

# Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Benglen/Zürich <sup>1</sup>

## I. Einleitende Bemerkungen

a) Die pendente Reform des schweizerischen Gesellschaftsrechts ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt:

- Es handelt sich um eine *Teilrevision*, deren Ziel es in den Worten der Expertenkommission ist, «einzelne Sachgebiete einer Ueberprüfung zu unterziehen, um für Materien, die dringlich einer Revision oder Regelung bedürfen, formulierte Vorschläge für neue gesetzliche Bestimmungen zu erarbeiten und vorzulegen» <sup>2</sup>.
- Es handelt sich - und dies ist der Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen - um die *Revision* nur *einer* Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts, allerdings der in der Praxis weit aus bedeutendsten.

Ziel dieser Skizze ist es aufzuzeigen, dass die aus praktischen und politischen Gründen gewählte *Beschränkung der Reform auf das Aktienrecht unter Ausklammerung der übrigen Körperschaftsformen problematisch* ist. Problematisch deshalb, weil sie zu *sachlich nicht gerechtfertigten Unterschieden* im Recht der AG einerseits, der Genossenschaft und zum Teil der GmbH andererseits führen wird. Die Nachteile einer solchen Konsequenz liegen auf der Hand: Die Wettbewerbsneutralität des Gesellschaftsrechts wird gestört <sup>3</sup>; unterschiedliche Anforderungen könnten dazu verleiten, eine sachlich unpassende Gesellschaftsform zu wählen <sup>4</sup>; die Ordnung des Gesellschaftsrechts wird unnötig kompliziert. Auch ist es nicht angebracht, «Materien, die dringlich einer Revision oder Regelung bedürfen», nur bei einer Gesellschaftsform neu zu ordnen, nicht dagegen - trotz gleicher Interessenlage - bei den anderen.

b) Im folgenden versuche ich zunächst, *Wesensunterschiede*, vor allem aber *Gemeinsamkeiten* der drei für wirtschaftliche Ziele im schweizerischen Recht vorgesehenen Körperschaften - AG, Genossenschaft und GmbH <sup>5</sup> - *herauszuschälen* (Ziff. II.). An-

schliessend prüfe ich, welche der im Vorentwurf <sup>6</sup> gemachten Revisionsvorschläge nach *analogen Reformen im Recht der Genossenschaft und der GmbH rufen* (Ziff. III.). Sodann wird darauf hingewiesen, dass bereits das *geltende Recht unbegründete Unterschiede* in der Behandlung der drei Körperschaften enthält, die bei einer Teilrevision ebenfalls eliminiert werden sollten (Ziff. IV.). Der Hinweis auf eine anlässlich einer *Totalrevision* des schweizerischen Gesellschaftsrechts zu lösende Frage schliesst den Beitrag ab (vgl. Ziff. V.).

c) *Nicht beabsichtigt* ist eine *Auseinandersetzung mit den Revisionsvorschlägen* selbst. Sie werden vielmehr als vorgegeben angenommen, und es soll auch nicht untersucht werden, welche weiteren Bereiche des Aktienrechts reformbedürftig sind. Auch geht es mir nicht um endgültige Stellungnahmen, sondern um *vorläufige Bemerkungen*, um Ueberlegungen, die im einzelnen noch zu überprüfen und zu vertiefen wären.

## II. Wesensunterschiede und Gemeinsamkeiten der AG, der Genossenschaft und der GmbH

### 1. Wesensunterschiede

a) Eine der bedeutendsten Leistungen der Neugestaltung des schweizerischen Gesellschaftsrechts während der Jahre 1919-1936 war die klare Herausarbeitung der grundlegenden Unterschiede zwischen der AG und der Genossenschaft <sup>7</sup>. Zwar enthielt der Entwurf Eugen Hubers noch zahlreiche Bestimmungen, die von einer Verkenning der genossenschaftlichen Eigenart zeugten <sup>8</sup>. Die weitere Entwicklung brachte dann aber eine zunehmende Berücksichtigung der spezifischen Wesensmerkmale und eine scharfe Abgrenzung der Genossenschaft gegenüber der AG. Besonders deutlich sind die Unterschiede in der bundesrätlichen Botschaft zum revidierten Gesellschaftsrecht zum Ausdruck gebracht <sup>9</sup>: «Aktiengesellschaft und Genossenschaft sind wirtschaftliche Gegensätze. Die Aktiengesellschaft ist Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft Personenvereinigung... Auch dort, wo sie auf gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, liegt

<sup>1</sup> Meinen Assistenten, Fräulein S. Moser und Herrn Ch. Pestalozzi, danke ich für fruchtbare «brain-stormings».

<sup>2</sup> Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes, 1972, 20.

<sup>3</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die auch wettbewerbspolitisch motivierten Anstrengungen zur Anpassung des Gesellschaftsrechts auf europäischer Ebene, insbesondere den Entwurf zu einer fünften Richtlinie.

<sup>4</sup> So hat die extrem liberale Ausgestaltung des Genossenschaftsrechts unter dem alt OR der Entstehung von Pseudogenossenschaften Vorschub geleistet; vgl. dazu etwa August Egger: Revision des Genossenschaftsrechts, ZSR 41 (1922) 107 aff., 135 aff.

<sup>5</sup> Die Kommandit-AG kann als in der Praxis kaum vorkommende Gesellschaft vernachlässigt werden; auch stellt sich das hier aufgezeigte Problem wegen genereller Verweisung auf das Aktienrecht in OR 764 II bei ihr nicht.

<sup>6</sup> Vorentwurf (VE) der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes, im September 1975 zusammen mit einem Begleitbericht der Eidgenössischen Justizabteilung in die Vernehmlassung gegeben, vgl. die Wiedergabe auf S. 17 ff. dieses Hefts.

