

# Das neue Schweizer GmbH-Recht

von  
Peter Forstmoser

## Inhalt

<b>I.</b>	<b>Einleitung</b> .....	29
<b>II.</b>	<b>Die praktische Bedeutung der GmbH in der Schweiz</b> .....	30
<b>III.</b>	<b>Die Gesetzgebungsarbeiten</b> .....	31
<b>IV.</b>	<b>Struktur der GmbH und Zielsetzungen der Reform</b> .....	32
	1. Das bisherige Recht .....	32
	2. Die Stossrichtungen der Reform .....	33
<b>V.</b>	<b>Kapitalbasis</b> .....	34
<b>VI.</b>	<b>Stellung der Gesellschafter</b> .....	36
<b>VII.</b>	<b>Organe und ihre Kompetenzen</b> .....	39
	1. Vergleich mit der AG .....	39
	2. Gesellschafterversammlung .....	39
	3. Geschäftsführung .....	40
	4. Revision .....	42
<b>VIII.</b>	<b>Entstehung, Kapitalveränderungen und Beendigung</b> .....	42

## I. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht der Schweiz kennt – wie das zahlreicher anderer Länder – zwei Formen von Kapitalgesellschaften: die eher auf Publikums-gesellschaften ausgerichtete Aktiengesellschaft, AG (geregelt in OR 620–763) und die stärker für private Verhältnisse konzipierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH (OR 772–827).

Die Grundlagen für beide Gesellschaften sind in einer 1936 abgeschlos-senen grossen Revision des schweizerischen Gesellschaftsrechts gelegt worden. In der Folge wurde das Aktienrecht während der Jahre 1968–1991 einer umfassenden Teilrevision unterzogen (Inkrafttreten des revidierten

Rechts 1.7.1992<sup>1</sup>), während das *Recht der GmbH bis heute praktisch unverändert* geblieben ist.

In den letzten zehn Jahren ist aber die Überarbeitung des Rechts der GmbH nachgeholt worden, und per 1.1.2008 wird ein total revidiertes GmbH-Recht in Kraft treten<sup>2</sup>.

Im Folgenden werden zunächst in drei Kapiteln die praktische Bedeutung der GmbH (Ziff. II.), die Reformarbeiten (Ziff. III.) sowie die Struktur der Schweizer GmbH und Strukturveränderungen im Zuge der Reform (Ziff. IV.) dargestellt.

Sodann folgt eine Übersicht über vier wichtige Bereiche: Kapitalbasis (Ziff. V.), Stellung der Gesellschafter (Ziff. VI.), Organe und ihre Aufgaben (Ziff. VII.), Entstehung und Beendigung der GmbH sowie Kapitalveränderungen (Ziff. VIII.).

## II. Die praktische Bedeutung der GmbH in der Schweiz

a) Die schweizerische GmbH ist ein *Retortenbaby*, das ohne Ahnen in der schweizerischen Rechtstradition 1936 – gestützt auf das deutsche Vorbild – in die Welt gesetzt worden ist. Man wollte damit das Bedürfnis nach einem Mittelweg zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft befriedigen und eine Organisationsform zur Verfügung stellen, bei der «eine Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung und Betätigung der Mitglieder bezweckt wird»<sup>3</sup>.

b) Dieses Ziel ist zunächst *verfehlt* worden: Bis Anfang der Neunzigerjahre wurde die GmbH von der Praxis links liegen gelassen. Ende 1991 gab es in der Schweiz neben 166 000 Aktiengesellschaften weniger als

<sup>1</sup> Eine erneute Revision ist vom Bundesrat mit einem am 2.12.2005 in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf angestossen worden. Konkrete Ergebnisse sind nicht vor 2010 zu erwarten.

<sup>2</sup> Für die Zukunft ist mit einem rascheren Rhythmus der Reformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht zu rechnen.

<sup>3</sup> So die Botschaft des Bundesrates von 1928, S. 273.

2800 GmbHs. Routinemässig hat man sich während Jahrzehnten der Rechtsform der AG auch in Fällen bedient, in denen dem Gesetzgeber eigentlich die GmbH vorschwebte.

c) Das hat sich inzwischen gründlich geändert: In den letzten anderthalb Jahrzehnten hat sich die GmbH *vom Mauerblümchen zum Star des schweizerischen Gesellschaftsrechts entwickelt*: Ihre Zahl hat sich auf 92 448 Ende 2006 mehr als verdreissigfacht, während die der AG im gleichen Zeitraum um nur 5 % auf 175 459 zugenommen hat. Der Grund für diese Entwicklung liegt vor allem in den strengeren Anforderungen, die seit der Aktienrechtsreform von 1992 an die AG gestellt werden.

d) Heute ist die GmbH die *zweithäufigste Gesellschaftsform in der Schweiz* – zwar noch immer mit grossem Abstand zur AG, aber mit noch weit grösserem Abstand zu allen übrigen Gesellschaften.

