für eine besondere Rechtsform der *personenbezogenen Kapitalgesellschaft*, welche die folgenden Gestaltungsmerkmale aufweist:

1. Juristische Person;
2. von den wechselnden Anteilsinhabern unabhängige Firma;
3. beschränktes Risiko der Beteiligten;
4. einfache Struktur, grundsätzlich ohne ein dazwischengeschaltetes, formalisiertes Beratungs- und Beschlussorgan (also ohne Verwaltungsrat);
5. Möglichkeit der direkten statutarischen Verankerung von Nachschusspflichten, Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverboten, Vorkaufs- und Verkaufsrechten der Anteilsinhaber;
6. Möglichkeit eines Austritts aus der Gesellschaft sowie einer Klage auf Ausschliessung eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen.

Die AG entspricht diesen Anforderungen nur teilweise und nur in Verbindung mit schuldvertraglichen Vereinbarungen. Die *GmbH* des Schweizer Modells von 1936 vermag ihrerseits den beschriebenen Anforderungen nur bis zu einem gewissen Grade zu genügen. Die Regelung von 1936 enthält helvetische „Eigenheiten“, die keineswegs wesensnotwendig sind und sich insgesamt eher als Belastung erwiesen haben. Sie sind teilweise aus dem in den zwanziger und dreissiger Jahren noch überaus regen Misstrauen gegenüber der damals neuen Gesellschaftsform der GmbH und teils aus einem Bedürfnis nach Profilierung gegenüber dem deutschen Vorbild heraus erklärbar.

Obwohl die Meinungen im einzelnen auseinandergehen, wird doch mehrheitlich auf folgende *Nachteile der heutigen, aus dem Jahre 1936 stammenden Regelung der GmbH* hingewiesen:

1. Die GmbH kann – jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes – nicht für *nichtwirtschaftliche Zwecke* vorgesehen werden (Art. 772 Abs. 3 OR; im Gegensatz zur Regelung der AG [Art. 620 Abs. 3 OR] sowie zur deutschen GmbH).
2. Die *Einpersonen-GmbH* ist – wie freilich auch die Einpersonen-Aktiengesellschaft – vom geltenden Recht nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Gründung durch eine einzige Person ist jedenfalls unmöglich (Art. 775 OR).
3. Das *Mindestkapital* von 20'000 Franken (Art. 773 OR) ist so gering, dass schon in kleinen Verhältnissen die im ersten Geschäftsjahr auflaufenden Kosten regelmässig zum hälftigen Kapitalverlust oder zur technischen Überschuldung führen werden.
4. Das *Stammkapital* ist auf höchstens 2 Mio Franken begrenzt (Art. 773 OR), was die Entwicklungsmöglichkeiten eines Unternehmens in der Rechtsform der GmbH von vornherein beschränkt.
5. Strenger noch als nach deutschem GmbH-Recht haftet jeder Gesellschafter persönlich und solidarisch *bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals* (also allenfalls weit über seine eigene Stammeinlage hinaus) wie ein Kollektivgesellschafter für die Liberierung des ganzen Gesellschaftskapitals und im Falle von nachträglichen unzulässigen Kapitalentnahmen (Art. 802 OR).
6. Jeder austretende Gesellschafter haftet in diesem Rahmen noch während *fünf Jahren* nach seinem Austritt für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 802 i.V.m. Art. 591 OR).
7. Die *Kapitalerhöhung* in der GmbH bedarf der *Einstimmigkeit* aller Gesellschafter (Art. 786 i.V.m. Art. 779 Abs. 1 OR); auch die Statuten können von diesem Erfordernis nicht entbinden.

8. *Die vereinfachte Kapitalherabsetzung zur Bilanzbereinigung* (deklaratorische Kapitalherabsetzung) analog zu Art. 735 OR im Aktienrecht ist für die GmbH nicht vorgesehen.
9. Es fehlt eine Regelung der *Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen* (bzw. ihrer Umqualifikation in Eigenkapital) in einer knapp kapitalisierten GmbH (vgl. § 32a deutsches GmbHG, „Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen“).
10. Die *Übertragung von Gesellschaftsanteilen* ist schwerfällig. Für die Abtretung ist die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben (Art. 791 Abs. 4 OR), und es ist allenfalls eine Statutenänderung erforderlich, weil der Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters unteilbar ist und in den Statuten verzeichnet sein muss (Art. 776 Ziff. 3 OR). Hiefür bedarf es wiederum eines öffentlich beurkundeten Beschlusses der Gesellschafterversammlung (Art. 784 Abs. 1 OR), welchem drei Viertel sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des gesamten Stammkapitals vertreten, zustimmen müssen (Art. 784 Abs. 2 und 791 Abs. 2 OR).
11. Zu Beginn jedes Kalenderjahres ist dem Handelsregisteramt eine von allen Geschäftsführern unterzeichnete *Liste der Namen der Gesellschafter*, ihrer Stammeinlagen und der darauf erfolgten Leistungen einzureichen (Art. 790 Abs. 2 OR).
12. Die Herabsetzung des Stammkapitals wird dadurch erschwert, dass die Stammanteile *durch 1 000 Franken teilbar* sein müssen (Art. 774 Abs. 1 OR).
13. Der *Konkurs eines einzelnen Gesellschafters* kann die *Auflösung der GmbH* nach sich ziehen (Art. 793 OR).
14. Das *Auskunfts- und Einsichtsrecht* der *nicht* geschäftsführenden Gesellschafter (Art. 819 OR), die auf Informationen besonders angewiesen sind, ist unbefriedigend.
15. *Statutenänderungen* sind stark erschwert, indem dafür die Zustimmung einer Mehrheit von drei Vierteln sämtlicher Gesellschafter, die mindestens drei Viertel des gesamten Stammkapitals vertreten, erforderlich ist (Art. 784 Abs. 2 OR).
16. Die Verbindlichkeit der 1991 revidierten *aktienrechtlichen Vorschriften über die Rechnungslegung* für die GmbH (Verweisung in Art. 805 OR auf „die für die Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen über die Bilanz“) ist in der Doktrin umstritten, und ganz allgemein steht das Verhältnis des Rechts der GmbH zum revidierten Aktienrecht nicht eindeutig fest.
17. Die Einberufung und Leitung der *Gesellschafterversammlung* obliegt der „Geschäftsführung“ (Art. 809 OR), ohne dass klar wäre, wie es zu halten ist, wenn zwei oder mehrere Geschäftsführer unter sich uneinig sind.
18. Die *Abgrenzung der Befugnisse* zwischen den Geschäftsführern und der Gesellschafterversammlung ist nicht klaggestellt (Art. 810 OR).
19. Mangels anderer Statutenbestimmung sollen *alle Gesellschafter stets nur gemeinsam zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet* sein (Art. 811 OR).
20. Der geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH unterliegt von Gesetzes wegen *persönlich der Konkursbetreibung*, obwohl er nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung als Wirtschaftssubjekt tätig ist (Art. 39 Ziff. 5 SchKG).
21. Das gesetzliche *Konkurrenzverbot* der geschäftsführenden Gesellschafter kann nachträglich nur bei *Einstimmigkeit* aller Gesellschafter aufgehoben werden (Art. 818 OR).

22. Die *Revision* - auch in der denkbar einfachsten Form einer Abschlussprüfung - ist in der GmbH nicht obligatorisch (Art. 819 OR).

In der Literatur werden als weitere Nachteile auch das *Verbot der Verbriefung* des Gesellschaftsanteils in einem beliebigen Wertpapier und die fehlende Eignung der GmbH-Anteile für den *börslichen, ausserbörslichen oder nebenbörslichen Handel* genannt. Dabei handelt es sich aber nach Auffassung der Arbeitsgruppe GmbH weniger um Nachteile als um systemimmanente Eigenheiten der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

### 113 Redaktionelle Mängel des heutigen Rechts

Nicht zu übersehen ist sodann, dass die *Redaktion* des heutigen GmbH-Rechtes an verschiedenen Stellen zu wünschen übrig lässt. Im Gegensatz z.B. zu den gesetzlichen Bestimmungen für die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, die insgesamt leicht lesbar und verständlich sind, sind verschiedene Bestimmungen des GmbH-Rechtes schwer zu verstehen oder in ihrem Sinngehalt sogar irreführend. Einige Beispiele:

1. Nach der Konzeption des Gesetzes *haften sämtliche Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften*, und zwar bis zu der Höhe des eingetragenen Stammkapitals (Art. 802 Abs. 1 OR). In Wirklichkeit ist die Bezeichnung „Haftung wie ein Kollektivgesellschafter“ ein falsches Signal. Die durch Art. 802 OR eingeführte Haftung - so streng sie im Einzelfall sein kann - ist (summenmässig begrenzt) eine Haftung für eine objektive *Regelwidrigkeit* in der Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung, und *nicht* eine originäre und unbeschränkte Solidarhaftung wie bei der Kollektivgesellschaft.
2. Das Gesetz lässt die Frage unbeantwortet, ob die Gesellschafter auch für die *Nachschüsse* nach Art. 803 OR solidarisch haften oder nicht.
3. Das Gesetz geht – wie erwähnt – davon aus, es seien *sämtliche Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung* berufen (Art. 811 Abs. 1 OR), obwohl dies in der Praxis eher ein Ausnahmefall ist.
4. Keine Antwort findet sich auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Geschäftsführer – sei er Dritter oder Gesellschafter – die *Geschäftsführungsbefugnis entzogen* werden kann (Art. 814 OR; Verweisung auf die Regel der Kollektivgesellschaft, Art. 565 OR).
5. Aus der gesetzlichen Formulierung geht nicht klar hervor, dass wenigstens ein *zur Vertretung befugter* Geschäftsführer Wohnsitz in der Schweiz haben muss (Art. 813 Abs. 1 OR).
6. In Art. 810 Abs. 2 und Art. 816 OR wird nur gesagt, dass die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten von der Gesellschafterversammlung gewählt werden. Nicht erwähnt werden dagegen die *Direktoren*.
7. Aus dem Gesetz geht nicht unmittelbar hervor, dass die *Meldung der Auflösung der Gesellschaft* nicht nur bei Konkurs, sondern ganz *allgemein bei Auflösung durch richterliches Urteil* nicht von den Geschäftsführern vorgenommen wird (Art. 821 OR, vgl. im Gegensatz dazu Art. 737 OR).
8. Verschiedentlich ist die *Terminologie uneinheitlich*:
  - „Gesellschafter“ (z.B. Art. 774, 775 Abs. 1 OR) und „Mitglieder“ (z.B. Art. 784 Abs. 2 OR);

- „Stammeinlage“ (z.B. Art. 774 OR) und „Gesellschaftsanteil“ (Art. 774/789 Abs. 1 OR);
- „Gesellschafterversammlung“ (z.B. Art. 810 OR) und „Gesellschaftsbeschluss“ (z.B. Art. 816 OR);
- „Gegenstand“ (Art. 776 Ziff. 2 OR) anstelle des sonst verwendeten Ausdrucks „Zweck“ (so aber in Art. 772 Abs. 3 OR und allgemein im Aktien- und Genossenschaftsrecht).

## **114 Unerlässliche Anpassungen an den Stand des Aktienrechts**

Verschiedene Bestimmungen, die im GmbH-Recht von 1936 enthalten sind, beziehen sich naturgemäss auf die damalige aktienrechtliche Terminologie oder Regelung. Soweit die besondere Konzeption der GmbH als personalistischer Kapitalgesellschaft nicht eine besondere Ordnung verlangt oder zumindest rechtfertigt, ist eine Anpassung an das revidierte Aktienrecht und die darin zum Ausdruck kommenden heutigen Auffassungen vorzunehmen.

## **12 Vorgehen der Arbeitsgruppe GmbH**

Die Arbeitsgruppe GmbH berücksichtigte bei der Erarbeitung ihrer Vorschläge nicht nur die Literatur zum GmbH-Recht und ausländische Entwicklungen, sondern hörte auch vier im Bereich der GmbH besonders erfahrene Juristen an. Diese unterbreiteten eine Fülle von Anregungen, die weiterverfolgt wurden. Es handelte sich – in alphabetischer Reihenfolge – um die folgenden Herren:

- PD Dr. Lukas Handschin, Rechtsanwalt in Zürich;
- Dr. Moritz Ottiker, Treuhänder in Zürich;
- Dr. h.c. Karl Rebsamen, ehemaliger Vorsteher des Handelsregisteramts des Kantons Basel-Stadt;
- Dr. Herbert Wohlmann, Leiter Rechtsdienst Clariant International AG, Muttenz.

Für die Erarbeitung des Kapitels über die Europakompatibilität des Vorentwurfs wurde ferner Rechtsanwalt Dirk Trüten vom Europa Institut Zürich beigezogen.

## **13 Rechtsvergleichung**

### **131 Entwicklung des Rechts der GmbH in Deutschland**

#### **131.1 Revision des GmbH-Rechtes namentlich im Jahre 1980**

Das deutsche GmbH-Gesetz von 1892 hat sich während langer Zeit als stabil erwiesen. Eine erste grössere Reform erfolgte 1980. Damals wurden das Mindeststammkapital von DM 20'000 auf DM 50'000, die Mindesteinlage von DM 5'000 auf DM 25'000 erhöht, der Sachgründungsbericht eingeführt, die Einpersonengründung erlaubt sowie von der Geschäftsführung bestimmte vorbestrafte Personen gesetzlich ausgeschlossen. Die Gesetzesnovelle von 1980 weitete sodann den Informationsanspruch der Gesellschafter aus und führte die GmbH-Fusion und die Umwandlung vom Einzelkaufmann in die GmbH ein. Bei dieser Gesetzesüberarbeitung wurden auch verschiedene Punkte der damals schon gefestigten Rechtsprechung in das Gesetz übergeführt, so die Haftung der Gesellschafter für den Fehlbetrag bei einer überbewerteten Sacheinlage in Geld (sog. Differenzhaftung) sowie die Regeln über (eigenkapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen. Weitere Änderungen am



GmbH-Recht hat zudem das Handelsrechtsreformgesetz (vom 22. Juni 1998, in Kraft seit dem 1. Juli 1998) mit sich gebracht.

Wie bei der Aktiengesellschaft hat im übrigen die *Mitbestimmung* indirekt Auswirkungen auf die rechtliche Struktur von grösseren GmbH. Nach dem Mitbestimmungsgesetz sind grössere GmbH gesetzlich gezwungen, einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat einzurichten, dem u.a. wichtige Kompetenzen zur Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer zugeordnet sind. Freilich war von den in Deutschland 1994 bestehenden mehr als 550'000 GmbH bloss der kleinste Teil, nämlich weniger als 300 von der paritätischen Mitbestimmung betroffen. Daneben gibt es eine sehr viel grössere Zahl von Gesellschaften mit einem obligatorischen und zu einem Drittel mit Arbeitnehmerrepräsentanten besetzten Aufsichtsrat.

### 131.2 Umsetzung des EU-Gesellschaftsrechts

Die deutsche GmbH wurde auch von der Umsetzung der *EG-Richtlinien* betroffen, so von der 1. EG-Richtlinie (Publizität), der 4. EG-Richtlinie (Jahresabschluss), der 7. EG-Richtlinie (Konzernabschluss) und der 8. EG-Richtlinie (Abschlussprüfer). Die entsprechenden Bestimmungen wurden freilich nur zum Teil in das GmbH-Gesetz eingefügt, überwiegend dagegen mit allgemeinerer Geltung in das Handelsgesetzbuch. Auch die Offenlegungspflicht hinsichtlich des Jahresabschlusses richtet sich nach den seit 1985 auf das EU-Recht ausgerichteten §§ 325 ff HGB. Danach wird für die sogenannten „mittelgrossen“ und „grossen“ GmbH (insgesamt etwa 10'000 Gesellschaften) für den Jahresabschluss das Testat eines staatlich geprüften Wirtschaftsprüfers verlangt (§ 316 I in Verbindung mit § 267 III HGB). § 267 HGB kennt übrigens nicht wie das Schweizer Aktienrecht zwei, sondern (in Umsetzung der EG-Vorgaben) *drei* Grössenklassen, nämlich „kleine“, „mittelgrosse“ und „grosse“ Kapitalgesellschaften. Diese sind wie folgt definiert:

*(1) Kleine Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei bis drei der nachstehenden Merkmale nicht überschreiten:*

1. 3 900 000 Deutsche Mark Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags (§ 268 III).
2. 8 Mio Deutsche Mark Umsatzerlöse in den 12 Monaten vor dem Abschlußstichtag.
3. Im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.

*(2) Mittelgrosse Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei der drei in Absatz (1) bezeichneten Merkmale überschreiten und jeweils mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten:*

1. 15 500 000 Deutsche Mark Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags (§ 268 III).
2. 32 Mio Deutsche Mark Umsatzerlöse in den 12 Monaten vor dem Abschlußstichtag.
3. Im Jahresdurchschnitt 250 Arbeitnehmer.

*(3) Grosse Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei der drei in Absatz (2) bezeichneten Merkmale überschreiten. Eine Kapitalgesellschaft gilt stets als grosse, wenn Aktien oder andere von ihr ausgegebene Wertpapiere an einer Börse in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum amtlichen Han-*

*del zugelassen oder in den geregelten Freiverkehr einbezogen sind oder die Zulassung zum amtlichen Handel beantragt ist.*

*(4) Die Rechtsfolgen der Merkmale nach den Absätzen 1 - 3 Satz 1 treten nur ein, wenn sie an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren über- oder unterschritten werden ...*

Nach dem 1985 geänderten § 293 HGB sind sodann nur die sogenannten *sehr grossen GmbH* zur Erstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet.

Weitere Änderungen des deutschen GmbH-Rechtes gehen auf die *12. EG-Richtlinie zur Einpersonen-GmbH* (vom 12. Dezember 1989, Änderungsgesetz vom 18. Dezember 1991) und die *Zweigniederlassungs-Richtlinie* (gleichen Datums; Änderung durch Gesetz vom 22. Juli 1993) zurück. Im deutschen Recht ist heute die Einpersonen-GmbH EU-konform geregelt, was nur geringfügige Änderungen und Anpassungen notwendig machte.

### **131.3 Jüngste Entwicklung**

Gegenwärtig laufen in Deutschland Bemühungen zur Einbeziehung der *GmbH & Co. KG* in die Regelungen des HGB über die Prüfung und Publizität. Die EU-Initiative zur Erleichterung von Bilanzierung und Publizität kleinerer und mittlerer Gesellschaften (sog. Mittelstands-Richtlinie der EU) wurde umgesetzt durch das Gesetz vom 25. Juli 1994.

1988 fügte der deutsche Gesetzgeber die *vereinfachte Kapitalherabsetzung* (Beseitigung eines Bilanzverlustes) im Rahmen der Revision des Insolvenzrechtes in das GmbH-Recht ein; vorgesehen ist auch die Übernahme der – bisher im Kapitalerhöhungsgesetz geregelten – *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln* in das GmbH-Gesetz (in die §§ 57c bis 57o). Die bisherigen Spezialregeln im GmbH-Recht zur *Fusion* sind dagegen durch das neue Umwandlungsgesetz, das formwechselnde Umwandlungen und die Spaltung (im Sinne der 6. EG-Richtlinie) vorsieht, ersetzt worden.

Insgesamt kann man in Deutschland von einer fortschreitenden Modernisierung des GmbH-Rechtes sprechen, und zwar im Sinne einer Abrundung der kapitalgesellschaftlichen Struktur ohne Bruch mit der 1892 geschaffenen Grundgestalt der GmbH.

## **132 Entwicklung des Rechts der SARL in Frankreich**

Der folgende Abschnitt gliedert sich in zwei Teile: Im ersten werden die jüngsten, d.h. die seit den achtziger Jahren vorgenommenen Änderungen im Recht der SARL in Frankreich aufgezeigt, während im zweiten Teil einige bereits seit längerem bestehende Lösungen des französischen Rechts dargestellt werden, welche für die Revision des schweizerischen GmbH-Rechtes von Bedeutung sein könnten. Die letzte Gesamtrevision des Rechts der SARL erfolgte durch das Gesetz vom 24. Juli 1966.

### **132.1 Jüngste Änderungen**

Seit Beginn der achtziger Jahre sind in Frankreich Bestrebungen zur Modernisierung des SARL-Rechtes im Gang. Die im folgenden dargestellten Änderungen widerspiegeln diesen Willen, die Gesellschaftsform im Hinblick auf die heutigen Bedürfnisse und Risiken auszugestalten.

## **132.11 Strukturelle Änderungen**

### **132.111 Erhöhung des minimalen Gesellschaftskapitals**

Mit Gesetz Nr. 84-148 vom 1. März 1984 wurde das minimale Gesellschaftskapital von 20'000 Francs auf 50'000 Francs angehoben, womit der Geldentwertung Rechnung getragen wurde. Die Gesellschaftsanteile müssen alle gezeichnet und entweder durch Bar- oder Sacheinlage voll liberiert werden.

### **132.112 Freie Umwandelbarkeit der SARL in eine SA**

Bis 1994 musste eine SARL zwei Jahre lang bestehen, bevor sie in eine SA umgewandelt werden konnte. Dieses Erfordernis wurde mit dem Gesetz 94-126 vom 11. Februar 1994 zugunsten einer grösseren Flexibilität aufgegeben. Voraussetzungen für die Umwandlung sind heute noch die Einhaltung der Vorschriften über die SA sowie Massnahmen zur Sicherung der Kapitalaufbringung.

### **132.113 Schriftliche Beschlussfassung bei Einstimmigkeit**

1994 hat der Gesetzgeber die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung flexibilisiert; mit Gesetz 94-126 vom 11. Februar 1994 wurde namentlich die Möglichkeit eröffnet, dass die Zustimmung zu Beschlüssen durch die Unterschrift der Gesellschafter erfolgen kann, sofern dies in den Statuten vorgesehen ist.

## **132.12 Schutz der Gläubiger und der nicht geschäftsführenden Gesellschafter**

Die Mehrzahl der nachstehend erwähnten Bestimmungen dienen grundsätzlich sowohl dem Schutz der Gläubiger als auch demjenigen der nicht geschäftsführenden Gesellschafter, indem sie eine einwandfreie Geschäftsführung und Buchführung sicherstellen wollen.

### **132.121 Ausweitung der Kontrollrechte der nicht geschäftsführenden Gesellschafter**

Die Revision von 1966 hat die Kontrollrechte der nicht geschäftsführenden Gesellschafter wesentlich erweitert. Bei den seitherigen Revisionen ist eine weitere Verstärkung dieser Rechte zu registrieren; so können gemäss dem Gesetz vom 1. März 1984 einer oder mehrere Gesellschafter, welche (zusammen) wenigstens einen Zehntel des Gesellschaftskapitals vertreten, eine Prüfung der Geschäftsführung verlangen.

### **132.122 Erfordernis eines unabhängigen Revisors**

Jede SARL von einer gewissen Bedeutung muss heute ein Organ aufweisen, welches die Richtigkeit der Buchführung kontrolliert. Nach der Regelung vom 7. März 1925 konnte sich dieses ausschliesslich aus Gesellschaftern zusammensetzen, was eine wirksame Kontrolle praktisch illusorisch machte. Aufgrund des Gesetzes von 1966 wurden daher SARL mit einem 300'000 Francs übersteigenden Gesellschaftskapital verpflichtet, ihre Buchführung durch einen unabhängigen Rechnungsprüfer („commissaire aux comptes“) überprüfen zu lassen. Diese Regelung wurde mit dem Gesetz vom 1. März 1984 (in Kraft gesetzt durch Dekret vom 1. März 1985) in dem Sinn geändert, dass ein Revisionsorgan zwingend für jene Gesellschaften vorgeschrieben ist, welche zwei der drei folgenden Kennzahlen überschreiten:

- Bilanzsumme grösser als 10 Mio Francs;
- Umsatz höher als 20 Mio Francs;
- im Jahresdurchschnitt mehr als 50 Arbeitnehmer.

### **132.123 Pflicht zur Hinterlegung der Bücher bei Gericht**

Gemäss einem Dekret vom 30. Juli 1986 sind alle SARL verpflichtet, ihre Jahresrechnung spätestens einen Monat nach Genehmigung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung bei der Kanzlei des Handelsgerichts zu hinterlegen. Diese Verpflichtung besteht vor allem auch im Interesse der nicht geschäftsführenden Gesellschafter, welche die Richtigkeit der Buchführung nicht immer beurteilen und dadurch leicht irreführt werden können.

### **132.124 Massnahmen zur Verhinderung von finanziellen Schwierigkeiten**

Mit dem Gesetz vom 1. März 1984 hat der Gesetzgeber Massnahmen getroffen, um gegen die finanziellen Schwierigkeiten von Unternehmen vorzugehen, indem er die Geschäftsführer unter Androhung von Busse oder sogar Gefängnisstrafe verpflichtet hat, bei schlechtem Geschäftsgang eine ausserordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen und das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Gefahr eines Konkurses besteht.

### **132.125 Modifikation der persönlichen Solidarhaftung der Gesellschafter bei Sacheinlagen**

Vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Januar 1988 waren die Gesellschafter immer solidarisch haftbar für den Schaden, welcher aus ungenügenden Sacheinlagen entstand. Aufgrund der Pflicht, Sacheinlagen durch einen Revisor prüfen zu lassen, konnte die solidarische Haftung auf jene Fälle beschränkt werden, in welchen dieser Pflicht nicht nachgekommen oder in welchen den Empfehlungen des Revisors nicht gefolgt wurde.

### **132.13 Erhöhung der Attraktivität der SARL**

Die SARL ist die häufigste Gesellschaftsform in Frankreich. Das Interesse an dieser Gesellschaftsform nahm indessen vor allem aus steuerlichen Gründen mehr und mehr ab. Der französische Gesetzgeber suchte daraufhin mit einigen Modifikationen die Attraktivität der SARL zu steigern.

### **132.131 Möglichkeit für Ehegatten, ein Gewerbe einzubringen**

Um die Bildung privater Gesellschaften zu fördern, liess es der Gesetzgeber mit dem Gesetz vom 11. Juli 1982 zu, dass bei der Gründung der Gesellschaft ein Gewerbe als Einlage eingebracht wird. Diese Möglichkeit ist indessen auf Ehegatten beschränkt und unterliegt restriktiven Voraussetzungen.

### **132.132 Beseitigung der steuerlichen Diskriminierung der geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter**

Mit den Reformen vom 30. Dezember 1980 und vom 5. Januar 1988 wurde die steuerliche Diskriminierung teilweise beseitigt, welche zwischen den geschäftsführenden Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern bestand. Diese ungleiche Behandlung bildete tatsächlich

einen Hemmschuh für die Verbreitung der SARL; ihre Beseitigung dürfte die ursprüngliche Attraktivität der französischen SARL wieder herstellen.

## **132.14 Erweiterung des Einsatzbereichs der SARL**

### **132.141 Eine GmbH für die freien Berufe**

Das System der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde den freien Berufen zugänglich gemacht, d.h. den Berufen, deren Ausübung durch ein gesetzliches oder reglementarisches Statut geregelt ist oder deren Titel geschützt ist. Mit dem Gesetz vom 31. Dezember 1990 können Personen, welche freie Berufe ausüben, sich dieser Form der SARL, der sogenannten SELARL (*société d'exercice libéral à responsabilité limitée*) bedienen.

### **132.142 Einpersonengesellschaft**

Die Einpersonengesellschaft (EURL, *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*) wurde mit Gesetz vom 11. Juli 1985 eingeführt; diese Rechtsform wurde in der Zwölften EG-Richtlinie vom 21. Dezember 1989 vom europäischen Gemeinschaftsrecht aufgenommen. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft, deren einziger Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur bis zur Höhe seiner Einlage haftet. Eine solche Haftungsbeschränkung des Einzelunternehmers gab es de facto bereits vorher mit Hilfe des Einsatzes bloss treuhänderisch tätiger Gesellschafter, deren Kapitalanteil wirtschaftlich dem Einzelunternehmer zukam. Mit der Einpersonengesellschaft wurde also lediglich die bisherige Praxis anerkannt; allerdings wurde damit von einem Grundgedanken des Gesellschaftsrechts abgerückt, indem es bei der Einpersonengesellschaft eine notwendige Voraussetzung des Gesellschaftsvertrags, die *affectio societatis*, nicht geben kann. Überhaupt gibt es keinen eigentlichen Gesellschaftsvertrag, da nur *eine* Person beteiligt ist. Praktische Bedürfnisse haben also bei der Einführung dieser neuen Gesellschaftsform gegenüber dogmatischen Bedenken überwogen.

Der einzige Gesellschafter kann entweder eine natürliche oder eine juristische Person sein. Allerdings darf nicht eine Einpersonengesellschaft einziger Gesellschafter einer andern Einpersonengesellschaft sein. Es handelt sich also um eine Rechtsform für selbständige, nicht konzernverbundene Gesellschaften; es ist nicht möglich, damit ganze Gesellschaftsketten von Mutter- und Tochtergesellschaften zu bilden. Im übrigen sind die Regeln der SARL sinngemäss anwendbar. Insbesondere müssen die Vermögensmassen des Gesellschafters und der Einpersonengesellschaft streng getrennt werden; wie auch bei der SARL sind bestimmte Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft untersagt, so Darlehens-, Bürgschafts- und Garantieverträge. Zu üblichen Bedingungen abgeschlossene Geschäfte des täglichen Geschäftes können frei abgewickelt werden. Schliesslich erfordern sämtliche Geschäfte, welche einen Vertrag zwischen Gesellschafter und Gesellschaft voraussetzen, einen Eintrag im „registre des décisions“.

## **132.2 Einige interessante Lösungen des französischen Rechts**

### **132.21 Gesellschaftskapital**

- Die Gesellschafter trifft die Verpflichtung, das gesamte Gesellschaftskapital zu zeichnen und es vollständig zu liberieren, sei es in bar oder durch Sacheinlage, in welchem letzterem Fall der Bericht eines Revisors über die Einlagen erforderlich ist.
- Die Gesellschaftsanteile sind nicht handelbare Titel. Sie haben alle denselben Nennwert, und ein Gesellschafter kann mehrere Gesellschaftsanteile haben.

- Die Regeln des Rechts der SA sind hinsichtlich der Reserven anwendbar.
- Ebenfalls anwendbar sind die Regeln des Aktienrechts auf die Kapitalherabsetzung

Es besteht keine Obergrenze für das Gesellschaftskapital. Eine SARL kann allerdings nicht mehr als 50 Gesellschafter haben; ist diese Zahl erreicht, muss sie in eine SA umgewandelt werden.

### **132.22 Rechte der Gesellschafter**

- Ein Gesellschafter kann von den übrigen Gesellschaftern grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.
- Der Minderheitenschutz ist insbesondere durch folgende Massnahmen gewährleistet:
  - Ein Viertel der Gesellschafter, welche mindestens einen Viertel, oder eine beliebige Zahl von Gesellschaftern, welche mindestens die Hälfte des Gesellschaftskapital vertreten, können die Einberufung einer ausserordentlichen Gesellschafterversammlung verlangen.
  - Den Gesellschaftern steht die actio pro socio zur Geltendmachung des direkten Schadens offen.
  - Die Minderheit kann Experten oder vorläufige Sachwalter bestellen. Gemäss dem Gesetz vom 1. März 1984 kommt diesen das Recht zu, die Geschäftsführung zu überprüfen.
- Der Gesellschafter hat ein Austrittsrecht, sofern er für seinen Anteil einen Erwerber findet. Es handelt sich nicht um eine Neuverteilung des Kapitals, sondern um eine Übertragung der Anteile.
- Der Gesellschafter kann jederzeit seine Anteile an einen anderen Gesellschafter veräussern, ohne dass dafür die Zustimmung der Gesellschaft notwendig wäre. Bei einer solchen Überlegung ist ausgeschlossen, dass ein Dritter in die Gesellschaft eintritt, womit das Prinzip der Personenbezogenheit gewahrt ist. Die Probleme, welche sich aus solchen internen Machtverschiebungen ergeben, haben ebenfalls eine Regelung gefunden.
- Die Veräusserung von Anteilen an Dritte bedarf demgegenüber zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die Gesellschaft. Verweigert die Gesellschaft die Zustimmung, kann der Veräusserer die übrigen Gesellschafter verpflichten, seine Anteile zu übernehmen oder durch einen Dritten übernehmen zu lassen, sofern er diese mindestens zwei Jahre lang gehalten hat. Möglich, aber steuerlich unvorteilhaft, ist der Erwerb durch die Gesellschaft selber.
- Wie im schweizerischen Recht kommen der Gesellschafterversammlung gewisse unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen zu. Die für die Beschlussfassung nötigen Mehrheiten hängen von der Tragweite der Entscheidung ab.

### **132.23 Weitere Punkte**

- Seit langer Zeit kann nach französischem Recht eine SARL Komplementärin einer Kommanditgesellschaft sein, was der GmbH & Co KG des deutschen Rechts entspricht.

- Die Zweipersonengesellschaft, welche zu problematischen Patt-Situationen führen kann, wird nicht besonders geregelt.
- Das französische Recht kennt kein gesetzliches Konkurrenzverbot der Gesellschafter; ein solches kann in den Statuten aber vorgesehen werden.

## **14 Ziele der GmbH-Revision**

Der Vorentwurf der Arbeitsgruppe GmbH strebt (auf diesem Hintergrund und in Berücksichtigung der in der Literatur und in den Anhörungen vorgebrachten Postulate) die folgenden Ziele an:

1. Ausrichtung der Regelung auf personenbezogene Klein- oder Mittelunternehmen;
2. Berücksichtigung des heutigen Stands des Aktienrechts, insbesondere bei Rechnungslegung, Publizität und Abschlussprüfung;
3. Anpassung an die Grundsätze der EG-Richtlinien;
4. Sicherstellung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, jedoch ohne Solidarhaftung der Anteilsinhaber;
5. Verstärkung des Minderheitenschutzes.

Dabei soll sich die vorgelegte Gesetzesrevision aus noch darzulegenden Gründen im Rahmen der gesetzlichen Lösungen unserer Nachbarländer halten.

## **2 Besonderer Teil: Erläuterung der wichtigsten Bestimmungen des Vorentwurfs**

### **21 Vorbemerkung**

Der Vorentwurf bringt im Hinblick auf die erwähnten Hauptziele wichtige Änderungen gegenüber dem GmbH-Recht von 1936. Bei einigen Vorschlägen handelt es sich um eigens auf die GmbH zugeschnittene Lösungen; im Sinne der Einheit der gesellschaftsrechtlichen Ordnung empfiehlt es sich aber an vielen Orten, auf die Bestimmungen des Aktienrechts zu verweisen. Dabei soll es sich um eine dynamische Verweisung handeln; allfällige künftige Revisionen des Aktienrechts beeinflussen somit indirekt auch das Recht der GmbH<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von Dr. Peider Mengiardi hat einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (VE RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VE VZA) ausgearbeitet. Dieser Vorentwurf sieht grundsätzlich für alle Gesellschaftsformen des Privatrechts mit juristischer Persönlichkeit einheitliche Regeln vor, differenziert aber nach Grösse, Art der Geschäftstätigkeit und Rechtsform. Die Bestimmungen des Aktienrechts wären entsprechend anzupassen. Der Bundesrat hat am 21. Oktober 1998 zu den Vorentwürfen das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Die Vernehmlassungsfrist dauert bis Ende April 1999. Die Vernehmlassungsunterlagen können beim Bundesamt für Justiz bestellt werden (Tel. 031/322 41 96 oder 031/322 41 97, Fax 031/322 44 83).

