

## Gegenwart und Zukunft der GmbH in der Schweiz

### Inhaltsübersicht

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>I. Die Entwicklung der GmbH in der Schweiz und die Reformbestrebungen<ul style="list-style-type: none"><li>1. Die Entwicklung der GmbH in Gesetzgebung und Praxis</li><li>2. Inangriffnahme einer GmbH-Reform</li></ul></li><li>II. Annäherung an das Aktienrecht<ul style="list-style-type: none"><li>1. Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft</li><li>2. Verbesserter Kapital- und Gläubigerschutz</li><li>3. Stärkere Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz</li><li>4. Abschaffung weiterer ungerechtfertigter Differenzen zum Aktienrecht</li></ul></li><li>III. Bewahrung der Eigenständigkeit der GmbH<ul style="list-style-type: none"><li>1. Die GmbH – eine personenbezogene Körperschaft</li></ul></li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>2. Strukturelle Unterschiede zur AG in der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung</li><li>3. Strukturelle Unterschiede zur AG hinsichtlich der Organe und ihrer Kompetenzen</li><li>4. Weitere Differenzen zum Aktienrecht</li><li>IV. Beseitigung von Lästigkeiten und Helvetismen, Annäherung an das Recht der EU<ul style="list-style-type: none"><li>1. Beseitigung von Eigenarten des geltenden schweizerischen GmbH-Rechts</li><li>2. Annäherung an das EU-Recht</li></ul></li><li>V. Die Aufnahme des Vorentwurfs in Lehre und Praxis<ul style="list-style-type: none"><li>1. Tendenzen</li><li>2. „GmbH“ oder „Private AG“?</li><li>3. Verbesserter Gläubiger- und Minderheitenschutz oder Erleichterung für Start-up-Unternehmen?</li></ul></li></ul> |
|--|--|

*Marcus Lutter* hat in den letzten Jahrzehnten das deutsche GmbH-Recht wesentlich mitgeprägt<sup>1</sup>. In einer ihm gewidmeten Festschrift mag daher ein Blick auf die Entwicklung der GmbH in der Schweiz interessieren, zumal sich die Schweizer GmbH in den letzten Jahren in einem überraschenden Gründungsboom vom Mauerblümchen zum Publikumsliebbling gemausert hat. Besonders reizvoll ist heute eine Betrachtung des Schweizer Rechts, weil es sich in einer Reformphase befindet<sup>2</sup>.

---

1 Hingewiesen sei in erster Linie auf den grundlegenden Kommentar zum GmbH-Gesetz von *Marcus Lutter* und *Peter Hommelhoff*, 15. Aufl. 2000. Vgl. sodann auch die Literaturhinweise in Anm. 19, 70, 77, 128.

2 Gedankt sei an dieser Stelle für wertvolle Hinweise und konstruktive Kritik von *Marcus Lutter* wie auch von *Peter Hommelhoff* im Hinblick auf den Vorentwurf für die Schweizer Reform.

## I. Die Entwicklung der GmbH in der Schweiz und die Reformbestrebungen

### 1. Die Entwicklung der GmbH in Gesetzgebung und Praxis<sup>3</sup>

a) Die schweizerische GmbH ist ein *Retortenbaby*, das ohne Ahnen in der schweizerischen Rechtstradition in einer Gesetzesreform in den dreißiger Jahren – gestützt auf das deutsche Vorbild – zur Welt gebracht worden ist. Man wollte damit das Bedürfnis nach einem „Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Vergesellschaftungsformen“<sup>4</sup> befriedigen und eine Organisationsform einführen, die sich vor allem für kleinere Gesellschaften eignen sollte, bei denen „eine Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung und Betätigung der Mitglieder bezweckt wird“<sup>5</sup>.

Dieses Ziel ist offenbar *verfehlt* worden: Bis Anfang der neunziger Jahre wurde die GmbH von der Praxis links liegen gelassen. Ende 1980 gab es in der Schweiz – neben mehr als 100 000 Aktiengesellschaften – nur 3000 GmbHs. Und während die Zahl der Aktiengesellschaften bis Ende 1991 auf 165 000 anstieg, sank die der GmbHs auf knapp 2800. Bei den meisten dürfte es sich um Gründungen von Ausländern gehandelt haben, denen der schweizerische Berater die vom Heimatland her vertraute Rechtsform nicht ausreichte<sup>6</sup>.