<sup>7</sup> Vgl. die Darstellung der Gesetzgebungsarbeiten bei Peter Forstmoser: Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht (Lieferung 1., 1972) Syst. Teil N 201 ff. Dort auch weitere bibliographische Angaben.

<sup>8</sup> Vgl. Forstmoser (zit. Anm. 7) Syst. Teil N 214.

<sup>9</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechtes, vom 21. Februar 1928, Sonderdruck 81 f.

der Hauptzweck in der ökonomischen Förderung ihrer Mitglieder».

Folgerichtig sind im geltenden schweizerischen Recht die Wesensunterschiede von AG und Genossenschaft klar herausgestellt<sup>10</sup>.

b) Auch die GmbH ist im schweizerischen Recht keineswegs einfach als «kleine AG», sondern ebenfalls als eigenständige Rechtsform konzipiert worden. Sie sollte das Bedürfnis nach einem «Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Vergesellschaftungsformen»<sup>11</sup> befriedigen, als Uebergangsform an der Nahtstelle zwischen den Personengesellschaften und den Körperschaften stehen. Besonders plastisch ist die Charakterisierung durch den deutschsprachigen nationalrätlichen Berichterstatter: «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»<sup>12</sup>.

## 2. Gemeinsamkeiten der Körperschaften des Obligationenrechts

a) Die klare Erfassung der Eigenarten dieser drei Körperschaften darf nun aber nicht dazu führen, dass die *Gemeinsamkeiten* übersehen werden.

Diese beruhen in erster Linie darauf, dass alle drei Gesellschaften – sei es ausschliesslich, sei es in erster Linie – *für wirtschaftliche Ziele geschaffen sind*:

- Dass die AG für wirtschaftliche Zwecke konzipiert ist, geht schon aus OR 620 III hervor, wo auf den Ausnahmecharakter der nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgenden AG hingewiesen wird<sup>13</sup>.
- Die Zielsetzung der GmbH ist gemäss OR 772 III stets und notwendig wirtschaftlicher Art.

<sup>10</sup> Auf die Besonderheiten der Genossenschaft weist schon die Überschrift zur dritten Abteilung des OR hin: «Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft».

<sup>11</sup> Botschaft des Bundesrates (zit. Anm. 9) 68. Während noch Eugen Huber in seinem Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 (Bern 1920) 46 bemerkt, es könne allenfalls auf die GmbH verzichtet werden, wenn für kleine Aktiengesellschaften Erleichterungen vorgesehen würden, betont bereits Hoffmann (2. Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, Bern 1923, 90f.) die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Organisationsformen. Auch bei einer differenzierten Behandlung von grossen und kleinen Aktiengesellschaften könne daher nicht auf die GmbH verzichtet werden.

<sup>12</sup> Victor Emil Scherer: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Basler Handelskammer, Sieben Vorträge über das neue OR (Basel 1937) 100. Vgl. dazu die Übersicht über die kapitalgesellschaftlichen und die personengesellschaftlichen Komponenten der GmbH bei Werner von Steiger: Die GmbH, Zürcher Kommentar (1965) 24ff.

<sup>13</sup> «Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden».

- Für die *Genossenschaft* endlich sieht die Legaldefinition von OR 828 vor, sie bezwecke «die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder»<sup>14</sup>.

Diese Uebereinstimmung der Zielsetzung prägt die drei Körperschaften namentlich in ihren Beziehungen zur Aussenwelt mindestens so stark wie die wesensmässigen Unterschiede.

b) Eine weitere Parallele lässt sich für die AG und die *Genossenschaft* festhalten: Beide sind (auch) geschaffen für *wirtschaftlich bedeutende Gebilde und grosse Mitgliederzahlen*:

- Die Mehrheit schweizerischer Autoren anerkennt, dass das *Aktienrecht* in erster Linie auf grosse oder zumindest relativ grosse Gesellschaften ausgerichtet worden ist<sup>15</sup>. Unbestritten (und durch einen Blick in die Praxis leicht zu erhärten) ist auch die Feststellung, dass die AG in der Schweiz die vorrangige Rechtsform für Grossunternehmen darstellt.
- Dass der Gesetzgeber bei der *Genossenschaft* ein grundsätzlich unbeschränktes Wachstum akzeptiert hat und sogar fördern will, zeigt sich u.a. in der zwingenden Verankerung des Prinzips der offenen Tür<sup>16</sup>, sodann darin, dass besondere Organisationsformen für mitgliederreiche Gesellschaften – die Urabstimmung<sup>17</sup> und die Delegiertenversammlung<sup>18</sup> – vorgesehen sind<sup>19</sup>.

Anders strukturiert ist in dieser Beziehung die GmbH: Sie ist – sowohl im Hinblick auf den Geschäftsumfang wie mit Bezug auf die Mitgliederzahl – bewusst für kleinere, übersichtliche Verhältnisse konzipiert worden<sup>20</sup>.

## 3. Folgerungen für die gesetzgeberische Arbeit

a) Die Konsequenzen, die sich nach den vorstehenden Ausführungen für die Gesetzgebung aufdrängen,

<sup>14</sup> Gemeinnützige Genossenschaften werden nur in der Handelsregisterverordnung als statthaft erklärt, vgl. HRV 92 II. Zur Legalität dieser Bestimmung vgl. Forstmoser (zit. Anm. 7) Art. 828 N 125.

<sup>15</sup> Vgl. Peter Jäggi: Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958/59) 57ff.; Arthur Meier-Hayoz: Zur Typologie im Aktienrecht, in: Festschrift Bürgi (Zürich 1971) 243ff., 256f.; Forstmoser/Meier-Hayoz: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (Bern 1976) 44; W. F. Bürgi: Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, SAG 38 (1966) 57ff., 62f.; a.M. Alain Hirsch, Votum am Juristentag 1968, ZSR 87 (1968) II 691f.

<sup>16</sup> OR 839 II.

<sup>17</sup> Vgl. OR 880.