Vorentwurf und Begleitbericht für eine Reform des GmbH-Rechts gehen grundsätzlich noch vom geltenden Rechnungslegungsrecht aus. In Fussnoten wird dort, wo es zweckmässig ist, auf die Vorschläge der Rechnungslegungskommission hingewiesen.

## 22            **Allgemeine Bestimmungen**

### 221            **Begriff der GmbH (Art. 772 Abs. 1 OR, 772 Abs. 1 VE)**

Die bisherige *Begriffsbestimmung* der GmbH in Art. 772 OR ist kein redaktionelles Meisterwerk; der Artikel hat aber auch in anderer Hinsicht Mängel. Ausgerechnet das deutsche Recht, welches die GmbH vor über hundert Jahren geschaffen hat, hat seit jeher auf eine Begriffsbestimmung der GmbH verzichtet, ohne dass dies zu irgendwelchen Nachteilen geführt hätte. (Es findet sich lediglich in § 13 GmbHG eine Umschreibung der „Rechtsnatur der GmbH“, wobei dort gesagt wird, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern *nur* das Geschäftsvermögen haftet und die Gesellschaft eine selbständige juristische Person ist.) Daher drängt sich die Frage auf, ob eine Begriffsbestimmung überhaupt erforderlich ist.

Will man an einer Begriffsbestimmung festhalten (was sich im Hinblick auf die entsprechenden Bestimmungen für die AG und die Genossenschaft wie auch für die Personengesellschaften rechtfertigen mag), wird die in Art. 772 VE vorgesehene Formulierung vorgeschlagen, wonach es sich bei der GmbH um eine Gesellschaft mit eigener Firma handelt, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Stammkapital) in Stammanteile zerlegt ist und an der ein oder mehrere Gesellschafter, die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften, mit einem oder mehreren Stammanteilen beteiligt sind. Die Legaldefinition soll also derjenigen der AG angenähert werden, wobei die neue Fassung gleichzeitig auch die Besonderheiten gegenüber jener anderen Kapitalgesellschaft hervorhebt.

Ein wesentliches Element der Gesetzesvorlage liegt in der Aufhebung der heute in Art. 772 Abs. 2 Satz 2 und Art. 802 OR vorgesehenen persönlichen und solidarischen, auf den Betrag des Stammkapitals begrenzten Haftung der einzelnen Gesellschafter (dazu unten Ziff. 225). Die Arbeitsgruppe GmbH möchte trotz dieser Modifikation am eingebürgerten Namen „GmbH“ festhalten, weil die Gesellschaftsform insgesamt nach wie vor zum grössten Teil den in Kontinentaleuropa unter der entsprechenden Bezeichnung weit verbreiteten Gesellschaften entspricht und die Einrichtung einer ergänzenden Haftung für Nachschüsse in den Statuten (dazu unten Ziff. 238) – einer wiederum beschränkten Haftung – zu den zentralen Gestaltungselementen der GmbH gehört.

### 222            **Zulassung auch nichtwirtschaftlicher Zielsetzungen (Art. 772 Abs. 3 OR, 772 Abs. 3 VE)**

Da kein Grund ersichtlich ist, die Rechtsform der GmbH ausschliesslich wirtschaftlichen Zielsetzungen vorzubehalten, wird neu – wie bei der Aktiengesellschaft in Art. 620 Abs. 3 OR – gesetzlich verankert, dass eine GmbH auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden kann.

### 223            **Einpersonen-GmbH (Art. 775 OR, 775 VE)**

In der Praxis ist die *Einpersonen-GmbH* in der Schweiz seit langem anerkannt. Allerdings sieht Art. 775 Abs. 1 OR eine Mindestzahl von *zwei Gründern* vor, so dass die Einpersonen-GmbH nur durch nachträgliche Zusammenfassung der Stammeinlagen in der Hand einer natürlichen oder juristischen Person entstehen kann. Auch in diesem Fall sieht Art. 775 Abs. 2 OR – als letzten Überrest der Vorstellung, dass eine aus einer Person bestehende Gesellschaft eine Anomalie sei – eine praktisch freilich bedeutungslose Auflösungsklage für Gläubiger oder Gesellschafter vor.



Die nachträgliche Vereinigung aller Stammanteile in einer Hand (bzw. in der Hand der Gesellschaft selbst und bei nur einem Gesellschafter) bewirkt bei einer GmbH mit *Nachschuss- oder Nebenleistungspflicht*, dass die der Gesellschaft zustehende bedingte Forderung auf Geldzahlung sich nur noch auf das Substrat eines *einzigsten* Schuldners abstützt. Dies kann als eine Erhöhung des Risikos der Gesellschaftsgläubiger angesehen werden, doch ist eine derartige Verengung des Schuldnerkreises bereits unter dem heutigen GmbH-Recht möglich.

In Übereinstimmung mit der *EG-Richtlinie über die Einpersonen-GmbH* (12. Richtlinie, Abl Nr. L 395 vom 30.12.1989 40) sieht der Vorentwurf daher die Zulassung der *Gründung durch einen Gründer* (Art. 772 Abs. 1 und 775 VE) sowie die *Streichung der Anomalie -Bestimmung* von Art. 775 Abs. 2 OR vor.

Aufgrund von Art. 5 Abs. 1 der genannten EG-Richtlinie müssen *Verträge zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft* schriftlich abgeschlossen werden; ausgenommen sind davon Verträge, die unter normalen Bedingungen für laufende Geschäfte eingegangen werden (vgl. Art. 812b Abs. 3 VE).

Ferner verlangt Art. 3 der EG-Richtlinie, dass die Tatsache, dass sämtliche Stammanteile nachträglich in der Hand eines einzigen Gesellschafters vereinigt werden, in der Anmeldung ans Handelsregister ausdrücklich zu vermerken und zu publizieren ist. Diese Ordnung wird auch für die Schweiz übernommen (Art. 775 Abs. 2 und Art. 781 Ziff. 6a VE), obwohl man sich über ihren Sinn streiten kann.

Weil die revidierte Schweizer GmbH nach dem Vorentwurf der Arbeitsgruppe GmbH *keine teilliberalisierten Stammeinlagen* mehr kennen wird (Art. 774 Abs. 4 VE, dazu unten Ziff. 225.5), ist eine zusätzliche Regelung im Sinne von § 19 Abs. 4 GmbHG nicht erforderlich, wonach entweder die noch ausstehenden Einlagen geleistet oder für die Leistung eine Sicherung bestellt werden, oder aber ein Teil der Stammanteile auf Dritte übertragen werden muss.

## 224 **Firma** (Art. 949, 951 OR, 950/51 VE)

Nach bisherigem Recht muss bei der GmbH der Firma die Bezeichnung der Gesellschaftsform stets beigefügt werden (Art. 949 Abs. 2 OR), während dies bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften nur dann der Fall ist, wenn Personennamen in die Firma aufgenommen werden. Die Angabe der Rechtsform in der Firma ist aber Voraussetzung einer liberalen Ausgestaltung der rechtlichen Anforderungen an die Firmenbildung im übrigen, da sie die Erkennbarkeit einer Firma als Zeichen für ein Rechtssubjekt gewährleistet. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass das EG-Recht die Angabe der Rechtsform auf Briefen und Bestellscheinen verlangt (1. EG-Richtlinie, Art. 4). Diese sachlich gerechtfertigte Vorgabe wird vom nationalen Recht sinnvollerweise durch eine entsprechende Ausgestaltung des Firmenrechts verwirklicht. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass im privaten Geschäftsverkehr keine eigentliche Firmengebrauchspflicht besteht, so dass mit einer Revision des Firmenrechts, welche den Firmengebrauch nicht ordnet, den Anforderungen des EU-Rechts nur teilweise genügt würde. Die Rechtsentwicklung dürfte denn auch darauf hinzielen, dass das Firmenrecht materiell liberalisiert, dafür aber die Aufnahme der Rechtsform in die Firma verlangt wird (wie etwa in Deutschland). Es würde daher in die falsche Richtung weisen, wenn für die GmbH auf das Erfordernis der Angabe der Gesellschaftsform verzichtet würde. Vielmehr sind die Vorschriften zur Firmenbildung bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft in dieser Frage dem GmbH-Recht anzupassen.

Bezüglich Ausschliesslichkeit der Firma wurden GmbH mit Personennamen in der Firma bisher den Personengesellschaften und der Kommanditaktiengesellschaft gleichgestellt (Art. 951 OR). Der Vorentwurf sieht in diesem Punkt neu eine Gleichstellung der GmbH mit Personennamen in der Firma mit der AG, der GmbH ohne Personennamen in der Firma und der Genossenschaft vor (Art. 951 Abs. 2 VE), so dass sich insgesamt eine gewisse Verstärkung des Firmenschutzes ergibt.

Bei einer zukünftigen Revision des Firmenrechts wäre nach Auffassung der Arbeitsgruppe GmbH drei Punkten Rechnung zu tragen:

1. bei allen Gesellschaften sollte Freiheit der Firmenwahl bestehen;
2. alle Firmenbezeichnungen sollten die Rechtsform nennen;
3. die Ausschliesslichkeitsregel sollte richtig formuliert (nämlich als Widerspruchsrecht der bereits eingetragenen, und nicht als Firmenbildungspflicht für neu einzutragende Firmen) und für alle Rechtsformen des Handelsrechts einheitlich gesamtschweizerisch festgelegt werden.

## **225 Gesellschaftskapital**

### **225.1 Erhöhung des minimalen Stammkapitals auf 40 000 Franken (Art. 773 OR, 773 VE)**

In Deutschland beträgt heute das Mindestkapital einer GmbH DM 50'000 (§ 5 Abs. 1 GmbHG), in Frankreich FF 50'000 (Art. 35 Abs. 1 LSC [Loi 66-357 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales]). Bei der Einführung der GmbH in der Schweiz am 1. Januar 1937 wurde das minimale Stammkapital auf *20 000 Franken* festgesetzt (also auf 40% des damaligen minimalen Grundkapitals der Aktiengesellschaft von 50'000 Franken). Die Festlegung dieser Beträge geht auf das Jahr 1928 zurück; damals war die Kaufkraft des Schweizerfrankens mehr als zehnmal höher als heute. Ein daraus abzuleitendes Mindestkapital von 200'000 Franken kommt indessen schon wegen der heutigen Regelung für die Aktiengesellschaft (Mindestkapital von 100'000 Franken) nicht in Frage. Eine Erhöhung ist umgekehrt deswegen unumgänglich, weil ein Betrag von 20'000 Franken nach heutiger Kaufkraft schon in kleinen Verhältnissen die im ersten Geschäftsjahr anfallenden Kosten nicht aufzufangen vermag. Mit einem Mindestkapital, das nicht einmal die Bezahlung eines Jahressalärs für eine einzige Person erlaubt, erscheint die Gründung einer „Kapital“-Gesellschaft als ausgeschlossen. Die Festsetzung wiederum auf 40% des Mindestkapitals der AG, also auf 40'000 Franken, erscheint als angemessen. Art. 3 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen sieht aber vor, dass Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 2000 im Handelsregister eingetragen sind, ihr Stammkapital nicht erhöhen müssen.

Die Möglichkeit, das Gesellschaftskapital nicht nur in Schweizer Franken, sondern auch in fremder Währung, d.h. in Währungen, die im internationalen Handel als Referenzwährungen gebräuchlich sind, zu liberieren, wird nicht vorgesehen. Die damit verbundenen Fragen müssten untersucht werden, bevor man sich zu diesem Schritt entschliessen könnte. Eine entsprechende gesetzliche Regelung erscheint zumindest heute noch als problematisch, unter anderem auch, weil das Steuerrecht vom Prinzip des Nominalwertes ausgeht, der in Schweizer Franken ausgedrückt wird. Im übrigen dürfte sich eine solche Neuerung nicht auf die GmbH beschränken.

### **225.2 Aufhebung der Obergrenze von 2 Mio Franken (Art. 773 OR)**

Die obere Begrenzung des Stammkapitals der GmbH auf 2 Mio Franken ist eine schweizerische Eigenheit. Der Vorentwurf des Bundesrats von 1928 sah noch eine Obergrenze von 5

Mio Franken vor; dies würde heute kaufkraftmässig einem Betrag von etwa 50 Mio Franken entsprechen. Dem Gesetzgebers ging es damals darum, den vorwiegend individualistischen Charakter der GmbH zu behüten, oder wenigstens zu erschweren, dass Unternehmungen, für welche die „kollektivistische Organisation“ (so der damalige Ausdruck; gemeint war damit die Aktiengesellschaft) eigentlich die gegebene Form wäre, sich hinfort als GmbH konstituierten.

Die absolute obere Begrenzung des Stammkapitals hat sich als zumindest psychologisches *Hemmnis* für die Wahl der Gesellschaftsform der GmbH herausgestellt. Dabei ist bei näherer Untersuchung kein triftiger Grund ersichtlich, für Kapitalgesellschaften von einem bestimmten Nennkapital an die Form der GmbH gesetzlich auszuschliessen:

- Zum einen besteht zwischen der Höhe des *Nenn- oder Stammkapitals* und der Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit keine zwingende Beziehung. So hatte die Hoffmann-La Roche AG, eine der bedeutendsten Pharmagesellschaften der Welt, bis Ende der achtziger Jahre ein Aktienkapital von nur gerade 50'000 Franken.
- Zum andern ist die GmbH eine Gesellschaftsform, die durchaus auch *grösseren Unternehmungen* dienen kann, wenn diese im Einzelfall gerade die personalistisch geprägte Struktur wünschen oder jedenfalls mit ihr auskommen können. Und falls dem nicht mehr so sein sollte, steht es den Beteiligten frei, die Umwandlung in eine AG zu beschliessen.
- Zu erwähnen ist schliesslich, dass keinerlei *Drittinteressen* eine obere Begrenzung des Stammkapitals verlangen.

Die Limite von 2 Mio Franken erweist sich damit als unnötige Einengung der künftigen unternehmerischen Entwicklung. Ihr Fehlen hat denn auch in den Nachbarstaaten keinerlei negative Auswirkungen gezeigt. Sie ist daher ersatzlos zu streichen.

### **225.3      Sicherung der Kapitalaufbringung** (Art. 779 Abs. 4 und 5 VE)

Zwar unterstellt das EU-Gesellschaftsrecht in der 2. Richtlinie die GmbH nicht ausdrücklich den verschärften Anforderungen an den Nachweis der Kapitalaufbringung. Doch ist heute anerkannt, dass jede Kapitalgesellschaft - und damit auch die GmbH - in der Gründungs- und Kapitalerhöhungsphase unbeschrieben allfälliger zusätzlicher Haftungsregelungen einem verfeinerten Nachweisverfahren für den ordnungsgemässen Vollzug der Kapitalausstattung unterstehen muss. Dieses beinhaltet nach dem Stand des Aktienrechtes von 1991:

1. die *Transparenz* (Klarstellung von Ausmass und Art der Kapitalausstattung in Statuten und Handelsregister);
2. die Einschaltung eines *Notars* für den Errichtungsakt;
3. das *Sperrkonto* bei einer Bank für den Nachweis von Einzahlungen in bar;
4. das Erfordernis der *Schriftlichkeit* für Sacheinlageverträge;
5. das Erfordernis des einlässlichen schriftlichen *Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsberichtes* für die Rechenschaftsablage über die Bewertung und Anrechnung von Sacheinlagen, Sachübernahmen sowie die Erfüllung der Einlagepflicht durch Verrechnung und die Gewährung besonderer Vorteile;

6. das Erfordernis der *Prüfung* von Gründerbericht und Kapitalerhöhungsbericht durch einen Revisor<sup>2</sup> im Hinblick auf Vollständigkeit und Richtigkeit.

Besondere Haftungsnormen (wie die heute bei der GmbH vorgesehene subsidiäre Solidarhaftung eines jeden Gesellschafters bis zum Betrag des Stammkapitals für den Vollzug der versprochenen Einlagen oder die Gründungshaftung) vermögen die vorbeugende und ordnungsstiftende Wirkung von verfeinerten Anforderungen für den Nachweis der effektiven Kapitalaufbringung nicht zu ersetzen. Nach Ansicht der Arbeitsgruppe GmbH sind die Regeln von 1936 in dieser Hinsicht teils überholt, teils nicht hinreichend. Sie müssen auf den Stand des Aktienrechts, d.h. auf das Niveau der Bestimmungen von Art. 633 - 635a sowie 652e/f OR gebracht werden. Dies ist unabdingbar, wenn man die subsidiäre und solidarische Haftung jedes einzelnen Gesellschafters nach dem Muster des bisherigen Rechts aufgeben will (hinten Ziff. 225.4).

Dabei ist zu beachten, dass sich die Anforderungen an die Kapitalbasis aus der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit und ihrem Umfang ergeben und nicht aus der Rechtsform, welche als „Kleid“ für diese wirtschaftliche Tätigkeit gewählt wurde.

Im Vorentwurf wird daher auf die Bestimmungen des Aktienrechts über die Kapitalaufbringung (Art. 779 Abs. 5) und die qualifizierte Gründung (Art. 778) verwiesen. Dieser letztere Verweis erfasst Art. 628 Abs. 4 OR, der erlaubt, die Statutenbestimmungen, die eine Sachgründung oder eine Sacheinlagegründung zum Gegenstand haben, nach 10 Jahren zu streichen.

#### **225.4 Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung aller Gesellschafter** (Art. 772 Abs. 2, 802 OR, 772 Abs. 2, 802 VE)

Die Ausgestaltung der *Haftung der Gesellschafter* gemäss Art. 802 OR ist eine schweizerische Eigenart. Dabei wollte man den aus dem Recht der *Kollektivgesellschaft* stammenden individualistischen Haftungsgedanken zumindest teilweise bei der GmbH verwirklichen. Die Gesellschafter haften gemäss Art. 802 Abs. 1 OR nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch bis zu der Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Ziel dieser Bestimmung war ein „möglichst umfassender Gläubigerschutz“, indem erstens dem *Schwindel mit fiktiven Apporten* ein Riegel geschoben wurde und zweitens auch während der ganzen Existenz der GmbH verhindert werden sollte, dass das Vermögenssubstrat durch *ungerechtfertigte Gewinnentnahmen* zulasten der Gläubiger vermindert wurde (vgl. Art. 802 Abs. 2 OR). Drittens sollte diese Solidarhaftung die effektive Erbringung der späteren Leistung bei *teil-liberiertem Stammkapital* gewährleisten (vgl. Art. 802 Abs. 2 OR).

Die Solidarhaftung erweist sich jedoch in zweifacher Hinsicht als unbefriedigend:

- Zum einen ist die Regelung sachlich ungenügend. So wird in der Gründung bzw. bei Kapitalerhöhungen der Schutz vor Apportschwindeln (und anderen Mängeln der Kapitalaufbringung) nach heutigen Erkenntnissen weniger durch eine persönliche Haftung der Gesellschafter als durch die Kombination von *Transparenz* (Offenlegung der Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen in Statuten und Handelsregister, Gründungs- oder Kapitalerhöhungsbericht) und *Prüfung durch einen Revisor* gewährleistet. Im Interesse des Gläubigerschutzes und der Kreditwürdigkeit der Gesellschaftsform muss

---

<sup>2</sup> Der Vorentwurf zum RRG spricht nicht mehr vom Revisor bzw. der Revisionsstelle, sondern verwendet den Begriff Abschlussprüfer (Art. 43 ff. VE RRG).

die GmbH hinsichtlich der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung heute ohnehin – wie in den Nachbarländern – konsequent als *Kapitalgesellschaft* ausgestaltet werden.

- Zum ändern setzt die Solidarhaftung die Attraktivität der Gesellschaftsform herab, indem sie den einzelnen Gesellschafter, vor allem wenn er nur mit einer relativ bescheidenen Stammeinlage beteiligt ist, der Gefahr einer unverhältnismässig grossen persönlichen Haftung (bis zum Betrag des ganzen Stammkapitals) aussetzt.

Der Vorentwurf verzichtet auf die Solidarhaftung nach bisherigem Muster, trifft aber andere Vorkehrungen zum Schutz der Gläubiger und zur Sicherstellung der Kreditwürdigkeit:

- So soll Gründungsschwindeln durch Anwendung der *aktienrechtlichen Kapitalaufbringungsgrundsätze* vorgebeugt werden. Dadurch wird bei der Barliberierung die Einzahlung auf ein Sperrkonto bei einem dem schweizerischen Bankengesetz unterstellten Kreditinstitut obligatorisch, und für Sacheinlagen, Sachübernahmen, besondere Vorteile und die Liberierung durch Verrechnung wird ein Gründungsbericht und der Bestätigungsvermerk eines Revisors verlangt (Art. 779 Abs. 5 VE);
- der Vorentwurf trägt dem Bedürfnis nach Schutz vor ungerechtfertigten Gewinnentnahmen in offener oder verdeckter Form durch einen Verweis auf die anlässlich der Revision 1991 verbesserte aktienrechtliche *Rückerstattungsklage* (Art. 678 f. OR; Art. 806 VE) Rechnung;
- eine Sicherung der späteren Leistung bei teilliberiertem Stammkapital erübrigt sich, da der Vorentwurf für die GmbH die *volle Leistung der Einlagen* anlässlich der Gründung oder Kapitalerhöhung vorschreibt (Art. 774 Abs. 4 VE vgl. dazu unten Ziff. 225.5).

Dem *Schutze der Gläubiger* sollen anstelle der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafter die folgenden rechtlichen Einrichtungen dienen:

1. verbesserte Gewährleistung der *Kapitalaufbringung* nach dem Vorbild des Aktienrechts (vgl. Art. 779 Abs. 4 f. VE, dazu Ziff. 225.3);
2. verbesserte *Rückerstattungsklage* bei ungerechtfertigten Gewinnentnahmen (Art. 806 VE, dazu Ziff. 225.4);
3. verbesserte Regelung der *Übernahme eigener Stammanteile* (Art. 807 VE, dazu Ziff. 225.6 a.E.);
4. Nachwirkung der *Nachschusspflicht*, falls eine solche in den Statuten vorgesehen ist, für zwei Jahre im Fall des Konkurses (Art. 803a VE, dazu Ziff. 238);
5. *Nachrangigkeit* von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen bei knapper Kapitalisierung (Art. 807c VE, dazu Ziff. 238);
6. Übernahme der *Rechnungslegungsvorschriften* des Aktienrechts (Art. 805 VE, dazu Ziff. 232).
7. *obligatorische Revision* der Jahresrechnung (Art. 819 VE, dazu Ziff. 243)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Der Revisionsvorschlag der Arbeitsgruppe GmbH geht von einem Obligatorium der Abschlussprüfung für GmbH aus. Der Vorentwurf zum RRG sieht betreffend die Revisionspflicht in Art. 43 zwei Varianten vor: Variante I: Befreiung kleiner GmbH von der Prüfungspflicht (Bilanzsumme unter 4 Millionen Franken, Umsatzerlöse unter 8 Millionen Franken, weniger als 50 Arbeitnehmer). Variante II: Prüfungspflicht für alle GmbH unabhängig von deren Grösse (s. Begleitbericht zum RRG S. 141 f.). Der Vorschlag der Arbeitsgruppe GmbH impliziert m.a.W., dass bei einer Verwirklichung seiner Reformvorschläge nur noch die Variante II des Vorentwurfs zum RRG zur Verfügung stünde, wobei

Die Arbeitsgruppe GmbH hält dafür, dass diese funktional verstärkten Schutzbestimmungen in ihrer Gesamtheit wirkungsvoller sind als die heutige Solidarhaftung bis zur Höhe des gesamten Stammkapital und dass zudem die der Solidarhaftung eigenen Nachteile vermieden werden.

### **225.5 Volleinzahlung der Stammanteile (Art. 774 Abs. 4 VE)**

Das geltende GmbH-Recht erlaubt es, in den Statuten eine *Teilliberierung der Stammeinlagen* vorzusehen. Bei der Gründung müssen mindestens (aber auch nicht mehr als) 50% der Stammeinlage einbezahlt oder durch Sacheinlage gedeckt sein (Art. 774 Abs. 2 OR). Teilliberierte Stammeinlagen kommen in der Praxis vor allem bei der Gründung von *Kleinst-GmbH* vor; das Stammkapital wird auf 20'000 Franken festgelegt, und darauf werden 10'000 Franken in bar einbezahlt, der Rest bleibt als „non-versé“ geschuldet. Für eine derartige Gestaltung besteht kein legitimes Bedürfnis. Es ist auch in engsten wirtschaftlichen Verhältnissen kaum denkbar, dass die Anlaufkosten des ersten Geschäftsjahres, unter Anrechnung der erst allmählich anfallenden Erträge, nicht die Grössenordnung von 10'000 bis 20'000 Franken erreichen. Eine GmbH, die mit der genannten minimalen Ausstattung gegründet wird, hat ihr wirtschaftliches Dasein von vornherein ohne ausreichendes Haftungssubstrat angetreten; von einer *angemessenen Kapitalaufbringung* kann keine Rede sein.

Für andere Zwecke als die Minimierung der Kapitalaufbringung im Gründungsstadium wird ein teilliberiertes Kapital im Bereiche der GmbH nach dem Ergebnis der Anhörungen nur äusserst selten eingesetzt.

Der Vorentwurf schreibt daher in Art. 774 Abs. 4 die *Volliberierung zwingend* vor. Dadurch können die zahlreichen und in der Handhabung keineswegs unproblematischen Regeln für teilliberierte Stammeinlagen entfallen. Durch diese Änderung wird das GmbH-Recht vereinfacht und klarer gestaltet.

Wo der GmbH statutarisch für den Fall von schlechtem Geschäftsgang weiteres Kapital zugesichert werden soll, bietet sich die Einrichtung einer *statutarischen Nachschusspflicht* der Gesellschafter an. Der Vorentwurf verwendet umso mehr Mühe auf die Regelung der heute unbefriedigend beantworteten Einzelfragen in diesem Bereich (vgl. Art. 803 - 803c VE, dazu Ziff. 238).

### **225.6 Kapitalerhaltung beim Erwerb eigener Stammanteile (Art. 807 Abs. 2 OR, 807 Abs. 1 und 3 VE)**

Ähnlich wie bei der Aktiengesellschaft ist auch bei der GmbH der *Erwerb eigener Stammanteile* in bestimmten, genau definierten Grenzen zuzulassen.

Wichtig ist diese Möglichkeit insbesondere im Zusammenhang mit dem Austritt oder der Ausschliessung eines Gesellschafters. In solchen Fällen kommt es in einem bestimmten Umfang zu einer eigentlichen *Abschichtung des Eigenkapitals* zugunsten eines ausscheidenden Gesellschafters, zulasten sowohl des Betriebskapitals (aus der Sicht der Weiterführung durch die verbleibenden Gesellschafter) wie auch des Haftungssubstrates (aus der Sicht der Gläubiger). Das Gesetz muss diesem Vorgang Grenzen setzen. Im Aktienrecht bestehen diese darin, dass nur *frei verwendbares Eigenkapital* für den Erwerb eigener Aktien

---

innerhalb des vorgegebenen Rahmens der "Kleinheit" die Revision durch einen Abschlussprüfer ohne besonders formalisierten Befähigungsausweis zugelassen wäre.

eingesetzt werden kann und dass ein Erwerb nur bis zu *10% bzw. 20% des Nennkapitals* zulässig ist. Der Vorentwurf übernimmt die Regelung des Aktienrechts<sup>4</sup>. Die Austrittsmöglichkeit liesse allerdings auch die Ansetzung von etwas höheren Limiten als im Aktienrecht als vertretbar erscheinen. Ist ein Ausscheiden aufgrund der bereits erschöpften 20%-Grenze nicht durch Übernahme des Stammanteils des Gesellschafters möglich oder wenn der Abfindungsanspruch allein durch Kapitalherabsetzung auszahlbar wird (Art. 822c Abs. 3 Ziff. 2 VE), geht mit dem Ausscheiden eine Kapitalherabsetzung einher.

### **225.7 Erleichterung der Kapitalerhöhung (Art. 786/779 OR, 786 VE)**

Nach dem GmbH-Recht von 1936 kann eine *Erhöhung des Stammkapitals* - was aus dem Wortlaut von Art. 786 OR allerdings nur indirekt hervorgeht - nur mit Einstimmigkeit aller Gesellschafter beschlossen werden. Dieses *Einstimmigkeitserfordernis* erklärt sich aus dem 1936 eingeführten System der subsidiären Solidarhaftung jedes Gesellschafters bis zum Betrag des Stammkapitals. Es ist offensichtlich, dass nach dieser Regelung eine Erhöhung des Stammkapitals eine nachträgliche Erhöhung auch der gesetzlichen subsidiären Solidarhaftung nach sich ziehen muss. Deshalb erscheint die Zustimmung jeder einzelnen Person, die von dieser Haftungserhöhung betroffen ist, als unerlässlich.

Mit der Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafter entfällt der Grund für das Vetorecht jedes Gesellschafters. Immerhin soll der Erhöhungsbeschluss nicht – wie bei der Aktiengesellschaft – mit dem allgemein für Statutenänderungen erforderlichen Mehr, sondern nur mit Zustimmung von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten Stammkapitals beschlossen werden können (Art. 810c Abs. 1 Ziff. 4 VE). Explizit wird dabei festgehalten, dass die Erhöhung auch durch Umwandlung frei verwendbaren Eigenkapitals erfolgen kann (Art. 774 Abs. 4 VE).

Ein *Kapitalerhöhungsbericht* und eine *Prüfungsbestätigung des Revisors* sollen bei Sacheinlagen und Sachübernahmen oder besonderen Vorteilen sowie bei Stammkapitalerhöhungen durch Verrechnung bzw. bei Einschränkung des Bezugsrechts künftig auch für die GmbH erforderlich sein. Dies kann durch blosser Verweisung auf Art. 652e und 652f OR erreicht werden (Art. 786 Abs. 2 VE).

### **225.8 Vereinfachte Herabsetzung des Stammkapitals zur Bilanzbereinigung (Art. 788 OR, 788 VE)**

Von Praktikern als erheblicher Nachteil empfunden wird, dass im GmbH-Recht die sogenannte „deklaratorische“ oder *vereinfachte Kapitalherabsetzung zur Bilanzbereinigung* fehlt, wie sie im Aktienrecht in Art. 735 OR („Herabsetzung im Fall einer Unterbilanz“) vorgesehen ist.

Im bisherigen Recht war eine vereinfachte Herabsetzung im Hinblick auf die subsidiäre Solidarhaftung eines jeden Gesellschafters bis zum Betrag des Stammkapitals problematisch. Mit der *Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafter bis zum Betrag des Stammkapitals* (vgl. Ziff. 225.4) entfällt dieses Hemmnis. Der Vorentwurf sieht daher die deklaratorische Kapitalherabsetzung vor und regelt sie durch einen Verweis auf die aktienrechtliche Regelung.

---

<sup>4</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht in Art. 16 Abs. 3 Ziff. 19 VE RRG vor, dass der Anschaffungswert eigener Anteile nicht mehr aktiviert, sondern in der Bilanz offen von den Gewinnreserven abzuziehen ist (s. Begleitbericht zum RRG S. 109 ff.).

Eine deklaratorische Herabsetzung soll aber gemäss Art. 788 Abs. 2 VE erst möglich sein, wenn die Nachschüsse erbracht worden sind. Eine Unterbilanz soll in erster Linie durch eine Erfüllung der statutarisch aufgestellten Versprechungen der Gesellschafter und nicht durch eine Kapitalherabsetzung beseitigt werden. Die danach regelgemäss vollzogene Kapitalherabsetzung führt dann zwangsläufig zu einer Herabsetzung der noch verbleibenden Nachschusspflicht und damit zur Reduktion des weiteren Haftungssubstrats der Gläubiger. Diese Folge wird unter dem erwähnten Vorbehalt in Kauf genommen.

### **225.9 Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (Art. 807c VE)**

Zur Stärkung der Kapitalbasis soll – in Anlehnung an das deutsche GmbH-Recht – der in der Praxis wichtige Sonderfall von *eigenkapitalersetzenden Darlehen* bei personenbezogenen Kapitalgesellschaften geregelt werden.

Eigenkapitalersetzend sind dabei nach Art. 807c VE Darlehen, welche ein Gesellschafter oder eine ihm nahestehende Person der Gesellschaft bei einer Unterbilanz oder zu einem Zeitpunkt gewährt, in dem nach der finanziellen Lage der Gesellschaft die Zuführung von Eigenkapital angebracht gewesen wäre. Solche Darlehen stehen im Rang allen übrigen Darlehen nach, einschliesslich denen, für die ein Rangrücktritt erklärt oder vertraglich Nachrangigkeit vereinbart worden ist.

Durch diese Regelung werden die Kreditwürdigkeit der GmbH erhöht und der Anreiz herabgesetzt, die GmbH mit einem möglichst knappen Eigenkapital auszustatten, um im Konkursfall gleich wie Drittgläubiger behandelt zu werden.

Die Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen darf nicht so verstanden werden, als ob ein Durchgriff, wie er schon unter bestehendem Recht in bestimmten Fällen möglich ist, nicht mehr denkbar sein sollte.

## **226 Mitgliedschaft**

### **226.1 Vereinfachung der Terminologie**

Im Zusammenhang mit Stammanteilen und dem Stammkapital soll auch die Terminologie vereinheitlicht und gestrafft werden.

Dabei geht es um die folgenden Begriffe:

1. *Stammkapital* : Unverändert gegenüber Art. 772 Abs. 1 und 773 OR. *Neu* dagegen ist, dass das Stammkapital als Summe der Nennwerte aller Stammanteile definiert ist.
2. *Stammeinlage* : Der Begriff „Stammeinlage“ wird *nicht mehr gebraucht*. Er verwendet sachlich zu Unrecht den Begriff „Einlage“; die Einlage ist dogmatisch nichts anderes als die Erfüllung der Einlagepflicht und damit ein *Vorgang* und gegebenenfalls dessen Ergebnis, nicht aber eine Beschreibung des *relativen Anteils* des Anteilinhabers.
3. *Stammanteil* : Dieser Begriff tritt an die Stelle des Begriffes „Stammeinlage“, doch bedeutet er neu einen *einzelnen Anteil* mit einem von den Statuten festgelegten Nennwert (mindestens 100 Franken). Ein Gesellschafter kann mehrere Stammanteile haben. Die Gesellschaft ist frei, auch mit grossen Stammanteilen zu arbeiten, z.B. mit fünf Stammanteilen von je 10'000 Franken nominell, wovon dem Gesellschafter A drei und dem Gesellschafter B zwei gehören. Die Gesellschafter sollen bei der Gestaltung der Statuten auch in diesem Punkt die denkbar grösste Freiheit haben.



4. *Gesellschaftsanteil* : Der Begriff „Gesellschaftsanteil“ (im deutschen GmbH-Recht „Geschäftsanteil“) bedeutete im bisherigen Recht die *Gesamtheit* der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Beteiligung am Kapital der GmbH. Der Begriff wird im Vorentwurf nicht mehr verwendet.
5. *Kapitalverlust* : Der Begriff „Kapital“ umfasst die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven (Art. 803 Abs. 1 Ziff. 1 VE)<sup>5</sup>.