## III. Die Gesetzgebungsarbeiten

a) Im Herbst 1995 wurde vom Bundesrat eine Arbeitsgruppe<sup>4</sup> eingesetzt, deren Aufgabe es war, das GmbH-Recht zu überprüfen und zu überarbeiten, vor allem im Hinblick auf die *Bedürfnisse der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)*. Die Arbeitsgruppe hat Ende 1996 einen ersten Vorschlag vorgelegt, und dieser wurde aufgrund zahlreicher Reaktionen der interessierten Kreise zu einem definitiven *Vorentwurf* weiterbearbeitet, der 1999 allgemein zugänglich gemacht worden ist.

b) Darauf basierend hat der Bundesrat einen Entwurf ausgearbeitet und mit einer *Botschaft vom 19.12.2001* dem Parlament unterbreitet. Drei Jahre später – am 23.6.2004 – veröffentlichte der Bundesrat eine *weitere Botschaft*, in der sich einige wenige weitere Änderungsvorschläge für das Recht der GmbH fanden, vor allem aber zusätzliche Vorschläge für Gesetzesänderungen im Rahmen des Gesellschaftsrechts, die mit dem Recht

<sup>4</sup> Bestehend aus den Professoren Böckli, Forstmoser und Rapp.

der GmbH direkt nichts zu tun haben, aber als sachlich dringlich erschienen<sup>5</sup>.

c) Die Beratungen im Parlament begannen 2002 und erfolgten schwergewichtig im Laufe des Jahres 2005. Am 16.12.2005 ist das revidierte Recht verabschiedet worden. Per 1.1.2008 soll es in Kraft treten.

## IV. Struktur der GmbH und Zielsetzungen der Reform

### 1. Das bisherige Recht

Die schweizerische GmbH ist bewusst als *Mischform konzipiert* worden, die *kapital- und personenbezogene Elemente* vereinen sollte. Ein parlamentarischer Berichterstatter hat dies 1937 plastisch wie folgt zum Ausdruck gebracht:

«So erscheint die GmbH als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier».

Also:

- Die GmbH ist eine *Kapitalgesellschaft* und als solche der AG eng verwandt.
- Aber sie ist eine *eigenständige Kapitalgesellschaft* und nicht einfach eine «AG light». Vielmehr setzt sie sich von dieser ab durch ihre *Personenbezogenheit*, die sie in die Nähe der Personengesellschaften und namentlich der Kollektivgesellschaft bringt.

<sup>5</sup> Die wichtigste Ergänzung ist zweifellos die völlige Neubearbeitung und für alle Körperschaften im Wesentlichen einheitliche Ausgestaltung des *Revisionsrechts*, das durch ein neues *Revisionsaufsichtsgesetz vom 16.12.2005* ergänzt wird.

## 2. Die Stossrichtungen der Reform

a) An dieser Ausgestaltung der GmbH als einer *Mischform* wird im revidierten Recht *festgehalten*, ja es wird diese Eigenart der GmbH als Bindeglied zwischen kapitalbezogenen und personalistischen Organisationsformen noch verstärkt:

- Der Charakter als *Kapitalgesellschaft* wird betont, indem die Regelung der Kapitalbasis konsequenter derjenigen des Aktienrechts angepasst wird und Differenzierungen zwischen den beiden Kapitalgesellschaften ausgemerzt werden.
- Gleichzeitig ist aber die *Eigenständigkeit* der GmbH als einer *personenbezogenen* und insofern den Personengesellschaften verwandten Kapitalgesellschaft beibehalten worden. Vorschläge, die GmbH als eine Art kleine Schwester der AG auszugestalten, sind im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten verworfen worden.

Das revidierte Recht definiert denn auch die GmbH in der Legaldefinition als eine «*personenbezogene Kapitalgesellschaft*», wobei zum einen das Bestehen eines Stammkapitals und die ausschliessliche Haftung des Gesellschaftsvermögens für die Verbindlichkeiten der GmbH betont werden, zum anderen aber auch, dass statutarisch Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorgesehen werden können (revOR 772 Abs. 1<sup>6</sup>).

b) Zusätzlich zu diesen beiden Zielsetzungen der Annäherung der GmbH an die AG und der gleichzeitigen Bewahrung ihrer Eigenständigkeit wurde noch ein drittes Ziel verfolgt: die *Beseitigung einer Reihe von Eigenarten* des geltenden schweizerischen GmbH-Rechts und eine generelle *Annäherung an das EU-Recht*.