<sup>18</sup> Vgl. OR 892.

<sup>19</sup> Zu der den Genossenschaften immanenten Wachstumstendenz vgl. Forstmoser (zit. Anm. 7) Syst. Teil N 67ff. sowie ders.: Grossgenossenschaften (Diss. Zürich 1970 = ASR 397) passim, insb. 134ff.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die obere Begrenzung des Grundkapitals auf zwei Millionen Franken gemäss OR 773 sowie die starken Erschwerungen des Mitgliederwechsels und damit auch des Neueintritts, OR 791 II-IV.

sind trivial: Einerseits ist den wesensmässigen Unterschieden der Körperschaften Rechnung zu tragen, andererseits aber ist eine gleiche oder gleichartige Regelung für die Bereiche zu schaffen, die den im OR geregelten juristischen Personen gemeinsam sind.

b) Die Konzentration des Gesetzgebers darauf, den *Eigenarten* der verschiedenen für wirtschaftliche Ziele geschaffenen Körperschaften gerecht zu werden<sup>21</sup>, hat – wie mir scheint – dazu geführt, dass im geltenden Recht den *Gemeinsamkeiten* von AG, GmbH und Genossenschaft *zuwenig Rechnung* getragen wird: Gleiche Sachverhalte werden – wie an Beispielen noch zu zeigen sein wird<sup>22</sup> – nicht konsequent gleichen Regeln unterstellt<sup>23</sup>. Sollte in der nun eingeleiteten Reform isoliert nur das Aktienrecht behandelt werden, so würden die ungerechtfertigten Unterschiede noch vermehrt.

c) Konkret ist daher – mit Bezug auf die Teilrevision des Aktienrechts wie auch im Hinblick auf eine Bereinigung des Körperschaftsrechts schlechthin – zu fordern, dass im Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft *vermehrt gleiche Regeln vorzusehen* sind:

- Eine übereinstimmende Ordnung ist vor allem da aufzustellen, wo es um die *angemessene Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit* geht. Es betrifft dies namentlich die Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger, des Unternehmens, der Allgemeinheit, zum Teil auch von Minderheiten.
- Wo sich im Aktienrecht besondere Vorkehren im Hinblick auf *grosse Gesellschaften* aufdrängen, da ist auch im Genossenschaftsrecht eine gleiche oder analoge Regelung zu treffen.

Andererseits dürften sich in bezug auf Art und Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit *vermehrt Abstufungen* als notwendig erweisen. Diese sind *unabhängig von der Rechtsform* vorzunehmen nach sachgerechten Kriterien und Massstäben, die bei allen drei Körperschaften gleich oder gleichartig sind, etwa der Mitgliederzahl, der Zahl der Angestellten, dem Geschäftsvolumen oder der volkswirtschaftlichen Bedeutung in anderer Hinsicht<sup>24</sup>.

Welche Konsequenzen sich aus diesen Postulaten für die im Vorentwurf gemachten Vorschläge ergeben, ist in der Folge aufzuzeigen.

<sup>21</sup> Vgl. vorn II. Ziff. 1.

<sup>22</sup> Hinten IV.

<sup>23</sup> Immerhin wird im schweizerischen Recht das Gemeinsame der wirtschaftlich tätigen Körperschaften durch die Regelung in einer einheitlichen Kodifikation und durch den Verzicht auf Spezialgesetze verdeutlicht.

<sup>24</sup> Zu den quantitativen und qualitativen Kriterien für die Beurteilung der Grösse einer Körperschaft vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 5 ff.

### III. Die Revisionsvorschläge des Vorentwurfs und ihre Auswirkungen auf das Recht der Genossenschaft und der GmbH<sup>25</sup>

#### 1. Verbesserungen im Bereich der Jahresrechnung, des Geschäftsberichts und der Publizität

a) Qualitativ wie quantitativ kommt den Vorschriften über Jahresrechnung und Geschäftsbericht im Vorentwurf eine gewichtige Stellung zu<sup>26</sup>. Die Information des Aktionärs über den Geschäftsgang, die Vermögens- und die Ertragslage der Gesellschaft soll erheblich ausgebaut werden. Dazu soll für volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften eine Pflicht zur allgemeinen Bekanntgabe von Jahresrechnung, Geschäftsbericht und Revisionsbericht eingeführt werden<sup>27</sup>.

Diesen Vorschlägen liegt eine Reihe von Postulaten zugrunde:

- Der Gesellschafter – insbesondere der Minderheits- und der Kleinaktionär – soll einen besseren Einblick in den Geschäftsgang erhalten.
- Bei grossen Gesellschaften soll dieser Einblick dem Publikum ebenfalls offen stehen.
- Auch der Gläubiger soll durch die erhöhten Anforderungen an Rechnungslegung und Berichterstattung besser geschützt werden<sup>28</sup>.

b) Die im *Genossenschaftsrecht* zu berücksichtigenden Interessen entsprechen voll denen des Aktienrechts:

<sup>25</sup> Die Notwendigkeit, im Zuge einer Aktienrechtsreform auch das Recht anderer Körperschaften anzupassen, wurde bisher kaum beachtet. – Vereinzelt wird in den Vernehmlassungen darauf hingewiesen, dass eine Zweiteilung des Aktienrechts in grosse und kleine Gesellschaften eine Totalrevision bedingen würde und dass in eine solche auch die GmbH einzubeziehen wäre. (So die Vernehmlassung der Industrie-Holding und übrigens auch bereits der Zwischenbericht, zit. Anm. 2, 17.) Auch die Zulassung einer liquidationslosen oder erleichterten Umwandlung der GmbH bzw. der Genossenschaft in die Rechtsform der AG ist postuliert worden. (In diesem Sinne für die GmbH die Vernehmlassung der Schweiz. Bankiervereinigung, für die Genossenschaft *Peter Forstmoser: Die Genossenschaft – Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?*, SAG 46, 1974 155 ff., 164.) – In einer weiteren Vernehmlassung wird sodann mit guten Argumenten vertreten, es sollten die «Neuerungen über die Jahresrechnungen, den Geschäftsbericht und die Revisionsstelle auch bei Grossgenossenschaften zur Anwendung kommen». (Ähnlich für die Genossenschaften im allgemeinen auch *Peter Forstmoser: Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts*, ZBGR 54, 1973, 77 ff., 94). – Vgl. ferner *Laurenz Zellweger: Die Kommandit-AG und die kommende Revision des Aktienrechts*, SJZ 70 (1974) 165 ff.