#### **226.2 Senkung des Mindestnennwerts von Stammanteilen** (Art. 774 Abs. 1 OR, 774 Abs. 1 VE)

Nach bisherigem Recht beträgt der Mindestnennwert von Stammanteilen 1'000 Franken (Art. 774 Abs. 1 OR) und eine Herabsetzung ist auch zum Zwecke der Sanierung nicht möglich. Um hier die nötige Flexibilität zu schaffen, sieht der Vorentwurf einerseits vor, den Mindestnennwert auf 100 Franken zu senken (Art. 774 Abs. 1 Satz 1 VE). Andererseits wird – wie im Aktienrecht (Art. 622 Abs. 4 VE) – die Herabsetzung des Nennwertes unter die Mindestnennwertgrenze im Fall einer Sanierung zugelassen (Art. 774 Abs. 1 Satz 2 VE).

#### **226.3 Zulässigkeit des gleichzeitigen Besitzes von mehreren Stammanteilen** (Art. 772 Abs. 2 OR, 774 Abs. 2 VE)

Eine Eigenart des geltenden Schweizer GmbH-Rechtes besteht darin, dass in zwingender Weise jeder Gesellschafter *nur eine einzige Stammeinlage* besitzen kann (Art. 774 Abs. 2 Satz 1 OR). Tritt z.B. der Gesellschafter von seiner Stammeinlage von 40'000 Franken je einen Anteil von 10'000 Franken an seine beiden Kinder ab, und hält das zweite Kind bereits selber eine Stammeinlage von 20'000 Franken, so braucht es nicht nur eine notarielle Abtretungsurkunde, sondern es müssen im notariellen Akt auch die Statuten der GmbH geändert werden. Für ein Kind ist eine neue Stammeinlage zu schaffen, die beiden Stammeinlagen des zweiten Kindes müssen zwingend in eine einzige, neue Stammeinlage von 30'000 Franken zusammengefasst und jene des Vaters muss auf 20'000 Franken reduziert werden.

Dieses Erfordernis hat wirtschaftlich und rechtlich keine Funktion. Auch bei seiner Schaffung wurde keine Begründung gegeben; nur durch die Kommentare ist zu erschliessen, dass man damit die GmbH „den Personengesellschaften angleichen“ wollte, bzw. – angeblich in Anlehnung an deutsche Äusserungen – die Verknüpfung von Kapital und Person verstärken und das Heranziehen des grossen Publikums „erschweren“ wollte.

Es ist aber nicht einzusehen, wie die Beschränkung auf eine *einzig*e Stammeinlage pro Gesellschafter für diese Zwecke geeignet sein sollte. Die GmbH bleibt auch dann eine personalistische Kapitalgesellschaft mit einfacher Struktur, wenn das Gesetz die Einteilung des Stammkapitals in eine bestimmte Anzahl von Stammanteilen mit einem von den Statuten zu bezeichnenden Nennwert gestattet und jeder Gesellschafter einen oder mehrere solcher Stammanteile besitzen kann.

Der Vorentwurf sieht daher in Art. 774 Abs. 2 vor, dass jeder Gesellschafter *mehrere Stammanteile* besitzen kann; der Begriff der Stammeinlage wird demgegenüber wie erwähnt

---

<sup>5</sup> Gemäss Art. 62 VE RRG liegt ein Kapitalverlust vor, wenn die Hälfte des Stammkapitals einer GmbH nicht mehr gedeckt ist. Die Hälfte der gesetzlichen Reserven wurde im Vorentwurf zum RRG aus Gründen der Vereinfachung weggelassen (s. Begleitbericht zum RRG S. 151 f.). Die Arbeitsgruppe GmbH stellt fest, dass dieser Vorschlag die Gesichtspunkte einer frühzeitigen Auslösung der Sanierungsbemühungen ausser acht lässt, und kann ihm nicht zustimmen.

nicht mehr verwendet. Dadurch wird die Notwendigkeit beseitigt, bei einer Abtretung von Stammeinlagen unter Gesellschaftern jedesmal in notarieller Urkunde die Statuten zu ändern. Gleichzeitig wird die Formulierung der Abtretungserklärung vereinfacht und die GmbH benützerfreundlicher gestaltet.

#### **226.4 Flexiblere Regelung der Vinkulierung (Art. 791 Abs. 2 OR, 791 Abs. 2 - 4 VE)**

Die *Vinkulierung* der Gesellschaftsanteile ist nach Art. 791 Abs. 2 OR ausserordentlich streng: Die Abtretung setzt die Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Gesellschafter voraus, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten. Die Vorschrift ist einseitig zwingend in dem Sinne, dass die Abtretung nur noch erschwert oder ganz ausgeschlossen, nicht aber erleichtert werden kann (Art. 791 Abs. 3 OR). Das steht in schroffem Gegensatz vor allem zum französischen Recht, das für die Abtretung von Gesellschaftsanteilen unter Gesellschaftern dispositiv im Gesetz freie Veräusserlichkeit vorsieht (Art. 47 Abs. 1 LSC) und dem Gesellschafter, dem ein statutarisches Veto oder die Ablehnung bei einer Abtretung an Dritte nach Art. 45 Abs. 1 LSC entgegengehalten wird, ein Recht auf Abfindung zum wirklichen Wert garantiert (Art. 45 Abs. 3 LSC).

Der Vorentwurf geht nicht so weit, sieht aber einerseits eine Erleichterung der Übertragbarkeit vor. Doch kann nach Art. 777 Ziff. 1 und 810c Abs. 1 Ziff. 3 VE die Abtretung eines Gesellschaftsanteils auch weiterhin durch die Statuten gänzlich verboten werden. Dieses Abtretungsverbot steht zwar zum Prinzip der Kapitalgesellschaft in einem Spannungsverhältnis und beinhaltet einen tiefen Eingriff in die Disponibilität der Beteiligung. Dennoch soll es den Beteiligten auch künftig möglich sein, die Abtretbarkeit auszuschliessen. Das trägt den personalistischen Zügen der GmbH Rechnung.

Stets offen steht dem in seiner Gesellschaft „eingemauerten“ Gesellschafter jedoch der *Austritt aus wichtigem Grund* (Art. 822 Abs. 2 VE). Im übrigen stellt der Gesetzgeber nur eine dispositive Ordnung auf und überlässt es den Beteiligten, die Voraussetzungen des Ausscheidens zu erleichtern oder zu erschweren (Art. 822 Abs. 1 VE).

#### **226.5 Nutzniessung und Pfandrecht (Art. 797a VE)**

Die dingliche Belastung von GmbH-Anteilen ist im bisherigen Recht nicht geregelt. Angesichts der Personenbezogenheit der GmbH drängt es sich jedoch auf, die Bestellung einer Nutzniessung der Übertragung der Stammanteile gleichzustellen (Art. 797a Abs. 1 VE), zumal der Nutzniesser gegenüber der Gesellschaft wie ein Gesellschafter auftritt (Art. 797a Abs. 3 VE).

Nach dem Vorentwurf ist demgegenüber für die Bestellung von Pfandrechten grundsätzlich keine Mitwirkung der Gesellschaft erforderlich; die Statuten können allerdings vorsehen, dass die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist (Art. 797a Abs. 2 VE).

#### **226.6 Aufhebung der jährlichen Meldepflicht (Art. 790 Abs. 2 OR)**

Nach bisherigem Recht muss gemäss Art. 790 Abs. 2 OR dem Handelsregisteramt zu Beginn eines jeden Kalenderjahres eine Liste der Namen der Gesellschafter, der Stammeinlagen und der darauf erfolgten Leistungen eingereicht werden. Die damit verbundenen administrativen Umtriebe werden in der Praxis gemäss den Aussagen der befragten Praktiker als äusserst mühsam empfunden. Die jährliche Meldepflicht wurde daher im Vorentwurf gestrichen. Wie beim Genossenschaftsrecht (Art. 833 Ziff. 5 und 835 Abs. 4 OR) soll aber auch ganz generell ein Eintrag nur noch erfolgen, wenn mit den Stammanteilen

Nachschusspflichten verbunden sind. Die Gesellschafter hingegen, die keine solche Pflicht oder lediglich eine Nebenleistungspflicht trifft, die im Verhältnis zu den Gläubigern keine Rolle spielt, sondern einzig das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern beschlägt, sollen deshalb von jeder Eintragungspflicht befreit werden (Art. 772 Abs. 2 und 803a VE).

Beibehalten wird also nur die Pflicht der Geschäftsführer, die *Übertragung von Stammeinlagen, die mit einer Nachschusspflicht verbunden sind* (dazu vorn Ziff. 226.4), unverzüglich beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 794 Abs. 1 VE). Da sich gutgläubige Dritte auf den Eintrag der Gesellschafter verlassen dürfen (Art. 794 Abs. 3 VE), haben ausgeschiedene Gesellschafter wegen allfälliger Haftungs- und Nachschusspflichten ein eminentes Interesse an aktuellen Registereinträgen. An Art. 794 Abs. 2 des Berichtes von 1996 wurde deshalb die Frist von 30 Tagen bemängelt, falls die Gesellschaft die Anmeldung der Übertragung unterlässt. Eine solche Frist könnte dazu führen, dass der Gesellschafter allenfalls nachteilige Folgen von Gesellschaftsentscheiden, die seinen Interessen zuwiderlaufen, schutzlos ertragen müsste. Für den Fall, dass die Geschäftsführer die Anmeldung des Ausscheidens nicht vornehmen, sieht der Vorentwurf darum vor, dass der ausgeschiedene Gesellschafter die Löschung im Handelsregister, unter gleichzeitiger Angabe des Erwerbers selber beantragen kann (Art. 794 Abs. 2 VE). Die Handelsregisterverordnung wird ebenfalls in diesem Sinne anzupassen sein.

#### **226.7      Modifikationen hinsichtlich der Ausschliessung oder des Austritts von Gesellschaftern (Art. 822 OR, 822 - 822c VE)**

Die *personalistische Struktur* der GmbH verlangt, dass ein Gesellschafter aus wichtigem Grund bei Gericht auf *Austritt* unter Abfindung zum wirklichen Wert *klagen* können muss (Art. 822 Abs. 2 VE). Es geht dabei nicht um ein Ausscheiden aus einer Personengesellschaft, sondern um den ausserordentlichen Fall eines richterlichen Eingriffs in die Konfiguration einer Kapitalgesellschaft. Der richterlich bewilligte Austritt entspricht einer Kapitalherabsetzung im Umfange der Beteiligungsquote des obsiegenden Klägers (falls nicht die Gesellschaft den Anteil des Ausscheidenden übernimmt, in den Schranken von Art. 807 VE); es entsteht ein Abfindungsanspruch in dem dafür gesetzlich vorgesehenen Betrag und unter den gesetzlichen Einschränkungen und Bedingungen. Das Gestaltungsurteil muss diese Dinge klarstellen, so dass die Konfiguration der Kapitalgesellschaft *nach* Vollzug des Austritts in allen wesentlichen Punkten feststeht.

Auch muss die Gesellschaft frei sein, den Gesellschaftern generell oder unter bestimmten Voraussetzungen ein statutarisches *Recht auf Austritt* einzuräumen (Art. 822 Abs. 1 VE). Schliesslich muss die Gesellschaft aus wichtigem Grund bei Gericht auf *Ausschliessung* eines Gesellschaftern, dessen Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar geworden ist, klagen können (Art. 822b VE).

Macht der Gesellschafter von einem statutarischen Austrittsrecht Gebrauch, bestimmen die Statuten Höhe und Art der Abfindung (Art. 822c Abs. 1 Satz 1 VE). In den andern Fällen des Austritts, bei der Ausschliessung sowie bei dem durch den Richter aufgrund einer Auflösungsklage verfügten Ausscheiden (Art. 820 Abs. 1 Ziff. 4 Satz 2 VE) erlangt der ausgeschiedene Gesellschafter einen Anspruch auf den *wirklichen Wert* seiner Stammanteile (Art. 822c Abs. 1 Satz 2 VE). Problematisch ist die Abfindung, wenn nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen und die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Stammanteile nicht gegeben sind. Für diesen Fall sieht der Vorentwurf vor, dass der Anspruch nur durchsetzbar ist, wenn ein anderer Gesellschafter die auf diesen Teilbetrag entfallenden Stammanteile übernimmt oder der Anspruch unter Beobachtung der Vorschriften über die Herabsetzung

des Stammkapitals befriedigt werden kann (Art. 822c Abs. 2 VE). Für den nicht abgefundenen Teil seines Anspruchs steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine nachrangige, unverzinsliche Forderung zu (Art. 822c Abs. 3 VE).

Der Vorentwurf sieht ferner auch die Möglichkeit eines *Anschlussesaustritts* vor (Art. 822a VE). Damit soll verhindert werden, dass derjenige Gesellschafter, der am schnellsten reagiert, voll entschädigt wird, während andere austrittswillige Gesellschafter vorläufig oder auch definitiv leer ausgehen. Gleichzeitig wird damit der Anreiz gesenkt, in einer schwierigen Situation aus der Gesellschaft auszutreten.

Der Vorentwurf regelt neu auch die Auswirkungen des Ausscheidens auf eine noch bestehende statutarische *Nachschusspflicht* (Art. 803a). Die Statuten können für die Fälle des statutarisch vorgesehenen Austritts eine vom wirklichen Wert abweichende Bestimmung der Abfindung vorsehen (Art. 822c Abs. 1 Satz 2 VE). Bei Austritt aus wichtigem Grund, Ausschluss und Austritt auf Auflösungsklage hin ist die Abfindung zum wirklichen Wert zwingend.

### **226.8 Absicherung der Gesellschaft gegen die Folgen des Konkurses eines Gesellschafters (Art. 793 f OR, 792 VE)**

Nach dem GmbH-Recht von 1936 kann der Konkursverwalter die *Auflösung der GmbH* verlangen, wenn ein *Gesellschafter* in Konkurs gerät; dasselbe Recht steht dem Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters zu, dessen Gesellschaftsanteil gepfändet wurde (Art. 793 Abs. 1 OR). Auch wenn Art. 794 OR eine Regelung zur Abwendung der Auflösung vorsieht, bringt doch diese Bestimmung eine Bedrohung der Existenz der Kapitalgesellschaft zufolge des finanziellen Schicksals eines ihrer Anteilsinhaber mit sich.

In der Praxis ist diese Bestimmung toter Buchstabe geblieben. Im übrigen widerspricht sie dem Prinzip der Kapitalgesellschaft; es ist nicht einzusehen, weshalb die Gläubiger gegen den Willen der Mehrheit der Gesellschafter auf die Substanz der Kapitalgesellschaft sollten greifen können, wenn der Gesellschafter selbst dies nicht tun könnte.

Dadurch, dass die subsidiäre Solidarhaftung jedes Gesellschafters bis zum Betrag des Stammkapitals aufgehoben wird (vgl. Ziff. 225.4), ist die Vermögenssphäre des Anteilsinhabers vom Vermögen der Kapitalgesellschaft besser getrennt. Ein Lösungsansatz für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters, der die nachhaltige Existenz der GmbH nicht in Frage stellt, andererseits aber den besonderen Bedürfnissen bei einer personalistischen Kapitalgesellschaft entspricht, sollte auf folgenden *Grundsätzen* aufbauen:

1. Es gilt das *umgekehrte* Prinzip, nämlich dass der Konkurs eines Gesellschafters *nicht* zu einem Recht des Konkursverwalters oder eines Gläubigers führt, die Auflösung der GmbH zu verlangen (vgl. Art. 571 Abs. 2, 615 Abs. 2 OR).
2. Die Stammanteile des konkursiten Gesellschafters werden durch die Konkursverwaltung oder das Betreibungsamt *versteigert*.
3. Der *Ersteigerer* tritt mit allen Rechten und Pflichten eines nachträglich hinzutretenden Gesellschafters in die Gesellschaft ein,
4. Die Gesellschaft selbst oder, mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung, ein einzelner Gesellschafter oder ein der Gesellschaft beitretender Dritter können die Stammanteile zum *wirklichen Wert* übernehmen.

Der Vorentwurf sieht daher vor, dass der Ersteigerer in der Zwangsverwertung mit allen Rechten und Pflichten eines nachträglich hinzutretenden Gesellschafters in die Gesellschaft

aufgenommen wird, die Gesellschaft aber das Recht hat, innerhalb von sechs Monaten seit Kenntnis die Anteile des Ersteigerers für eigene Rechnung oder für Rechnung einer von der Gesellschaft bezeichneten Person zum wirklichen Wert zu übernehmen (Art. 792 Abs. 1 und 2 VE). Die Gesellschafterversammlung kann dabei eine oder mehrere Personen ermächtigen, dieses Recht direkt gegenüber dem Ersteigerer auszuüben oder den von der Gesellschaft ausgelösten Anteil zu übernehmen.

Mit dieser neuen Regelung wird ein optimaler Interessenausgleich erreicht. Auf der einen Seite ist zugunsten der Gesellschafter sichergestellt, dass der Bestand der Gesellschaft auch beim Konkurs eines Gesellschafters gewährleistet ist, wobei die Gesellschafter die Wahl haben, entweder einen beliebigen Dritten in ihre Reihen aufzunehmen oder aber die fraglichen Stammanteile zum wirklichen Wert zu entschädigen. Auf der andern Seite werden die Gläubiger dadurch geschützt, dass auch ein nicht fungibler Anteil an einer personenbezogenen Kapitalgesellschaft – und damit ein zur Verwertung zugunsten Dritter an sich wenig geeignetes Vermögenobjekt – zu ihren Gunsten verwertet werden kann.

Ob die Gesellschaft selbst die fraglichen Stammanteile übernehmen kann, hängt von den Regeln über die *eigenen Stammanteile* ab, falls nicht ein einzelner oder mehrere Gesellschafter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (Art. 807 VE, dazu Ziff. 225.6). Auch Gesellschafter, welche die Mittel zum Erwerb der Stammanteile geleistet haben, können diese aber nur unter Einhaltung der allgemeinen Voraussetzungen, also im Regelfall nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung übernehmen. Der Vorentwurf sieht dispositiv vor, dass hierfür – im Gegensatz zum Recht von 1936 (Art. 794 Abs. 1 Ziff. 3 OR) – ein Mehrheitsbeschluss genügt.

## **226.9 Zulässigkeit von Genussscheinen (Art. 774a VE)**

Das geltende Recht kennt den Genussschein für die GmbH nicht. Gerade für eine personalistische Kapitalgesellschaft erscheint der Genussschein aber als geeignetes Instrument, etwa um Personen abzufinden, die mit der Gesellschaft durch frühere Kapitalbeteiligung verbunden sind.

Der Vorentwurf sieht daher vor, dass die aktienrechtlichen Bestimmungen sinngemäss Anwendung finden (Art. 774a).

Genussscheine dürfen – wie bei der AG – nicht zu Finanzierungszwecken eingesetzt werden. Die stark personalistisch geprägte GmbH erscheint nicht als geeignete Rechtsform, um den Kapitalmarkt zur Aufnahme von Eigenkapital zu beanspruchen, und sei es auch durch die Emission von fungiblen Eigenkapitalpapieren. Für die Schaffung von *Partizipations-scheinen* scheint daher bei der GmbH kein legitimes Bedürfnis zu bestehen, so dass auf ihre Zulassung und Regelung verzichtet wurde.

## **23 Rechte und Pflichten der Gesellschafter**

### **231 Verbesserung der Stellung der Minderheitsgesellschafter**

In zahlreichen Punkten wird durch den Vorentwurf die Stellung von *Minderheitsgesellschaftern* verbessert. Es sind dies insbesondere die folgenden:

1. Wegfall der für Gesellschafter mit einer *kleinen* Beteiligung *unverhältnismässigen subsidiären Solidarhaftung* bis zum Betrag des gesamten Stammkapitals (Art. 778 VE mit Verweis auf Art. 628, 634 - 635a OR, dazu Ziff. 225.4);
2. *Erleichterung der Veräusserlichkeit von Stammanteilen* (durch den Wegfall des Erfordernisses von Statutenänderung; durch die Erleichterung des Erwerbs eigener Stamm-

- anteile seitens der Gesellschaft, Art. 791 ff. VE, dazu Ziff. 225.6; durch eine flexiblere Ordnung der Vinkulierung, dazu Ziff. 226.04);
3. Verbesserung des Schutzes vor *ungerechtfertigten Gewinnentnahmen* durch die Mehrheitsgesellschafter und die von ihnen bestellten Geschäftsführer (Art. 806 VE mit Verweis auf Art. 678 OR; dazu Ziff. 225.4);
  4. Verbesserung der Regelung der *Nachschusspflicht* und Sperre gegen eine vorzeitige Rückzahlung (dazu Ziff. 238);
  5. gesetzlicher Rangrücktritt für *eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen* (Art. 807c VE, dazu Ziff. 225.9);
  6. differenziertere Regelung der *Treuepflicht* der Gesellschafter (Art. 807a VE, dazu Ziff. 237) und der Geschäftsführer (Art. 812b VE; dazu Ziff. 242.3);
  7. Verbesserung des *Auskunfts- und Einsichtsrechtes* der Gesellschafter als Individualrecht (Art. 807b VE, dazu Ziff. 234);
  8. Sicherstellung des *Antragsrechts jedes Gesellschafters* und des *Traktandierungsrechtes einer Minderheit* (Art. 809 Abs. 3 VE i.V.m. Art. 699 Abs. 3 OR, dazu Ziff. 241.2);
  9. Schutz der Minderheitsgesellschafter vor Überraschungen durch die Pflicht, *mit der Einberufung* der Gesellschafterversammlung auch die *Anträge* für die zu fassenden Beschlüsse *bekanntzugeben* (Art. 809 Abs. 3 VE i.V.m. Art. 700 Abs. 2 OR, dazu Ziff. 241.2);
  10. *Nichtanwendbarkeit des allfälligen Stimmrechtsprivilegs* für bestimmte Beschlüsse (Art. 810 Abs. 3 sowie 810b Abs. 1 VE, dazu Ziff. 241.3);
  11. Katalog von *wichtigen Beschlüssen*, für welche eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist (Art. 810c VE, dazu Ziff. 241.3);
  12. klarere Regelung des *Austrittsrechtes* der Gesellschafter im Hinblick auf den sog. Anschlussaustritt und den Anspruch auf Abfindung zum wirklichen Wert und dessen Befriedigung (Art. 822 - 822c VE, dazu Ziff. 226.07).

Fragen kann man sich, ob in Anlehnung an das Vorbild des deutschen GmbH-Rechtes beim Einberufungs- und Traktandierungsrecht ein sogenanntes „Selbsthilferecht der Minderheit“ vorgesehen werden sollte, als Vorstufe oder als Alternative zur Anrufung des Gerichts. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung wurde geprüft, aber wegen der Problematik konkurrierender Begehren und im Interesse der Einheitlichkeit der Regelungen für AG und GmbH verworfen.

Wo eine Neuregelung erfolgte, wurde auf den Minderheitenschutz geachtet. So tritt an die Stelle des Einstimmigkeitserfordernisses für Kapitalerhöhungen ein strenger Schutz des Bezugsrechtes.

## **232 Rechnungslegung (Art. 805 OR, 805 VE)**

Die *Anforderungen* an die Rechnungslegung ergeben sich aus den wirtschaftlichen Gegebenheiten, insbesondere aus der Grösse eines Unternehmens, nicht aber aus der Rechtsform; die Aufhebung der Höchstkapitalgrenze bei der GmbH wird die Unmassgeblichkeit der Rechtsform noch betonen. AG, GmbH und Genossenschaft zeichnen sich in erster Linie durch qualitative Unterschiede in der Struktur und inneren Organisation des *Unternehmensträgers* aus. Richtigerweise muss dagegen Rechnungslegungsrecht rechtsformunabhängig geregelt werden. Der Vorentwurf will dies für die Rechte der AG und der

GmbH sicherstellen. Er bestimmt darum in Art. 805, dass für die Rechnungslegung die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend gelten<sup>6</sup>.

Grundsätzlich muss auch die *Konsolidierungspflicht* von der Gesellschaftsform unabhängig sein. Die Gründe, die für die Einführung der Konzernrechnung im Aktienrecht gesprochen haben (vgl. *Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 [BBl. 1983 II 745 ff.]*, Ziff. 209.5), sprechen ebenso für die Konsolidierungspflicht in einem GmbH-Konzern entsprechender Grössenordnung. Durch die Verweisung in Art. 805 VE wird klargestellt, dass sämtliche Bestimmungen über die Rechnungslegung der Aktiengesellschaft auch auf die GmbH anwendbar sind. Damit gelangen insbesondere auch die Bestimmungen von Art. 663e - 663g OR über die Konzernrechnung bei GmbH-Konzernen zur Anwendung.

Da bei einer GmbH die Begebung von *Anleiheobligationen* selten sein wird und die Anteile der GmbH nicht an der *Börse* kotiert werden können, ist die Konsolidierungspflicht bei GmbH-Konzernen praktisch auf jene Fälle reduziert, in denen ein Umsatzerlös von 20 Mio Franken und eine Bilanzsumme von 10 Mio Franken gegeben sind oder ein Gesellschafter die Konsolidierung verlangt. Kleinere GmbH sind, auch wenn sie sich als Obergesellschaft eines kleinen Konzerns betätigen, grundsätzlich von der Konsolidierungspflicht befreit<sup>7</sup>.

### 233 Ausschüttungen an die Gesellschafter (Art. 804 OR, 804 VE)

In der deutschen Literatur wird darauf hingewiesen, dass das GmbH-Recht eigentlich - ganz nach den Gepflogenheiten des 19. Jahrhunderts - noch immer einen Anspruch des Gesellschafters auf *Vollausschüttung* des Bilanzgewinns (nach Vornahme der Zuweisung an die gesetzlichen Reserven) enthält. Auch Art. 804 OR kann in diesem Sinn verstanden werden. Die Praxis geht freilich bei der GmbH von einer Ordnung entsprechend Art. 674 OR aus. Es gilt hier, das Gesetz der veränderten Realität anzupassen.

Der Vorentwurf sieht daher die Übernahme der aktienrechtlichen Regelung vor<sup>8</sup>. Insbesondere wird auch auf die Möglichkeit der Bildung von Reserven durch die Gesellschafterversammlung hingewiesen.

### 234 Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter (Art. 819 OR, 790 Abs. 3 und 807b VE)

#### 234.1 Das Konzept von 1936 und seine Schwächen

Es ist unbestritten, dass das *Auskunfts- und Einsichtsrecht* der Gesellschafter, so wie es 1936 formuliert worden ist (Art. 819 OR), unzulänglich ist. Drei der Grundgedanken vermögen heute nicht mehr zu überzeugen:

---

<sup>6</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht grundsätzlich für alle rechnungslegungspflichtigen Organisationen einheitliche Regeln der Rechnungslegung vor, differenziert nach Grösse, Art der Geschäftstätigkeit und Rechtsform.

<sup>7</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht eine Konsolidierungspflicht für alle Muttergesellschaften in der Rechtsform einer juristischen Person vor. Im Gegensatz zum geltenden Recht sind die kleinen Gruppen nicht von der Konsolidierungspflicht ausgenommen. Voraussetzung der Konsolidierungspflicht ist neu die Kontrolle ( Art. 38 ff. VE RRG; s. Begleitbericht zum RRG S. 138 ff.).

<sup>8</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht eine Revision der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Reserven vor (Art. 72 VE RRG, Art. 671 ff. OR; s. Begleitbericht zum RRG S. 158 ff.).

1. Das GmbH-Recht von 1936 gründet auf der Idee, dass die *Kontrolle* (im Sinne von Einblick in Jahresrechnung und Jahresbericht einerseits und Recht auf Auskunft und Einsicht andererseits) methodisch auf der gleichen Ebene liegt wie die *Revision* (Abschlussprüfung). Nach heutiger Kenntnis handelt es sich indessen um zwei methodisch verschiedene Vorgänge: im einen Fall geht es um die Erhöhung der Information des Gesellschafters über das Geschehen in der Gesellschaft, im andern um die nachträgliche Überprüfung der Ordnungsmässigkeit von Buchführung und Jahresrechnung durch einen aussenstehenden Prüfer. Die beiden Vorgänge müssen auch in der GmbH künftig sachgerecht getrennt werden.
2. Die Regelung der Informationsrechte der nicht geschäftsführenden Gesellschafter durch Verweisung auf die Einsichtsrechte bei der einfachen Gesellschaft (Art. 541 OR) ist für den Laien nur schwer verständlich. Materiell sind die dadurch vermittelten Einsichtsbefugnisse – jedenfalls für die GmbH – unzulänglich. Bei der einfachen Gesellschaft hat der nicht geschäftsführende Gesellschafter nur das Recht:
  - sich persönlich vom *Gang der Geschäftsangelegenheiten* zu unterrichten;
  - in die *Geschäftsbücher* und *Papiere* der Gesellschaft Einsicht zu nehmen;
  - für sich eine Übersicht über den Stand des gemeinschaftlichen *Vermögens* anzufertigen.

Er hat also nicht einmal die dem Kommanditär zugewiesene Befugnis, eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz zu verlangen, und deren Richtigkeit durch einen unbeteiligten Sachverständigen prüfen zu lassen und im Streitfalle die Ernennung dieses Sachverständigen beim Richter zu beantragen (Art. 600 Abs. 3 OR).

3. Schliesslich ist nicht klar, welche Kontrollrechte die *geschäftsführenden Gesellschafter untereinander* haben. Diese Frage kann - entgegen dem Anschein - in der Praxis sehr wohl aktuell werden, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter mehr und mehr eigenmächtig vorgeht und seinen Tätigkeitsbereich vor den anderen Geschäftsführern abschirmt.

Die 1936 getroffene Entscheidung, im Falle der Einsetzung einer Kontrollstelle das Auskunfts- und Einsichtsrecht aller Gesellschafter auf den Umfang des Auskunfts- und Einsichtsrechts eines *Aktionärs in der Generalversammlung* zu beschränken, vermag ebenfalls nicht zu befriedigen. Der Gesellschafter einer GmbH ist in seiner weniger strukturierten und stärker personalistisch ausgerichteten Gesellschaft nicht mit einem im Grundsatz nur *einmal jährlich* geltend zu machenden Auskunfts- und Einsichtsrecht zufriedenzustellen. Auch können die Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft (Art. 697 Abs. 2 OR) angesichts der Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters nicht in gleicher Weise einen Verweigerungsgrund schlechthin gegenüber Auskünften und Einsichtnahmen abgeben. Der Vorentwurf trifft insoweit Regelungen, die vom Aktienrecht abweichen.

### 234.2 Vorgeschlagene Neuregelung

Da eine *Abschlussprüfung* durch einen *unbeteiligten Dritten* auch bei der GmbH im revidierten Recht *unerlässlich* ist (hiernach Ziff. 243), ist die *alternative* Verknüpfung von Auskunfts- und Einsichtsrecht einerseits und Abschlussprüfung andererseits aufzugeben<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht in Art. 43 betreffend die Revisionspflicht – ausgehend vom *geltenden* GmbH-Recht - zwei Varianten vor: Variante I: Befreiung aller kleinen GmbH von der Prüfungspflicht



Allen Gesellschaftern - ob sie nun die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters haben oder nicht - ist gleichermassen ein sachlich weitergehendes Auskunfts- und Einsichtsrecht zu gewähren.

Den sachgerechten Ansatz für dieses Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter bietet die 1991 neu formulierte Bestimmung von Art. 715a OR über das *Auskunfts- und Einsichtsrecht des Verwaltungsrates* in der Aktiengesellschaft. Ein rechtsvergleichender Blick auf die Nachbarländer zeigt, dass eine ähnliche Regelung z.B. in Deutschland gilt. Der mit Bundesgesetz vom 4. Juli 1980 (BGBl 1980 I 836) eingefügte § 51a des deutschen GmbHG hat folgenden Wortlaut:

*(1) Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten.*

*(2) Die Geschäftsführer dürfen die Auskunft und die Einsicht verweigern, wenn zu befürchten ist, dass der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Schaden zufügen wird. Die Verweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter.*

*(3) Von diesen Vorschriften kann im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden.*

Auf der Grundlage dieser beiden Vorbilder (Art. 715a OR und § 51a GmbHG 1980) weist die neue Ordnung des *Auskunfts- und Einsichtsrechts* des Gesellschafters einer GmbH in Art. 807b VE folgende Grundzüge auf:

1. Jeder Gesellschafter soll von den Geschäftsführern Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft, bei Vorliegen eines berechtigten Interesses auch Einblick in Bücher und Akten erhalten können. Die neue Regelung enthält insbesondere die Garantie, dass das Informationsrecht sich auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft bezieht. Das Recht auf Auskunft und Einsicht ist dabei unabhängig von der Tätigkeit des (nunmehr gemäss Art. 819 VE gesetzlich vorgeschriebenen) Revisors.
2. Die Gesellschafter können ihr Recht auf Auskunft und Einsicht nicht – wie die Aktionäre – nur anlässlich der Gesellschafterversammlung, sondern grundsätzlich jederzeit geltend machen. Eine Abgrenzung zwischen der Information „in den Sitzungen“ und „ausserhalb der Sitzungen“, wie sie Art. 715a Abs. 2 und 3 OR für den Verwaltungsrat einer AG vorsehen, wäre im GmbH-Recht nicht sachgerecht.
3. Die Bestimmung von Art und Zeit der Auskunft sowie der Gewährung der Einsicht obliegt im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens den Geschäftsführern. Diese können kurzfristig eine Gesellschafterversammlung einberufen, um die nötigen Informationen zu erteilen. Sie können die Information schriftlich vorlegen oder dem Gesellschafter unter Wahrung angemessener Fristen die Möglichkeit zur Einsicht oder zur Befragung der auskunftspflichtigen Personen am Sitz der Gesellschaft eröffnen.
4. Auskunft oder Einsicht können verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Gesellschafter die erlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft verwenden wird. Dieser Vorbehalt im Hinblick auf gesellschaftsschädliche Auskunfts- und Ein-

---

(Bilanzsumme unter 4 Millionen Franken, Umsatzerlöse unter 8 Millionen Franken, weniger als 50 Arbeitnehmer). Variante II: Prüfungspflicht für alle GmbH. Im *revidierten* GmbH-Recht ist nach Auffassung der GmbH-Experten hingegen eine Abschlussprüfung *unverzichtbar* (dazu hinten Ziff. 243.1).

sichtsbegehren ist notwendig und findet sich auch im Recht unserer Nachbarländer. Für die Verweigerung der Auskunft oder Einsicht reicht es jedoch nicht aus, dass sich die Anfragen auf Geschäftsgeheimnisse beziehen.

5. Verweigern die Geschäftsführer dem Gesellschafter die Auskunft, so kann dieser die Gesellschafterversammlung anrufen. Diese entscheidet gesellschaftsintern endgültig. Lehnt auch sie die Auskunft oder Einsicht ab, besteht die Möglichkeit, die Angelegenheit vor ein Gericht zu bringen, was nach heutigem Recht nicht ohne weiteres klar ist.