- Das schweizerische GmbH-Recht ist zwar – wie erwähnt – nach deutschem Muster geschaffen worden. Mit schweizerischem Perfektionismus wurden aber da und dort «Verbesserungen» angebracht, die sich im Nachhinein überwiegend als Missgriffe erwiesen

<sup>6</sup> Die Hinweise auf Gesetzesartikel mit «OR» beziehen sich auf das geltende Recht, diejenigen mit «revOR» auf das revidierte Recht der GmbH.

haben. In der GmbH-Reform sind solche *Helvetismen bereinigt* worden<sup>7</sup>.

- Die Schweiz bemüht sich seit vielen Jahren, ihre Rechtsordnung anlässlich von Reformen dem Recht der EU anzunähern. Dieser sogenannte *autonome Nachvollzug europäischen Rechts* fand auch bei der GmbH-Reform statt, und das neue Recht wird weitgehend europakompatibel sein<sup>8</sup>.

## V. Kapitalbasis

a) Als Körperschaft mit einem zum Voraus bestimmten Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich nur das eigene Vermögen haftet, ist die *GmbH eng mit der AG verwandt*. Soweit es um die Sicherstellung der Haftungsbasis, um die Rechnungslegung, um die Prüfung der Jahresrechnung und um den Kapitaleinsatz der Gesellschafter geht, sind daher für diese beiden Rechtsformen weitestgehend gleiche Regeln angebracht<sup>9</sup>.

Diesem Umstand ist bei der Einführung der GmbH in das schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahre 1937 zu wenig Rechnung getragen worden. Die Folge davon ist eine Vielzahl sachlich nicht gebotener Differenzen zwischen den beiden Kapitalgesellschaften des schweizerischen Rechts.

<sup>7</sup> Dazu nur ein Beispiel: Nach geltendem Recht haften alle GmbH-Gesellschafter für die Volleinzahlung des gesamten Stammkapitals, unabhängig von der Grösse ihrer eigenen Verpflichtung (OR 772 Abs. 2). In Zukunft wird diese Regelung gegenstandslos sein und hat jeder Gesellschafter nur für seine eigene Liberierungspflicht einzustehen (revOR 793 Abs. 1).

<sup>8</sup> Auch hier ein Beispiel. Das künftige Recht ermöglicht – in Übereinstimmung mit der 12. EG-Richtlinie – die offene Gründung einer Einpersonen-GmbH (revOR 775), während nach geltendem Recht mindestens zwei Gründungsgesellschafter nötig sind (OR 775 Abs. 1).

<sup>9</sup> Der Gedanke, dass für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte unabhängig von der gewählten Rechtsform gleiches Recht gelten soll (*same business, same rules*), hat sich im Schweizer Wirtschaftsrecht in neuester Zeit mehr und mehr durchgesetzt, so etwa auch bei der Neuordnung des Rechts der kollektiven Kapitalanlagen, im Spezialgesetz für Umstrukturierungen und neuestens bei der Neuregelung der Revision und der Revisionsaufsicht.

Durch die Reform des Aktienrechts 1992 sind diese Unterschiede zwischen AG und GmbH noch akzentuiert worden, da im Aktienrecht gesteierte Anforderungen an die Sicherung der Kapitalbasis eingeführt worden sind, während das Recht der GmbH auf dem Stand von 1937 verharrete.

b) Das künftige Recht geht konsequenter als das bisherige von einer *Gleichstellung von AG und GmbH mit Bezug auf die Kapitalbasis* aus: Durch Verweisungen auf das Recht der AG werden die Regeln über den *Geschäftsbericht*, über die *Reserven*, über die *Offenlegung der Jahres- und der Konzernrechnung* sowie über das Verhalten bei *Kapitalverlust und Überschuldung* zwischen den beiden Kapitalgesellschaften zur Übereinstimmung gebracht (revOR 801 und revOR 820 Abs.1). Ferner werden etwa die Regeln über den Erwerb *eigener Gesellschaftsanteile* durch die GmbH den aktienrechtlichen Bestimmungen über den *Erwerb eigener Aktien* angenähert, wobei freilich den Eigenarten der GmbH durch erhöhte Flexibilität Rechnung zu tragen war (vgl. revOR 783 mit OR 659).

Im Zuge der Anpassung an das Recht der AG war auch die Besonderheit des schweizerischen Rechts zu beseitigen, neben einer Untergrenze für das Grundkapital auch einen *Maximalbetrag* vorzusehen. Nach geltendem Recht darf das Stammkapital «nicht mehr als 2 Millionen Franken betragen.» (OR 773). Diese unsinnige Limitierung wird im künftigen Recht ersatzlos gestrichen, womit der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass auch grosse Unternehmen die Rechtsform der GmbH in Anspruch nehmen können sollen. Die Abgrenzung zur AG soll eben nicht aufgrund des Umfangs der Geschäftstätigkeit erfolgen, sondern durch die anders gear-tete, weil personenbezogene Grundstruktur.