<sup>26</sup> Vgl. VE 662–670.

<sup>27</sup> Vgl. VE 704 I.

<sup>28</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch VE 704 II, wonach im künftigen Recht die Gläubiger nicht nur Jahresrechnung und Geschäftsbericht (so Art. 704 des geltenden Rechts), sondern auch den Revisionsbericht einsehen können.

- Dem Genossenschafter stehen nach geltendem Recht im wesentlichen die gleichen Informationsrechte zu wie dem Aktionär<sup>29</sup>. Er soll daher auch in den Genuss der vorgesehenen Verbesserungen kommen. – Allerdings ist die Qualität der Informationsansprüche des Genossenschafters nach geltendem Recht insofern schlechter, als die Genossenschaft weniger strengen Vorschriften über die Rechnungslegung unterstellt ist als die AG. Dieser Unterschied zwischen AG und Genossenschaft ist jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – in keiner Weise gerechtfertigt und anlässlich der Teilrevision zu eliminieren<sup>30</sup>.
  - Falls dem Publikum ein Informationsanspruch bei volkswirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften zukommen soll, dann muss der gleiche Anspruch gegenüber grossen Genossenschaften bestehen<sup>31</sup>.
  - Auch die Interessen des Gläubigers sind bei AG und Genossenschaft gleich<sup>32</sup>.
- Die vorgesehenen Neuerungen sind daher im Genossenschaftsrecht ebenfalls einzuführen.

c) Etwas anders liegen die Verhältnisse bei der *GmbH*:

- Bekanntlich ist ein besonderes Kontrollorgan bei dieser Rechtsform fakultativ<sup>33</sup>. Fehlt es, dann steht den Gesellschaftern – soweit sie nicht ohnehin direkt an der Geschäftsführung beteiligt sind und in dieser Funktion vollen Einblick in die Gesellschaftsangelegenheiten haben – ein umfassendes Einsichtsrecht entsprechend dem des Gesellschafters einer einfachen Gesellschaft oder einer Kollektivgesellschaft zu<sup>34</sup>. Ist dagegen eine Kontrollstelle eingesetzt, dann gelten für sie die Bestimmungen des Aktienrechts, und die direkten Kontrollrechte der nicht geschäftsführenden Gesellschafter sind auf die des Aktionärs reduziert<sup>35</sup>.
- Die Stellung des Gläubigers ist insofern anders als im Aktienrecht, als ihm wegen der subsidiären Haftung aller Gesellschafter für die volle Einzahlung des Stammkapitals<sup>36</sup> ein erweitertes Haftungssubstrat zur Verfügung steht.
- Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte sodann die GmbH kaum je zur Kategorie der volkswirtschaftlich bedeutenden Unternehmungen aufsteigen.

<sup>29</sup> Vgl. OR 696 mit den analogen, allerdings etwas einfacher gehaltenen Bestimmungen von OR 856, sodann OR 697 mit dem identischen OR 857.

<sup>30</sup> Vgl. IV. lit. b).

<sup>31</sup> So auch die in Anm. 25, zweite Hälfte, zitierte Vernehmlassung.

<sup>32</sup> Differenziert werden könnte höchstens für Genossenschaften, welche die persönliche Haftung oder Nachschusspflicht im Sinne von OR 869 ff. kennen.

<sup>33</sup> Vgl. OR 819.

<sup>34</sup> Vgl. OR 819 I, 541, 557 II.

<sup>35</sup> OR 819 II.

<sup>36</sup> OR 802.

Soweit den Gesellschaftern einer GmbH umfassende Einsichtsrechte zustehen, mag man auf die Uebernahme der verschärften Vorschriften über Jahresrechnung und Geschäftsbericht verzichten können. Wird dagegen die aktienrechtliche Struktur (Ausübung der Kontrollfunktionen durch ein eigenes Organ unter Beschränkung der Einsichtsrechte der Gesellschafter) gewählt, dann sind die im Aktienrecht vorgesehenen Informationsverbesserungen zu übernehmen<sup>37</sup>. Erfüllt eine GmbH die Voraussetzungen der volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaft gemäss Vorentwurf Art. 704, dann sind die Informationsrechte der Allgemeinheit gleich zu ordnen wie im Aktienrecht.

## 2. Stille Reserven insbesondere

a) Der Vorentwurf hält an der Möglichkeit zur Bildung stiller Reserven im bisherigen Umfang fest. Doch sollen diese Reserven insofern nicht mehr «still» sein, als Erfolgsrechnung, Bilanz und Geschäftsbericht verschiedene Angaben über die Bildung und Auflösung enthalten sollen<sup>38</sup>.

Auch diese Neuerungen sollen dazu dienen, dem Gesellschafter, dem Gläubiger und der Allgemeinheit einen besseren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zu vermitteln.

b) Bei der *Genossenschaft* können – nach allerdings nicht unbestrittener Ansicht – stille Reserven trotz des Schweigens des Gesetzgebers im gleichen Umfang gebildet werden wie bei der AG<sup>39</sup>. Die Probleme sind im wesentlichen dieselben wie im Aktienrecht, und es drängt sich daher die Uebernahme einer allfälligen aktienrechtlichen Neuordnung auf.

c) Auch die *GmbH* kann – infolge der Verweisung von OR 805 auf das aktienrechtliche Bilanzrecht – in gleicher Weise stille Reserven bilden wie die AG<sup>40</sup>. Die Neuordnung ist daher – mit dem vorn Ziff. 1. c) erwähnten Vorbehalt für Gesellschaften mit unbeschränktem Einsichtsrecht der Gesellschafter – ebenfalls zu übernehmen.