Die Arbeitsgruppe GmbH erachtet es nicht als notwendig, diese zum ordnungsgemässen Funktionieren einer Kapitalgesellschaft gehörenden Schritte in allen Einzelheiten im Gesetz zu regeln. In der neuen Bestimmung über das Auskunfts- und Einsichtsrecht wird nicht gesondert darauf hingewiesen, dass die Ausübung dieses Rechtes durch allgemeine Rechtsgrundsätze inhaltlich und prozedural eingegrenzt ist. Auch ohne ausdrücklichen Hinweis ist aber klar, dass der Gesellschafter von seinem Recht in *möglichst schonender Weise* Gebrauch zu machen hat, dass er sein Recht nur insoweit ausüben kann, als er damit in den Bahnen einer *Ausübung* von *Gesellschafterrechten* bleibt und er von diesem Recht nicht Gebrauch machen darf, um *gesellschaftsfremde* Zwecke zu verfolgen oder sonst *Missbrauch* zu treiben.

Ergänzend sei hier noch festgehalten, dass der neue Art. 790 Abs. 3 VE den Gesellschaftern das Recht gibt, in das Anteilbuch Einsicht zu nehmen. Diese Bestimmung trägt auch Art. 781 Ziff. 5 VE Rechnung, wonach inskünftig nur noch die Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen werden sollen, die einer Nachschusspflicht unterliegen.

### **235 Bezugsrechtsschutz für Minderheitsgesellschafter (Art. 787 OR, 787 VE)**

Das GmbH-Recht von 1936 enthält in Art. 787 OR jene offene Formulierung für das *Bezugsrecht* der Gesellschafter, die früher auch im Aktienrecht enthalten war. Aus der zwischenzeitlichen gesellschaftsrechtlichen Diskussion ergibt sich jedoch, dass die Minderheitsgesellschafter hinsichtlich des Bezugsrechtes *gerade* in einer *geschlossenen Gesellschaft* besonderen Schutz brauchen. Die schöpferische aktienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den siebziger Jahren – welche durch eine konsequente Praxis den Fairness-Gedanken auch ohne explizite Grundlage im Gesetzestext durchsetzte – ist wie erwähnt nicht mit Sicherheit auf die GmbH übertragbar. Es ist daher unerlässlich, das Bezugsrecht der Minderheitsgesellschafter in der GmbH gesetzlich mindestens so gut zu schützen wie in der Aktiengesellschaft. Ein solcher Schutz drängt sich umso mehr auf, als künftig – nach dem Vorentwurf der Arbeitsgruppe GmbH – das gesetzliche Vetorecht jedes Gesellschafters gegen eine Kapitalerhöhung entfallen soll (vgl. Art. 810c Abs. 1 Ziff. 4 VE) und daher keine Möglichkeit besteht, durch die Verweigerung der Zustimmung zu einem Kapitalerhöhungsbeschluss eine Erhöhung mit Bezugsrechtsausschluss zu verhindern.

Die Regelung des revidierten *Aktienrechts* zum Bezugsrecht hat sich insgesamt als *sachgerecht* herausgestellt. Ihre Grundzüge sollen daher in das GmbH-Recht übernommen werden. So darf gemäss Art. 787 Abs. 2 Satz 1 VE auch bei der GmbH das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, nicht aber durch statutarische Disposition aufgehoben werden. Dies bedeutet eine wesentliche Verstärkung des Minderheitsschutzes in der GmbH, ohne dass deswegen die Funktionsfähigkeit dieser besonderen Gesellschaftsform eingeschränkt würde.

Als wichtige Gründe werden in Art. 787 Abs. 2 Satz 2 VE insbesondere die Übernahme von Unternehmensteilen oder Beteiligungen genannt. Die Aufzählung könnte eventuell noch durch *andere typische Beispiele* angereichert werden, in denen im Falle einer GmbH der

Ausschluss des Bezugsrechtes der bisherigen Gesellschafter als „wichtiger Grund“ anzusehen ist. Im Hinblick darauf, dass eine Arbeitnehmerbeteiligung im aktienrechtlichen Sinn in der GmbH in der Praxis nur ausnahmsweise vorkommen dürfte, wurde – im Gegensatz zum Aktienrecht – auf die Erwähnung der Beteiligung von *Arbeitnehmern* verzichtet.

Die besonderen Probleme, die sich in der Aktiengesellschaft im Zusammenhang spezifisch mit der genehmigten bzw. bedingten Kapitalerhöhung ergeben, stellen sich bei der GmbH nicht, da diese Rechtsinstitute nicht vorgesehen werden sollen.

## **236 Statutarische Vorrechte (Art. 777 Ziff. 2, 808 Abs. 2 Ziff. 2 VE)**

Das GmbH-Recht soll in der revidierten Fassung unverändert *zusätzliche Regelungen in den Statuten* zulassen, die den Bedürfnissen der einzelnen Gesellschaft und ihren personenbezogenen Anliegen gerecht werden. Dazu gehören zum Beispiel:

### **236.1 Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte**

Die Statuten können Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte im Sinne von echten gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen festschreiben. Diese gehören dogmatisch zu den Nebenleistungspflichten (Art. 803c VE), die ihre rechtliche Grundlage in der Unterwerfung des Gesellschafters unter die statutarischen Verpflichtungen bei der Gründung oder beim Erwerb von Stammanteilen haben.

### **236.2 Stimmrechtsprivilegierte Stammanteile**

Die Statuten können wie bei der AG das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der jedem Gesellschafter gehörenden Stammanteile festlegen, so dass auf jeden Stammanteil eine Stimme entfällt (Art. 810 Abs. 2 Satz 1 VE). Wie im Aktienrecht wird aber das Privileg – gemessen am Kapitaleinsatz – auf das Zehnfache begrenzt (Art. 810 Abs. 2 Satz 2 VE).

### **236.3 Vetorechte (Art. 777 Ziff. 5 VE)**

Die Statuten können sowohl einer bestimmten Kategorie von Stammanteilen wie auch einzelnen Gesellschaftern ein *Vetorecht* gegenüber bestimmten Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einräumen. Das Recht der GmbH bietet damit auch für Joint Ventures und andere besondere Bedürfnisse ein flexibles rechtliches Kleid. Es ist die Sache der Statutenredaktoren, für die durch ein Vetorecht ermöglichte Pattsituation geeignete Lösungen vorzusehen. Im übrigen bleibt immer noch die Auflösungsklage aus wichtigen Gründen, bei der der Richter anstelle der Auflösung auch auf eine andere sachgemässe Lösung erkennen kann (Art. 820 Ziff. 4 VE). Eine ungelöste Pattsituation wird also letzten Endes in diesem Verfahren bereinigt.

### **236.4 Stichentscheid (Art. 777 Ziff. 5 VE)**

In den Statuten kann einem bestimmten oder bestimmbareren Gesellschafter (z.B. dem Vorsitzenden oder dem an einem bestimmten Stammanteil Berechtigten) der *Stichentscheid* im Falle der Stimmgleichheit der Gesellschafterversammlung zugewiesen werden.

## 237 **Treuepflicht und Konkurrenzverbot der Gesellschafter** (Art. 818 OR, 807a VE)

Die *stark personenbezogene Ausrichtung* der GmbH verlangt eine *Treuepflicht* der Gesellschafter. Das geltende GmbH-Recht erwähnt die Treuepflicht als solche nicht, regelt jedoch in Art. 818 OR ihre praktisch wichtigste Ausprägung, das Konkurrenzverbot. Die Treuepflicht der Gesellschafter soll, um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, neu auch im Recht der GmbH ausdrücklich verankert werden (Art. 807a VE).

Die Treuepflicht geht weiter als das allgemeine Gebot von Treu und Glauben, d.h. die Pflicht, sich einer willkürlichen oder durch das Gesellschaftsinteresse nicht erforderten Ausübung der Machtbefugnisse zu enthalten und seine Rechte in schonender Weise auszuüben. Sie verpflichtet die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft als juristischer Person insbesondere dazu, nicht zu ihrem besonderen Vorteil Geschäfte zu betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde, sofern nicht alle übrigen Gesellschafter schriftlich zustimmen. Diese Grundregel, die nach dem Vorentwurf allgemein gelten soll, ist in Anlehnung an Art. 536 OR formuliert.

Die allgemeine Treuepflicht trifft *alle* Gesellschafter, ob sie nun mit der Geschäftsführung betraut sind oder nicht. Die *geschäftsführenden* Gesellschafter dagegen (und nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung sie allein) unterliegen, als Ausfluss ihrer Organstellung in der juristischen Person, einem *stärker konkretisierten Konkurrenzverbot*. Dies ist in Art. 807a Abs. 3 VE geregelt.

In weitgehender Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht darf ein *geschäftsführender Gesellschafter* ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung im Geschäftszweig der Gesellschaft weder für eigene noch fremde Rechnung Geschäfte machen, noch an einem anderen Unternehmen als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär oder als Anteilsinhaber mit mehr als 10 % Kapitalanteil teilnehmen. Dieses Verbot kann statutarisch auch auf nicht geschäftsführende Gesellschafter erweitert werden (Art. 807a Abs. 3 VE).

## 238 **Nachschusspflicht** (Art. 803 OR, 803 - 803c VE)

### 238.1 **Schwächen der bisherigen Regelung**

Die *Nachschusspflicht* von Art. 803 OR gewinnt aufgrund des vorgesehenen Verbots der Teilliberierung an Bedeutung. Gesellschaften, die eine zusätzliche Zahlungspflicht der Gesellschafter fest einrichten möchten, werden zur Nachschusspflicht greifen.

Die schweizerische Regelung von 1936 weist Schwächen auf:

1. Die Nachschusspflicht kann in den Statuten in *beliebiger Höhe*, z.B. im 25-fachen Betrag des Stammkapitals, festgelegt werden. Dadurch können die Schutzbedürfnisse von nachträglichen Erwerbern von Gesellschafteranteilen stark beeinträchtigt werden; aber auch die ursprünglichen Gründer können sich einer hohen und in einem nicht vorhersehbaren Zeitpunkt fällig werdenden Geldzahlungspflicht ausgesetzt sehen, wie sie sonst nur im Bürgschaftsrecht bekannt ist, dessen Kautelen aber nicht anwendbar sind.
2. Es ist nicht ganz klar, inwieweit es eine *Solidar-* oder *Ausfallhaftung* des einen Gesellschafter für die Nachschusspflicht des anderen gibt, und ob die Nachschüsse, wenn sie sich nachträglich als nicht mehr notwendig erweisen, wieder an die Gesellschafter *zurückerstattet* werden dürfen.

3. Die *Kompetenz zur Einforderung* der Nachschüsse liegt nach geltendem Recht – dies ist eine dritte Schwäche – bei der Gesellschafterversammlung (Art. 810 Abs. 1 Ziff. 7 OR). Die Einforderung der Nachschusszahlungen stellt indessen eine geschäftsführende Massnahme zur Abwendung von Unterbilanz und Konkurs dar.
4. Die Beschränkung der Nachschusspflicht nur gerade auf den Fall der Deckung eines *Bilanzverlustes* erscheint als allzu eng.
5. Das Gesetz entscheidet nicht, was geschehen soll, wenn ein nachschussverpflichteter Gesellschafter *ausscheidet* und die Gesellschaft kurze Zeit danach in Konkurs gerät.
6. Das geltende Recht beschränkt die *Rückzahlung* einmal geleisteter Nachschüsse nicht.

## 238.2 Lösungsansätze

Der Vorentwurf sieht daher folgende Neuregelungen vor:

1. Um eine Nachschusspflicht in beliebiger Höhe zu verhindern, wird in Art. 803 Abs. 3 VE festgelegt, dass diese in den Statuten ziffernmässig pro Stammanteil festgelegt werden muss und dieser Betrag das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils nicht überschreiten darf.
2. Um eine solidarische Haftung für Nachschüsse auszuschliessen, wird im Vorentwurf explizit festgehalten, dass jeder Gesellschafter ausschliesslich für die auf seinen Anteil entfallenden Beträge haftet (Art. 803 Abs. 4 VE).
3. Da es sich bei der Einforderung der Nachschüsse um eine Massnahme handelt, welche zur Geschäftsführung gehört (vgl. Art. 634a Abs. 1 OR bezüglich teilliberierter Aktien bei der AG), wird die entsprechende Kompetenz den Geschäftsführern zugewiesen (Art. 803 Abs. 5 VE).
4. Die Möglichkeiten des Einsatzes der Nachschusspflicht werden erweitert; Nachschüsse dürfen auch eingefordert werden in weiteren, statutarisch festgelegten Fällen, in denen ein Eigenkapitalbedarf besteht (Art. 803 Abs. 1 Ziff. 2 VE)<sup>10</sup>.
5. Um zu verhindern, dass ein Gesellschafter eine drohende Nachschusspflicht durch Austritt vermeiden kann, aber auch allgemein zum Schutze der Gläubiger (und darum bei einem Ausscheiden zufolge Ausschliessung ebenfalls anwendbar) bestimmt Art. 803a VE, dass die Nachschusspflicht fort dauert, wenn die Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren seit der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister in Konkurs gerät. Die Zweijahresfrist wurde in Analogie zur Dauer des Weiterhaftens bei Geschäftsübernahmen gemäss Art. 181 Abs. 2 OR gewählt. Die Zahlungspflicht besteht aber nur in dem Umfang fort, in welchem sie im Zeitpunkt des Ausscheidens hätte geltend gemacht werden können; sie kann ferner nur soweit geltend gemacht werden, als sie nicht von einem Rechtsnachfolger erfüllt worden ist.

Wie bereits aus der systematischen Stellung der Bestimmung hervorgeht, wurde dagegen auf ein Fortdauern von *Nebenleistungspflichten* verzichtet. Während Nachschüsse – als Kapitalaufbringung im weiteren Sinn – vor allem auch den Gläubigern zugute kommen, beziehen sich Nebenleistungspflichten ausschliesslich auf die Verhältnisse der Gesellschafter unter sich.

---

<sup>10</sup> Der Vorentwurf zum RRG regelt in den Art. 62 ff. neu auch das Vorgehen bei Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung (s. Begleitbericht zum RRG S.152 f.).

6. Bezüglich der Rückzahlung einmal geleisteter Nachschüsse kann als Leitlinie auf die entsprechende Regel des deutschen Rechts zurückgegriffen werden; so dürfen eingezahlte Nachschüsse frühestens im dritten auf die Einzahlung folgenden Geschäftsjahr an die Gesellschafter ganz oder teilweise zurückbezahlt werden, sofern der Betrag durch frei verwendbares Eigenkapital gedeckt ist (Art. 803bVE).

Das Verhältnis der Nachschusspflicht bei Kapitalverlust zum Rangrücktritt bei Überschuldung ist wie folgt zu sehen:

- der Rangrücktritt bringt als solcher keine neuen Mittel; ob er durch Rechtsgeschäft gewährt wird oder sich als Rechtsfolge im Falle von eigenkapitalersetzenden Darlehen (Art. 807c VE) von Gesetzes wegen ergibt – immer wirkt er so, dass er die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts wegen Überschuldung, falls der Betrag summenmässig ausreicht und auch die übrigen Anforderungen erfüllt sind, entfallen lässt;
- die Erfüllung der Nachschusspflicht bringt grundsätzlich neue Mittel und verbessert das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital. Der Einforderungspunkt ist auf der Zeitachse von der gesunden Kapitalstruktur bis zur Überschuldung weiter vorn angesetzt: sobald der Kapitalverlust beginnt, d.h. sobald zufolge von grösser werdenden Bilanzverlusten die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr durch ordnungsgemäss bewertete Aktiven gedeckt ist.

Die statutarische Nachschusspflicht geht daher wesentlich weiter als ein Rangrücktritt, einerseits, weil sie früher aktuell wird und andererseits, weil sie der Gesellschaft zu neuen Mitteln verhilft. Im Konkurs werden alle noch nicht geleisteten Nachschüsse zur Leistung fällig (Art. 803 Abs. 2 VE). Insofern wirkt sich die Nachschusspflicht aus der Sicht der Gläubiger gleich aus wie eine beschränkte persönliche Haftung.

## **24 Organisation der Gesellschaft**

### **241 Gesellschafterversammlung**

#### **241.1 Kompetenzabgrenzung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern (Art. 810 ff. OR, 808, 811 Abs. 3, 812a VE)**

Die *Kompetenzabgrenzung* zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern ist in Art. 808 und 811 OR nicht hinreichend geregelt.

##### **241.11 Unübertragbare und unentziehbare Befugnisse der Geschäftsführer**

Auch bei der GmbH muss es einen Bereich geben, in dem die Geschäftsführer *ausschliesslich* zuständig sind, so wie dies nicht nur im Aktienrecht für den Verwaltungsrat, sondern auch im Bereiche der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft für die geschäftsführenden Gesellschafter der Fall ist. Obgleich die Gesellschafterversammlung der Führung der Geschäfte im personenbezogenen Umfeld der GmbH näher steht und durchaus auch öfter einberufen werden kann, ist sie doch für die eigentlichen Exekutivbelange nicht berufen, sachlich nicht geeignet und übrigens auch nicht verantwortlich.

Der Vorentwurf sieht daher für die Abgrenzung in Art. 812a VE eine Regelung vor, welche im wesentlichen derjenigen des Aktienrechts bezüglich des Verwaltungsrats (Art. 716a OR) entspricht, freilich mit einer grundlegenden Abweichung hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten der Generalversammlung (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 1 VE, dazu auch hinten 241.12 am Ende).

## 241.12 Befugnisse der Gesellschafterversammlung

Die unübertragbaren Befugnisse der *Gesellschafterversammlung* entsprechen weitgehend denjenigen der Generalversammlung in der AG (vgl. Art. 808 Abs. 1 Ziff. 1 - 6, 10/11 VE). GmbH-spezifisch sind demgegenüber die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen (Art. 808 Abs. 1 Ziff. 7 VE) sowie der Antrag auf Ausschliessung durch das Gericht (Art. 808 Abs. 1 Ziff. 8 VE). Anders als im Aktienrecht bedarf der Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft zwingend der (vorgängigen) Zustimmung oder (nachträglichen) Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung (Art. 808 Abs. 1 Ziff. 9 VE).

Zwingend in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fallen auch – falls die Statuten entsprechende Regelungen vorsehen – die Genehmigung von Geschäften der Geschäftsführer, welche die Statuten unter den Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafterversammlung stellen (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 1 VE), die Beschlussfassung über die Ausübung von Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechten (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 2 VE), die Zustimmung zur Bestellung eines Pfandrechts an Stammanteilen (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 3 VE), die nähere Regelung von Nebenleistungspflichten in einem Reglement (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 4 VE), die Zustimmung zu den Gesellschaftszweck beeinträchtigenden Geschäften eines Gesellschafters (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 5 VE; vgl. Art. 807a Abs. 2 Satz 2 VE) sowie die Ausschliessung einzelner Gesellschafter aufgrund statutarischer Bestimmung (Art. 808 Abs. 2 Ziff. 6 VE).

Die Befugnis, Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu bestellen, kann an die Geschäftsführer übertragen werden (Art. 808 Abs. 3 VE).

Die Kompetenz zur Einforderung der in den Statuten vorgesehenen Nachschüsse (bisher Art. 810 Abs. 1 Ziff. 7 OR) wurde hingegen – wie vorn erwähnt – in Übereinstimmung mit der aktienrechtlichen Regelung bei teilliberalisierten Aktien (Art. 634a Abs. 1 OR) den Geschäftsführern zugewiesen, da es sich dabei um eine Geschäftsführungsmassnahme handelt (Art. 803 Abs. 5 VE).

In einem wesentlichen Punkt weicht jedoch der für die GmbH gemachte Vorschlag vom Aktienrecht ab: gemäss Art. 716a Abs. 1 OR stehen die in diesem Artikel genannten Kompetenzen dem Verwaltungsrat nicht nur unübertragbar, sondern auch unentziehbar zu. Daraus folgt – jedenfalls nach herrschender Lehre –, dass die Generalversammlung keine Möglichkeit hat, im Rahmen dieser Aufgaben Einfluss zu nehmen, auch dann nicht, wenn es sich um Grundsatzfragen handelt.

Für die stärker personenbezogene GmbH erscheint diese rigide Gewaltenteilung nicht angebracht. Entgegen dem Aktienrecht wird daher in Art. 812a Abs. 2 VE vorgesehen, dass die Statuten die Genehmigung von geschäftsführenden Entscheiden grundsätzlicher Tragweite der Gesellschafterversammlung vorbehalten können.

Eine Abweichung zum Aktienrecht ergibt sich sodann auch daraus, dass Geschäfte von grundsätzlicher Tragweite auch ohne statutarische Grundlage von den Geschäftsführern der Gesellschafterversammlung freiwillig zum Entscheid vorgelegt werden können (Art. 812a Abs. 2 VE a.E.). In Art. 808 Abs. 1 Ziff. 11 VE wird auf diese Möglichkeit hingewiesen. Im Aktienrecht besteht dagegen nach herrschender Lehre diese Möglichkeit nicht bzw. nur im Sinne einer Konsultativabstimmung.

## 241.2 Durchführung der Gesellschafterversammlung (Art. 809 OR, 809 VE)

Die Frist von 5 Tagen für die Einberufung der Gesellschafterversammlung (Art. 809 Abs. 4 OR) wurde auf 10 Tage verlängert; die Gesellschaft kann diese Frist durch statutarische

Bestimmung auf bis zu 5 Tage verkürzen, sie aber auch verlängern (Art. 809 Abs. 2 VE). Im übrigen wurde auf eine eigenständige Regelung weitgehend verzichtet; Art. 809 Abs. 3 VE verweist bezüglich Einberufung, Verhandlungsgegenstände, Anträge, Universalversammlung, vorbereitende Massnahmen, Protokoll sowie Einberufungs- und Antragsrecht der Gesellschafter auf die Bestimmungen des Aktienrechts.

Daraus ergibt sich insbesondere, dass mit der Einberufung die Anträge der Geschäftsführer und der Gesellschafter bekanntzugeben sind, welche die Durchführung der Gesellschafterversammlung oder die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands verlangt haben (vgl. Art. 700 Abs. 2 OR).

### 241.3 Mehrheitserfordernisse (Art. 808 Abs. 3 OR, 810c und 810d VE)

Die Mehrheitserfordernisse des Rechts von 1936 müssen überarbeitet werden. Die neue Regelung entspricht in ihren Grundzügen derjenigen des Aktienrechts. So fasst die Gesellschafterversammlung ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen, wobei für eine Reihe von Gegenständen eine Abstimmung nach Kapitalanteilen erfolgt (vgl. den Art. 693 Abs. 3 OR nachgebildeten Art. 810 Abs. 3 VE).

Abweichungen ergeben sich bei den Fällen der erschwerten Beschlussfassung. So ist zum einen die erschwerte Beschlussfassung im Gegensatz zum Aktienrecht auch für die Auflösung der Gesellschaft *mit Liquidation* sowie für die Ausschlussung eines Gesellschafters vorgeschrieben (Art. 810c Abs. 1 Ziff. 8 und 9 VE). Zum andern ist eine qualifizierte Beschlussfassung *für sämtliche Kapitalerhöhungen* (also auch die Barkapitalerhöhung unter Gewährung des Bezugsrechts) erforderlich (Art. 810c Abs. 1 Ziff. 4 VE). Das Abstellen auf das *gesamte*, nicht nur auf das vertretene *stimmberechtigte Kapital* entspricht dem personalistischen Typus der GmbH; die Zustimmung zu wichtigen Beschlüssen soll sich an der Gesamtheit der Gesellschafter bemessen. Einem qualifizierten Mehr sollen schliesslich wegen ihrer grossen Bedeutung auch Statutenvorschriften unterliegen, die bestimmten oder bestimmbareren Gesellschaftern gegen Beschlüsse der Generalversammlung ein Vetorecht einräumen (Art. 810c Abs. 1 Ziff. 7 VE).

Gemäss Art. 810c Abs. 2 VE ist für die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen an einen Gesellschafter oder einen Dritten ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich, welcher mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals auf sich vereinigt. Die Präzisierung einer Abtretung „an Gesellschafter oder Dritte“ stellt den Beschluss über die Erwerbung eigener Stammanteile durch die Gesellschaft vom Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit, wenn nicht die Statuten eine solche vorsehen, frei. Ein Rückkauf ist durch das Gesetz durch strenge Voraussetzungen und Schranken in enge Bahnen verwiesen und der Offenlegung in Bilanz und Anhang unterworfen. Es besteht nicht hinreichender Anlass, darüber hinaus einen Minderheitsschutz für diesen Fall einzuführen.

Bei den Beschlussfassungsquoren ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Gesellschafterbeschlüsse, mit denen die Einführung oder eine Erhöhung von Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten verbunden ist, nur mit Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter gefasst werden können (Art. 803d VE).



#### **241.4 Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (Art. 808 Abs. 6 OR, 810d VE)**

Aufgrund von Art. 808 Abs. 6 OR gelten die 1991 revidierten aktienrechtlichen Bestimmungen über die *Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung* bereits nach bisherigem Recht auch für die GmbH, sofern man – was freilich nicht unbestritten ist – die Verweisungen auf das Aktienrecht im Recht der GmbH als solche auf das revidierte Recht versteht (zum Problem vgl. die Ziff. 114, 14 und 21).

Insofern schafft der Vorentwurf keine neue, aber immerhin eine Klärung der bisherigen Rechtslage. Auf zwei Punkte ist dabei besonders hinzuweisen.

- Zum einen gilt auch für die GmbH das 1991 in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR verankerte *Gleichbehandlungsprinzip*.
- Zum andern wird auch die aktienrechtliche Regelung der *Kostentragung* ins Recht der GmbH übernommen; gemäss Art. 706a Abs. 3 OR kann danach der Richter die Kosten bei Abweisung der Klage nach seinem Ermessen auf die Parteien verteilen.

Wird ein Geschäftsführungsakt durch die Statuten der Genehmigung der Gesellschafterversammlung unterstellt, so kann sowohl die Genehmigung wie die Verwerfung des Aktes zum Gegenstand einer Anfechtungsklage gemacht werden.

### **242 Geschäftsführer**

Vorbemerkung: Nach der Terminologie des Vorentwurfs handelt es sich beim *Exekutivorgan* der GmbH um die Geschäftsführer, im Gegensatz zur Geschäftsführung, womit die von den Geschäftsführern wahrgenommene *Funktion* bezeichnet wird. Der Begriff „Geschäftsführer“ wird regelmässig in der Mehrzahl verwendet; es ergibt sich von selbst, dass damit sowohl weibliche Personen mitgemeint sind als auch einzelne Personen, welche die entsprechende Funktion ausüben.

#### **242.1 Ordnung bei einer Mehrzahl von Geschäftsführern (Art. 812 VE)**

Das bisherige Recht regelt das Verhältnis mehrerer Geschäftsführer untereinander nicht. Daraus ergeben sich Unklarheiten etwa bezüglich der Einberufung der Gesellschafterversammlung (dazu oben Ziff. 112).

Der Vorentwurf sieht nun in Art. 812 Abs. 1 vor, dass einer der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung zum Vorsitzenden zu ernennen ist und weist diesem in Art. 812 Abs. 2 die Zuständigkeit zur Einberufung und Leitung der Gesellschafterversammlung sowie für alle Erklärungen und Bekanntmachungen gegenüber den Gesellschaftern zu.

#### **242.2 Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (Art. 814a VE)**

Der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis richtete sich bisher gemäss Art. 814 Abs. 2 OR nach den Vorschriften der Kollektivgesellschaft; nach Art. 565 Abs. 1 OR kann dabei die Vertretungsbefugnis (nur) aus wichtigem Grund entzogen werden.

Der Vorentwurf bestimmt in Art. 811 Abs. 1, dass die Statuten die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu regeln haben und stellt es der Gesellschaft damit frei, die Selbst- oder die Drittorganschaft oder auch eine Mischung dieser Prinzipien vorzusehen. Obwohl es dem Wesen der GmbH entspricht, dass mindestens ein Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt ist, kann es durchaus Fälle geben, in denen ein Bedürfnis nach konsequenter Drittorganschaft besteht. Zu denken ist an eine Gesellschaft, deren Gesellschafter

zur Führung des Geschäfts nicht oder noch nicht fähig oder daran nicht interessiert sind, Sachverhalte, die sich vor allem beim Generationenwechsel aktualisieren können. Zu denken ist aber auch an Joint-Ventures.

Erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer durch eine Wahl der Gesellschafterversammlung, kann diese ihn auch jederzeit wieder abberufen (Art. 814a Abs. 1 VE).

Ist ein Gesellschafter demgegenüber aufgrund statutarischer Bestimmung Geschäftsführer, so kann das Gericht seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigen Gründen entziehen oder einschränken, wobei jeder Gesellschafter klageberechtigt ist (Art. 814a Abs. 2 VE). Ein wichtiger Grund liegt dabei namentlich vor, wenn der Geschäftsführer sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat (Art. 814a Abs. 3 VE).

### **242.3 Sorgfalts- und Treuepflicht der Geschäftsführer (Art. 812b VE)**

Im Sinne einer redaktionellen Bereinigung drängt es sich auf, die *Sorgfalts- und Treuepflicht der Geschäftsführer* sowie das in Art. 717 Abs. 2 OR statuierte Gleichbehandlungsgebot im Verhältnis zwischen Exekutive und Anteilsinhabern im Recht der GmbH ausdrücklich zu verankern (Art. 812b VE). Das darin enthaltene Gebot, alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft schädigen würde, geht über das allgemeine Gebot von Treu und Glauben hinaus, bedeutet aber grundsätzlich keine Verpflichtung zu positivem Handeln.

### **242.4 Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 817 Abs. 1 OR, 817, 817a VE)**

Nachdem im Aktienrecht die Regeln für *Kapitalverlust und Überschuldung überarbeitet und erweitert* worden sind, drängt es sich auf, dasselbe im GmbH-Recht zu tun. Dabei ist auch die Unstimmigkeit zwischen dem Normtatbestand von Art. 817 Abs. 1 OR („das Stammkapital nicht mehr zur Hälfte gedeckt“) und dem revidierten Art. 725 Abs. 1 OR („die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt..“) zu beseitigen. Der Vorentwurf sieht eine Verweisung auf das Aktienrecht vor (Art. 817 Satz 1). Vorbehalten bleiben nach Art. 817 Satz 2 VE indessen die GmbH-spezifischen Bestimmungen über die Nachschusspflicht (dazu vorn Ziff. 238)

Übernommen wird aus dem Aktienrecht das „gesellschaftsrechtliche Moratorium“ von Art. 725a OR, wonach der Richter den Konkurs aufschieben kann, falls Aussicht auf Sanierung besteht<sup>11</sup>.

## **243 Revision**

### **243.1 Obligatorische Abschlussprüfung (Art. 819 OR, 819 Abs. 1 VE)**

Die Möglichkeit, eine GmbH *ohne Revision* des Jahresabschlusses zu konstituieren, welche in Art. 819 OR verankert ist und für die kleine SARL auch in Frankreich bekannt ist (Art.

---

<sup>11</sup> Der Vorentwurf zum RRG regelt in Art. 62 die Folgen des Kapitalverlustes für die AG, GmbH und Genossenschaft einheitlich. Ein Kapitalverlust soll – entgegen den Vorstellungen der Arbeitsgruppe GmbH – erst vorliegen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals, Stammkapitals oder des Genossenschaftskapitals (ohne Reserven) nicht mehr gedeckt ist. Die Folgen der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit werden rechtsformunabhängig in den Art. 63 ff. geordnet (s. Begleitbericht zum RRG S. 151 ff.).

64 Abs. 2 und 3 LSC), wird von verschiedener Seite als Vorteil betrachtet. Nach dem Ansatz von Art. 819 OR würde gewissermassen das Auskunfts- und Einsichtsrecht der nicht geschäftsführenden Gesellschafter und die laufende Aufsicht der Geschäftsführer über den Geschäftsgang die Abschlussprüfung ersetzen. In Art. 777 Ziff. 6 OR (am Ende) wird denn auch die Einsetzung einer besonderen Kontrollstelle – irrtümlich, oder jedenfalls irreführend – als Massnahme zur „Überwachung der Geschäftsführung“ bezeichnet.

Bei den Informationsrechten und der Abschlussprüfung handelt es sich – wie bereits vorne in Ziff. 234 dargelegt – um verschiedene Dinge:

- Mit der *Revision* soll eine aussenstehende und unabhängige Person mit buchhalterischem Sachverstand und entsprechender Erfahrung die Gesetzeskonformität der Jahresrechnung *im nachhinein* unter die Lupe nehmen. Dies liegt im Interesse nicht nur der Gläubiger, sondern ebenso der Gesellschafter. Das Erfordernis der Prüfung durch einen unabhängigen Revisor ist eine logische Konsequenz der Gleichstellung der GmbH und der AG hinsichtlich des Kapitalschutzes einerseits und der Streichung der persönlichen Haftung der Gesellschafter andererseits.
- Die *Information* soll sicherstellen, dass die Gesellschafter Aufschluss insbesondere über die *laufenden Angelegenheiten* der Gesellschaft erhalten.

Die Annahme, ein nicht geschäftsführender Gesellschafter könne aufgrund der in Art. 541 OR erwähnten Möglichkeiten einer Einsicht in die Geschäftsbücher und Papiere und der Ausfertigung einer Übersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens eine einer Abschlussprüfung nahekommende „Revision“ durchführen, ist unrealistisch. Ein Verzicht auf die Abschlussprüfung lässt sich nicht durch einen Ausbau der Informationsrechte kompensieren. Es ist daher methodisch falsch, Abschlussprüfung und Informationsrechte als Alternativen vorzusehen; vielmehr ergänzen sie sich gegenseitig.

Nach den heutigen Vorstellungen gehört es zwingend zum Konzept der Kapitalgesellschaft, dass das Risiko, welches den Gläubigern (mithin auch den Arbeitnehmern) durch die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter entsteht, durch die Prüfung der Geschäftsunterlagen seitens eines unabhängigen Revisors aufgefangen wird. Bei Gesellschaften von volkswirtschaftlicher Bedeutung liegt die Revision auch im öffentlichen Interesse.

Die Revision liegt daneben auch im Interesse der *nicht geschäftsführenden Gesellschafter*, indem insbesondere ungerechtfertigte Gewinnentnahmen und ungerechtfertigte Zuweisungen geldwerter Vorteile durch die Geschäftsführer bzw. geschäftsführenden Gesellschafter aufgedeckt werden können.

Den Hauptnachteil der unabhängigen Abschlussprüfung durch einen aussenstehenden Revisor sehen gewisse Stimmen in den dadurch verursachten *Kosten*. Bei sehr kleinen Gesellschaften können diese in der Tat ins Gewicht fallen; andererseits kann die Revision in diesen Verhältnissen sehr wohl von einer Person durchgeführt werden, die sich nicht über ein Diplom oder eine besondere Ausbildung ausweisen kann, aber mit buchhalterischen Vorgängen dennoch vertraut ist und diese beurteilen kann.

Den Kosten steht sodann ein *merklicher Nutzeffekt* auch für die Gesellschaft selbst gegenüber. Zu nennen ist dabei vor allem die *Präventivwirkung* der Revision, indem Missbräuche bereits durch das Erfordernis der jährlichen Abschlussprüfung vermieden werden. Weiter wird den Gesellschaftern die Übersicht über die finanziellen Verhältnisse und die sachgerechte Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechtes erleichtert. Erfahrungsgemäss

stehen die Kosten einer vereinfachten Rechnungsrevision in einem vernünftigen Verhältnis zum Gesamtnutzen für die Gesellschaft.

Einer Kapitalgesellschaft ohne Rechnungsprüfung würde ein funktional unentbehrliches Element fehlen, weshalb die Einführung einer obligatorischen Abschlussprüfung zu den wesentlichen Teilen des Revisionsvorschlages gehört.