Auf weitere Harmonisierungen mit dem Aktienrecht wird bei den Übersichten zur Stellung der Gesellschafter (Ziff. VI.), zu den Organen (Ziff. VII.) sowie schliesslich zu Entstehung, Kapitalveränderung und Beendigung (Ziff. VIII.) hinzuweisen sein.

c) In einem Punkt – er war während der Reformarbeiten hart umstritten – ist eine Gleichstellung freilich abgelehnt worden, nämlich bei der Fixierung des *Mindestkapitals*: Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde das Mindestkapital der AG auf Fr. 100 000.– verdoppelt. Dem hätte eine Verdoppelung des Stammkapitals der GmbH auf Fr. 40 000.– entsprochen, und dies war auch der Vorschlag der Expertenkommission. Bundesrat und Parlament entschieden sich jedoch dafür, das Minimalkapital unverändert

bei Fr. 20 000.– zu belassen (revOR 773). Dem Ziel, *Start-ups zu fördern* und ihnen möglichst geringe (finanzielle) Hürden in den Weg zu legen, wurde der Vorrang gegeben vor dem Gläubigerschutz.

Doch darf diese Entscheidung nicht überbewertet werden: Stammanteile müssen nämlich künftig von Anfang an *voll liberiert* sein (revOR 777c Abs. 1), womit die früheren Relationen zwischen AG und GmbH zumindest mit Bezug auf den anlässlich der Gründung erforderlichen Kapitaleinsatz wieder einigermassen hergestellt werden<sup>10</sup>. Weit wichtiger ist sodann, dass im Recht der GmbH künftig bei der qualifizierten Gründung *dieselben Massnahmen gegen Schwindelgründungen* gelten werden wie bei der AG<sup>11</sup>.

## VI. Stellung der Gesellschafter

a) Im Zuge der Totalrevision des Rechts der GmbH hat zwar eine gewisse *Verschiebung der Gewichte zugunsten kapitalgesellschaftlicher Elemente* – also weg von der Personengesellschaft und hin zur AG – stattgefunden. Zu einem Paradigmenwechsel ist es aber nicht gekommen, was sich besonders eindrücklich bei der Ausgestaltung der Rechtsstellung der Mitglieder zeigt.

b) Der Bundesrat hat in seiner *Botschaft von 2001* die Unterschiede von AG und GmbH klar hervorgehoben:

«Während das rechtliche Konzept der Aktiengesellschaft auf der Kapitalbeteiligung der Aktionärinnen und Aktionäre aufbaut und deren Persönlichkeit idealtypischerweise von geringer Bedeutung

<sup>10</sup> Durch die Aktienrechtsreform wurde der frühere Mindesteinsatz von Fr. 20 000.– auf Fr. 50 000.– erhöht (OR 632 Abs. 2), durch die GmbH-Reform erfolgt eine Erhöhung von Fr. 10 000.– (vgl. OR 774 Abs. 2) auf Fr. 20 000.–.

<sup>11</sup> Nach revOR 777c Abs. 2 kommen die aktienrechtlichen Vorschriften zur qualifizierten Gründung zur Anwendung, weshalb es künftig für Sacheinlagen und Sachübernahmen eines Berichts der Gründer und einer Prüfung dieses Berichts durch einen Revisor bedarf (OR 635 f.) Im geltenden Recht der GmbH (das dem früheren Aktienrecht entspricht) fehlen diese Schutzvorkehrungen und damit jegliche Gewähr, dass eingebrachte Vermögenswerte auch nur einigermassen dem angegebenen Wert entsprechen.

bleibt, ist für die GmbH eine gesetzliche Regelung zu treffen, die erlaubt, den konkret beteiligten Personen und den Umständen des Einzelfalls möglichst weitgehend Rechnung zu tragen.»<sup>12</sup>

c) Auf die Beachtung dieses wesensmässigen Unterschiedes ist im Rahmen der Reformarbeiten grosses Gewicht gelegt worden, und in der Ausgestaltung der Mitgliedschaft sind daher auch künftig AG und GmbH *diametral verschieden*. Einige Hinweise:

– Die Mitgliedschaft ist bei der AG nach dispositivem Gesetzesrecht rein *kapitalbezogen*, und auch statutarisch kann von dieser Grundordnung nur *begrenzt abgewichen* werden. So gibt es bei der AG keine statutarischen Nebenleistungspflichten (OR 680 Abs. 1), keine Treuepflicht, keine Austritts- und Ausschliessungsrechte<sup>13</sup>, und die Möglichkeiten zur Errichtung von Übertragungerschwerungen sind durch die Aktienrechtsreform auch für die privaten Aktiengesellschaften massiv eingeschränkt worden<sup>14</sup>.