<sup>37</sup> Infolge der Verweisungen von OR 805 und 819 II auf das Aktienrecht wäre dies automatisch der Fall.

<sup>38</sup> Vgl. die Pflicht, den Aufwand für Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen auszuweisen, VE 663 Ziff. 12, 13; die Abschreibungen gesondert aufzuführen, VE 663 b Ziff. 19; die im Geschäftsjahr gebildeten oder aufgelösten stillen Reserven bekanntzugeben, VE 724 II Ziff. 1.

<sup>39</sup> Vgl. *Erich Fluri*: Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht (Diss. Zürich 1973 = ZBR 411) 137 ff., insb. 140; ferner *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 237 f. Für weitgehende Beschränkungen im Genossenschaftsrecht dagegen *Georges Capitaine*: Les sociétés coopératives peuvent-elles légalement constituer des réserves latentes? JT 89 (1941) 354 ff. sowie *François Jomini*: Parts sociales et capital dans le droit suisse des coopératives (Diss. Lausanne 1966) 168.

<sup>40</sup> Vgl. *W. v. Steiger* (zit. Anm. 12) Art. 805 N 7.

### 3. Verbesserungen in der Qualität der Revision

a) Einen weiteren Angelpunkt der Revisionsvorschläge bilden die Vorschriften zur Verbesserung der Revision der Jahresrechnung, insbesondere durch Anhebung der Anforderungen an die fachliche Qualität und die Unabhängigkeit der Revisoren<sup>41</sup>.

Auch diese Änderungen werden im Interesse aller Beteiligten – der Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer und der Allgemeinheit – postuliert.

b) Dass diese Verstärkung der Kontrolle auch für die Genossenschaft und für die GmbH (soweit sie ein besonderes Kontrollorgan kennt) vorzusehen ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

### 4. Flexiblere Ausgestaltung der Kapitalgrundlage durch Einführung des genehmigten und des bedingten Kapitals

a) Das verhältnismässig umständliche Verfahren, welches das geltende Aktienrecht für die Kapitalerhöhung vorsieht, soll für bestimmte Bedürfnisse durch die Einführung des bedingten und des genehmigten Kapitals ausgeschaltet werden<sup>42</sup>.

b) Für die *Genossenschaft* drängen sich entsprechende Erleichterungen nicht auf: Das Genossenschaftskapital ist von Gesetzes wegen veränderlich<sup>43</sup>, es passt sich denkbar leicht an gewandelte Umstände an. Allerdings sind auch bei der Genossenschaft die Kapitalgrundlage und – allgemeiner – die Möglichkeiten der Finanzierung neu zu überdenken<sup>44</sup>. Doch stellen sich dabei andere Probleme als im Aktienrecht.

c) Ebensowenig sind das bedingte und das genehmigte Kapital bei der *GmbH* vorzusehen: Im Hinblick auf die Personenbezogenheit der Mitgliedschaft<sup>45</sup> ist der Erwerb von Stammanteilen bewusst erschwert worden<sup>46</sup>. Bedingtes wie genehmigtes Kapital würden dieser Struktur zuwiderlaufen, und es besteht hiefür angesichts des regelmässig kleinen Gesellschafterkreises auch kein Bedürfnis.

### 5. Regelung der Partizipationsscheine, Präzisierung des Rechts der Genussscheine

a) Das in der Praxis entwickelte Institut des Partizipationsscheins – des Finanzierungsgenussscheins – wird durch den Vorentwurf einer in den wesentli-

chen Punkten zwingenden Regelung unterstellt. Gleichzeitig wird das Recht des Genussscheins präzisiert. Dadurch soll Missbräuchen, welche die geltende grobmaschige Regelung nicht zu verhindern vermöchte, vorgebeugt werden.

b) Im *Genossenschaftsrecht* fehlen Bestimmungen über die Genussscheine. Trotz des gesetzlichen Schweigens wird ihre Zulässigkeit jedoch grundsätzlich bejaht, allerdings nur bei Einhaltung zusätzlicher, spezifisch genossenschaftsrechtlicher Schranken<sup>47</sup>.

Sehr fraglich ist, ob nach geltendem Genossenschaftsrecht Partizipationsscheine ausgegeben werden können. Jedenfalls dürfte die in OR 859 III vorgesehene Beschränkung der Dividende auf «den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten» auch auf allfällige Beteiligungspapiere anzuwenden sein<sup>48</sup>. Damit aber wird der «Finanzierungsgenussschein» im Genossenschaftsrecht unattraktiv<sup>49</sup>. Tatsächlich ist denn auch der Partizipationsschein bisher in der Schweiz nicht als Finanzierungsmittel für Genossenschaften verwendet worden<sup>50</sup>.

Soweit Genussscheine und allenfalls auch Partizipationsscheine im Genossenschaftsrecht zuzulassen sind, sollten die Präzisierungen und Schranken eines künftigen Aktienrechts zweifellos beachtet werden. Darüber hinaus aber werden zusätzliche genossenschaftsspezifische Bestimmungen aufgestellt werden müssen. Sie auszuarbeiten dürfte eines der wichtigsten und zugleich schwierigsten Probleme einer künftigen Reform des Genossenschaftsrechts sein<sup>51</sup>.

c) Für die *GmbH* ist unbestritten, dass Genussscheine ausgestellt werden können<sup>52</sup>. Ob Partizipationsscheine ausgegeben werden könnten, ist meines Wissens bisher nicht näher untersucht worden und wird im Zwischenbericht offenbar verneint<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Vgl. *Fluri* (zit. Anm. 39) 109ff.; *Fritz von Steiger*: Kann eine Genossenschaft Genussscheine ausgeben?, SAG 17 (1944/45) 180ff.; *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 241; a.M. ohne Begründung *Georges Capitaine*: Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 89 (1953) 97ff., 112.