### **243.2 Anforderungen an den Revisor (Art. 819 Abs. 2 OR, 819 Abs. 2 VE)**

Die Anforderungen an die *fachliche Qualifikation* der Revisoren ergeben sich nicht aus der Rechtsform des Unternehmensträgers, sondern aus der Grösse des Unternehmens. Art. 819 Abs. 2 VE verweist daher auf die aktienrechtlichen Bestimmungen. Für die kleinen GmbHs gilt nach dem Vorentwurf die erleichterte Revision durch eine Person, die nicht über einen besonderen Befähigungsausweis verfügen muss<sup>12</sup>.

Die *Unabhängigkeit des Revisors* ist nach dem heutigen Erkenntnisstand für die sachgerechte Einrichtung einer Abschlussprüfung unumgänglich. Die Rechtsform des Unternehmensträgers sowie die Grösse des zu prüfenden Unternehmens spielen dabei keine Rolle. Auch sollen aufgrund von Art. 819 VE die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen<sup>13</sup>.

## **25 Übergangsbestimmungen**

Die vorgeschlagenen Übergangsbestimmungen (ÜB) für das revidierte Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung halten sich im allgemeinen an die übergangsrechtlichen Regeln, die bei der Revision des Aktienrechts vom 4. Oktober 1991 aufgestellt worden sind. Sie gehen aber auf die Besonderheiten der GmbH ein und stellen mehrere Zweifelsfragen klar.

### **251 Allgemeine Regel (Art. 1 VE ÜB)**

In Übereinstimmung mit den Schlussbestimmungen des Aktienrechts vom 4. Oktober 1991 und den Schluss- und Übergangsbestimmungen zur Revision des Obligationenrechts von 1936 steht die Verweisung auf Art. 1 des Schlusstitels (SchlT) des ZGB von 1907 an der Spitze: es ist die Regel der *Nichtrückwirkung für abgeschlossene Tatbestände*. Diese Regel trifft indessen nach allgemein anerkannter Auffassung nicht auch auf sog. Dauertatbestände, d.h. solche Sachverhalte, die über den Stichtag des Inkrafttretens hinaus dauern, zu; in diesen Fällen stellt die Anwendung des neuen Rechts gar keine Rückwirkung dar.

Für die Übergangsfragen im Gesellschaftsrecht, das ja auf den Dauertatbestand der bestehenden und weiterdauernden Gesellschaften abzielen muss, tritt daher eine andere Hauptregel, die in Art. 3 SchlT ZGB enthalten ist, in den Vordergrund: Es erscheint als angebracht, ausdrücklich die wichtige Sonderbestimmung festzuhalten, dass das neue Gesetz *bei seinem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haf-*

<sup>12</sup> Der Vorentwurf „Rechnungslegungsrecht“ sieht für mittlere und grosse GmbH die Prüfung durch einen zugelassenen Abschlussprüfer vor (Art. 44 Abs. 1 VE RRG Variante I, Regelung der Zulassungsstelle in Art. 46 ff. VE RRG). Bei der kleinen GmbH erfolgt die fakultative Prüfung durch einen nach Art und Grösse der zu prüfenden GmbH befähigten Abschlussprüfer (Art. 44 Abs. 1 VE RRG Variante II).

<sup>13</sup> Der Vorentwurf zum RRG will in Art. 48 ff. rechtsformunabhängig zwei Typen von Unabhängigkeitsvorschriften für Abschlussprüfer unterscheiden: die Objektivität (Generalklausel, Rechtsfolge Verantwortlichkeit) und die Unvereinbarkeit (Einzelatbestände, Rechtsfolge Ungültigkeit der Wahl; s. Begleitbericht zum RRG S. 144 ff.).

*tung sofort anwendbar ist*, soweit die besonderen Vorschriften der Schlussbestimmungen nichts anderes vorsehen. Die wichtigste der dadurch vorbehaltenen Sonderbestimmungen ist die zweijährige *Übergangsfrist* für die Anpassung der Statuten (Art. 2 VE ÜB). Die weitaus meisten Bestimmungen des neuen Gesetzes werden aber am Tage des Inkrafttretens unmittelbar und ohne weiteres auf die bestehenden Gesellschaften anwendbar.

## 252 Anpassungsfrist (Art. 2 VE ÜB)

In Übernahme bewährter Grundsätze wird den Gesellschaften eine *Übergangsfrist* für die Anpassung ihrer Statuten und Reglemente an die neuen gesetzlichen Bestimmungen eingeräumt.

In zweierlei Hinsichten weichen die Bestimmungen für die GmbH-Revision jedoch von denjenigen der Aktienrechtsrevision des Jahres 1991 ab:

- *Eine Übergangsfrist von fünf Jahren, wie sie in der Aktienrechtsrevision eingeräumt wurde, ist zu lang.* Die Frist kann nach Ermessen des Gesetzgebers auf zwei oder wohl längstens drei Jahre angesetzt werden. Dies gibt einerseits den Verantwortlichen der betroffenen Gesellschaften die Möglichkeit, in Ruhe die nötigen Abklärungen und Festlegungen zu treffen; andererseits wird die volle Wirksamkeit des neuen Rechtes nicht um ein halbes Jahrzehnt hinausgeschoben. Die Wahl zwischen zwei oder drei Jahren ist eine Ermessenssache, wobei die Arbeitsgruppe GmbH in Art. 2 Abs. 1 VE ÜB die kürzere der beiden Varianten vorschlägt.
- *Die Anpassungsregel wird ausdrücklich auch auf die Reglemente ausgedehnt.* Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die Reglemente bei der GmbH in vielfältiger Weise die in den Statuten festgelegten Bestimmungen ergänzen, vertiefen, schärfer fassen und differenzieren können. Bestehen solche Reglemente, so wird ihnen durch die Unterstellung unter Art. 2 Abs. 1 VE ÜB gleichfalls eine zweijährige Übergangsfrist zugestanden.

Absatz 2 hält in Übereinstimmung mit den Schlussbestimmungen zum Aktienrecht vom 4. Oktober 1991 ausdrücklich fest, dass die *mit dem neuen Recht unvereinbaren Bestimmungen* längstens bis zum Ablauf der Anpassungsfrist in Kraft bleiben. Es ist einzig der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf die Reglemente erweitert.

## 253 Stammkapital und Einlagen (Art. 3 VE ÜB)

In Absatz 1 wird, entsprechend der Ordnung in den Übergangsbestimmungen des Aktienrechts vom 4. Oktober 1991, aber mit verkürzter Rückwirkung, für bestehende GmbH auf eine zwingende Anpassung des *Mindestkapitals verzichtet*. Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die am Stichtage des 1. Januar 2000, bzw. zu einem anderen vom Gesetzgeber frei zu bestimmenden Zeitpunkt vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, bestehen, sind für immer von der Erhöhung des Stammkapitals auf den neuen gesetzlichen Minimalbetrag von 40'000 Franken befreit. Es geht um eine sog. „grandfathering clause“.

Andererseits müssen die Übergangsbestimmungen in Absatz 2 die *Volleinzahlung* des Stammkapitals vorschreiben, weil es im revidierten GmbH-Recht keine Bestimmungen über teilliberiertes Stammkapital mehr gibt; die entsprechenden altrechtlichen Vorschriften werden nicht in das neue Recht übernommen. Besteht ein Bedürfnis nach *zusätzlich erforderbaren Eigenmitteln*, so bietet sich dafür die statutarische *Nachschusspflicht* an. Für die Vollliberierung ist die gleiche Frist vorgesehen wie für die Anpassung von Statuten und Reglementen (zwei Jahre). Die vollständige Einlage des Stammkapitals kann entweder

durch eine nachträgliche Einzahlung, durch nachträgliche Sacheinlage oder durch eine Umwandlung von Reserven in Stammkapital vorgenommen werden.

Beträgt das Stammkapital z.B. 20'000 Franken, die darauf geleistete Einlage 10'000 Franken, so hat die Geschäftsführung den Betrag des „non-versé“ innerhalb von zwei Jahren *einzufordern* oder durch *Umbuchung* frei verwendbarer Mittel 10'000 Franken in das Nennkapital einzubeziehen.

Beträgt das einbezahlte Stammkapital 40'000 Franken oder mehr, so kann das neurechtliche Gebot der vollständigen Leistung der Einlage auch dadurch erfüllt werden, dass das Stammkapital auf den einbezahlten Betrag im Verfahren der *Kapitalherabsetzung* reduziert wird. Eine Nachschusspflicht in den Statuten kann nötigenfalls ein altrechtliches „non-versé“ ersetzen.

Für die meisten GmbH ist im übrigen das Problem der *Emissionsabgabe* durch die Reform der Unternehmensbesteuerung vom 10. Oktober 1997 entschärft worden, da ab 1. Januar 1998 ein Freibetrag von 250'000 Franken gilt und, insoweit als eine Kapitaleinlage über diesen Betrag hinausgeht, der Satz von 2% auf 1% herabgesetzt worden ist.

Die Sanktion für die Erbringung der Einlagen im Falle eines bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden „non-versé“ liegt in der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer; an ihnen ist es, die Einhaltung des Gesetzes zu gewährleisten. Eine „abgeleitete“ Klagemöglichkeit der Gläubiger auf Erbringung der Einlage wurde von der Arbeitsgruppe GmbH erörtert, aber verworfen. Eine derartige Eingriffsmöglichkeit der Gläubiger in die Eigenkapitalverhältnisse einer aufrechtstehenden Gesellschaft erschiene als systemwidrig.

Falls die Kapitalbasis (Minimalkapital, Vollliberierung) nicht innert der Übergangsfrist angepasst wird, haften die Gesellschafter persönlich entsprechend ihren Anteilen für die nicht liberierten Beträge.

## 254 Partizipationsscheine (Art. 4 VE ÜB)

Das revidierte Recht sieht für die GmbH *keine Partizipationsscheine* vor. Nach bisherigem Recht gilt die Ausgabe von Partizipationsscheinen als möglich. Da es sich bei den Partizipationsscheinen um Eigenkapitalanteile handelt, die wohlerworbene Vermögensrechte vermitteln, kommt eine schlichte Aufhebung nicht in Frage. Die in Absatz 1 von Art. 4 VE ÜB definierten Partizipationsscheine müssen innerhalb von zwei Jahren aufgehoben werden (was eine Kapitalherabsetzung oder die Umwandlung in Stammanteile voraussetzt). Die PS-Inhaber sind zum wirklichen Wert abzufinden; die Gesellschaft kann jedoch davon absehen, wenn sie durch eine entsprechende Neugestaltung ihrer Kapitalstruktur den PS-Inhabern eine Beteiligung am Stammkapital mit gleichen Vermögensrechten ermöglicht. Dabei kann die Gesellschaft für die Gewährung der Stimmrechte den Gestaltungsspielraum von Art. 810 Abs. 2 VE ausnützen; sie kann die neuen Stammanteile, die an die Stelle der bisherigen Partizipationsscheine treten, mit einem Stimmrecht von einem Zehntel der Stimmrechte der bisherigen Stammanteile ausstatten. Eine gewisse Verschiebung der Stimmkraft von den Gesellschaftern auf die bisherigen PS-Inhaber ist dabei unvermeidlich.

Die Gesellschaft muss die Wahl zwischen Abfindung in bar und Abfindung in Stammanteilen mit gleichen Vermögensrechten wie die Partizipationsscheine sachgemäss treffen, d.h. nach nachvollziehbaren, sachlichen Kriterien. Die Abfindung in bar erscheint angesichts der durch eine Auszahlung bewirkten Schrumpfung des Eigenkapitals und des Liquiditätsentzugs bei einer finanziell wohlausgestatteten Gesellschaft als zweitbeste Lösung, sonst aber aus der Sicht der Gesellschaft als ultima ratio oder, wenn die finanziellen Bedingungen besonders knapp sind, als unmöglich.

Die Beschlüsse für die Umstrukturierung des Kapitals werden gemäss Absatz 2 gegenüber der Regel über die qualifizierte Mehrheit bei „wichtigen Beschlüssen“ (Art. 810c Abs. 1 Ziff. 2 VE) *erleichtert*: Sie können mit der Mehrheit sämtlicher (also nicht nur der in der Gesellschafterversammlung vertretenen) Stimmen gefasst werden.

Absatz 3 enthält den Auffangtatbestand für jene Fälle, in denen in bereits bestehenden GmbH Beteiligungsrechte ohne Nennwert als *Genussscheine* ausgegeben worden sind, die irreführend als „Partizipationsscheine“ oder mit irgend einer anderen Bezeichnung benannt worden sind.

## **255 Nachschusspflicht (Art. 5 VE ÜB)**

Die Hauptregel von Art. 1 Abs. 2 VE ÜB hat die Auswirkung, dass auch die am Tage des Inkrafttretens bestehenden statutarischen *Nachschusspflichten* – als Dauertatbestände – hinsichtlich aller künftigen Ereignisse sofort den neuen Regeln unterstellt werden. Vorbehalten bleibt, wie immer, die Anpassung von Statutenbestimmungen, die mit dem neuen Recht unvereinbar sind, an die Anforderungen des neuen Rechts während der zweijährigen Übergangsfrist.

Die Übergangsbestimmungen müssen aber eine besondere Handlungspflicht für jene Gesellschaften vorsehen, die in ihren Statuten die *Nachschusspflicht nicht auf den Nennwert* bezogen haben. Die vom neuen Recht verlangte Bezugnahme der Nachschusspflicht auf den Nennwert – und damit auch der Maximalbetrag des doppelten Nennwertes – muss innerhalb der zweijährigen Übergangsfrist neu in die Statuten aufgenommen werden (Abs. 1).

Absatz 2 sieht vor, dass ein *über das Doppelte des Nennwertes hinausgehender Betrag* der Nachschusspflicht – als mit dem neuen Recht unvereinbare Statutenbestimmung – nicht sofort mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes dahinfällt, sondern erst nach zwei Jahren. Durch diese Klarstellung sollen die Gläubiger einer bestehenden GmbH, die sich altrechtlich auf eine höhere oder gar unbegrenzte Nachschusspflicht stützen konnten, Gelegenheit erhalten, sich an die neue Situation anzupassen.

Denkbar wäre es, die Gläubiger dadurch zusätzlich zu schützen, dass ihnen – analog zur Ordnung bei der Kapitalherabsetzung und bei der Auflösung – ein Recht auf Sicherstellung oder Fälligkeit ihrer Forderung eingeräumt würde. Die Arbeitsgruppe GmbH hält dies jedoch nicht für erforderlich.

## **256 Eigenkapitalersetzende Darlehen (Art. 6 VE ÜB)**

Die Regel über die *eigenkapitalersetzenden Darlehen* stellt nach dem neuen Gesetzeswortlaut auf die Verhältnisse im Zeitpunkt ihrer Gewährung ab. Darlehen der Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen, die am Tage des Inkrafttretens der neuen Bestimmung bereits bestehen, würden daher nach der Hauptregel von Art. 1 VE ÜB nicht unter das neue Recht fallen. Es scheint indessen im Interesse der Durchsetzung des neuen Rechtes und des Gläubigerschutzes als unerwünscht, dass die Beteiligten bis zu diesem Tage noch in letzter Minute solche „altrechtlichen“ Darlehen ohne Rechtsfolgen des neuen Rechts gewähren können. Art. 6 VE ÜB sieht daher den (frei gewählten und je nach der Entwicklung der gesetzgeberischen Arbeit anzupassenden) besonderen Stichtag des 1. Januar 2000 auch für die Abgrenzung der alt- und der neurechtlichen kapitalersetzenden Darlehen vor. Neue Darlehen, d.h. solche, welche die Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen von diesem Tage an gewähren, also ab einem Stichtag noch vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, unterstehen den Rechtsfolgen des Art. 807c VE, wenn sie die Merkmale des Art. 807c Abs. 2 VE erfüllen.

Die neue Regelung über die eigenkapitalersetzenden Darlehen setzt bestehende Darlehen bestimmter Art rechtlich zurück und greift damit in bestehende Verhältnisse ein. Aus diesem Grund rechtfertigt sich eine Übergangsfrist von zwei Jahren, in der die Beteiligten die Dinge neu ordnen können.

### 257 Jahresrechnung und Revision (Art. 7 VE ÜB)

Das Übergangsrecht zum Aktienrecht vom 4. Oktober 1991 liess jede Bestimmung zum Übergangsrecht der *Jahresrechnung* und der *Revision* vermissen. Da für die GmbH die Revisionspflicht neu eingeführt wird und sich Zweifelsfragen hinsichtlich der Jahresrechnungen auch im Aktienrecht gestellt haben, hält Art. 7 VE ÜB die bewährte Regel fest: Das neue Recht gilt für die Jahresrechnung und deren Prüfung hinsichtlich des ersten Geschäftsjahres, das mit dem Inkrafttreten des Gesetzes oder danach beginnt. Wenn das Gesetz auf 30. Juni des Jahres 1 in Kraft gesetzt wird und die Gesellschaft mit dem Kalenderjahr abschliesst, so fällt erstmals die Jahresrechnung des Jahres 2 (die in der ersten Hälfte des Jahres 3 zu prüfen und der ordentlichen Gesellschafterversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten ist) unter das neue Recht.

### 258 Stimmrecht (Art. 8 VE ÜB)

Die Revision des GmbH-Rechtes führt dazu, dass das *Stimmrecht* nicht mehr beliebig in den Statuten definiert werden kann, z.B. nach Köpfen oder aufgrund eines in den Statuten beliebig festgeschriebenen Stimmvorrechtes bestimmter Gesellschafter. Das Stimmrecht muss sich nach der Kapitalbeteiligung richten, wobei Stammanteile mit privilegiertem Stimmrecht möglich sind. Art. 8 Abs. 1 und 2 VE ÜB stellen klar, dass *abweichende Bestimmungen*, die nach altem GmbH-Recht in die Statuten aufgenommen worden sind, vom neuen Recht unberührt weitergelten. Für sie gilt damit eine „Grossvater“-Bestimmung: Diese Regeln können für immer so bleiben, wie sie in die Statuten aufgenommen worden sind. Eine Ausnahmeregelung drängt sich – wie schon bei der Revision des Aktienrechtes – auf; der Gesetzgeber würde allzu stark in gewachsene Sonderregelungen eingreifen, wenn er eine Zwangsumstellung vorschreiben würde.

Umgekehrt dürfen *nicht neue Stammanteile* ausgegeben werden, die der Regel der maximal zehnfachen Stimmrechtsprivilegierung widersprechen. Dass nach dem Inkrafttreten des Gesetzes neue Statutenbestimmungen, die Stimmrechtsprivilege unabhängig vom Nennwert festlegen, laut Absatz 3 nicht mehr möglich sind, ergibt sich als Folgerung aus Art. 1 VE ÜB und entspricht der Regelung im neuen Aktienrecht.

### 259 Qualifizierte Mehrheiten (Art. 9 VE ÜB)

Das geltende Recht unterstellt in Art. 791 Absatz 2 OR die *Übertragung von Gesellschaftsanteilen* einer aussergewöhnlich einschränkenden qualifizierten Mehrheit: drei Viertel sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten, müssen zustimmen. Nicht nur in den sehr häufigen Gesellschaften mit zwei bis drei Gesellschaftern, sondern je nach Konstellation auch in Gesellschaften mit vier, ja noch mehr Anteilshabern wirkt sich diese Regel, die sich unabhängig von der Präsenz in der Gesellschafterversammlung stets auf *sämtliche* Stammanteile bezieht, oft als Einstimmigkeitserfordernis aus.

Es erscheint nun als ein zu schwerer Eingriff, wenn man – nach der Hauptregel des Art. 1 Abs. 2 VE ÜB – die bestehenden GmbH sofort dem neuen, für die Übertragungen nicht unwesentlich liberaleren Recht des Art. 791 und 810c Abs. 2 VE (zwei Drittel der *vertrete-*



nen Stimmen und *absolute Mehrheit* des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals) unterstellen würde. Daher wird in Art. 9 Abs. 1 VE ÜB vorgesehen, dass die Zustimmung zur Übertragung der Stammanteile in den am Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes bereits bestehenden GmbH – falls sich in den Statuten dazu keine besonderen Bestimmungen finden – noch vorläufig, d.h. während zwei Jahren, dem Mehrheitserfordernis des Artikels 791 Absatz 2 OR unterstellt bleibt. Um klarzustellen worum es geht, wird diese „alte“ Mehrheit (drei Viertel sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten) ausdrücklich erwähnt.

Es versteht sich, dass nicht das gesamte frühere Recht für die Übertragung anwendbar bleibt, sondern nur gerade die *Masszahl für die qualifizierte Mehrheit*.

Im übrigen hat sich im Übergangsrecht des neuen Aktienrechtes vom 4. Oktober 1991 eine dort in Art. 6 untergebrachte *Ergänzungsregel* bewährt. Hat eine Gesellschaft durch blosser Wiedergabe von Bestimmungen des bisherigen Rechts für bestimmte Beschlüsse Vorschriften über qualifizierte Mehrheiten in die Statuten übernommen, so soll sie die Anpassung an das neue Recht unter erleichterten Voraussetzungen beschliessen können. Die Frist hierfür wird, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Anpassungsfrist, auf zwei Jahre festgelegt.

Diese Regel ist, wegen der Vorschrift von Art. 8 VE ÜB, nicht ohne weiteres anwendbar auf den Sonderfall der Zustimmung zur Übertragung der Stammanteile. Für den Fall, dass die Statuten eine blosser Wiedergabe des bisherigen Art. 791 Abs. 2 OR enthalten, wird die Weitergeltung dieser Regel vorgesehen, doch während zwei Jahren eine erleichterte Abänderung zur Anpassung an das neue Recht ermöglicht.

Während der ersten zwei Jahre gilt also folgendes:

1. Für eine GmbH, die in ihren *Statuten* ein *besonderes Mehrheitserfordernis* für die Zustimmung zu Anteilsabtretungen festgelegt hat (z.B. vier Fünftel statt drei Viertel, oder Einstimmigkeit): Die entsprechende statutarische Regel bleibt unbeschränkt in Kraft und gilt, bis sie von der Gesellschafterversammlung rechtmässig abgeändert wird.
2. Für eine GmbH mit einer blossen „*Wiedergabe*“ des alten Gesetzestextes über das Mehrheitserfordernis bei Anteilsabtretungen oder einem anderen Beschlussgegenstand (z.B. Art. 822 Abs. 3 OR) in den Statuten: Es gilt Absatz 2 mit seiner Möglichkeit einer erleichterten Anpassung während zwei Jahren.
3. Für eine GmbH, die *überhaupt keine* Statutenbestimmungen über das Mehrheitserfordernis für die Zustimmung zu Übertragungen von Stammanteilen kennt: Hier tritt die neue Regel des Art. 810c Abs. 3 VE zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes gemäss Absatz 1 automatisch in Kraft.

## 26 Exkurs: Eignung der GmbH als Trägergesellschaft für ein Joint Venture

Im typischen *Joint Venture* beschliessen zwei unter sich im übrigen unabhängige Unternehmen, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit in einem je zu 50% gehaltenen Gemeinschaftsunternehmen („Joint-Venture“-Gesellschaft) abzuwickeln. Dabei verpflichten sie sich im Joint-Venture-Vertrag zur Unterstützung dieses meist als Kapitalgesellschaft errichteten Gemeinschaftsunternehmens, zur Unterlassung seiner Konkurrenzierung und (meist in separaten detaillierten Verträgen) zu bestimmten Lieferungen, Leistungen und Abnahmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen.

Für die Joint-Venture-Gesellschaft eignet sich die *Aktiengesellschaft* nur teilweise, weil diese in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung auf ein eigenständig im Wettbewerb stehendes,

selbständig geführtes Unternehmen ausgerichtet ist und weil neben der Liberierungspflicht keinerlei weitere gesellschaftsrechtliche Pflichten in den Statuten vorgesehen werden können. Die Joint-Venture-Gesellschaft, obwohl an sich eine rechtlich selbständige juristische Person, ist vollständig in die vertraglich abgestimmte und festgelegte Zielverfolgung ihrer beiden 50:50-Anteilsinhaber eingespannt. Eine im eigentlichen Sinne „selbständige“ Willensbildung und eine eigenverantwortliche Oberleitung kommen in dieser Konstellation nicht vor. Mehrere zwingende Regeln des Aktienrechts, vor allem die Regeln über die Zusammensetzung, die Stimmrechte und die unentziehbaren Zuständigkeiten des Verwaltungsrates, passen in keiner Weise zur Joint-Venture-Gesellschaft.

Daher hat auch der französische Gesetzesgeber für solche Zielsetzungen die *vereinfachte Aktiengesellschaft SAS* (Société par actions simplifiée) eingeführt (Gesetz vom 3. Januar 1994).

Das revidierte GmbH-Recht bietet für die *Joint-Venture-Gesellschaft* die nötigen Gestaltungsmöglichkeiten; zwingende Bestimmungen stehen nicht entgegen:

1. die *Plafonierung des Stammkapitals*, die bisher die GmbH für grosse Joint-Ventures als ungeeignet erscheinen liess, fällt weg;
2. die Statuten können je verschiedene *Nachsuss- und Nebenleistungspflichten* für jeden der beiden Partner verankern, falls dies erwünscht ist;
3. die *Kompetenzen der Gesellschafterversammlung* können erweitert werden, u.a. durch die Präzisierung von Weisungsbefugnissen für die Oberleitung und Genehmigungsvorbehalt für bestimmte Geschäftsführungsakte;
4. *vierteljährliche* oder noch häufigere Gesellschafterversammlungen können statutarisch vorgesehen werden;
5. die *Wahl der Geschäftsführer* lässt sich in den Statuten so regeln, dass die Bedürfnisse der 50:50-Partner abgedeckt sind;
6. die Statuten können für die *Überwachung* der Geschäftsführer einen *Aufsichtsrat* vorsehen (nicht aber einen Verwaltungsrat mit Kompetenzen wie im Aktienrecht);
7. in den Statuten kann ein *Vetorecht* eines Gesellschafters vorgesehen werden, und überhaupt besteht eine grosse Flexibilität für die Regelung der Beschlussfassung;
8. die oft komplizierten Regeln für die Folgen einer *Pattsituation* und die *Auflösung* des Joint Venture lassen sich in den GmbH-Statuten direkt unterbringen.

## 27 Verworfenne Reformanregungen

Die Arbeitsgruppe GmbH sieht nach Anhörung von Praktikern im Rahmen der Ausarbeitung dieses Vorentwurfs von mehreren in der Doktrin oder einzelnen Meinungsäusserungen vorgebrachten weiteren Reformideen ab.

### 27.01 Keine Sonderregeln für die Zweipersonen-GmbH

In der Anhörung von Praktikern (vorn Ziff. 12) wurde darauf hingewiesen, dass die *Zweipersonen-GmbH* verhältnismässig häufig vorkommt und besondere Probleme aufwerfen kann. Insbesondere kann der auf das Mehrheitsprinzip abstellenden Willensbildungsmechanismus in solchen Situationen versagen und eine *Patt-Situation* entstehen. Sodann stellt sich das Problem der Passivlegitimation bei der Auflösungsklage.

Die Revisionsvorlage sieht trotzdem keine besonderen Regeln für die *Zweipersonen-GmbH* vor:

- Ein zwingender Stichtscheid eines der beiden Gesellschafter würde zwar bei Uneinigkeit den gordischen Knoten durchhauen, aber in unzumutbarer Weise auf Kosten des anderen Gesellschafters. Andere Lösungen zur Überwindung von Patt-Situationen sind so partikulär, dass sie nicht vom Gesetzgeber, sondern nur von den Beteiligten vorgesehen werden sollten (Ausscheidung einer kleineren dritten Beteiligungsquote als „Zünglein an der Waage“ in der Hand eines Dritten; verbindlicher Verständigungsvorschlag eines Dritten; Angebotsrecht des einen und Übernahmepflicht des andern Gesellschafters etc.).
- Auf die Regelung der Frage der Passivlegitimation bei der Auflösungsklage wurde angesichts der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen und der fehlenden Kohärenz einer solchen Regelung mit dem Aktienrecht verzichtet.

### **27.02 Keine Verbriefung der Stammeinlagen in Inhaber- oder Ordrepapieren**

Das Verbot der Verbriefung von Stammeinlagen der GmbH in Wertpapieren gehört zum *harten Kern* aller GmbH-Rechte. Schon bei der „Erfindung“ der GmbH 1892 in Deutschland so konzipiert, soll dieses Verbot die Personenbezogenheit unterstreichen, den Stammanteil einem regelmässigen anonymen Handel von vornherein entziehen und jede Anonymisierung der Gesellschafterstellung (sei es durch ein Inhaberpapier, sei es durch ein blankoindossiertes Ordrepapier) verunmöglichen. Die Einführung der Verbriefung würde die Schweizer GmbH in einen markanten Gegensatz zu den bewährten Modellen der GmbH der Nachbarländer (vgl. auch Art. 43 LSC) und überhaupt zum Grundkonzept einer personalistisch aufgebauten Kapitalgesellschaft stellen. Nur eine Kapitalgesellschaft mit obligatorischem Beratungs- und Beschlussorgan (Verwaltungsrat) kann mit einer völlig anonymen Gesellschafterebene kombiniert werden.

Eine Verbriefung in blossen *Rektapapieren* (echten Namenpapieren gemäss Art. 974 OR) soll dagegen zulässig sein. Solche Papiere sind nur auf dem Wege der Abtretung übertragbar, und dafür gelten die besonderen Vorschriften des Vorentwurfs.

### **27.03 Keine Beschränkung der Anzahl der Gesellschafter**

Das französische Recht *beschränkt* die *Anzahl* der in einer GmbH zulässigen Gesellschafter auf 50 (Art. 36 LSC). Wird diese Zahl überschritten, so muss die Gesellschaft sich innerhalb von zwei Jahren in eine Aktiengesellschaft umwandeln, widrigenfalls sie aufgelöst wird.

Für ein solches Eingreifen der Staatsgewalt mit eiserner Hand besteht kein Anlass. Die Handhabung der GmbH wird zwar in der Tat schwerfällig, wenn die Anzahl der Gesellschafter immer grösser wird, und die Zahl 50 könnte eine gewisse Bedeutung als Schwelle haben. Der Entscheid über die Rechtsform sollte indessen auch in dieser Situation der Gestaltungsautonomie der betroffenen Gesellschafter anvertraut werden. Können sie mit 70 Gesellschaftern weiter im Gewand der GmbH leben, so soll man ihnen diese Möglichkeit nicht verwehren.

### **27.04 Keine bzw. nur beschränkte Anonymität der Gesellschafterstellung**

Zwar ist es mit der stärker als das Aktienrecht auf die Person abstellenden Grundausrichtung des Rechts der GmbH unverträglich, den Schritt zur ausnahmslosen Anonymität der Gesellschafterstellung zu tun. Postulaten in der Richtung einer weniger weit gehenden

Zwangsoffenlegung der Gesellschafterverhältnisse kommt der Vorentwurf jedoch dadurch entgegen, dass die Namen und Anteile der Gesellschafter nur noch dann in das Handelsregister einzutragen sind, wenn die Gesellschaft eine Nachschusspflicht kennt oder wenn sämtliche Stammanteile sich in der Hand eines einzigen Gesellschafters befinden.

Gesellschaftsintern lässt sich die Identität der Gesellschafter stets aus dem Anteilbuch, in das sämtliche Gesellschafter Einblick nehmen können, entnehmen. Auch darin besteht ein typusgerechter Unterschied zum Aktienrecht, da den Aktionären grundsätzlich der Einblick in das Aktienbuch verwehrt ist.

### **27.05 Keine Aufhebung des Notariatszwangs für die Abtretung von Stammanteilen**

Das Erfordernis der *notariellen Form für die Abtretung der Geschäftsanteile* gehörte 1892 zu den Eckwerten des neuen deutschen Konzepts einer GmbH. Dieses Formerfordernis ist vom Schweizer Recht 1936 übernommen worden (Art. 791 Abs. 4 OR). In der Praxis bildet die notarielle Beurkundung jeder Abtretung eine erhebliche Erschwerung im Umgang mit der GmbH. Die Arbeitsgruppe wollte in ihrem Bericht von 1996 – wie im französischen Recht (Art. 48 LSC) – auf dieses formelle Erfordernis verzichten, hat sich aber am Schluss zur Empfehlung durchgerungen, am bestehenden Recht festzuhalten.

Mit dem Erfordernis der notariellen Form werden zwei Zwecke verfolgt:

1. Zunächst geht es schlicht um eine *Erschwerung der Übertragung*, mit dem Ziel, „einen leichten und spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen an Börse oder grauem Markt zu verhindern“ (Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 14. Auflage Köln 1995 § 15 Anm. 11). Diese in Deutschland übliche Begründung findet sich auch in der *Botschaft des Bundesrates* vom 21. Februar 1928 zur GmbH (BBl 1928 I 279): „...dass der Handel mit solchen (Gesellschaftsanteilen) möglichst erschwert oder ausgeschlossen werden soll“.
2. Die andere Funktion, die man der notariellen Beurkundung trotz des Schweigens der massgeblichen Stellen zuschreiben kann, liegt in der *Rechtssicherheit* und im *Schutz der neu eintretenden Gesellschafter*. Einerseits erhöht die ununterbrochene Kette von notariellen Urkunden bis auf den Errichtungsakt zurück die Verlässlichkeit des Rechtstitels, den der Erwerber eines Anteils erhält. Dies ist in der Praxis umso wichtiger, als es in der GmbH mangels Inhaber- und Ordrepapieren keinen vollen Gutgläubensschutz für spätere Erwerber geben kann. Andererseits wollte man durch die Einschaltung eines – zur Sorgfalt verpflichteten – Notars sicherstellen, dass der neue Gesellschafter sich über die besondere subsidiäre Solidarhaftung jedes Gesellschafters bis zum Betrag des Stammkapitals (und gegebenenfalls Nachschuss- und Nebenleistungspflichten) Rechenschaft ablegt.

Der Gedanke einer verbesserten Rechtssicherheit ist ernst zu nehmen, und es ist in erster Linie diese zweite Zwecksetzung, welche bewirkt hat, dass im Herkunftsland der GmbH bis heute am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung festgehalten wird.

Dagegen ist der Gedanke einer Übertragungserschwerung für sich allein nicht tragfähig. Die Anteile an einer GmbH eignen sich auch ohne das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung nicht für einen *börsenmässigen* (oder sonst regelmässigen) *Anteilhandel*, gehen doch sämtliche Rechte aus dem Anteil erst mit der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung über und muss die Übertragung notwendigerweise im Anteilbuch eingetragen werden.