In all diesen Punkten erweist sich die *GmbH als Gegenpol zur AG*. Es besteht die Möglichkeit, statutarisch *Nebenleistungspflichten* vielfacher Art einzuführen (revOR 796) und so das Schwergewicht der mitgliedschaftlichen Beziehung vom Kapitaleinsatz zur persönlichen Mitwirkung hin zu verschieben. Ebenfalls statutarisch regelbar sind *Nachschusspflichten* (revOR 795 ff.). Treuepflicht und Konkurrenzverbot sind bereits im Gesetz verankert (revOR 803).

Die grössere persönliche Nähe zeigt sich auch darin, dass zwischen den Gesellschaftern in der GmbH *keine Anonymität* bestehen soll. Sie haben das Recht, Einsicht in das Anteilbuch zu nehmen (revOR 790 Abs. 4), während es nur ausnahmsweise ein Recht der Aktionäre auf Einsicht in das Aktienregister gibt. Und selbst Dritte können sich jederzeit über die Gesellschafter einer GmbH informieren, da diese in das öffentlich zugängliche *Handelsregister einzutragen*

<sup>12</sup> Botschaft 2001, S. 3154.

<sup>13</sup> Spezialgesetzlich gibt es nun vereinzelte Ausnahmen, so nach dem Börsen- und dem Fusionsgesetz.

<sup>14</sup> Während nach früherem Aktienrecht die Ablehnung eines Erwerbers ohne Angabe von Gründen möglich war, bedarf es nach geltendem Aktienrecht grundsätzlich eines wichtigen, in den Statuten genannten Grundes (OR 685b Abs. 1).

sind (revOR 791), ein Erfordernis, das freilich wenig Sinn macht, falls keine Nachschusspflicht besteht.

- Die personenbezogene Natur der Gesellschafterstellung in der GmbH bringt es sodann mit sich, dass deren *Übertragung* durch die dispositive gesetzliche Ordnung *eingeschränkt und erschwert* wird, wobei die Statuten noch weitergehen können, bis hin zu einem *Übertragungsverbot* (revOR 786 f.)<sup>15</sup>. Ein Ausgleich wird durch die Möglichkeiten des *Austritts* und des *Ausschlusses* geschaffen (revOR 822 ff.).
- Wegen ihrer Personenbezogenheit ist die GmbH für anonyme Investoren und damit als *Publikumsgesellschaft* unpassend. Einem atypischen Einsatz der Rechtsform der GmbH schiebt der Gesetzgeber auch weiterhin gleich mehrere Riegel vor: Durch die Beschränkung der Möglichkeiten einer Verbriefung der Mitgliedschaft auf blosser Beweisurkunden und echte Namenpapiere (revOR 784) wird die *Kapitalmarktfähigkeit bewusst verunmöglicht*. Sodann fehlt im GmbH-Recht der *Partizipationsschein* (revOR 774 und 774a e contrario), der bei der AG – salopp gesagt – eine auf Vermögensrechte beschränkte Mitgliedschaft ohne Mitwirkungsrechte ermöglicht.

Auf weitere Unterschiede wird bei den Organkompetenzen einzugehen sein (Ziff. VII.).

---

<sup>15</sup> Immerhin wird durch das neue Recht die *Mobilität der Gesellschafterstellung* durch verschiedene Massnahmen verbessert: Das Quorum für die Zustimmung der Gesellschafterversammlung wird herabgesetzt (vgl. revOR 786 in Verbindung mit revOR 808) und die Zustimmung der Gesellschafterversammlung für dispositiv erklärt (revOR 786 Abs. 2 Ziff. 1.). Sodann wird es künftig zulässig sein, dass ein Gesellschafter *mehrere Stammanteile* hält (revOR 772 Abs. 2), was ermöglicht, lediglich einen Teil der Beteiligung zu übertragen oder eine Übertragung auf mehrere Erwerber vorzunehmen, ohne dass dies – wie nach heutigem Recht – zu einer Statutenänderung und entsprechenden Anpassungen des Handelsregister-eintrages führen müsste.

## VII. Organe und ihre Kompetenzen

### 1. Vergleich mit der AG

Organisatorisch ist die *GmbH* – als eine in erster Linie für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipierte Körperschaft – *ähnlich strukturiert wie die AG*. So wird etwa der im revidierten Aktienrecht ausdrücklich verankerte Grundsatz, jedem Organ einen eigenen Kompetenzbereich zwingend zuzuordnen, explizit auch in das GmbH-Recht übernommen (vgl. revOR 804 für die Gesellschafterversammlung, revOR 810 für die Geschäftsführer, entsprechend OR 698 und 716a bei der AG).