<sup>48</sup> Gl.M. *Fluri* (zit. Anm. 39) 116.

<sup>49</sup> Anderes könnte nur für die Kreditgenossenschaft gelten, auf welche die Dividendenbeschränkung keine Anwendung findet, vgl. OR 861 I. Bei ihr ist jedoch die Zulässigkeit einer Finanzierung mittels Ausgabe von Genussscheinen aus anderen Gründen problematisch, vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 241f.

<sup>50</sup> *Fluri* (zit. Anm. 39) 118.

<sup>51</sup> Vgl. die Hinweise bei *Forstmoser*, Genossenschaft (zit. Anm. 25) 163.

<sup>52</sup> Vgl. *Werner von Steiger* (zit. Anm. 12) Art. 789 N 18; *A. Janggen/Hermann Becker*: Berner Kommentar zur GmbH (1939) Art. 804 N 21; *Peter Jäggi*: Zürcher Kommentar zum Recht der Wertpapiere (1959) Art. 965 N 283; ferner *Baumbach/Hueck*: GmbH-Gesetz (13. A. München 1970) N 5 zu § 29.

<sup>53</sup> Zwischenbericht (zit. Anm. 2) 191. A.M. ohne Begründung *Paul Lanz*: Genussscheine und Nebenleistungen bei der GmbH..., SAG 41 (1969) 89ff., 93.

<sup>41</sup> VE 727a, 727b und 727c.

<sup>42</sup> Vgl. VE 730 I, 730a und 730d.

<sup>43</sup> OR 828 II.

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Fluri* (zit. Anm. 39) passim, mit weiteren Literaturangaben; ferner *Forstmoser*, Genossenschaft (zit. Anm. 25) 163.

<sup>45</sup> Vgl. etwa das in OR 811 verankerte Prinzip der Selbstorganshaft.

<sup>46</sup> Vgl. OR 791, ferner OR 789 II-IV.

Auch bei der GmbH wären die strengeren künftigen aktienrechtlichen Vorschriften voll zu beachten. Wie für die Genossenschaft so ist jedoch für sie ebenfalls zusätzlich zu untersuchen, welche weiteren Schranken sich für diese Beteiligungen aus den spezifischen Eigenarten dieser Körperschaftsform ergeben.

## 6. Weitere Vorschläge

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei noch an einigen weiteren Beispielen gezeigt, welche Konsequenzen anlässlich der Aktienrechtsreform bei der GmbH und der Genossenschaft zu ziehen wären:

a) Die Zulassung von *Kleinaktien*<sup>54</sup> ruft nicht nach Anpassung bei den beiden anderen Körperschaften: Für den Genossenschaftsanteil schreibt schon das geltende Recht keinen Mindestnennwert vor. Bei der GmbH aber wäre die Einführung dieser für Publikumsgesellschaften geschaffenen Erleichterung systemwidrig und wegen der Haftung aller Gesellschafter für die volle Einbringung des Stammkapitals zu riskant.

b) Ebenfalls im Hinblick auf Grossgesellschaften sollen *Anwesenheitsquoten* des geltenden Aktienrechts eliminiert werden<sup>55</sup>. Begründet wird dieser Vorschlag damit, dass die Kapitalmehrheiten des geltenden Rechts «insbesondere in Publikumsgesellschaften nicht oder kaum mehr zu erreichen»<sup>56</sup> sind.

Bei der grossen, mitgliederstarken Genossenschaft stellen sich ähnliche Probleme. Doch sollten hier m.E. der Genossenschaft adäquatere Lösungen getroffen werden. Ich denke namentlich an den Ausbau der indirekten Demokratie durch die zwingende Einführung der Delegiertenversammlung<sup>57</sup>.

Bei der GmbH, zu deren Wesen die Beschränkung auf einige wenige Mitglieder gehört, drängt sich eine entsprechende Bereinigung nicht auf<sup>58</sup>.

c) Die Neuordnung der Vorschriften über die *Vinkulierung*<sup>59</sup> hat weder auf das Genossenschaftsrecht noch auf das Recht der GmbH Auswirkungen, geht es doch darum, ein Charakteristikum der aktienrechtlichen Mitgliedschaft – ihre leichte Uebertragbarkeit – nach Möglichkeit zu erhalten. Bei der Genossenschaft aber ist nicht die Uebertragung, sondern der Ein- oder Austritt die typische Form des Mitglied-

schaftswechsels. Bei der GmbH steht zwar die Uebertragung neben Austritt und Ausschluss, doch ist sie bewusst gesetzlich erschwert worden<sup>60</sup>.

d) Schliesslich sind noch einige Vorschläge zu betrachten, die besonders den *Schutz von Minderheiten* bezwecken: die Erleichterung der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen<sup>61</sup>, das Recht von Minderheiten, einen zusätzlichen Revisor zu verlangen<sup>62</sup>, die Erleichterung der Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen<sup>63</sup>.

Die besondere Kostenregelung, welche die *Anfechtungsklage* für Kleinaktionäre attraktiver machen soll<sup>64</sup>, wäre auch im Genossenschaftsrecht einzuführen. Bei der GmbH stellt sich das Problem – da in der Regel jeder Gesellschafter mit einem substantiellen Anteil an der Gesellschaft beteiligt ist – nicht in gleicher Schärfe, doch mag auch bei ihr die vorgesehene Ordnung nichts schaden<sup>65</sup>.