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe GmbH von 1996 glaubte die Rechtssicherheits- und die Schutzfunktion für den Erwerber durch die Handelsregisteranmeldung wahrnehmen lassen zu können. Nach diesem Vorschlag hätte jeder neue Gesellschafter beim Handelsregister angemeldet werden müssen, wobei die Übertragungsbelege bei den Registerakten zu hinterlegen wären (Art. 781 Abs. 1 Ziff. 5 des Vorschlages von 1996). Vor der Eintragung hätte der Handelsregisterführer jeden Übertragungsvertrag auf formelle Korrektheit überprüft, und für die Absicherung des Rechtstitels hätte sich dadurch die ununterbrochene Kette der Abtretungen vom Errichtungsakt bis zum letzten Erwerber anhand der Übertragungsurkunden zurückverfolgen lassen. Eine prozedurale Absicherung der Verlässlichkeit des Rechtstitels war damit auch ohne öffentliche Beurkundung gegeben. Gemäss dem Vorentwurf sind jedoch nur noch die Gesellschafter, die einer Nachschusspflicht unterliegen, in das Handelsregister einzutragen. Denn nach dem Wegfall der subsidiären Haftung *aller* Gesellschafter gibt es funktional keinen hinreichenden Grund, die Identität und Beteiligungsquote immer zwingend publik zu machen; nur beim Bestehen einer Nachschusspflicht besteht das entsprechende Interesse. In allen Fällen einer Übertragung von Anteilen ohne Nachschusspflicht würde sowohl die heutige Kontrolle durch einen Dritten (die öffentliche Beurkundung) als auch diejenige durch den Handelsregisterführer entfallen. Die Abschaffung des Beurkundungszwangs würde einen markanten Unterschied zum deutschen Recht schaffen und wäre umso schwerer zu begründen, als der Vorentwurf neue Anforderungen an den Inhalt der Übertragungserklärung aufstellt, wenn in einer GmbH bestimmte besondere Statutenbestimmungen vorhanden sind.

Der Vorentwurf verzichtet daher nicht auf das Erfordernis der notariellen Beurkundung der Abtretung. Art. 791 Abs. 1 VE sieht vor, dass die Abtretung der Stammanteile öffentlich beurkundet werden muss.

Dem Bedürfnis, einen Erwerber gegen unbedachte Übernahme von *Nachschuss- und Nebenleistungspflichten* zu schützen, wird somit dadurch Rechnung getragen, dass

- die *Übertragung* eines Stammanteils nur gültig ist, wenn im Abtretungsvertrag auf die bestehenden Nachschuss- und die Nebenleistungspflichten, Verschärfungen des Konkurrenzverbotes und statutarische Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte *ausdrücklich hingewiesen* wird (Art. 791 Abs. 1 VE);
- die notarielle Beurkundung verlangt wird;
- die Nachschuss- oder die Nebenleistungspflicht eintragungs- und *publizitätspflichtig* gemacht wird (Veröffentlichung des Bestehens einer Nachschuss- oder Nebenleistungspflicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt; vgl. Art. 781 Ziff. 11 VE);

Der Abtretung muss durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung zugestimmt werden, welcher nach der dispositiven Vorschrift von Art. 791 Abs. 2 VE i.V.m. Art. 810b VE mindestens die absolute Mehrheit aller Stimmen der Gesellschafter auf sich vereinigt, wobei nach der vorgesehenen dispositiven Regelung – im strikten Gegensatz zum Aktienrecht – auch eine *Ablehnung ohne Grundangabe* zulässig ist (Art. 791 Abs. 3 VE). Bestehen offene Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten, sieht der Vorentwurf eine „Bonitätsvinkulierung“ vor (Art. 791 Abs. 4). Wurden die Stammanteile durch Erbgang, Erbteilung,

eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben, hat die Gesellschaft – analog zum Aktienrecht – nur die Möglichkeit, einen Erwerber abzulehnen, wenn sie ihm die Übernahme zum wirklichen Wert anbietet (Art. 792 Abs. 2). Der Vorentwurf ermöglicht aber auch die freie Übertragbarkeit von Stammanteilen, da es Fälle geben kann, in denen diese Regelung sinnvoll ist (Art. 791 Abs. 2).

Die Beibehaltung des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung für die Übertragung der Stammanteile dürfte die Verwendbarkeit der GmbH in der Schweiz nicht wesentlich behindern.

#### **27.06 Keine genehmigte und keine bedingte Kapitalerhöhung**

Die *Erleichterung der Kapitalbeschaffung*, die bei der Revision des Aktienrechtes zu den fünf Hauptzielen zählte (vgl. *Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechtes vom 23. Februar 1983 [BBl. 1983 II 745 ff.]*, Ziff. 132 Punkt 1, 23), kann nicht in gleicher Weise zu den Zielen der GmbH-Reform gehören. Eine bedingte Kapitalerhöhung (für Wandel- oder Optionsanleihen, Gratisoptionen und Mitarbeiteraktienprogramme) ist von vornherein mit der personalistischen Struktur und der mangelnden Fungibilität der Stammanteile einer GmbH unvereinbar. Überdies ist sie nicht notwendig, weil die Geschäftsführer einer GmbH den Gesellschaftern jederzeit eine Erhöhung des Stammkapitals beantragen können und die Durchführung einer Gesellschafterversammlung nicht denselben Aufwand verlangt wie bei einer Publikums-AG. Aus diesem Grund erübrigt sich auch die Einführung der genehmigten Kapitalerhöhung bei der GmbH.

#### **27.07 Keine gesetzliche Regelung der Amortisation (Einziehung) von Stammanteilen**

Im Aktienrecht ist umstritten, ob die sogenannte *Aktienamortisation*, d.h. die statutarisch eingerichtete nachträgliche Einziehung und Vernichtung von Aktien ohne Kapitalherabsetzungsverfahren auf Veranlassung des Verwaltungsrates, zulässig ist.

Im GmbH-Recht könnte diese besondere Art der statutarisch vorgesehenen *Verengung der Gesellschaftsbasis* an sich zugelassen werden, wie auch § 34 des deutschen GmbHG zeigt. Allerdings müsste die Gesellschafterversammlung, nicht die Geschäftsführer zuständig sein.

Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung ins schweizerische Recht wurde geprüft. An einem praktischen Bedürfnis scheint es indessen zu fehlen, und so wurde auch im Hinblick auf die Abgrenzung von der Ausschliessung und in Anbetracht der sich in diesem Zusammenhang stellenden komplizierten dogmatischen Fragen auf eine Regelung verzichtet.

#### **27.08 Keine Sonderprüfung**

Auch die *Sonderprüfung*, die im Aktienrecht von 1991 eingeführt worden ist (Art. 697a OR), scheint für die GmbH nicht erforderlich, obwohl das französische Recht eine rudimentäre derartige Regelung kennt (Art. 64-2 LSC). Das im Vorentwurf vorgeschlagene verbesserte *Auskunfts- und Einsichtsrecht* der Gesellschafter sollte bei der GmbH zur Sicherstellung der spezifischen Informationsinteressen der Gesellschafter ausreichen. Immerhin liesse sich auch die Ansicht vertreten, Minderheitsgesellschafter sollten ähnlich wie im Aktienrecht eine Sonderprüfung verlangen können.

#### **27.09 Keine gesetzliche Drittorganschaft**

Ein wesentliches Element der GmbH ist ihre überaus *einfache Organisationsstruktur*. Den in der Gesellschafterversammlung vereinigten Anteilshabern stehen direkt die Geschäftsführer gegenüber, die wieder selbst Gesellschafter sein können und oft auch sind. Ein Zwischenorgan, das als separates, eigenverantwortlich tätiges Beratungs- und Beschlussgremium konzipiert ist - entsprechend dem Verwaltungsrat bei der AG - , ist für die GmbH nicht erforderlich. Statutarisch kann dagegen ein dem aktienrechtlichen *Verwaltungsrat*

entsprechendes Gremium vorgesehen werden, ebenso ein *Beirat* oder ein *Aufsichtsrat* für die ständige Wahrnehmung bestimmter Überwachungsaufgaben.

### 27.10 Keine Zulassung juristischer Personen als Geschäftsführer

Das französische Gesetz vom 3. Januar 1994 über die *SAS* („Société par actions simplifiée“) erlaubt, dass die Vertretungsmacht und damit auch die Geschäftsführung in die Hände einer einzigen Person gelegt wird; diese kann eine *juristische Person* sein (Art. 262-8 LSC). Die *SAS* wurde insbesondere als Gesellschaftsform für Joint-Venture-Gesellschaften (Gemeinschaftsunternehmen) geschaffen.

Wenn die GmbH durch die Reform insbesondere auch für den Einsatz als Joint-Venture-Gesellschaft tauglich gemacht werden soll, so stellt sich die Frage, ob juristische Personen als Geschäftsführer allgemein oder spezifisch bei Joint-Venture-Gesellschaften zugelassen werden sollten.

Das bisherige GmbH-Recht lässt – in Übereinstimmung mit dem deutschen und dem französischen GmbH-Recht (§ 6 Abs. 2 GmbHG; Art.49-1 LSC) – nur natürliche Personen als Geschäftsführer zu (Schluss aus Art. 815 Abs. 2 OR). Auch der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (Art. 707 Abs. 3 OR) und die Verwaltung einer Genossenschaft (Art. 894 Abs. 2 OR) müssen sich aus natürlichen Personen zusammensetzen. Eine Bestimmung, wonach juristische Personen Geschäftsführer einer anderen juristischen Person sein können, wäre somit ein Fremdkörper im schweizerischen Gesellschaftsrecht.

Die Zulassung juristischer Personen als Geschäftsführer würde auch vielfältige Probleme stellen: Wäre die Geschäftsführerin z.B. wiederum eine GmbH, so bildete *deren* Geschäftsführer den Willen der Geschäftsführungs-GmbH, und diese amtete dann als Geschäftsführerin. Nicht nur führt dies zu Verwirrung, sondern es müsste auch ausdrücklich mindestens dieser Geschäftsführungs-GmbH die Wahl einer natürlichen Person als Geschäftsführer vorgeschrieben werden.

Bei Joint-Ventures ist ausserdem die Wahl einer juristischen Person als Exekutivorgan erfahrungsgemäss keine Notwendigkeit. Von der Ergänzung des Gesetzes in diesem Punkt ist daher abzusehen.

### 27.11 Keine Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Geschäftsführung

In der Anhörung ist teilweise vorgeschlagen worden, dass nicht nur die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vor Gericht sollten angefochten werden können, wie schon bisher gemäss Art. 808 Abs. 6 OR, sondern auch die Beschlüsse oder Entscheide der *Geschäftsführer*.

Eine derartige *Rechtskontrolle im Bereiche der Exekutivhandlungen* erscheint bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht besser begründbar als bei der AG. Man könnte, wie in Art. 714 OR, für *nichtige* Beschlüsse der Geschäftsführer eine besondere Bestimmung in das Gesetz aufnehmen; die Arbeitsgruppe GmbH hat darauf verzichtet, da die Möglichkeit, vor dem Gericht auf Feststellung der Nichtigkeit zu klagen, auf jeden Fall gegeben ist. Dagegen sollten die Handlungen der Geschäftsführer nicht vor Gericht anfechtbar sein. Sonst würde in der personalistisch strukturierten Kapitalgesellschaft eine Justizkontrolle eingebaut, die nicht nur der AG, sondern auch der Kommandit- und der Kollektivgesellschaft fremd ist. Die Sanktion rechtswidriger Geschäftsführungsakte soll daher – wie bei der AG und der Genossenschaft – auch weiterhin ausschliesslich die persönliche Verantwortlichkeit der Handelnden sein (vgl. Art. 827 VE).

## 28 Anpassungen des übrigen Gesellschaftsrechts an das revidierte GmbH-Recht

Die Arbeitsgruppe GmbH ist grundsätzlich davon ausgegangen, dass das erst seit wenigen Jahren in Kraft stehende revidierte Aktienrecht nicht schon wieder abgeändert werden sollte. Sie ging auch davon aus, dass die Reform des Genossenschaftsrechts später und selbständig erfolgen soll.

An einigen Stellen hat die Arbeitsgruppe GmbH diesen Grundsatz freilich durchbrochen, wenn es darum ging, neue Ansätze, die bei der Aktienrechtsreform nicht zur Diskussion standen, für alle Kapitalgesellschaften und allenfalls auch die Genossenschaft einheitlich einzuführen oder wenn offenkundige und unbestrittene Mängel des Aktienrechts zu berichtigen waren.

### 281 Aktienrecht

#### 281.1 Zahl der Mitglieder einer AG; Rechtsfolgen des Fehlens notwendiger Organe

##### 281.11 Zulassung der Einpersonen-AG (Art. 625 Abs. 1 VE)

Mit Art. 625 Abs. 1 VE wird die Zulässigkeit der Einpersonen-AG im schweizerischen Recht ausdrücklich statuiert. Es geschieht dies durch eine Vorschrift über Mitgliedererfordernisse anlässlich der Gründung: Auch für die *Gründung* (und nicht nur – wie es schon bis anhin als Konsequenz der Ausgestaltung von Art. 625 Abs. 2 OR als in der Praxis bedeutungslose Kann-Vorschrift galt – für den Fortbestand der Gesellschaft) genügt *ein Aktionär*. Genau besehen wird mithin nicht die Einpersonen-AG (neu) zugelassen, sondern die *Einpersonen-Gründung*.

Zur Begründung ist zunächst auf Art. 775 Abs. 1 VE („Zahl der Mitglieder“ nach dem Vorentwurf für ein revidiertes GmbH-Recht) hinzuweisen, wonach für die Gründung einer *GmbH* ein Gesellschafter genügt. Die Zulassung der Einpersonen-AG ist die logische Konsequenz der mit dem GmbH-Vorentwurf vollzogenen Entscheidung, bereits im Gründungsstadium Körperschaften zuzulassen, die nur aus einer einzigen – natürlichen oder juristischen – Person bestehen.

Sodann und zur Hauptsache sprechen *praktische Gründe* für die Zulassung der Einpersonen-Gründung. Einpersonen-AG sind in der Rechtsrealität weit verbreitet. Typischerweise findet man sie als Trägerinnen von Einzelunternehmungen (wo sie als Mittel der Haftungsbeschränkung funktionieren) oder als Instrument der Konzernierung komplexer Unternehmen (100%ige Beteiligung an einer Tochtergesellschaft). Ihre Zulassung führt grundsätzlich zu keinen Besonderheiten, solange die körperschaftsrechtlichen Regeln eingehalten werden. Diesfalls besteht kein Interesse irgendeines Beteiligten, eine Klage nach Art. 625 Abs. 2 OR zu erheben oder zu allfälligen weiteren Rechtsbehelfen zu greifen. Dient aber die Einpersonen-AG legitimen Bedürfnissen, ohne andere am Rechtsverkehr Beteiligte in schützenswerten Interessen zu tangieren, so ist gegen sie nichts einzuwenden.

Die Vorstellung, hinter einer Körperschaft habe *notwendig* eine *Personenmehrheit* zu stehen, erweist sich als *überholt*; das zeigen auch die Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht (Zulassung der Einpersonen-GmbH, vorn Ziff. 131.2) und im deutschen (nicht vom europäischen Gesellschaftsrecht regierten) Aktienrecht (Zulassung der Einpersonen-AG nach § 2 des deutschen Aktiengesetzes). Mehr und mehr wird erkannt, dass die Wahl einer bestimmten Rechtsform (nur) die Wahl einer Institution und eines Organisations- und Handlungsstatuts bedeutet, welche die Anwendbarkeit bestimmter Regeln nach sich zieht. Deren Befolgung, verbunden mit der Wahrung allgemeiner Rechtsgrundsätze (hingewiesen



sei auf Art. 2 ZGB und den daraus hergeleiteten Durchgriff), bietet Gewähr für den Schutz aller auf dem Spiele stehenden massgeblichen Interessen. Die Personenmehrheit ist zwar nach wie vor ein typisches Merkmal einer Gesellschaft, sie ist jedoch keine Notwendigkeit.

Ist aber einmal der Schritt hin zur Einpersonen-Gesellschaft getan, so bedeutete es einen überspitzten Dogmatismus ohne jeden praktischen Nutzen, im Stadium der Gründung am Erfordernis einer Mehrzahl von Gesellschaftern festzuhalten und erst nach der Gründung die Einpersonen-Gesellschaft zuzulassen (oder an das Sinken der Mitgliederzahl auf eins praktisch unwirksame Rechtsfolgen zu knüpfen). Eine solche Regelung dient keinem Schutzzweck, sondern fördert die Zuflucht zu Strohpersonen und verursacht Kosten.

Wird die Einpersonen-AG zugelassen, so ist, nicht anders als im GmbH-Recht, die Einführung von *Folgeregelungen* zu prüfen. Wie bei der GmbH gelten diese Folgeregulungen aber nur für Einpersonen-Gesellschaften, die tatsächlich nur *einen* Gesellschafter haben, mögen die hinter den Folgeregulungen stehenden praktischen Überlegungen auch für Gesellschaften mit qualifizierten Mehrheitsverhältnissen oder unter anderen besonderen Umständen bedeutsam sein. Eine andere Regelung wäre mit der Rechtssicherheit nicht zu vereinen. Nachstehende Folgeregulungen sind zu erwägen:

- Für die Einpersonen-AG schlägt die Arbeitsgruppe GmbH eine Bestimmung über *Verträge zwischen dem einzigen Gesellschafter und der Gesellschaft* vor (Art. 717 Abs. 3 VE, dazu hinten Ziff. 281.6).
- Weiter verlangt Art. 3 i.V.m. Art. 6 der 12. EG-Richtlinie die *Offenlegung* des Umstandes, dass eine Einpersonen-AG vorliegt. Im Interesse der Europakompatibilität des schweizerischen Rechts wird diesem Erfordernis in Art. 641 Ziff. 6 VE Rechnung getragen.

### **281.12 Auflösungsbegehren des Handelsregisterführers bei Fehlen von Gesellschaftsorganen (Art. 625 Abs. 2 VE)**

Der Tatbestand des Fehlens vorgeschriebener – gesetzlicher oder statutarischer – Organe nach Art. 625 Abs. 2 OR bezieht sich praktisch nur auf *nachträgliches* Fehlen. Sind bereits bei der Gründung und damit anlässlich der Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister nicht alle Organe (z.B. die Revisionsstelle oder die in einer „Einpersonen-AG“ allenfalls statutarisch vorgesehenen drei Verwaltungsratsmitglieder) besetzt, so ist die Eintragung zu verweigern.

Die in Art. 625 Abs. 2 OR vorgesehene Sanktion der Auflösungsklage durch Gläubiger oder Aktionäre im Falle des Fehlens der notwendigen Organe hat sich schon seit langer Zeit als wirkungslos entpuppt. Die Änderung von Art. 820 VE sollte auch für das Aktienrecht in Art. 625 Abs. 2 OR in Betracht gezogen werden. Ein Begehren des Handelsregisterführers um Auflösung der Gesellschaft kann auch im Umfeld von Art. 727f OR in Frage kommen, nämlich dann, wenn die vom Richter auf Antrag des Handelsregisterführer bestimmte Revisionsstelle wegen nicht geleisteten Kostenvorschusses die Überprüfung nicht durchführt. Es wurde aber von der Arbeitsgruppe GmbH darauf verzichtet, in Art. 727f OR einen Zusatz einzufügen oder allenfalls auf Art. 625 Abs. 2 OR zu verweisen.

### **281.2. Kostentragung der Sonderprüfung (Art. 697g VE)**

Art. 697g OR bestimmt, dass die Kosten für eine vom Richter angeordnete Sonderprüfung grundsätzlich von der Gesellschaft vorzuschüssen sind. Nun ist es vorgekommen, dass die Gesellschaft diesen Vorschuss nicht leistet und so die Überprüfung zu verhindern versucht.

Für einen solchen Fall sieht das Gesetz keine Sanktion vor, welche die gesuchstellenden Aktionäre schützen würde; man kann von ihnen nicht verlangen, die Kosten anstelle der Gesellschaft vorzuschüssen. Um dies zu verhindern, schlägt die Arbeitsgruppe GmbH vor, dass in einer solchen Situation die gesuchstellenden Aktionäre den Vollzug des Leistungsurteils verlangen können, so dass der Vorschuss an den Sonderprüfer geleistet wird und dieser sein Mandat aufnehmen kann.

### **281.3 Eigenkapitalersetzende Darlehen (Art. 697i VE)**

Die Regeln, wie sie in Art. 808c VE für die GmbH vorgesehen sind, dienen der Stärkung der Kapitalbasis (vorn Ziff. 225.9). Sie würden auch das Recht der Aktiengesellschaft sinnvoll ergänzen. Die Arbeitsgruppe GmbH empfiehlt, diese auch im Aktienrecht einzuführen. Wie im GmbH-Vorentwurf können diese Regeln im Kapitel über die Rechte und Pflichten der Gesellschafter (Aktionäre) eingereiht werden.

### **281.4 Nationalität und Wohnsitz (Art. 708 VE)**

In Art. 813 des GmbH-Vorentwurfes ist eine Regelung vorgesehen, die lediglich Wohnsitz in der Schweiz für diejenigen Geschäftsführer verlangt, welche die Gesellschaft vertreten können. Auf ein Nationalitätserfordernis wurde verzichtet. Diese Lösung sollte auch im Aktienrecht eingeführt werden, so dass die Wohnsitzerfordernisse der Geschäftsführer einer GmbH denen der Verwaltungsratsmitglieder einer AG entsprechen. Auch für die Verwaltungsratsmitglieder wäre es dann notwendig und zugleich ausreichend, dass mindestens ein einziger von ihnen in der Schweiz Wohnsitz und Vertretungsmacht hat. Die Nationalität spielte keine Rolle mehr. Ebenso wäre die Bestimmung von Art. 813 Abs. 2 VE ins Aktienrecht zu übertragen.

### **281.5 Löschung eines ausgeschiedenen Verwaltungsratsmitgliedes aus dem Handelsregister (Art. 711 Abs. 2 VE)**

Die Regel von Art. 794 Abs. 2 VE, die es einem ausscheidenden Gesellschafter erlaubt, seine Löschung aus dem Handelsregister *sofort und selber* anzumelden, ist auch auf die Verwaltungsratsmitglieder einer AG zu übertragen.

### **281.6 Verträge des Aktionärs mit der Einpersonen-AG (Art. 717 Abs. 3 VE)**

Die Bestimmung von Art. 717 Abs. 3 VE, wonach in einer Einpersonen-AG gewisse Verträge zwischen der Gesellschaft und dem Alleinaktionär der Schriftform bedürfen bzw. zu protokollieren sind, wird in der Einpersonen-GmbH-Richtlinie der EG vorgeschrieben; sie findet sich bereits in Art. 812b Abs. 3 VE (vorn Ziff. 213). Die Bestimmung konkretisiert das Verbot des Selbstkontrahierens insofern, als es an einen Tatbestand, der der Problematik des Selbstkontrahierens jedenfalls nahe ist, einer besonderen Schutzvorkehr unterwirft.

### **281.7 Beendigung des Revisionsamtes (Art. 727e Abs. 4 VE)**

Gleich wie das Verwaltungsratsmitglied sollte auch der Revisor die Möglichkeit haben, seine Löschung *selbst* anzumelden<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Der Vorentwurf zum RRG sieht in Artikel 52 Abs. 2 vor, dass der ausgeschiedene Abschlussprüfer bei Säumnis des obersten Geschäftsführungsorganes von mehr als 30 Tagen die Beendigung des Amtes selber beim Handelsregisteramt anmelden kann.

## 282 Genossenschaftsrecht

### 282.1 Zulassung der Einpersonen-Genossenschaft?

Nachdem die Arbeitsgruppe GmbH die (explizite) Einführung der Einpersonen-AG vorschlägt und nachdem bereits der Vorentwurf für eine Reform des GmbH-Rechts die Einpersonen-GmbH vorsieht, fragt es sich, ob auch die Einpersonen-Genossenschaft – welche in der Praxis (wenn auch selten) vorkommt – gesetzlich zu regeln sei.

Die Einpersonen-Genossenschaft liesse sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe GmbH nicht in das geltende Genossenschaftsrecht eingliedern. Diesem ist – jedenfalls nach der gesetzlichen Ordnung (Art. 828 Abs. 1 OR) – das Merkmal der *gemeinsamen Selbsthilfe* eigen, was zwingend eine Personenmehrheit voraussetzt. Auch verlangt Art. 894 Abs. 1 OR, dass die Verwaltung einer Genossenschaft aus mindestens drei Personen bestehen muss, von denen die Mehrheit – also zumindest zwei – Genossenschafter sein müssen.

Ob die Einpersonen-Genossenschaft im Zuge einer *Gesamtüberarbeitung des Genossenschaftsrechts*, welche eine lockerere Verpflichtung auf den Genossenschaftstypus mit sich bringen könnte, einzuführen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden.

### 282.2 Zahl der Mitglieder und Wohnsitz (Art. 831 und 895 VE)

Diejenigen Anpassungen, die sich im Genossenschaftsrecht zusätzlich aufdrängen, sind erstens die Einführung der *Möglichkeit des Handelsregisterführers, die Auflösung der Gesellschaft* zu verlangen, wenn die notwendigen Organe nicht vorhanden sind, zweitens die Modifikation der *gesetzlichen Anforderungen an die Verwaltung* hinsichtlich des *Wohnsitzes* der Verwaltungsratsmitglieder. Die Arbeitsgruppe GmbH hat ferner die Frage geprüft, ob es zweckmässig wäre, für die Genossenschaft in gleicher Weise eine Regelung über das eigenkapitalersetzende Darlehen einzuführen. Sie verzichtete darauf aufgrund der Tatsache, dass einerseits die Genossenschaft keine der Aktiengesellschaft vergleichbare Kapitalgesellschaft ist und dass andererseits das Genossenschaftskapital nicht dieselbe Bedeutung hat wie dasjenige der Aktiengesellschaft.

## 283 Firmenrecht

Ein rechtsformandeutender Zusatz ist auch für die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft wünschenswert (s. vorn Ziff. 224). Die Arbeitsgruppe GmbH schlägt deshalb für diese beiden Rechtsformen eine der GmbH analoge Regelung vor (Art. 950 VE).

Zusätzlich zu den Änderungen des Firmenrechts, die sich unmittelbar aus Änderungen des Rechts der GmbH ergeben, schlägt die Arbeitsgruppe GmbH eine Ergänzung des Firmenrechts vor, die einem praktischen Anliegen entsprechen dürfte.

In der Praxis hat es sich immer wieder gezeigt, dass die Initianten einer neuen Gesellschaft die Möglichkeit haben sollten, in der Gründungsphase die von ihnen gewählte – für ihr Projekt vielleicht entscheidend wichtige – Firma als erste vorsorgliche Massnahme registrieren und damit firmenrechtlich absichern zu können. Durch eine relativ enge zeitliche Begrenzung – vorgeschlagen werden drei Monate, denkbar wären auch zwei, weniger wäre dagegen nicht sinnvoll – wird möglichen Missbräuchen vorgebeugt.

Für die Frist soll die Anmeldung zur Eintragung massgebend sein, nicht die Eintragung selbst. Doch fragt es sich, ob dies im Gesetzestext selbst oder nur in Erläuterungen festgehalten werden soll: Für die Einfügung in den Gesetzestext spricht, dass dieser korrekt und unmissverständlich formuliert sein sollte; allerdings würde mit einer Neuredaktion eine (materiell nur scheinbare) Differenz zu Art. 650 Abs. 3 OR geschaffen. Um dies zu ver-

meiden, wird in Art. 934 Abs. 3 VE die „Eintragung“ genannt, doch ist damit die Anmeldung zur Eintragung gemeint, wie dies nach der funktional richtigen Auffassung auch für Art. 650 Abs. 3 OR gilt.

### **3 Europakompatibilität des Vorentwurfs**

#### **31 Einführung**

##### **311 Überblick**

Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts verfolgt die Europäische Union (EU) zwei grundsätzlich voneinander zu unterscheidende Ansätze:

- Bereits in den sechziger Jahren begann sie mit der *Harmonisierung* bestimmter Bereiche des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten.
- Daneben unternahm sie Anstrengungen zur Schaffung *supranationaler Gesellschaftsformen*, die bisher jedoch nur im Fall der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) zu einem Ergebnis geführt haben.

Die Prüfung des Vorentwurfs zum schweizerischen GmbH-Recht hat daher vorrangig am Massstab der geltenden zwölf gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien zu erfolgen.

Das Harmonisierungsprogramm der EU betrifft im wesentlichen die Kapitalgesellschaften. Davon beziehen die erste, vierte, siebente, achte und elfte Richtlinie die GmbH in ihren Geltungsbereich ein. Die zwölfte Richtlinie über die Einpersonengesellschaft richtet sich vorab an die GmbH. Die übrigen Rechtsakte, vor allem die zweite und dritte Richtlinie, enthalten aktienrechtliche Spezialvorschriften.

Angesichts des Umfangs der bestehenden Regelungen kann im folgenden nur auf die Differenzen zwischen dem EU-Gesellschaftsrecht und dem Vorentwurf näher eingegangen werden.

##### **312 Zielsetzung des Harmonisierungsprogramms**

Unter der Geltung des EG-Vertrags ist kein einheitliches gesellschaftsrechtliches System in Europa geschaffen worden. Art. 54 III lit. g EG-Vertrag - eine der massgeblichen Rechtsgrundlagen - fordert vielmehr eine *Koordinierung der Schutzbestimmungen*, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im *Interesse der Gesellschafter sowie Dritter* vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht folgt diesem Ansatz insoweit, als es der GmbH im Interesse der Gesellschafter und Dritter weitgehende Offenlegungspflichten auferlegt.

Es ist daraus zu entnehmen, dass das Richtlinienrecht der EU nur bestimmte, wenn auch äusserst wichtige Bereiche des Rechts der Kapitalgesellschaften harmonisieren will und sachlich mit Leitnormen abdeckt. Es ist daher nicht ganz zutreffend, in einem allgemeinen Sinn von einem „EU-Gesellschaftsrecht“ zu sprechen.

## **32 Prüfung des Vorentwurfs anhand der einschlägigen EG-Richtlinien**

### **321 Erste Richtlinie des Rates 68/151/EWG vom 9. März 1968 (Publizitätsrichtlinie)**

#### **321.1 Regelungsbereich**

Die Richtlinie regelt zunächst die Pflicht der GmbH zur Offenlegung bestimmter Urkunden und Angaben sowie die Formen der Publizität (Registereintragung, Bekanntmachung in nationalen Amtsblättern) und deren Wirkung gegenüber Dritten (Art. 1 - 6).

Darüber hinaus sind in der Richtlinie Vorschriften über die Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen enthalten, die u.a. den Grundsatz der sachlich unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane einführen (Art. 7 - 9).

Schliesslich begrenzt sie die Gründe, die nach nationalem Recht zur Nichtigkeit der Gesellschaft führen, auf bestimmte genau definierte Fälle (Art. 10 - 12).

#### **321.2 Offenlegung gesellschaftsrelevanter Tatsachen**

Art. 930 OR i.V.m. Art. 9 HRegV postuliert den Grundsatz der Öffentlichkeit des Handelsregisters. Dabei muss auch Einsicht in die dem Eintrag zugrundeliegenden Belege gewährt werden. Insoweit erfüllt bereits das geltende schweizerische Recht die wichtigsten Anforderungen der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

#### **321.3 Insbesondere: Publizität der Rechnungslegung**

Eine Ausnahme besteht jedoch im Bereich der Rechnungslegung:

Art. 2 I lit. f i.V.m. Art. 3 der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie schreibt grundsätzlich ein uneingeschränktes Einsichtsrecht Dritter in die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung für jedes Geschäftsjahr vor.

Die Bestimmung war zunächst für die GmbH nicht anwendbar, wurde jedoch 1978 mit der Bilanzrichtlinie (vierte gesellschaftsrechtliche Richtlinie) auch für diese Gesellschaftsform zwingendes Recht. Doch gelten gemäss Art. 47 II und III der vierten Richtlinie folgende Differenzierungen:

- Kleine Gesellschaften mit einer Bilanzsumme von bis zu 2,5 Mio ECU, Nettoumsatzerlösen von bis zu 5 Mio ECU und einer durchschnittlichen Anzahl von bis zu 50 Beschäftigten sind nur zur Offenlegung einer verkürzten Bilanz und eines gekürzten Anhangs verpflichtet.
- Mittlere Gesellschaften mit einer Bilanzsumme von bis zu 10 Mio ECU, Nettoumsatzerlösen von bis zu 20 Mio ECU und einer durchschnittlichen Anzahl von bis zu 250 Beschäftigten geniessen ebenfalls Erleichterungen hinsichtlich der Offenlegungspflicht. Die Erleichterungen gehen jedoch nicht so weit wie die in den Bestimmungen für kleine Gesellschaften enthaltenen Vorteile.
- Grössere Gesellschaften unterliegen der vollen Offenlegungspflicht.

Nach der gesellschaftsrechtlichen Konzeption der Gemeinschaft soll die Offenlegung der Information Dritter über die Gesellschaft dienen. Entsprechend muss der Jahresabschluss der GmbH dauernd für jedermann zur Einsicht bereitliegen.

Demgegenüber schreibt der Vorentwurf in Art. 805 die Offenlegung der Jahresrechnung zwingend nur dann vor, wenn die Gesellschaft Anleiensobligationen ausstehen hat. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, können nur Gläubiger der Gesellschaft Einsicht verlangen. Zudem müssen sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen.

Insoweit besteht keine Kongruenz der beiden Rechtsordnungen, und zwar um so weniger, als die Begebung von Anleiensobligationen im Bereich der GmbH in der Praxis kaum vorkommen wird<sup>15</sup>.

Ein deutscher Vorstoss, in der Mittelstandsrichtlinie (90/604/EWG vom 8. November 1990) die Pflicht zur Offenlegung für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) einzuschränken, konnte nicht realisiert werden.

### **321.4 Gültigkeit von Verpflichtungen**

Art. 783a VE, der die solidarische Haftung der Handelnden für eine Gründungsgesellschaft vorschreibt, erfüllt die diesbezüglichen Anforderungen der Richtlinie (Art. 7).

Art. 8 der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie schützt den guten Glauben Dritter in die wirksame Bestellung der Gesellschaftsorgane. Ein Mangel bei ihrer Bestellung kann Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn die Gesellschaft beweist, dass die Dritten den Mangel kannten.

Der Vorentwurf spricht die Frage nicht direkt an, sondern verweist in Art. 814 Abs. 1 VE lediglich hinsichtlich des Umfangs und der Beschränkungen der Vertretungsbefugnis auf die Bestimmungen des Aktienrechts, nämlich Art. 718a Abs. 2 OR. Diese Norm erfüllt die Anforderungen von Art. 8 der Richtlinie nicht.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der ersten Richtlinie wird die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören. Dies gilt nicht, wenn die Handlungen die Befugnisse überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen sind oder zugewiesen werden können.

Die Mitgliedstaaten können allerdings eine Bestimmung in ihre Gesetzgebung aufnehmen, wonach die Gesellschaft nicht verpflichtet wird, wenn sie beweist, dass dem Dritten die Überschreitung des Unternehmensgegenstandes bekannt war oder er sie hätte kennen müssen. Die Bekanntmachung in der Satzung allein reicht zu diesem Beweis jedoch nicht aus (Art. 9 Abs. 1 Satz 2).

Der Vorentwurf regelt die Problematik wiederum in Art. 814 Abs. 1 durch Verweis auf das Aktienrecht. Dieses kommt in Art. 718a OR zu einer von der Richtlinie abweichenden Lösung.