Das hat sich inzwischen gründlich *geändert*: Ende 1993 gab es 4200 GmbHs, Ende 1995 über 10 000, Ende 1998 mehr als 31 000, und Ende 1999 38 600. Die Zahl der Aktiengesellschaften blieb dagegen in den letzten Jahren konstant bei ca. 170 000. Heute ist die GmbH die zweithäufigste Gesellschafts-

---

3 Die Literatur zum Recht der GmbH ist in der Schweiz spärlich. Grundlegend ist noch immer die Bearbeitung durch *Werner von Steiger*, Zürcher Kommentar zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1965. Als weiterer Kommentar ist zu nennen *Janggen/Becker*, Berner Kommentar zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1939. Auf dem aktuellen Stand ist die von einer Mehrzahl von Autoren verfaßte Kommentierung im Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, 1994, und sind die drei Grundrisse von *Lukas Handschin*, Die GmbH – ein Grundriß, 1996, von *Herbert Wohlmann*, GmbH-Recht, 1997, und von *Pascal Montavon*, Droit et Pratique de la SARL, 1996. Kurzdarstellungen finden sich bei *Guhl/Kummer/Druey*, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. 1991, S. 714 ff. und bei *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 1998, S. 447 ff., ferner bei *Gabriele Herberstein*, Die GmbH in Europa, 1999, S. 332 ff.

4 Botschaft des Bundesrates zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 21. 1. 1928, Schweizerisches Bundesblatt 1928 I 205 ff., 273.

5 Botschaft (zit. Anm. 4) 274.

6 Zu den Gründen für die bisher geringe Verbreitung der GmbH vgl. *Rico Wengle*, Die Verbreitung der schweizerischen GmbH, 1969, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 309.

form in der Schweiz, mit großem Abstand zwar noch immer zur AG, ebenso aber zur drittplatzierten Genossenschaft mit ca. 14 000 Einheiten.

b) Der Grund für diese erstaunliche Wende<sup>7</sup> liegt nicht etwa im GmbH-Recht selbst – dieses blieb seit 1936 unverändert –, sondern darin, daß das Mitte 1992 in Kraft gesetzte revidierte Schweizer Aktienrecht die Anforderungen für die AG verschärft hat, namentlich durch eine *Anhebung des Mindestkapitals* von Fr. 50 000 auf Fr. 100 000<sup>8</sup> und durch erhöhte Anforderungen an die *qualifizierte Gründung* und die *Abschlußprüfung*. Dies führte zu einer Besinnung auf die weniger anspruchsvolle GmbH, deren minimales Stammkapital bei nur Fr. 20 000 liegt, bei der die Sacheinlagegründung leichter durchführbar ist und bei der man auf eine Abschlußprüfung gänzlich verzichten kann.

Außerdem zeigte sich bei der näheren Betrachtung des Rechts der GmbH, daß diese nicht nur aus Kostenüberlegungen eine attraktive Alternative zur AG – der bisherigen „bonne à tout faire“ des schweizerischen Rechts – darstellen kann:

- Anders als im Aktienrecht ist die satzungsmäßige Verankerung von *Nachschuß- und Nebenleistungspflichten*, von *Erwerbsberechtigungen* für Gesellschaftsanteile und von *Konkurrenzverboten* möglich, während bei der AG für die Einführung solcher personalistischer Elemente der komplexere und nicht immer sichere Weg einer Kombination der Satzung mit einem Aktionärbindungsvertrag beschritten werden muß<sup>9</sup>.
- Während das Aktienrecht verlangt, daß die Mehrheit des Verwaltungsrates<sup>10</sup> aus Personen besteht, „die *in der Schweiz wohnhaft* sind und das *Schweizer Bürgerrecht* besitzen“<sup>11</sup>, gibt es im Recht der GmbH keinen solchen „Heimatschutz“.
- Das revidierte Aktienrecht läßt sodann *Erschwerungen der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft* nur noch beschränkt zu, was bei kleinen, personenbezogenen Gesellschaften die Schaffung einer passenden Struktur er-

---

7 Vgl. dazu im Einzelnen von *Büren/Bähler*, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Recht 14 (1996), 17 ff. sowie *Adrian Plüss*, Die Wiederentdeckung der GmbH, Schweiz. Juristen-Zeitung 94 (1998), 309 ff.