Für das Recht von Minderheiten, die Ernennung eines *zusätzlichen Revisors* zu verlangen<sup>66</sup>, sprechen im Genossenschaftsrecht und im Recht der GmbH mit besonderem Kontrollorgan die gleichen Gründe wie im Aktienrecht. Die Bestimmung ist daher bei allen drei Körperschaften einzuführen.

Dagegen sollte man die *Erleichterung der Klage auf Auflösung* der Gesellschaft aus wichtigen Gründen auf das Aktienrecht beschränken: Bei der GmbH kann schon nach geltendem Recht<sup>67</sup> jeder Gesellschafter die Auflösung verlangen. Bei der Genossenschaft dagegen ist ein entsprechender Auflösungsgrund zu Recht überhaupt nicht vorgesehen<sup>68</sup>: Die im Genossenschaftsrecht verankerte *Austrittsfreiheit*<sup>69</sup> und die Möglichkeit der Ausschliessung von Gesellschaftern<sup>70</sup> bieten Alternativen für die Lösung von Konfliktsituationen, angesichts derer sich die Auflösungsklage erübrigt.

## IV. Ausmerzung ungerechtfertigter Differenzierungen des geltenden Rechts

a) Eingangs wurde erwähnt, dass anlässlich der letzten Revision des schweizerischen Gesellschafts-

<sup>54</sup> Vgl. OR 791.

<sup>55</sup> VE 706 V.

<sup>56</sup> VE 729a.

<sup>57</sup> VE 736 Ziff. 4.

<sup>58</sup> Ob die Bestimmung angesichts des dem Aktionär verbleibenden Risikos diese Erwartungen erfüllen wird, ist freilich zweifelhaft.

<sup>59</sup> Infolge der Verweisung von OR 808 VI käme die neue Bestimmung des Aktienrechts im Recht der GmbH von selbst zum Tragen.

<sup>60</sup> Die Regelung des Vorentwurfs ist in diesem Punkt noch sehr unvollkommen.

<sup>61</sup> OR 820 Ziff. 4.

<sup>62</sup> Vgl. OR 911 mit OR 736.

<sup>63</sup> OR 842ff.; die neuere Rechtspraxis hat allerdings das Recht auf Austritt stark eingeschränkt, vgl. BGE 89 II 138ff.

<sup>70</sup> OR 846.

<sup>54</sup> VE 622 IV.

<sup>55</sup> Vgl. VE 636, 648 I sowie die vorgeschlagene Aufhebung von OR 649, 655 und 658.

<sup>56</sup> Begleitbericht (zit. Anm. 6) 25.

<sup>57</sup> Vgl. dazu *Forstmoser*, Genossenschaft (zit. Anm. 25) 165f.

<sup>58</sup> Übrigens wäre zu fragen, ob nicht auch bei der AG der Verzicht auf Anwesenheitsmehrheiten auf die Publikumsgesellschaften beschränkt bleiben sollte. Bei kleinen Gesellschaften stellt die Erreichung der Anwesenheitsquoten keine Probleme. Wohl aber könnte deren Wegfall Missbräuchen die Türen öffnen.

<sup>59</sup> VE 646a, 685 II.

rechts die wesensmässigen Unterschiede der verschiedenen Körperschaften klar herausgearbeitet, dass dabei aber die Gemeinsamkeiten vernachlässigt wurden. Es drängt sich auf, selbst im Rahmen einer Teilrevision an einzelnen Orten Korrekturen vorzunehmen und Differenzierungen preiszugeben, die teils gesetzgeberischer Unachtsamkeit, teils falschen Vorstellungen über die Realität entspringen sind.

b) Bei der *Genossenschaft* verlangt das Gesetz in mancherlei Hinsicht weniger als bei der AG, ohne dass Unterschiede in der Interessenlage oder im Wesen der beiden Gesellschaften dies rechtfertigen. Einige Beispiele <sup>71</sup>:

- Bei der Gründung wird auf die öffentliche Beurkundung verzichtet <sup>72</sup>, und auch die Anforderungen an qualifizierte Gründungen gehen weniger weit als bei der AG <sup>73</sup>.
- Die Rechnungslegung richtet sich nach den allgemeinen Buchführungsvorschriften, nicht nach den strengeren Bestimmungen des Aktienrechts <sup>74</sup>.
- Mit Bezug auf Verwaltung und Kontrolle fällt auf, dass die Verantwortlichkeitsbestimmungen bedeutend einfacher und schwächer ausgestaltet sind als im Aktienrecht <sup>75</sup>. Sodann wird – ein besonders krasser Unterschied – keine personelle Trennung zwischen Verwaltung und Kontrollstelle verlangt <sup>76</sup>.
- Schliesslich sei noch erwähnt, dass für die Generalversammlung eine Einladungsfrist von nur fünf statt wie im Aktienrecht von zehn Tagen vorgesehen ist <sup>77</sup>, dass kein Geschäftsbericht vorgelegt werden muss <sup>77a</sup> und dass – wiederum im Gegensatz zum Aktienrecht – nicht verlangt wird, dass die ordentliche Generalversammlung innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattzufinden hat <sup>78</sup>.

<sup>71</sup> Für eine ausführliche Behandlung dieses Problems vgl. die demnächst erscheinende Zürcher Dissertation von *Urs Henggeler*: Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht; sodann *Capitaine* (zit. Anm. 47) passim und *Ernst Steiner*: Verschiedenartige Behandlung von AG und Genossenschaft im neuen OR, SAG 14 (1941/42) 95 ff.

<sup>72</sup> Vgl. OR 834; ebenso übrigens für Statutenänderungen und den Auflösungsbeschluss, vgl. OR 888 II.

<sup>73</sup> Im Gegensatz zu OR 636 verlangt OR 834 kein qualifiziertes Mehr für die Beschlussfassung.