Danach können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

Auch bei einer weiten Auslegung von Art. 718a OR entspricht das schweizerische Recht in diesem Punkt nicht dem Schutzniveau der ersten Richtlinie, die im Gegensatz zu Art. 718a

---

<sup>15</sup> Die Pflicht zur Offenlegung der Jahresrechnung (Publizität) hängt gemäss dem Vorentwurf zum RRG einzig von der Grösse der Gesellschaft ab. Art. 61 VE RRG sieht vor, dass nur grosse GmbH (Bilanzsumme über 20 Millionen Franken, Umsatzerlöse über 40 Millionen Franken, über 250 Arbeitnehmer) ihre Jahresrechnung jeder Person offenlegen müssen. Bezüglich kleiner und mittlerer Kapitalgesellschaften ist demnach auch der Vorentwurf zum RRG nicht EU-konform (s. Begleitbericht zum RRG S. 77 ff. und 149 ff.).

OR grundsätzlich von der Wirksamkeit von Organhandlungen ausgeht, die den Zweck der Gesellschaft überschreiten. Die praktische Bedeutung dieses Unterschieds ist wohl auf seltene Fälle beschränkt, da das Bundesgericht die Vertretungsmacht im Interesse des Verkehrsschutzes weit auslegt.

Die Vorschriften der ersten Richtlinie über die Nichtigkeit von Gesellschaften (Art. 10 - 12) werfen demgegenüber keine Probleme auf.

### **321.5 Zwischenergebnis**

In bezug auf die Offenlegung der Jahresrechnung bleibt der Vorentwurf hinter den für GmbH geltenden Anforderungen der ersten und vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinien zurück<sup>16</sup>. Weitere Problemfelder im Zusammenhang mit der ersten Richtlinie sind im Bereich des Drittschutzes gegenüber Handlungen der Gesellschaftsorgane zu erblicken.

## **322 Vierte Richtlinie des Rates 78/660/EWG vom 25. Juli 1978 (Bilanzrichtlinie)**

### **322.1 Regelungsbereich**

Die Richtlinie befasst sich in detaillierter Weise mit dem Einzelabschluss. Bestandteile des Jahresabschlusses sind danach die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Anhang (Art. 2). Ergänzt um einen Lagebericht (Art. 46) und einen Bericht über die Abschlussprüfung (Art. 51) handelt es sich somit um eine umfassende Gesamtberichterstattung.

Die Gliederung der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung wird durch Schemata im einzelnen vorgegeben, wobei für die Mitgliedstaaten diverse Wahlmöglichkeiten bestehen.

Die Richtlinie beinhaltet zudem Bewertungsregeln und -grundsätze sowie Vorschriften über die Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses (vgl. dazu bereits Ziff. 131.2).

Sie nimmt eine Differenzierung nach Grössenklassen (kleine, mittlere und grosse Gesellschaften) vor. Für die unteren Kategorie bietet sie nicht nur Erleichterungen bei der Offenlegung, sondern auch hinsichtlich des Detailgehalts der Rechnungslegung.

### **322.2 Rechnungslegung**

Der Vorentwurf erklärt in Art. 805 die für die Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen über die Rechnungslegung und über die Reserven (Art. 662 - 674 OR) auch für die GmbH für anwendbar. Die Rechnungslegung schweizerischer Aktiengesellschaften beruht daneben auch auf den Bestimmungen des allgemeinen Buchführungsrechts (Art. 957 ff. OR)<sup>17</sup>.

Sowohl im schweizerischen Recht wie auch in der vierten Richtlinie besteht die Rechenschaftsablegung aus Teilberichten. Das Obligationenrecht ordnet diese Berichte – insbesondere die Jahresrechnung (bestehend aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang, Art. 662 Abs. 2 OR) und den Jahresbericht – einem Gesamtbericht, dem sogenannten Geschäfts-

---

<sup>16</sup> Dies gilt freilich auch für den Vorentwurf zum RRG (Art. 60 ff.; s. Begleitbericht zum RRG S. 77 ff. und 149 ff.).

<sup>17</sup> Der Vorentwurf zum RRG regelt die Rechnungslegung grundsätzlich rechtsformunabhängig (s. Begleitbericht zum RRG S. 68 ff.).

bericht zu<sup>18</sup>. Auf diese Weise wird aus den einzelnen Berichten eine formelle und materielle Einheit geformt.

Trotz der in der Aktienrechtsreform von 1991 erreichten, erheblichen Annäherungen der schweizerischen Bestimmungen an den EG-Standard können die Rechnungslegungsvorschriften nicht als europakompatibel bezeichnet werden. Abweichungen zwischen beiden Rechtsordnungen sind insbesondere in folgenden Punkten festzustellen:

- Die Mindestgliederungsanforderungen des schweizerischen Aktienrechts (vgl. etwa Art. 663 mit OR Art. 9 der Richtlinie) erreichen nicht die Regeldichte der vierten Richtlinie. Während das schweizerische Aktienrecht die Frage, aus welcher Rechnung die finanzielle Lage einer Gesellschaft hervorgehen soll, weitgehend Lehre und Praxis überlässt, enthält die vierte Richtlinie verbindliche Detailvorschriften.
- Das geltende schweizerische Recht kennt keine Differenzierung des Umfangs der Rechnungslegungspflicht nach der Grösse der Gesellschaft. Die diesbezüglichen Vorschriften der Richtlinie sind für die Mitgliedstaaten allerdings fakultativ, d.h. sie können – müssen aber nicht – in das nationale Recht übernommen werden (vgl. Art. 11 - 12, 27, 44).
- Der wichtigste Unterschied der beiden Rechtsordnungen auf materiellrechtlicher Seite betrifft die Möglichkeit der Bildung stiller *Willkürreserven* im schweizerischen Recht. Ihre Bildung gemäss Art. 669 Abs. 3 OR (Gesichtspunkt des dauernden Gedeihens des Unternehmens) ist infolge der vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie nicht mehr möglich. Da sich die Verweisung des Art. 805 VE auch auf Art. 669 Abs. 3 OR bezieht, steht auch das Rechnungslegungsrecht der GmbH in einem Gegensatz zu dem das europäische Recht der Rechnungslegung beherrschenden Grundsatz des „true and fair view“.
- Terminologie und Systematik der Vorschriften sind nicht kongruent.

### 322.3 Revision

Die achte gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates 84/253/EWG vom 10. April 1984 vereinheitlicht die Anforderungen an die Abschlussprüfer, um die nach der vierten und siebten Richtlinie vorgeschriebenen Jahresprüfungen in allen Mitgliedstaaten gleichwertig zu gestalten.

Gemäss Art. 51 Abs. 2 der vierten Richtlinie i.V.m. den Bestimmungen der achten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie muss der Jahresabschluss aller Gesellschaften, die der Verpflichtung zur Rechnungslegung unterliegen, durch unabhängige Prüfer mit Universitätsniveau geprüft werden. Die Mitgliedstaaten können kleine Gesellschaften (Bilanzsumme von bis zu 2,5 Mio ECU, Nettoumsatzerlösen von bis zu 5 Mio ECU und eine durchschnittlichen Anzahl von bis zu 50 Beschäftigten, vgl. Art. 11 der vierten Richtlinie) von der Pflichtprüfung befreien.

Der Vorentwurf sieht aufgrund von Art. 819 VE eine Pflichtprüfung bei allen Gesellschaften vor. Damit ist nur für die in Art. 727b OR definierten grösseren Gesellschaften die Prüfung durch einen dipl. Bücherexperten i.S. der Revisorenverordnung von 1992 vorgeschrieben<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Der Vorentwurf zum RRG legt fest, dass der Geschäftsbericht aus der Jahresrechnung und dem Jahresbericht besteht. Die Jahresrechnung umfasst den Einzelabschluss und gegebenenfalls die konsolidierte Rechnung (Art. 7 Abs. 2 VE RRG). Der Einzelabschluss umfasst die Bilanz, die Erfolgsrechnung, neu die Geldflussrechnung und den Anhang (Art. 13 Abs. 1 VE RRG).



Das schweizerische Recht entspricht somit den Vorgaben der vierten und der achten Richtlinie in wesentlichen Teilen, aber nicht vollständig:

- Da gemäss Art. 51 Abs. 2 der vierten Richtlinie kleine Gesellschaften (Bilanzsumme von bis zu 2,5 Mio ECU, Nettoumsatzerlösen von bis zu 5 Mio ECU und eine durchschnittlichen Anzahl von bis zu 50 Beschäftigten) ganz von der Pflichtprüfung befreit werden können, steht die schweizerische Regelung (Pflichtprüfung, aber durch weniger qualifizierte Prüfer möglich) insoweit im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht.
- Soweit das schweizerische Recht jedoch die Prüfung von Gesellschaften mit einer Bilanzsumme von mehr als 2,5 Mio ECU, Nettoumsatzerlösen von bis zu 5 Mio ECU und einer durchschnittlichen Anzahl von bis zu 50 Beschäftigten durch Prüfer zulässt, die nicht die Voraussetzungen der achten Richtlinie erfüllen, ist die Europakompatibilität des Vorentwurfs nicht gewährleistet.

Bei Gesellschaften, die die Grenzwerte von Art. 727b OR überschreiten, sind die Anforderungen der Richtlinien an die Revisoren wiederum erfüllt.

In Bezug auf die Unabhängigkeit der Revisoren bestehen nach dem Wortlaut von Art. 727c OR, auf welchen verwiesen wird, keine Bedenken, vgl. Art. 24 der achten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

Wiederum würden durch die vollständige Beachtung der EU-Normen Differenzen zum Recht der AG geschaffen.

#### **322.4 Wohnsitz in der Schweiz**

Im Lichte des EU-Rechts problematisch ist der Verweis auf die Bestimmung von Art. 727 Abs. 2 OR, wonach wenigstens ein Revisor *in der Schweiz* seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung haben muss<sup>20</sup>. Die achte Richtlinie regelt weder die Niederlassungsfreiheit der Revisoren noch den diesbezüglichen freien Dienstleistungsverkehr (vgl. ausdrücklich den elften Erwägungsgrund zu der Richtlinie). Diesbezügliche Vorgaben ergeben sich aber aus dem EG-Vertrag.

Unter Beachtung der Einschränkungen der Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausübung abschliessen, verleihen Art. 59 ff EGV (Freier Dienstleistungsverkehr) jedem in der EU ansässigen Buchprüfer einen Rechtsanspruch darauf, seine beruflichen Kenntnisse in einem anderen Mitgliedstaat als dem seines Sitzes zu nutzen (vgl. auch die Erwägungsgründe 1 und 13 der Richtlinie 89/48/EWG).

*Exkurs:* Diese Ausführungen gelten sinngemäss auch für die in Art. 813 VE enthaltenen Wohnsitzanforderungen der bzw. des Geschäftsführers. Ein solches Erfordernis dürfte als

---

<sup>19</sup> Art. 46 f. VE RRG sieht ein Zulassungsverfahren für Abschlussprüfer vor. Mittlere und grosse GmbH müssen durch einen zugelassenen Abschlussprüfer geprüft werden (Art. 44 VE RRG Variante I). Falls alle GmbH prüfungspflichtig sind (Variante II von Art. 43 VE RRG), erfolgt die Prüfung der kleinen GmbH durch zur Prüfung befähigte Abschlussprüfer (Art. 44 VE RRG Variante II).

<sup>20</sup> Der Vorentwurf zum RRG schreibt vor, dass wenigstens ein Abschlussprüfer seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz haben muss. Ob und wie lange die Vorschrift mit dem EU-Recht konform ist, lässt die Expertenkommission offen. Aus ihrer Sicht empfiehlt es sich, den jetzigen Stand des Rechtes beizubehalten (Art. 45 Abs. 2 VE RRG; s. Begleitbericht zum RRG S. 143).

direkte Diskriminierung gemäss Art. 6 EGV verboten sein; eine entsprechende Beschränkung ist jedoch auf das Gebiet des EWR möglich.

### **322.5 Zwischenergebnis**

Die Verweisung des Vorentwurfs auf die Rechnungslegungsvorschriften des geltenden Aktienrechts überträgt die dortige Situation – Annäherung an die Standards der EU-Richtlinien, aber noch immer zahlreichen Defizite der Europakompatibilität – in das GmbH-Recht. In Teilbereichen sind auch die Vorschriften über die Abschlussprüfung nicht mit den Bestimmungen der vierten bzw. der achten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie sowie mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar.

## **323 Siebente Richtlinie des Rates 83/349/EWG vom 13. Juni 1983 (Richtlinie über den konsolidierten Abschluss)**

### **323.1 Regelungsbereich**

Diese Richtlinie ist in Ergänzung zur vierten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie ergangen. Sie enthält keine rechtliche Definition des Konzerns, verpflichtet aber verbundene Unternehmen zur Konsolidierung ihres Jahresabschlusses. Dieser muss grundsätzlich in gleicher Weise wie bei einem einzigen Unternehmen erstellt werden.

Die Pflicht zur Konsolidierung besteht danach für ein Unternehmen, wenn es als Ober- oder Untergesellschaft die Rechtsform der GmbH aufweist (Art. 4). Ferner muss eine solche Gesellschaft die Stimmenmehrheit über eine oder mehrere Tochtergesellschaften innehaben oder dazu berechtigt sein, die leitenden Gesellschaftsorgane zu bestellen sowie aufgrund von Vertrag oder Statuten die Tochtergesellschaft zu beherrschen.

Darüber hinaus obliegt es den Mitgliedstaaten, die Konsolidierungspflicht einzuführen, wenn eine Konzernobergesellschaft die Tochtergesellschaft faktisch beherrscht bzw. wenn zwei Gesellschaften unter einheitlicher Leitung der Obergesellschaft stehen (Art. 1, 2).

Unternehmensgruppen können von der Konsolidierungspflicht befreit werden, wenn sie die in der vierten Richtlinie für kleine und mittlere Gesellschaften festgelegten Kriterien erfüllen.

### **323.2 Konsolidierungspflicht gemäss Vorentwurf**

Die Verweisung in Art. 805 VE stellt klar, dass auch Art. 663e - 663g OR auf den GmbH-Konzern Anwendung finden sollen.

Im Hinblick auf die Pflicht zur Konsolidierung stellt Art. 663e OR allein darauf ab, ob die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Insoweit besteht kein Gegensatz zu Art. 1 der siebten Richtlinie. Freilich geht die siebente EG-Richtlinie insoweit im Anwendungsbereich weiter, als sie auch dann nach dem „control“-Kriterium Konsolidierung verlangt, wenn eine einheitliche Leitung nicht besteht.

Hinsichtlich der Konzernrechnungslegung verweist Art. 663g OR auf die allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze von Art. 662a OR<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Der Vorentwurf zum RRG statuiert eine Konsolidierungspflicht für alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen. Voraussetzung der Konsolidierungspflicht ist die Kontrolle. Auch kleine Gruppen sind -anders als im Aktienrecht - von der Konsolidierungspflicht nicht ausgenommen. Der Vorentwurf

### **324 Elfte Richtlinie des Rates 89/666/EWG vom 21. Dezember 1989 (Zweigniederlassungsrichtlinie)**

Die Richtlinie gilt für Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat u.a. von Gesellschaften mit beschränkter Haftung errichtet worden sind und die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegen. Sie enthält besondere Offenlegungspflichten zum Schutz von Personen, die über eine Zweigniederlassung mit einer Gesellschaft in Beziehung treten.

Hinsichtlich der Unterlagen der Rechnungslegung der Gesellschaft genügt es, die von der Gesellschaft nach nationalem Recht im Einklang mit der vierten, siebten und achten Richtlinie geprüften und offengelegten Unterlagen beim Register der Zweigniederlassungen offenzulegen. Filialbilanzen müssen nicht aufgestellt werden.

Bestehen in einem Mitgliedstaat mehrere Zweigniederlassungen einer Gesellschaft, so kann die Offenlegung bezüglich Errichtungsakt, Satzung und deren Änderungen sowie bezüglich der Rechnungslegung der Gesellschaft nach ihrer Wahl bei dem Register einer der Zweigniederlassungen vorgenommen werden. Die Offenlegungspflicht der übrigen Zweigniederlassungen erstreckt sich dann auf die Angabe des Registers der Zweigniederlassung, bei dem die Offenlegung erfolgt ist.

Geschäftsbriefe und Bestellscheine, die von der Zweigniederlassung benutzt werden, müssen mindestens die gleichen Angaben enthalten wie die entsprechenden Papiere der Gesellschaft sowie die Angabe des Registers, in das die Zweigniederlassung eingetragen ist.

Der Vorentwurf sieht – als eine rein nationale Gesetzgebung – der Richtlinie entsprechende transnationale Vorschriften nicht vor.

Art. 782 VE regelt lediglich die Publizität der Zweigniederlassung insoweit, als die Handelsregistereintragung unter Bezugnahme auf die Eintragung der Hauptniederlassung am Ort der Zweigniederlassung zu erfolgen hat. Weiter begründet die Vorschrift einen Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung.

### **325 Zwölfte Richtlinie des Rates 89/667/EWG vom 21. Dezember 1989 (Einpersonengesellschaften)**

Die zwölfte Richtlinie ist im Grundsatz nur für die Rechtsform der GmbH zwingend; sie ist jedoch auch auf Aktiengesellschaften anwendbar, soweit diese in den Mitgliedstaaten als Einpersonengesellschaften zugelassen sind (Art. 6 der zwölften Richtlinie).

Die Richtlinie sieht die Gründung der Einpersonengesellschaft als solche oder ihre nachträgliche Entstehung infolge der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand vor. Im Fall nachträglicher Entstehung muss sowohl dieser Umstand als auch die Identität des Gesellschafters Gegenstand der Offenlegung in einem für jedermann zugänglichen Register sein.

Die Beschlüsse des Gesellschafters in seiner Eigenschaft als Gesellschafterversammlung sind schriftlich niederzulegen. Das gleiche gilt für die zwischen ihm und der von ihm vertretenen Gesellschaft geschlossenen Verträge, soweit es sich nicht um laufende Geschäfte handelt.

Der Vorentwurf sieht die Einpersonengesellschaft in Art. 775 VE (AG: Art. 625 Abs. 1 VE) ausdrücklich sowohl als originäre wie auch als nachträglich entstandene Einpersonengesellschaft vor. Art. 812b Abs. 3 VE (AG: Art. 717 Abs. 3 VE) erfüllt die Anforderungen

---

zum RRG stellt keine eigenständigen Konsolidierungsgrundsätze auf und verweist auf allgemein anerkannte Grundsätze der Rechnungslegung (Art. 38 ff. VE RRG; s. Begleitbericht zum RRG S. 137 ff.).

der Richtlinie bezüglich der zwischen dem einzigen Gesellschafter und der von ihm vertretenen Gesellschaft geschlossenen Verträge und Art. 775 Abs. 2 VE und Art. 781 Ziff. 6 VE (AG: Art. 641 Ziff. 6 VE) die Forderung nach Offenlegung des Vorliegens einer Einpersonengesellschaft im Handelsregister (Art. 3 der 12. EG-Richtlinie).

### 33 Fazit

Der Vorentwurf nähert sich in zahlreichen Fragen, die von den Richtlinien der EU geregelt worden sind, dem europäischen Standard an oder erfüllt ihn vollständig.

Differenzen bleiben, wo auf Bestimmungen des geltenden Aktienrechts verwiesen wird. Insbesondere die dortigen *Rechnungslegungsvorschriften* entsprechen bekanntlich nicht dem EU-Standard. EU-Kompatibilität könnte nur über eine erneute Revision des Aktienrechts oder durch das neue *Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG)*, wie es von einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Dr. Peider Mengiardi vorbereitet wurde, erreicht werden. Der entsprechende Vorentwurf zu einem RRG ist gegenwärtig in Vernehmlassung. Er bringt jedoch auch keine umfassende Angleichung an die massgeblichen Harmonisierungsrichtlinien der EU im Bereich der Rechnungslegung<sup>22</sup>.

Schliesslich wären auch die *Wohnsitzerfordernisse* für Revisoren und Geschäftsführer innerhalb der EU nicht aufrecht zu erhalten bzw. zu modifizieren<sup>23</sup>.

## 4 Bedürfnis nach Einführung neuer Gesellschaftsformen?

Zu diskutieren bleibt, ob die GmbH im Zuge der Reform nicht besser als *Sonderform der AG*, als „Kleine AG“ (oder „Private AG“) auszugestalten sei. Ferner ist zu überlegen, ob sich die *Schaffung einer weiteren Gesellschaftsform* im Bereich der Personengesellschaften aufdrängt, die sich am Modell der sogenannten GmbH & Co. KG orientiert, wie sie die Praxis in verschiedenen Nachbarländern kennt.

Im nachfolgenden ersten Abschnitt (Ziff. 41) wird das Verhältnis des geplanten revidierten GmbH-Rechts zum *Aktienrecht* behandelt. Im zweiten Abschnitt (Ziff. 42) wird die Möglichkeit der Einführung eines Konstruktes im Sinne der namentlich in Deutschland bekannten Rechtsform der *GmbH & Co. KG* analysiert.

### 41 Die Revision des Rechts der GmbH im Verhältnis zum Aktienrecht

Das Kleid der Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts ist erfahrungsgemäss sehr *anpassungsfähig*. Es ist nicht nur für grosse, sondern auch für mittlere und kleinere Unternehmungen geeignet. Wo das Recht der Aktiengesellschaft in einzelnen Punkten zu starr ist oder wo die Statuten der Aktiengesellschaft zu wenig personenbezogen ausgestaltet werden

---

<sup>22</sup> Der Vorentwurf zum RRG entspricht sinngemäss weitgehend der 1., 4. und 7. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts: Fair presentation (keine willkürlichen stillen Reserven), Gliederungsvorschriften und Differenzierung nach Grössenklassen. Betreffend die Publizität und hinsichtlich der Zulassung allgemein anerkannter Regelwerke der Rechnungslegung wurde bewusst von den EG-Richtlinien abgewichen. Gewisse Abweichungen bestehen auch hinsichtlich des Anhangs (s. Begleitbericht zum RRG S. 80 ff.).

<sup>23</sup> Ob und wie lange die Vorschrift mit dem EU-Recht konform ist, lässt die Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht“ offen. Aus ihrer Sicht empfiehlt es sich, den jetzigen Stand des Rechtes beizubehalten (Art. 45 Abs. 2 VE RRG; s. Begleitbericht zum RRG S. 143).

können, bietet sich die GmbH - falls sie sachgerecht reformiert wird - als Gesellschaftsform an.

Der Vorentwurf zur Revision des Rechts der GmbH verweist an vielen Orten auf die jeweilige aktienrechtliche Regelung. Das heisst allerdings nicht, dass es sich bei der GmbH um eine Variante der AG handelte. Vielmehr enthält das Aktienrecht eine Art *allgemeinen Teil* des Rechts der Gesellschaftsformen mit juristischer Persönlichkeit, auf welchen die Regelungen der GmbH wie auch der Genossenschaft jeweils verweisen bzw. verweisen sollten.

Namentlich um den Bedürfnissen der KMU entgegenzukommen, könnte ein Reformansatz auch darin bestehen, der bisherigen Regelung des Aktienrechts einige Spezialbestimmungen beizufügen und damit eine *Sonderform der AG* zu schaffen, die zwischen der AG und der GmbH liegt („Private AG“ oder „Kleine AG“). Ein entsprechender Novellierungsvorschlag wurde von *Alain Hirsch* und *Peter Nobel* - als Alternative zu einer Reform des Rechts der GmbH - vorgebracht (SZW 3/1997, S. 126 ff.). Nach reiflicher Überlegung ist die Arbeitsgruppe GmbH zum Schluss gelangt, dass dieser Weg *nicht weiterverfolgt* werden sollte.

Bereits nach bisherigem Recht ist eine GmbH *nicht notwendigerweise kleiner* als eine AG. Der Vorentwurf löst sich noch weiter von der Vorstellung, wonach eine GmbH klein, eine AG hingegen gross sein müsse:

Zwar beträgt das Mindest-Stammkapital der GmbH nur 40'000 Franken gegenüber einem Mindestaktienkapital von 100'000 Franken. Da das Stammkapital der GmbH jedoch im Gegensatz zum Aktienkapital stets voll liberiert sein muss, sind für die Gründung einer GmbH *nur unwesentlich geringere finanzielle Mittel* als für die Gründung einer AG erforderlich, nämlich 40'000 Franken gegenüber 50'000 Franken.

Die bisherige Bestimmung, wonach das Stammkapital der GmbH 2 Mio Franken nicht übersteigen dürfe, wurde *gestrichen*, da man den Gesellschaftern die Möglichkeit offenlassen sollte, die GmbH als Trägerin auch grosser Unternehmen zu verwenden. Es wird damit den Gesellschaftern überlassen zu entscheiden, ob die GmbH die passende Rechtsform ist oder ob die AG gewählt werden soll.

*Grundlegend* unterscheidet sich die GmbH von der AG hingegen etwa durch das Erfordernis der *Zustimmung* der Gesellschafterversammlung zur Abtretung von Stammanteilen, durch das Verbot der *Verbriefung* der Gesellschaftsanteile in einem Inhaber- oder Ordrepapier sowie durch die Möglichkeit, *statutarisch Nachschuss- und Nebenleistungspflichten* vorzusehen. Die GmbH ist damit auf Verhältnisse zugeschnitten, in denen es stärker auf die Person der Gesellschafter, ihre spezifischen Fähigkeiten und Interessen ankommt. Damit ist sie insbesondere auch für Familiengesellschaften besonders geeignet.

*Unpassend* ist die GmbH für Verhältnisse, in denen die *Persönlichkeit* der Gesellschafter *nicht wesentlich* ist, d.h. für Publikumsgesellschaften. Nach dem Vorentwurf ist es darum der GmbH versagt, den *Kapitalmarkt* für die Aufnahme von Eigenkapital in Anspruch zu nehmen; möglich sind zwar Anleiheobligationen, aber keine Options- oder Wandelanleihen. Die fehlende Eignung der GmbH-Anteile für den börslichen, ausserbörslichen oder nebenbörslichen Handel ist dabei nicht als Nachteil, sondern als Wesenselement des der GmbH zugrundeliegenden Konzepts zu betrachten.

Der *Begriff Kleine AG* suggeriert, dass die entsprechende Gesellschaft kleiner ist als eine AG, im übrigen aber dieser entspricht. Dies ist für die GmbH unzutreffend: Wie erwähnt unterscheidet sich die GmbH in der vorgeschlagenen Form von der AG nicht notwendig in der Grösse, wohl aber durch ihre personalistische Ausgestaltung. Sie soll nicht auf finanziell, sondern auf bezüglich der Gesellschafterzahl kleine Verhältnisse ausgerichtet sein, d.h. auf

Verhältnisse, in denen heute meist mit Aktionärbindungsverträgen kombinierte Aktiengesellschaften verwendet werden.

Die Bezeichnung „Kleine AG“ für die GmbH in der vorgeschlagenen Form erweist sich damit als unpassend. Der Begriff *Private AG*, welcher ebenfalls zur Diskussion steht, erfasst notwendigerweise die nicht-börsenkotierten Aktiengesellschaften nur zum Teil.

Das Konzept einer zwiegespaltenen AG ist auch im Hinblick darauf, dass in den *Nachbarländern* der Schweiz der Begriff und die Sache GmbH (bzw. Sàrl/SARL) eingebürgert sind, abzulehnen. Vor allem aber wäre eine rechtliche Konzeption abzulehnen, welche die GmbH als die (kleinere) Schwester der AG darstellen würde.

Das Konzept der „kleinen AG“ hätte aber vor allem den Nachteil, dass der Gesetzgeber in eine Zwangslage geraten würde: Würde die GmbH abgeschafft und träte *an deren Stelle* die „Kleine AG“, so müssten *über 31 000 GmbH* (Stand Ende 1998) in kleine Aktiengesellschaften *umgewandelt* werden. Würde die „kleine AG“ nur *zusätzlich* angeboten, so entstünde eine *unnötige Vielfalt* ähnlicher Gesellschaftsformen – und das Recht der *GmbH* müsste *dennoch revidiert* werden.

## **42 Die GmbH & Co. KG**

### **421 Das Postulat von Nationalrat Raggenbass (97.3142)**

#### **421.1 Inhalt**

Am 20. März 1997 reichte Herr Nationalrat *Hansueli Raggenbass* eine *Motion* mit folgendem Wortlaut ein:

*Das schweizerische Obligationenrecht sei derart zu ändern, dass auch eine juristische Person (z.B. AG, GmbH) unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft) werden kann.*

Zur Begründung der Motion erklärte Nationalrat Raggenbass im wesentlichen, die heutige Rechtslage hindere einen Unternehmer daran, die Rechtsform der Personengesellschaft zu wählen, wenn er sich nicht dem Risiko der unbeschränkten Haftung aussetzen wolle. Die überwiegende Mehrheit der EU-Staaten (wichtigste Ausnahme: Italien) habe das Bedürfnis der Klein- und Mittelunternehmen („KMU“) nach der Rechtsform einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung erkannt. Die Rechtsform der Personengesellschaft könne aus steuerlichen Gründen (Vermeidung der „Doppelbesteuerung“, d.h. der doppelten steuerlichen Belastung von in Kapitalgesellschaften erarbeiteten Gewinnen) und auch aus andern Gründen (Bilanzrecht, Kosten etc.) dem Schweizer Klein- und Mittelunternehmer Vorteile bringen. Erfahrungsgemäss scheitere ein Grossteil der Neugründungen, weshalb der Gesetzgeber dem Gründer die Möglichkeit einräumen sollte, ein Unternehmen zu beginnen, ohne unbeschränkt zur Haftung herangezogen zu werden. Auch die ausländischen Unternehmen könnten Vorteile daraus schöpfen, dass sie in der Schweiz als Gesellschafter einer Personengesellschaft tätig sein könnten; nach den schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen würden diese ausländischen Investoren für ihre Einkünfte und ihr Vermögen der Personengesellschaft nur in der Schweiz besteuert. Im Unterschied dazu würden bei einer Kapitalgesellschaft die Gewinne in der Schweiz besteuert, die Dividenden aber nochmals am ausländischen Wohnsitz zur Steuer herangezogen. Für die möglichen Rechtsformen wies der Parlamentarier auf die vor allem in Deutschland sehr verbreitete „GmbH & Co. KG“ (oder die „AG & Co. KG“) hin.

## 421.2 Stellungnahme des Bundesrates und Behandlung im Parlament

Der Bundesrat beantragte die Umwandlung der Motion in ein Postulat. Das Anliegen müsse zuerst gründlich geprüft werden. Die in Deutschland in der Praxis entwickelte Organisationsform der „GmbH & Co. KG“ sei nicht unproblematisch und werde in Lehre und Rechtsprechung kritisiert; unter allen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten geniesse sie die schlechteste Reputation, da sie oft mit der Möglichkeit der Schädigung der Gläubiger in Verbindung gebracht werde. Zudem sei die *Ausgestaltung* dieser Organisationsform recht kompliziert, indem bei der typischen GmbH & Co. KG nur eine einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin – nämlich eine GmbH – vorhanden sei, deren ausschliesslicher Zweck in der Einnahme der Komplementärstellung in der mit ihr verbundenen Kommanditgesellschaft bestehe. Die Kombination der beiden Gesellschaftsformen „Kommanditgesellschaft“ und „GmbH“ in diesem Verbundsystem führe zu vielfältigen rechtlichen Problemen, weshalb sich hohe Anforderungen an die vertragliche Gestaltung ergäben. Es sei fraglich, ob diese Gestaltungsmöglichkeit wirklich eine zweckmässige Organisationsform für die KMU darstelle. Den Hauptvorteil der GmbH & Co. KG könne man u.a. in der Verbindung der beschränkten Haftung mit der steuerrechtlichen Behandlung als Personengesellschaft (Vermeidung der steuerlichen Doppelbelastung) erblicken. Wegen der Kritik an der GmbH & Co. KG in Deutschland und der grossen Komplexität dieser Gestaltungsmöglichkeit seien Vor- und Nachteile im Vergleich mit anderen Lösungsansätzen – etwa der Alternative einer Personengesellschaft mit ausschliesslich beschränkt haftenden natürlichen Personen – vertieft zu prüfen. Diese würde aber eine deutliche Abkehr vom bisher geltenden System des Schweizer Gesellschaftsrechts bedeuten.

Der Nationalrat hat am 9. Oktober 1998 beschlossen, die Motion in Form eines Postulates zu überweisen.

## 422 Rechtliche Kennzeichen der GmbH & Co. KG

### 422.1 Anerkennung der Kombination einer Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als einziger Komplementärin

In Deutschland hat sich die GmbH & Co. KG seit 1912 in der Praxis allmählich herausgebildet; sie erlangte mit dem Entscheid des Reichsgerichtes unter der Weimarer Republik vom 4. Juli 1922 (RGZ 105, 101 ff.) allgemeine handelsrechtliche Anerkennung. Der deutsche Bundesgerichtshof schloss sich nach dem Zweiten Weltkrieg dieser Rechtsprechung an (BGHZ 45, 207).

Dabei wurden durchaus auch Bedenken gegen die GmbH & Co. KG erhoben; die genannten höchstrichterlichen Urteile betrachteten diese Einwände indessen als nicht stichhaltig. Ein erster Kritikpunkt leitete sich direkt aus der *ungewöhnlichen Gestaltungsform* ab: In dem als GmbH & Co. KG organisierten Unternehmen ist der Rechtsträger des unternehmerischen Vermögens nicht etwa eine GmbH – wie der Name vermuten liesse – , sondern eine *Kommanditgesellschaft*. Den beschränkt haftenden Gesellschaftern („Kommanditisten“) wird als einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter („Komplementär“) eine juristische Person, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beigegeben. Im deutschen Recht fehlte dabei zu jener Zeit (und fehlt auch heute) eine Sonderbestimmung, die derjenigen unseres 1936 ins Obligationenrecht eingefügten Art. 594 Abs. 2 OR entspräche, wonach unbeschränkt haftende Gesellschafter in einer Kommanditgesellschaft nur *natürliche* Personen sein können. Im Ergebnis lehnten es die deutschen Gerichte über Jahrzehnte hinweg ab, diese das schweizerische Handelsrecht seit 1936 beherrschende Sonderregel des Art. 594 Abs. 2 OR auf dem *Interpretationsweg* in die Bestimmungen des deutschen Han-

delsgesetzbuches hineinzulesen. Nach gefestigter Rechtsauffassung kann Komplementärin eine Kapitalgesellschaft oder auch eine Stiftung sein.

#### **422.2 Sonderausprägungen und typische Ausprägung dieser Kombination**

In der Praxis wurde seit dem Ersten Weltkrieg eine grosse Anzahl von gesellschaftsrechtlichen *Sonderausprägungen* entwickelt (wie die AG & Co. KG, die Stiftung & Co. KG), auf die hier nicht weiter einzugehen ist. Für die Abwägung der Vor- und Nachteile ist vielmehr auf die *typische Ausgestaltung* der Rechtsform abzustellen: In einer Kommanditgesellschaft, die als Trägerin eines Unternehmens fungiert, ist der vom Gesetz vorgeschriebene unbeschränkt haftende Gesellschafter eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Geschäftsanteile dieser „Komplementär“-GmbH werden normalerweise proportional den Kommanditisten zugeordnet. Die Komplementär-GmbH nimmt als juristische Person für die Kommanditgesellschaft exklusiv die *Geschäftsführung* wahr und tritt allein nach aussen auf. Die Kommanditisten beschränken sich auf das Innenverhältnis.