Im Einzelnen finden sich aber gewichtige *qualitative Unterschiede*, die sich wiederum mit der *Personenbezogenheit der GmbH* erklären lassen.

### 2. Gesellschafterversammlung

a) Die Gesellschafterversammlung der GmbH wird – wie die Generalversammlung im Aktienrecht – vom Gesetz als *«oberstes Organ der Gesellschaft»* bezeichnet (revOR 804 Abs. 1). Ebenfalls dem Aktienrecht entsprechend enthält das Gesetz eine *Liste unübertragbarer Befugnisse* (revOR 804 Abs. 2.), die jedoch mit 18 Ziffern weit länger ausgefallen ist als das aktienrechtliche Pendant. GmbH-spezifisch sind etwa die Kompetenzen, die Entschädigung der Geschäftsführer festzulegen, die Abtretung von Stammanteilen zu genehmigen oder zu verweigern, den Ausschluss eines Gesellschafters zu beschliessen oder beim Richter zu beantragen. Auch die Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten kommt der Gesellschafterversammlung zu, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen (revOR 804 Abs. 3).

b) Darüber hinaus kann bei der GmbH sogar eine Ordnung getroffen werden, die es der Gesellschafterversammlung erlaubt, *direkt auf die Geschäftsführung Einfluss* zu nehmen. Anders als im Aktienrecht ist es nämlich möglich, statutarisch einen – obligatorischen oder auch bloss fakultativen – *Genehmigungsvorbehalt mit Bezug auf geschäftsführende Entscheide zugunsten der Gesellschafterversammlung* vorzusehen: Gemäss revOR 811 Abs. 1. kann statutarisch bestimmt werden,

«dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:

1. bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen
2. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können.»

Daraus ergibt sich ein Einbruch in das im Aktienrecht durchgehaltene Prinzip, wonach strategische Grundsatzentscheide – soweit sie keine Statutenänderung bedingen – unentziehbar und unübertragbar dem Exekutivorgan zukommen.

c) Erwähnt sei am Rande, dass die *Beschlussfassung* in der Gesellschafterversammlung im künftigen Recht stärker als bisher auf die Kapitalbeteiligung ausgerichtet wird, indem die (auch) nach Köpfen und nicht (nur) nach der Kapitalbeteiligung bemessenen Mehrheiten (doppelt qualifizierte Quoren) entfallen (vgl. etwa revOR 808b mit OR 784 Abs. 2 und OR 823 Abs. 3).

d) Mit Bezug auf organisatorische Fragen (revOR 805), die Ausübung des Stimmrechts (revOR 806 ff.), die Beschlussfassung (revOR 808) und die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen (revOR 808c) entspricht die Ordnung in der GmbH in vielem der aktienrechtlichen, wenn nicht sogar auf das Aktienrecht verwiesen wird (so etwa in revOR 805 Abs. 5 und 808c).

Doch trägt der Gesetzgeber in Einzelbestimmungen auch immer wieder den Besonderheiten der GmbH Rechnung, etwa

- durch die Möglichkeit einer Verkürzung der Einberufungsfrist für die Gesellschafterversammlung (revOR 805 Abs. 3),
- durch eine Erweiterung der Traktanden, bei denen persönlich interessierte Gesellschafter vom Stimmrecht ausgeschlossen sind (revOR 806a)
- und ganz besonders durch die Möglichkeit, statutarisch einzelnen Gesellschaftern ein *Vetorecht ad personam* einzuräumen (revOR 807).

### 3. Geschäftsführung

a) Über die Akzentverschiebung zugunsten der Gesellschafterversammlung hinaus besteht im Vergleich zum Aktienrecht bei der Geschäfts-

führung ein ganz *grundlegender Unterschied*: Bei der GmbH gilt auch künftig das Prinzip der *Selbstorganshaft*, d.h. die Gesellschafter üben die Geschäftsführung – vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung – aufgrund ihrer Gesellschafterstellung als solcher aus, ohne dass es hierfür einer Wahl bedürfte (revOR 809 Abs. 1). Drittorganshaft ist zwar möglich, aber nur aufgrund einer statutarischen Grundlage. Umgekehrt kann im Aktienrecht das Prinzip der Selbstorganshaft auch durch die Statuten nicht eingeführt werden.

Gegenüber dem geltenden Recht wird das Prinzip der Selbstorganshaft gar noch verstärkt, indem künftig *alle* Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt und -verpflichtet sein sollen, nach geltendem Recht (OR 811 Abs. 3) dagegen nur die Gründungsgesellschafter.

b) Gleich wie das revidierte Aktienrecht sieht auch das künftige GmbH-Recht eine Liste von *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* der Exekutive vor. Die einzelnen Punkte entsprechen grossenteils denen des Aktienrechts, doch kann – wie erwähnt – der Kompetenzbereich der Geschäftsführung zugunsten der Gesellschafterversammlung eingeschränkt werden.