<sup>74</sup> Vgl. die Verweisung auf OR 957 ff. in OR 858 I. Der AG gleichgestellt sind allerdings die Kredit- und die konzessionierten Versicherungsgenossenschaften, OR 858 II.

<sup>75</sup> Vgl. OR 916 ff. mit OR 754 ff. Gleichstellung mit der AG ist wiederum für Kredit- und für konzessionierte Versicherungsgenossenschaften vorgesehen.

<sup>76</sup> Vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 226 sowie ders. (zit. Anm. 7) Syst. Teil N 298. A.M. allerdings mit ausführlicher Begründung *Peter Michael Belser*: Versicherungsgenossenschaften (Diss. Zürich 1975) 118 ff.

<sup>77</sup> Vgl. OR 882 I mit 700 I.

<sup>77a</sup> Vgl. OR 879 II Ziff. 3 mit 698 II Ziff. 3.

<sup>78</sup> Vgl. OR 699 II, eine analoge Bestimmung im Genossenschaftsrecht fehlt.

Alle diese Modifikationen entspringen der Vorstellung, es lägen bei der Genossenschaft durchwegs einfachere Verhältnisse vor und diese könnten durch weniger anspruchsvolle gesetzliche Regeln bewältigt werden <sup>79</sup>. Der erste Teil dieses Ansatzes beruht auf einer Verkennung der wirtschaftlichen Realität, der zweite auf einer Fehlüberlegung: Zahlreiche Genossenschaften haben sich längst zu Grossunternehmen entwickelt <sup>80</sup>, und bei den kleineren Gebilden besteht oft kein Grund zu grösserer Largeheit <sup>81</sup>.

c) Fraglich ist, ob Aenderungen auch im Recht der *GmbH* anzubringen sind: Auf weite Strecken wird für sie schon heute auf das Aktienrecht verwiesen, so etwa im Hinblick auf die Pflichten der Kontrollstelle, auf Bilanzierung und Reservefonds und auf die Organhaftung <sup>82</sup>. Im übrigen wäre das Motiv für Anpassungen ein anderes als im Genossenschaftsrecht: Geht es dort darum, strengere Regeln zu übernehmen, so wäre im Recht der GmbH eher zu fragen, ob durch eine Angleichung an das Aktienrecht diese Rechtsform liberaler und attraktiver auszugestalten ist <sup>83</sup>. Diese Aenderungen, die sich nicht in einer blossen Uebernahme der aktienrechtlichen Ordnung erschöpfen könnten, liessen sich aber kaum im Rahmen einer Teilrevision bewältigen. Sie sind auch nicht dringend, da mit der AG, der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft passende Rechtsformen für Bedürfnisse zur Verfügung stehen, welche die GmbH nicht zu befriedigen vermag <sup>84</sup>.

## V. Ein allgemeiner Teil des Körperschaftsrechts?

Die vorstehenden Ausführungen gründen auf der Ansicht, es sollten für alle Körperschaften des OR insoweit gleiche Regeln gelten, als es darum geht, eine adäquate Ordnung für wirtschaftlich tätige Organisa-

<sup>79</sup> Vgl. *Hoffmann* (zit. Anm. 11) 102, 120 f.; Protokoll der Expertenkommission über die Revision der Titel 24 bis 33 OR (Bern 1928) 653; Botschaft (zit. Anm. 9) 89, 98; *StenBullStR* 1932, 200, 201; *NR* 1934, 778.

<sup>80</sup> Im Jahre 1974 befanden sich unter den grössten Handelsunternehmungen der Schweiz Genossenschaften im 1., 2., 11., 17. und 21. Rang. Bei den Banken war eine Genossenschaft auf dem 5., bei den Versicherungsgesellschaften auf dem 4. Platz. Vgl. *Schweiz. Bankgesellschaft*: Die grössten Unternehmen der Schweiz (Ausgabe 1975) 14, 18, 20. Vgl. ferner *Forstmoser* (zit. Anm. 19) 9 ff.

<sup>81</sup> Besonders deutlich wird dies beim Verzicht auf öffentliche Beurkundung des Gründungsvorgangs: Zu Recht bemerkt *Capitaine* (zit. Anm. 47) 101: «On peut se demander si, pour la catégorie des gens auxquels la coopérative est spécialement destinée, la formalité de l'acte authentique n'eut pas été particulièrement indiquée.»

<sup>82</sup> Vgl. OR 819 II, 805, 827.

<sup>83</sup> Ich denke etwa an die schwerfällige Ordnung des Mitgliederwechsels oder an die Haftung jedes Gesellschafters für das gesamte nicht einbezahlte Stammkapital.

<sup>84</sup> Zu Recht wird übrigens im Zwischenbericht (zit. Anm. 2) 188 betont, dass die GmbH keinen Ersatz für die Klein-AG zu bieten vermöchte.

tionen zu finden. Wird dadurch die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Rechtsformen abgebaut, so ist andererseits im Recht der einzelnen Körperschaft stärker nach der wirtschaftlichen Bedeutung zu differenzieren.

Zweckmässig wäre es allenfalls, die für alle Körperschaften in gleicher Weise anwendbaren (aber nach der wirtschaftlichen Erscheinungsform differenzierenden) Normen nicht bei jeder Körperschaftsform zu wiederholen, sondern der spezifischen Rege-

lung der einzelnen Gesellschaften voranzustellen. Damit wird eine Frage angeschnitten, die erst anlässlich einer Totalrevision zu beantworten ist: die der – teilweisen – Rückkehr zu dem von Eugen Huber vorgesehenen allgemeinen Teil des Körperschaftsrechts<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Zu betonen ist, dass die Rückkehr nur *teilweise* erfolgen dürfte. Keineswegs preiszugeben wären die Fortschritte der Revisionsarbeiten 1919/1936 in der Herausarbeitung der spezifischen Eigenarten der einzelnen Körperschaften und insbesondere der Genossenschaft.