#### **423 Hauptvorteile der GmbH & Co. KG in ihrem Entstehungsland**

In der deutschen Lehre und Praxis schreibt man der GmbH & Co. KG gegenüber der reinen GmbH einerseits und gegenüber der reinen Kommanditgesellschaft andererseits in der Regel *vier Hauptvorteile* zu:

1. Verbindung der internen Organisationsform einer Personengesellschaft mit extern beschränkter Haftung;
2. Personengesellschaft mit Geschäftsführung *ohne* unbeschränkte persönliche Haftung;
3. Ermöglichung der Fremdorganschaft;
4. Erleichterungen bei Rechnungslegung und Publizität.

Dagegen spielt in Deutschland die Frage der steuerlichen Doppelbelastung von Kapitalgesellschaften – im Unterschied zur Schweiz – seit der Körperschaftssteuerreform von 1977 nicht mehr die gleiche Rolle wie früher, vgl. dazu hinten Ziff. 424.

#### **423.1 Verbindung der internen Organisationsform einer Personengesellschaft mit extern beschränkter Haftung**

Da der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter einer GmbH & Co. KG eine *Kapitalgesellschaft* – nämlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung – ist, beschränkt sich im Endergebnis das Risiko des ganzen Unternehmens, das in dieser Rechtsform am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, wie folgt:

- hinsichtlich der *Kommanditisten*, weil deren Haftung definitionsgemäss auf die im Handelsregister eingetragene Kommanditsumme begrenzt ist; und
- hinsichtlich der *Komplementär-GmbH*, weil deren Gesellschafter nicht über die im Gesetz definierte, beschränkte Haftung hinaus für die Gesellschaftsschulden einzustehen haben.

Die GmbH & Co. KG erlaubt also, zwei vor allem für KMU wesentliche Eigenarten zu *kombinieren*, nämlich die informelle und flexible innere Organisationsform einer Personengesellschaft mit dem beschränkten Risiko einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft.



### 423.2 Personengesellschaft mit Geschäftsführung ohne unbeschränkte persönliche Haftung

In der deutschen *Personengesellschaft* traditionellen Zuschnitts (offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft; in der Schweiz analog: Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gemäss Art. 552 ff. und 594 ff. OR) ist es *unmöglich*, die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis mit einer beschränkten Haftung zu kombinieren. Von Gesetzes wegen haften in beiden Gesellschaftsformen die geschäftsführenden Gesellschafter persönlich und unbeschränkt. In einer GmbH dagegen ist zwingend auch die Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter von Gesetzes wegen beschränkt.

Es kann nun jedoch ein berechtigtes Bedürfnis bestehen, in einem Unternehmen die Geschäftsführungsbefugnisse einer Person zuzuordnen, die zwar bereit ist, für persönliche Sorgfalt in der Geschäftsführung einzustehen, *nicht aber, für die Geschäftsschulden als Ganzes eine unbeschränkte persönliche Haftung* zu übernehmen.

### 423.3 Ermöglichung der Fremdorganschaft

Sowohl die Kollektiv- wie die Kommanditgesellschaft unterstehen im deutschen (wie im Schweizer) Recht dem Grundsatz der *Selbstorganschaft*; die gesellschaftsrechtlich definierte Geschäftsführung kann nur von einer Person wahrgenommen werden, welche Gesellschafterin und als solche persönlich im Handelsregister eingetragen ist. Einem *Nichtgesellschafter* kann zwar eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis eingeräumt werden (wie Generalvollmacht, Zeichnungsbefugnis als Direktor oder Prokura). Aber diese Befugnisse gehen nie so weit wie jene der persönlichen, gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführung, und stets muss mindestens *ein* persönlich haftender Gesellschafter die Funktionen der Geschäftsführung wahrnehmen, wie auch immer die rechtsgeschäftliche Vertretung nach aussen geregelt wird. Echte Fremdorganschaft ist nicht möglich.

In der *GmbH & Co. KG* ist nun eine Dritt- oder Fremdorganschaft indirekt ohne weiteres zu verwirklichen, indem die Geschäftsführung in der Kommanditgesellschaft ja allein der GmbH (in ihrer Funktion als Komplementärin) obliegt. Daher kann ein Nichtgesellschafter zum Geschäftsführer der GmbH gewählt und damit indirekt mit der Geschäftsführung der GmbH & Co. KG als ganzen betraut werden. Den Gesellschaftern einer *GmbH & Co. KG* bietet sich die Möglichkeit, mit der Geschäftsführung *nicht* einen der ihren zu betrauen, sondern einen auf dem Arbeitsmarkt gefundenen Manager.

Vor allem auch im *Erbfall* erlaubt dies, einen Dritten mit der interimistischen Führung des Unternehmens zu betrauen. Die Einsetzung einer GmbH als Komplementärin, d.h. als einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin, hat im Erbgang auch sonst den Vorteil, die Unternehmensfortführung zu erleichtern: Wenn in einer Kommanditgesellschaft der einzige Komplementär, der bislang die Geschäfte geführt hatte, stirbt, muss innert kurzer Zeit diese Stelle wieder besetzt werden. Vielleicht findet sich unter den Erben keine begabte Führungspersönlichkeit, oder es ist zwar ein geeigneter Erbe vorhanden, dieser möchte aber nicht in eine unbeschränkte Haftung für alle Geschäftsschulden eintreten. Dann müssten die verbleibenden Erben als Kommanditisten einen Dritten in ihren Gesellschaftsverbund aufnehmen, was sie vielleicht nicht wollen. In allen diesen und vielen weiteren Fällen bietet die GmbH & Co. KG für die KMU flexible Lösungen.

### 423.4 Erleichterungen bei Rechnungslegung und Publizität

Die GmbH & Co. KG unterstand früher in Deutschland als Personengesellschaft nicht den strengen Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften der Kapitalgesellschaften nach

HGB. Vor allem die erzwungene Publizität für die GmbH wird in Deutschland als belastend empfunden und kann Anlass zum Ausweichen auf die GmbH & Co. KG geben. Inzwischen hält aber die EU-Richtlinie vom 8. November 1990 (ABl. Nr. L 317 vom 16. November 1990, 60) auch Deutschland dazu an, die Rechnungs- und Offenlegungsvorschriften der Kapitalgesellschaften auf die GmbH & Co. KG anwendbar zu erklären.

## **424 Die steuerlichen Aspekte in Deutschland und in der Schweiz**

### **424.1 Weitgehender Wegfall der steuerlichen Doppelbelastung in Deutschland**

In Deutschland ist seit der Körperschaftsteuerreform von 1977 die doppelte steuerliche Belastung der in Kapitalgesellschaften erzielten Gewinne durch das Anrechnungsverfahren im wesentlichen *beseitigt* worden. Die GmbH & Co. KG ist daher *nicht* mehr ein Vehikel zur Vermeidung der doppelten steuerlichen Belastung, und es ist nicht möglich, die Popularität der GmbH & Co. KG in Deutschland mit diesem früheren, seit mehr als 20 Jahren verschwundenen steuerlichen Vorteil zu begründen. In Deutschland ist übrigens auf den 1. Januar 1997 die *Vermögenssteuer* der natürlichen Personen aufgehoben worden, so dass auch der entsprechende, nach 1977 teilweise noch weiterbestehende Steuervorteil der GmbH & Co. KG heute nicht mehr ins Gewicht fällt.

### **424.2 Steuerliche Doppelbelastung in der Schweiz**

In der *Schweiz* dagegen gilt die steuerliche Doppelbelastung der in einer Kapitalgesellschaft erzielten Unternehmensgewinne nach wie vor. Hier würde sich von selbst ergeben, dass die Doppelbelastung die Unternehmensgewinne, die in einer in der Schweiz in analoger Form eingeführten GmbH & Co. KG erzielt würden, nicht betreffen würde. Die Personengesellschafter würden mit ihren Anteilen an den Einkünften und am Vermögen der das Unternehmen tragenden Kommanditgesellschaft direkt zur persönlichen Einkommens- und Vermögenssteuer sowie den Sozialversicherungsabgaben herangezogen; die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft als solche ist keine steuerpflichtige Person und bezahlt *keine* direkten Steuern. Damit entfielen die doppelte Belastung durch die Gewinnsteuer auf der Ebene der juristischen Person, durch die Verrechnungssteuer bei der Ausschüttung und durch die Einkommenssteuer auf der Dividende – erfasst als Vermögensertrag auf der Ebene der Anteilhaber.

## **425 Die Frage der Einführung der GmbH & Co. KG**

### **425.1 Notwendigkeit einer Gesetzesänderung**

Es ist offensichtlich, dass die „GmbH & Co. KG“ in der Schweiz nur durch eine Gesetzesänderung, d.h. die Aufhebung oder Einschränkung von Art. 594 Abs. 2 OR verwirklicht werden könnte. Man müsste die dort festgeschriebene, zwingende Anforderung, dass unbeschränkt haftende Gesellschafter in einer Kommanditgesellschaft nur *natürliche Personen* sein können, streichen.

### **425.2 Nachteile der GmbH & Co. KG**

Unter den Nachteilen der *GmbH & Co. KG* ist u.E. weniger deren öfters angeführte relativ schlechte Reputation massgeblich, die sich aufgrund der beschränkten Haftung ergibt, denn auch die Kapitalgesellschaften arbeiten mit einer effektiv sehr bescheidenen Minimalanforderung an die Kapitalaufbringung (nach geltendem Recht für die GmbH: 20'000 Franken, wovon 10'000 Franken aufzubringen sind, nach dem Reformvorschlag 40'000

Franken), was in der modernen Wirtschaft – angesichts der sofort anfallenden Kosten und der verzögerten Erträge – äusserst knapp bemessen ist. Es wäre nicht logisch, wenn man die beschränkte Kreditwürdigkeit eines als kleine Kapitalgesellschaft auftretenden Unternehmensträgers einer GmbH oder AG – mit relativ geringem Eigenkapital – akzeptieren, dieses Faktum nun aber plötzlich als Argument ausgerechnet gegen die Rechtsform der GmbH & Co. KG einsetzen wollte.

Die *wirklichen Nachteile* der GmbH & Co. KG sind anderswo zu finden; aus einer Betrachtung der Praxis ergeben sich namentlich die nachfolgenden Elemente.

#### 425.21 Missverständliche Bezeichnung

Der Begriff „GmbH & Co. KG“ ist in Deutschland seit Jahrzehnten eingebürgert und führt offenbar dort nicht zu wesentlichen Missverständnissen. Bei einer allfälligen Einführung dieser Gesellschaftsform in der *Schweiz* jedoch ist zu beachten, dass diese Formbezeichnung an sich in höchstem Umfange missverständlich ist, und zwar aus zwei Gründen:

1. Entgegen dem Nachdruck auf dem ersten Bestandteil „GmbH“ handelte es sich bei der GmbH & Co. KG nicht um ein Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Rechtsträgerin ist, wie dargestellt, eine *Kommanditgesellschaft*, d.h. eine firmen- und rechtsfähige Personengesellschaft im Sinne von Art. 594 und 602 OR („*die Gesellschaft [i.e. die Kommanditgesellschaft] kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden*“). Die GmbH, mit der die Formbezeichnung beginnt und auf welcher der Sprachakzent liegt, hat nur die Funktion einer Komplementärin – und damit des geschäftsführenden Gesellschafters – , indem sie – meistens mit einem minimalen Stammkapital ausgestattet – die in der Kommanditgesellschaft vorgesehene Stelle der unbeschränkt haftenden Teilhaberin ausfüllt. Dadurch können die am Unternehmen beteiligten natürlichen Personen die Rechtsstellung eines Kommanditärs (in Deutschland „Kommanditisten“) einnehmen und ihre persönliche Haftung begrenzen. Die GmbH ist nicht die Rechtsträgerin, welche die Gesellschaftsform „GmbH & Co. KG“ kennzeichnet.
2. Würde man in der Schweiz, in Anlehnung an die Praxis der Mehrzahl der umliegenden Länder (Deutschland, Österreich, Frankreich, nicht aber Italien), die GmbH & Co. KG einführen, würde sich das Benennungsproblem ernsthaft stellen, denn der Ausdruck „GmbH & Co. KG“ ist in der Schweiz bei jenen, die nicht Geschäftsbeziehungen, vor allem mit Deutschland, pflegen, so gut wie unbekannt. Die Bezeichnung ist auch aus sich selbst heraus schwer verständlich, weil in der Schweiz die Abkürzung „KG“ (für Kommanditgesellschaft) nicht gebräuchlich und noch weniger allgemein bekannt ist.

#### 425.22 Rechtliche Komplexität

Die ursprünglich auch in Deutschland laut gewordenen Einwendungen, welche die Komplexität und auch die Widersprüchlichkeit der Rechtsformenkombination „GmbH und KG“ hervorhoben, sind aus Schweizer Sicht ernster zu nehmen. Denn in der Schweiz ist das Misstrauen gegenüber juristischen Konstruktionen grösser, und dem Gebot einer einfachen Regelung wird grösseres Gewicht beigemessen als in Deutschland. Man legt zu Recht Wert auf Allgemeinverständlichkeit der Gesetze. Es ist nun von vornherein ein schwieriges Unterfangen, dem juristischen Laien zu erklären, wie in einer Kommanditgesellschaft der vom Gesetz zwingend vorgeschriebene *unbeschränkt* haftende Gesellschafter eine Gesellschaft mit *beschränkter* Haftung sein soll. Nicht nur das: Auch die rechtsdogmatisch saubere Herleitung der Geschäftsführungsbefugnis in einer GmbH & Co. KG ist ein juristischer

Hochseilakt: Die personengesellschaftliche Geschäftsführungsbefugnis steht in einer GmbH & Co. KG einer juristischen Person (der GmbH) zu, deren geschäftsführender Wille durch eine nach GmbH-Recht ernannte *natürliche* Person, den Geschäftsführer, gebildet wird. Dies läuft auf eine doppelbödige „Huckepack“-Geschäftsführung hinaus, indem die wirklich handelnde natürliche Person – die GmbH-Geschäftsführerin – durch ihr Handeln den geschäftsführenden Willen der *Kapitalgesellschaft* bildet, welche dadurch wiederum die Geschäftsführung der *Personengesellschaft* wahrnimmt.

Diese Rechtskonstruktion wendet sich nun aber nicht an Teilnehmer eines Seminars für Weiterbildung im Gesellschaftsrecht, sondern an die *KMU* – vor allem auch kleinere Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe. Ausgerechnet das für einfache Verhältnisse bestimmte juristische Konstrukt würde die höchsten Anforderungen an abstraktes juristisches Denken stellen.

Dazu kommt, dass die GmbH & Co. KG wohl nicht nur als sog. „*einstöckige*“ GmbH & Co. KG, sondern wie in der deutschen Praxis als „*doppelstöckige*“ oder sogar „*dreistufige*“ GmbH & Co. KG verwendet werden könnte: An der Grundstufe der das Unternehmen tragenden Kommanditgesellschaft würde als Komplementärin nicht eine GmbH, *sondern wiederum eine zweite GmbH & Co. KG beteiligt*. Die Komplexität geht noch weiter, indem es möglich ist, sämtliche Stammanteile der Komplementär-GmbH wiederum der „*oberstöckigen*“ GmbH & Co. KG – rechtlich also dem Gesellschaftsvermögen der Kommanditgesellschaft – zuzuordnen. Diese sog. „*Einheitsgesellschaft*“ dient in Deutschland als Lösung für ein weiteres Komplexitätsproblem der GmbH & Co. KG: Weil das Konstrukt von Anfang an mit zwei verschiedenen Beteiligungssträngen arbeitet – auf der einen Seite den Kommanditen, auf der anderen Seite den Stammanteilen an der Komplementär-GmbH – , stellt sich das Problem, wie die *Parallelität* der Beteiligung an der Kommanditgesellschaft einerseits und an der Komplementär-GmbH andererseits sichergestellt, m.a.W. ein allmähliches „*Auseinanderdriften*“ der beiden Beteiligungsstränge verhindert werden kann. Man spricht in diesem Zusammenhang von der „*Verzahnungsproblematik*“. Dies ist in der Praxis nur durch entweder verhältnismässig heikle vertragliche Lösungen oder durch die erwähnte „*Einheitsgesellschaft*“ möglich (d.h. die Einbringung der Stammanteile der Komplementär-GmbH in das Gesellschaftsvermögen der Kommanditgesellschaft).

Es ist nicht zu übersehen, dass diese *Komplexitäten* gerade mit den Anforderungen an eine einfache und klare Regelung, die für die *KMU* zu stellen sind, schwerlich vereinbar ist. Wenn die Dinge sich in Deutschland in der Praxis trotz allem leidlich bewältigen lassen, so u.a. deshalb, weil die Rechtstradition dort eine andere ist und sich die komplexe Rechtsfigur GmbH & Co. KG seit einem Reichsgerichtsentscheid von 1922 – also seit drei Generationen – in der Praxis eingelebt hat.

#### **425.23 Firmenrecht**

Nach altem deutschem Firmenrecht musste der Name des Komplementärs vollständig in die Firma aufgenommen werden (§ 19 Abs. 2 aHGB). Probleme konnten sich deshalb im Falle von GmbH & Co. KG ergeben, weil sich jede neue Firma von allen an demselben Ort bereits ins Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden musste; wurde zur deutlichen Kennzeichnung der Funktion die Firmenbezeichnung der „Komplementär-GmbH“ einer GmbH & Co. KG mit einem ergänzenden Zusatz versehen (z.B. „Müller Geschäftsführungs-GmbH“), hätte nach altem deutschem Firmenrecht die Einsetzung eben dieses Firmennamens an der Stelle der Komplementärin der GmbH & Co. KG zu einer Identität der Firmennamen der KG und der GmbH geführt, wenn man von der Nuance absieht, dass die Komplementär-GmbH „Müller Geschäftsführungs-GmbH“ und die GmbH &

Co. KG selbst „Müller Geschäftsführungs-GmbH & Co. KG“ geheissen hätte. In der Schweiz würde sich nach der bisherigen Firmenrechtspraxis das genannte Problem in ähnlicher Form nach wie vor stellen.

In Deutschland wurde allerdings zwischenzeitlich eine Reform des Firmenrechts (Handelsrechtsreformgesetz, mit Wirkung ab 1. Juli 1998) durchgeführt, die das Problem entschärft hat: Neu kann jedes Unternehmen zwischen einer Personenfirma, einer Sachfirma oder einer Phantasiebezeichnung wählen. Die Firma muss lediglich zur Kennzeichnung geeignet sein, Unterscheidungskraft besitzen und dem Grundsatz der Firmenwahrheit entsprechen; dafür müssen alle Firmen nunmehr einen Rechtsformzusatz enthalten (§ 18 HGB; vgl. §§ 4 GmbHG, 4 AktG und 3 GenG). In Deutschland hat m.a.W. eine weitgehende Freigabe der Firmenbildung stattgefunden; das Problem der Firmierung der GmbH und Co. KG stellt sich in seiner ursprünglichen Form also nicht mehr.

#### **425.24 Ergebnis**

Übernimmt man die GmbH & Co. KG, muss man mit dem in der deutschen Praxis zu Tage getretenen konzeptionellen Widerspruch, der rechtlichen Komplexität und der erschwerten Erklärbarkeit ihres juristischen Aufbaus leben.

#### **43 Alternative zur GmbH & Co. KG : Schaffung der Rechtsform einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung**

Eine mögliche Alternative zur „GmbH & Co. KG“ sieht die Arbeitsgruppe GmbH in der Schaffung einer sogenannten „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“, Dieser Vorschlag für eine neue Rechtsform baut auf dem Modell der Kommanditgesellschaft auf, wobei aber alle Gesellschafter nur beschränkt bis zum Betrag eine im Handelsregister eingetragenen Summe haften sollen (d.h. allen Gesellschafter käme die Rechtsstellung von Kommanditären zu; es gäbe keine Komplementäre). Die Haftungssummen der Gesellschafter müssten nach dem Vorschlag der Experten zumindest 40'000 Franken betragen. Eine tatsächliche Einlage würde nicht verlangt. Der Kapital- und Gläubigerschutz sollte ersatzweise durch Normen zur Rechnungslegung und eine obligatorische externe Revision gewährleistet werden.

Das EJPD wird diesen Vorschlag aufnehmen und in Fachkreisen vertieft erörtern.

## Inhaltsverzeichnis

<i>Übersicht</i> .....	2
<b>1 Allgemeiner Teil</b> .....	<b>4</b>
<b>11 Ausgangslage der Reform</b> .....	<b>4</b>
111 Praktische Bedeutung der GmbH.....	4
112 Inhaltliche Mängel des geltenden Rechts .....	4
113 Redaktionelle Mängel des heutigen Rechts.....	7
114 Unerlässliche Anpassungen an den Stand des Aktienrechts.....	8
<b>12 Vorgehen der Arbeitsgruppe GmbH</b> .....	<b>8</b>
<b>13 Rechtsvergleichung</b> .....	<b>8</b>
131 Entwicklung des Rechts der GmbH in Deutschland.....	8
131.1 Revision des GmbH-Rechtes namentlich im Jahre 1980.....	8
131.2 Umsetzung des EU-Gesellschaftsrechts.....	9
131.3 Jüngste Entwicklung.....	10
132 Entwicklung des Rechts der SARL in Frankreich .....	10
132.1 Jüngste Änderungen .....	10
132.11 Strukturelle Änderungen.....	11
132.111 Erhöhung des minimalen Gesellschaftskapitals .....	11
132.112 Freie Umwandelbarkeit der SARL in eine SA .....	11
132.113 Schriftliche Beschlussfassung bei Einstimmigkeit .....	11
132.12 Schutz der Gläubiger und der nicht geschäftsführenden Gesellschafter .....	11
132.121 Ausweitung der Kontrollrechte der nicht geschäftsführenden Gesellschafter.....	11
132.122 Erfordernis eines unabhängigen Revisors .....	11
132.123 Pflicht zur Hinterlegung der Bücher bei Gericht.....	12
132.124 Massnahmen zur Verhinderung von finanziellen Schwierigkeiten .....	12
132.125 Modifikation der persönlichen Solidarhaftung der Gesellschafter bei Sacheinlagen.....	12
132.13 Erhöhung der Attraktivität der SARL .....	12
132.131 Möglichkeit für Ehegatten, ein Gewerbe einzubringen.....	12
132.132 Beseitigung der steuerlichen Diskriminierung der geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter.....	12
132.14 Erweiterung des Einsatzbereichs der SARL .....	13
132.141 Eine GmbH für die freien Berufe.....	13
132.142 Einpersonengesellschaft.....	13
132.2 Einige interessante Lösungen des französischen Rechts.....	13

132.21	Gesellschaftskapital.....	13
132.22	Rechte der Gesellschafter.....	14
132.23	Weitere Punkte .....	14
<b>14</b>	<b>Ziele der GmbH-Revision.....</b>	<b>15</b>
<b>2</b>	<b>Besonderer Teil: Erläuterung der wichtigsten Bestimmungen des Vorentwurfs .....</b>	<b>15</b>
<b>21</b>	<b>Vorbemerkung.....</b>	<b>15</b>
<b>22</b>	<b>Allgemeine Bestimmungen .....</b>	<b>16</b>
221	Begriff der GmbH (Art. 772 Abs. 1 OR, 772 Abs. 1 VE) .....	16
222	Zulassung auch nichtwirtschaftlicher Zielsetzungen (Art. 772 Abs. 3 OR, 772 Abs. 3 VE).....	16
223	Einpersonen-GmbH (Art. 775 OR, 775 VE).....	16
224	Firma (Art. 949, 951 OR, 950/51 VE).....	17
225	Gesellschaftskapital.....	18
225.1	Erhöhung des minimalen Stammkapitals auf 40'000 Franken (Art. 773 OR, 773 VE) .....	18
225.2	Aufhebung der Obergrenze von 2 Mio Franken (Art. 773 OR) .....	18
225.3	Sicherung der Kapitalaufbringung (Art. 779 Abs. 4 und 5 VE) .....	19
225.4	Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung aller Gesellschafter (Art. 772 Abs. 2, 802 OR, 772 Abs. 2, 802 VE).....	20
225.5	Volleinzahlung der Stammanteile (Art. 774 Abs. 4 VE).....	22
225.6	Kapitalerhaltung beim Erwerb eigener Stammanteile (Art. 807 Abs. 2 OR, 807 Abs. 1 und 3 VE).....	22
225.7	Erleichterung der Kapitalerhöhung (Art. 786/779 OR, 786 VE) .....	23
225.8	Vereinfachte Herabsetzung des Stammkapitals zur Bilanzbereinigung (Art. 788 OR, 788 VE) .....	23
225.9	Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (Art. 807c VE).....	24
226	Mitgliedschaft .....	24
226.1	Vereinfachung der Terminologie .....	24
226.2	Senkung des Mindestnennwerts von Stammanteilen (Art. 774 Abs. 1 OR, 774 Abs. 1 VE).....	25
226.3	Zulässigkeit des gleichzeitigen Besitzes von mehreren Stammanteilen (Art. 772 Abs. 2 OR, 774 Abs. 2 VE).....	25
226.4	Flexiblere Regelung der Vinkulierung (Art. 791 Abs. 2 OR, 791 Abs. 2 - 4 VE). 26	
226.5	Nutznussung und Pfandrecht (Art. 797a VE).....	26
226.6	Aufhebung der jährlichen Meldepflicht (Art. 790 Abs. 2 OR) .....	26

226.7	Modifikationen hinsichtlich der Ausschliessung oder des Austritts von Gesellschaftern (Art. 822 OR, 822 - 822c VE).....	27
226.8	Absicherung der Gesellschaft gegen die Folgen des Konkurses eines Gesellschafter (Art. 793 f OR, 792 VE).....	28
226.9	Zulässigkeit von Genussscheinen (Art. 774a VE).....	29
<b>23</b>	<b>Rechte und Pflichten der Gesellschafter.....</b>	<b>29</b>
231	Verbesserung der Stellung der Minderheitsgesellschafter .....	29
232	Rechnungslegung (Art. 805 OR, 805 VE).....	30
233	Ausschüttungen an die Gesellschafter (Art. 804 OR, 804 VE).....	31
234	Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter (Art. 819 OR, 790 Abs. 3 und 807b VE).....	31
234.1	Das Konzept von 1936 und seine Schwächen.....	31
234.2	Vorgeschlagene Neuregelung .....	32
235	Bezugsrechtsschutz für Minderheitsgesellschafter (Art. 787 OR, 787 VE) .....	34
236	Statutarische Vorrechte (Art. 777 Ziff. 2, 808 Abs. 2 Ziff. 2 VE).....	35
236.1	Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte .....	35
236.2	Stimmrechtsprivilegierte Stammanteile.....	35
236.3	Vetorechte (Art. 777 Ziff. 5 VE) .....	35
236.4	Stichentscheid (Art. 777 Ziff. 5 VE) .....	35
237	Treuepflicht und Konkurrenzverbot der Gesellschafter (Art. 818 OR, 807a VE) .	36
238	Nachschusspflicht (Art. 803 OR, 803 - 803c VE) .....	36
238.1	Schwächen der bisherigen Regelung .....	36
238.2	Lösungsansätze .....	37
<b>24</b>	<b>Organisation der Gesellschaft.....</b>	<b>38</b>
241	Gesellschafterversammlung.....	38
241.1	Kompetenzabgrenzung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern (Art. 810 ff. OR, 808, 811 Abs. 3, 812a VE) .....	38
241.11	Unübertragbare und unentziehbare Befugnisse der Geschäftsführer .....	38
241.12	Befugnisse der Gesellschafterversammlung .....	39
241.2	Durchführung der Gesellschafterversammlung (Art. 809 OR, 809 VE).....	39
241.3	Mehrheitserfordernisse (Art. 808 Abs. 3 OR, 810c und 810d VE).....	40
241.4	Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (Art. 808 Abs. 6 OR, 810d VE) .....	41
242	Geschäftsführer .....	41
242.1	Ordnung bei einer Mehrzahl von Geschäftsführern (Art. 812 VE) .....	41
242.2	Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (Art. 814a VE).....	41



242.3	Sorgfalts- und Treuepflicht der Geschäftsführer (Art. 812b VE).....	42
242.4	Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 817 Abs. 1 OR, 817, 817a VE).....	42
243	Revision.....	42
243.1	Obligatorische Abschlussprüfung (Art. 819 OR, 819 Abs. 1 VE).....	42
243.2	Anforderungen an den Revisor (Art. 819 Abs. 2 OR, 819 Abs. 2 VE) .....	44
<b>25</b>	<b>Übergangsbestimmungen .....</b>	<b>44</b>
251	Allgemeine Regel (Art. 1 VE ÜB).....	44
252	Anpassungsfrist (Art. 2 VE ÜB).....	45
253	Stammkapital und Einlagen (Art. 3 VE ÜB).....	45
254	Partizipationsscheine (Art. 4 VE ÜB).....	46
255	Nachschusspflicht (Art. 5 VE ÜB) .....	47
256	Eigenkapitalersetzende Darlehen (Art. 6 VE ÜB).....	47
257	Jahresrechnung und Revision (Art. 7 VE ÜB) .....	48
258	Stimmrecht (Art. 8 VE ÜB) .....	48
259	Qualifizierte Mehrheiten (Art. 9 VE ÜB).....	48
<b>26</b>	<b>Exkurs: Eignung der GmbH als Trägergesellschaft für ein Joint Venture ...</b>	<b>49</b>
<b>27</b>	<b>Verworfenne Reformanregungen .....</b>	<b>50</b>
27.01	Keine Sonderregeln für die Zweipersonen-GmbH.....	50
27.02	Keine Verbriefung der Stammeinlagen in Inhaber- oder Ordrepapieren.....	51
27.03	Keine Beschränkung der Anzahl der Gesellschafter .....	51
27.04	Keine bzw. nur beschränkte Anonymität der Gesellschafterstellung .....	51
27.05	Keine Aufhebung des Notariatszwangs für die Abtretung von Stamm-anteilen....	52
27.06	Keine genehmigte und keine bedingte Kapitalerhöhung .....	54
27.07	Keine gesetzliche Regelung der Amortisation (Einziehung) von Stamm-anteilen .	54
27.08	Keine Sonderprüfung .....	54
27.09	Keine gesetzliche Drittorganschaft .....	54
27.10	Keine Zulassung juristischer Personen als Geschäftsführer.....	55
27.11	Keine Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Geschäftsführung .....	55
<b>28</b>	<b>Anpassungen des übrigen Gesellschaftsrechts an das revidierte GmbH-Recht .....</b>	<b>56</b>
281	Aktienrecht .....	56
281.1	Zahl der Mitglieder einer AG; Rechtsfolgen des Fehlens notwendiger Organe.....	56
281.11	Zulassung der Einpersonen-AG (Art. 625 Abs. 1 VE) .....	56

281.12	Auflösungsbegehren des Handelsregisterführers bei Fehlen von Gesellschaftsorganen (Art. 625 Abs. 2 VE).....	57
281.2.	Kostentragung der Sonderprüfung (Art. 697g VE) .....	57
281.3	Eigenkapitalersetzende Darlehen (Art. 697i VE).....	58
281.4	Nationalität und Wohnsitz (Art. 708 VE).....	58
281.5	Löschung eines ausgeschiedenen Verwaltungsratsmitgliedes aus dem Handelsregister (Art. 711 Abs. 2 VE) .....	58
281.6	Verträge des Aktionärs mit der Einpersonen-AG (Art. 717 Abs. 3 VE).....	58
281.7	Beendigung des Revisionsamtes (Art. 727e Abs. 4 VE) .....	58
282	Genossenschaftsrecht.....	59
282.1	Zulassung der Einpersonen-Genossenschaft? .....	59
282.2	Zahl der Mitglieder und Wohnsitz (Art. 831 und 895 VE).....	59
283	Firmenrecht .....	59
<b>3</b>	<b>Europakompatibilität des Vorentwurfs.....</b>	<b>60</b>
<b>31</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>60</b>
311	Überblick.....	60
312	Zielsetzung des Harmonisierungsprogramms.....	60
<b>32</b>	<b>Prüfung des Vorentwurfs anhand der einschlägigen EG-Richtlinien .....</b>	<b>61</b>
321	Erste Richtlinie des Rates 68/151/EWG vom 9. März 1968 (Publizitätsrichtlinie).....	61
321.1	Regelungsbereich.....	61
321.2	Offenlegung gesellschaftsrelevanter Tatsachen .....	61
321.3	Insbesondere: Publizität der Rechnungslegung .....	61
321.4	Gültigkeit von Verpflichtungen.....	62
321.5	Zwischenergebnis .....	63
322	Vierte Richtlinie des Rates 78/660/EWG vom 25. Juli 1978 (Bilanzrichtlinie) .....	63
322.1	Regelungsbereich.....	63
322.2	Rechnungslegung .....	63
322.3	Revision .....	64
322.4	Wohnsitz in der Schweiz.....	65
322.5	Zwischenergebnis .....	66
323	Siebente Richtlinie des Rates 83/349/EWG vom 13. Juni 1983 (Richtlinie über den konsolidierten Abschluss).....	66
323.1	Regelungsbereich.....	66
323.2	Konsolidierungspflicht gemäss Vorentwurf .....	66

324	Elfte Richtlinie des Rates 89/666/EWG vom 21. Dezember 1989 (Zweigniederlassungsrichtlinie) .....	67
325	Zwölfte Richtlinie des Rates 89/667/EWG vom 21. Dezember 1989 (Einpersonengesellschaften) .....	67
<b>33</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>68</b>
<b>4</b>	<b>Bedürfnis nach Einführung neuer Gesellschaftsformen?.....</b>	<b>68</b>
<b>41</b>	<b>Die Revision des Rechts der GmbH im Verhältnis zum Aktienrecht .....</b>	<b>68</b>
<b>42</b>	<b>Die GmbH &amp; Co. KG .....</b>	<b>70</b>
421	Das Postulat von Nationalrat Raggenbass (97.3142) .....	70
421.1	Inhalt .....	70
421.2	Stellungnahme des Bundesrates und Behandlung im Parlament.....	71
422	Rechtliche Kennzeichen der „GmbH & Co. KG“ .....	71
422.1	Anerkennung der Kombination einer Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als einziger Komplementärin.....	71
422.2	Sonderausprägungen und typische Ausprägung dieser Kombination .....	72
423	Hauptvorteile der GmbH & Co. KG in ihrem Entstehungsland .....	72
423.1	Verbindung der internen Organisationsform einer Personengesellschaft mit extern beschränkter Haftung .....	72
423.2	Personengesellschaft mit Geschäftsführung <i>ohne</i> unbeschränkte persönliche Haftung .....	73
423.3	Ermöglichung der Fremdorganschaft.....	73
423.4	Erleichterungen bei Rechnungslegung und Publizität .....	73
424	Die steuerlichen Aspekte in Deutschland und in der Schweiz.....	74
424.1	Weitgehender Wegfall der steuerlichen Doppelbelastung in Deutschland .....	74
424.2	Steuerliche Doppelbelastung in der Schweiz.....	74
425	Die Frage der Einführung der GmbH & Co. KG.....	74
425.1	Notwendigkeit einer Gesetzesänderung .....	74
425.2	Nachteile der „GmbH & Co. KG“ .....	74
425.21	Missverständliche Bezeichnung .....	75
425.22	Rechtliche Komplexität .....	75
425.23	Firmenrecht.....	76
425.24	Ergebnis.....	77
<b>43</b>	<b>Alternative zur GmbH &amp; Co. KG : Schaffung der Rechtsform einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung .....</b>	<b>77</b>
	Inhaltsverzeichnis .....	78