Gleich wie im Aktienrecht besteht eine *Kompetenzvermutung zugunsten der Geschäftsführung* (revOR 810 Abs. 1), und auch die Pflicht zur *Gleichbehandlung der Gesellschafter* ist gesetzlich verankert (revOR 813).

c) Die *Verantwortlichkeit* der Organpersonen richtet sich nach Aktienrecht (revOR 827), ebenso die *Nichtigkeit* von Gesellschafterbeschlüssen (revOR 816).

d) Von selbst versteht sich, dass die Haftung der Gesellschaft für Schaden aus *unerlaubten Handlungen ihrer Organe* gleich wie im Aktienrecht geregelt ist (revOR 817). Es ist dies eine Konsequenz der im schweizerischen Recht für alle juristischen Personen geltenden Realitätstheorie, welche Handlungen und Unterlassungen von Organen – gleich ob rechtmässig oder rechtswidrig – direkt der juristischen Person zurechnet.

## 4. Revision

a) Mit Bezug auf das dritte Gesellschaftsorgan – die *Revisionsstelle* – drängte sich eine identische Ordnung für AG und GmbH auf: Das Erfordernis und die Intensität der Prüfung der Jahresrechnung sollten nicht von der Rechtsform abhängen, sondern von der Bedeutung der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Unternehmung.

b) Das künftige Recht hat – anders als das geltende – die Gleichstellung von AG und GmbH hinsichtlich der Revision konsequent verwirklicht. Die Vereinheitlichung geht freilich noch weiter und erfasst das gesamte Körperschaftsrecht. Im Gegenzug wird künftig stärker nach der Grösse, Komplexität und volkswirtschaftlichen Bedeutung einer Gesellschaft und ihrer Unternehmung differenziert.

Der Gesetzgeber kann sich auch in dieser Hinsicht im Recht der GmbH mit einer Verweisung auf die aktienrechtliche Ordnung begnügen (revOR 818 Abs. 1), die durch eine GmbH-typische Ergänzung geringfügig modifiziert wird (revOR 818 Abs. 2).

## VIII. Entstehung, Kapitalveränderungen und Beendigung

a) Die *Gründungsmodalitäten* sind im künftigen Recht der GmbH weitestgehend mit denen des geltenden Aktienrechts identisch. Insbesondere wird der *Kapitalschutz kongruent ausgestaltet*. Dies wird dadurch erreicht, dass das künftige Recht – von der tieferen Mindestkapitalziffer einerseits und der Pflicht zur Vollüberlieferung auf der anderen Seite abgesehen – auf die «Vorschriften des Aktienrechts» verweist, die «entsprechend anwendbar» sein sollen (revOR 777c Abs. 2). Es betrifft dies nach der expliziten Aufzählung im Gesetz die «Angabe der Sacheinlagen, der Sachübernahmen und der besonderen Vorteile in den Statuten», «die Eintragung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und von besonderen Vorteilen ins Handelsregister» sowie «die Leistung und die Prüfung der Einlagen», mithin also deren Rechtfertigung (Gründungsbericht), Kontrolle (Prüfungsbestätigung) wie auch die Publizität (Nennung in den Statuten, Regi-

sterpublizität einschliesslich der hinterlegten Berichte der Gründer und des Revisors).

Die Liste der *zwingend notwendigen Statutenbestimmungen* (revOR 776) ist etwas knapper gefasst als im Aktienrecht. Dafür ist die Aufzählung des *bedingt notwendigen Statuteninhalts* aufgrund der verschiedenen Möglichkeiten, der Persönlichkeit der Gesellschafter verstärkt Rechnung zu tragen und die Gesellschafterversammlung aufzuwerten, viel länger als die aktienrechtliche (revOR 776a).

b) Eine Gleichstellung mit der aktienrechtlichen Ordnung erfolgt aber nicht nur für die Gründung sondern auf dem ganzen Weg der Gesellschaft von der Wiege bis zur Bahre: bei *Kapitalerhöhungen* (revOR 782 Abs. 5), bei *Kapitalherabsetzungen* (revOR 782 Abs. 4) und schliesslich bei der *Liquidation* (revOR 826 Abs. 2).

c) Im Einzelnen wird freilich auch in diesen Belangen immer wieder auf *Besonderheiten* Rücksicht genommen, die aus dem personalistischen Einschlag der Mitgliedschaft bei der GmbH folgen:

- Bei der GmbH gibt es nur die *ordentliche* Kapitalerhöhung, nicht dagegen – wie bei der AG – die genehmigte und die bedingte (vgl. revOR 781 Abs. 4). Dies, weil sich wegen der Nähe zu den Gesellschaftern und des in der Regel zahlenmässig engen Gesellschafterkreises solche flexibleren Formen der Kapitalerhöhung erübrigen.
- Ein «*öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile*» ist ausdrücklich *ausgeschlossen* (revOR 781 Abs. 3 a.E.), weil die GmbH nicht kapitalmarktfähig sein soll.
- Eine *Herabsetzung des Stammkapitals* zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen *Unterbilanz* darf nur erfolgen, wenn vorgängig «die Gesellschafter die in den Statuten vorgesehenen Nachschüsse voll geleistet haben» (revOR 782 Abs. 3).
- Eine *Herabsetzung* von statutarischen *Nachschusspflichten* ist vorgesehen, aber nur gestattet, «wenn das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind» (revOR 795c Abs. 1).
- Bei der Möglichkeit, den *Konkurs* trotz Überschuldung *aufzuschieben*, wird der allfälligen Nachschusspflicht besonders Rechnung getragen (revOR 820 Abs. 2).

- Und auch bei der *Verteilung des Liquidationsüberschusses* werden allfällige Nachschussleistungen berücksichtigt.

\* \* \*

Für eine Würdigung des neuen Rechts ist es noch zu früh. Doch darf vermutet werden, dass dem Gesetzgeber der Spagat zwischen Gleichbehandlung und Differenzierung von AG und GmbH recht gut gelungen ist und dass auch niemand der Ausmerzungen schweizerischer Besonderheiten nachtrauern wird.

Die Hoffnung ist daher berechtigt, dass die schweizerische GmbH die Stellung beibehalten und sogar noch ausbauen wird, die sie in den letzten 15 Jahren errungen hat: als *die* Rechtsform für Körperschaften mit wirtschaftlicher Zielsetzung, bei denen ein aktives Engagement der Gesellschafterinnen und Gesellschafter von diesen selbst wie auch von der Gesellschaft erwartet wird. In dieser für KMU typischen Situation wird sich der Trend fortsetzen, dass die durch einen Aktionärbindungsvertrag mehr oder minder geglückt «personalistisch» ausgestaltete AG durch die GmbH als einer Rechtsform ersetzt wird, bei der es möglich ist, die Ausrichtung auf die Persönlichkeit der Gesellschafterinnen und Gesellschafter in den Statuten zu verankern – durch Nebenleistungspflichten, Übertragungserleichterungen, Austrittsrechte und Ausschlussmöglichkeiten –, wodurch sich das komplexe und manchmal auch unsichere Nebeneinander von Statuten und Gesellschafter-Bindungsvertrag erübrigt<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Dies heisst nicht, dass es nicht bei der GmbH auch Bindungsverträge unter den Gesellschaftern – entsprechend Aktionärbindungsverträgen – geben kann. Dies kann Sinn machen, wenn eine Regelung nur einzelne und nicht alle Gesellschafter verpflichten und berechnen soll, sodann auch aus Gründen der Vertraulichkeit.

## Revision und Revisionsaufsicht

von  
Jakob Baer

### Inhalt

I.	Einleitung .....	45
II.	Welche Ziele werden verfolgt? .....	45
III.	Was bringt die Neuregelung von Revision und Revisionsaufsicht Neues? .....	46
IV.	Was ist im materiellen Revisionsrecht neu? .....	47
V.	Welche Bedeutung hat die Risikobeurteilung? .....	48
VI.	Was ist ein internes Kontrollsystem? .....	49
	1. Wann gilt die «Existenz» eines IKS als nachgewiesen? .....	50
	2. Wie kommt ein Unternehmen zu einem existierenden IKS? .....	51
	3. Wo steht der IKS-Existenznachweis des revidierten OR im Quervergleich? .....	51
VII.	Schlussbemerkungen .....	52

### I. Einleitung

Hier geht es um Neuerungen, die im Wirtschaftsleben relativ wenig Aufmerksamkeit erfahren, aber von grosser praktischer Auswirkung sein werden. Die Vorlage ist detailliert in der Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren erläutert. Der definitive Gesetzestext ist im Bundesblatt zu finden (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf>).

### II. Welche Ziele werden verfolgt?

Die Ziele der Neuregelung gehen in zwei Hauptrichtungen:

**Peter Forstmoser  
Gaudenz G. Zindel  
Thomas Sprecher  
Sandro Abegglen  
Jakob Baer**

**Neuerungen  
im Schweizer Wirtschaftsrecht**

**Publikation 12**

---

**NIEDERER KRAFT & FREY**  
RECHTSANWÄLTE