8 Entsprechend etwa 60 000 Euro.

9 Das schweizerische Obligationenrecht (OR) hält in Art. 680 Abs. 1 als eherne Regel fest: „Der Aktionär kann auch durch die Statuten [Satzung] nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.“

10 Der Schweizer Verwaltungsrat ist mit dem deutschen Aufsichtsrat vergleichbar, allerdings nur beschränkt: Es kommen ihm nicht nur Aufsichtsfunktionen, sondern – unübertragbar und unentziehbar – auch grundlegende Exekutivaufgaben zu, und er ist sogar nach dispositivem Gesetzesrecht das eigentliche Geschäftsführungsorgan.

11 Art. 708 Abs. 1 OR.

schweren kann<sup>12</sup>. Bei der GmbH ist dagegen jegliche Art von Übertragungser schwerungen – bis hin zum Übertragungsverbot – zugelassen<sup>13</sup>.

## 2. Inangriffnahme einer GmbH-Reform

a) Trotz oder gerade wegen dieser unvermittelten Publikumsgunst blieb ein Mißbehagen gegenüber der GmbH bestehen: Es bestand weitgehend Einigkeit, daß der sechs Jahrzehnte alte Gesetzestext zu überprüfen sei, zumal sich die Eigenheiten, mit denen sich der Schweizer Gesetzgeber der dreißiger Jahre vom deutschen Vorbild absetzen wollte, zu einem guten Teil als Verschlimmbesserungen entpuppt hatten. Zudem war nicht recht einzusehen, weshalb von den beiden Kapitalgesellschaften des schweizerischen Rechts nur die eine – die AG – reformbedürftig sein, die andere dagegen unverändert bleiben sollte.

b) Offiziös wurde die Forderung nach einer GmbH-Reform erstmals 1993 im Bericht einer „Groupe de réflexion ‚Gesellschaftsrecht‘“ gestellt, die im Auftrag des Justizministers Handlungsbedarf im Gesellschaftsrecht auszuloten hatte<sup>14</sup>. Die „Groupe“ beantragte eine Reform des Rechts der GmbH – freilich erst in zweiter Priorität nach der als vordringlich erachteten generellen Angleichung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die EG-Richtlinien<sup>15</sup>.

c) Gestützt auf diese Anregung setzte das Bundesamt für Justiz im Herbst 1995 eine Arbeitsgruppe ein mit dem Auftrag, eine Revision des Rechts der GmbH vorzubereiten.

Die Arbeitsgruppe hat Ende 1996 einen ersten Entwurf mit ausführlicher Begründung vorgelegt, der auch in Buchform erschienen ist<sup>16</sup>. Aufgrund der – insgesamt positiven – Reaktionen hat die Arbeitsgruppe anschließend einen definitiven Vorentwurf (VE) ausgearbeitet, der im April 1999 den politischen Parteien, Wirtschaftsverbänden, Hochschulen und weiteren in-

---

12 Die Rechtsform der AG wird in der Schweiz – das zeigt schon die große Zahl von Aktiengesellschaften – nicht nur für große Gesellschaften gewählt, sondern ebenso für kleine und kleinste Gebilde mit einigen wenigen, in der Gesellschaft aktiven tätigen Gesellschaftern.

13 Art. 791 Abs. 3 OR.

14 Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schlußbericht vom 24. September 1993 (Hrsg.: Bundesamt für Justiz, Bern) 41 ff.; vgl. auch *Hanspeter Kläy*, Überblick über den Schlußbericht der Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schweiz. Zeitung für Wirtschaftsrecht 66 (1994), 135 ff.

15 Vgl. Schlußbericht (zit. Anm. 14) 45, 82.

16 *Böckli/Forstmoser/Rapp*, Reform des GmbH-Rechts, 1997, sowie französisch *dies.*, Révision du droit de la Sàrl, 1997. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Entwurf findet sich in *Rochat/Ferrari*, Les projets de Sàrl révisée. Edition CEDIDAC 37 (1998) 113 ff. (mit Beiträgen von *del Pero*, *Ottiker*, *Böckli*, *Forstmoser*, *Rapp*, *Nobel*, *Reymond* und *Rebsamen*).

teressierten Kreisen zur Stellungnahme unterbreitet worden ist<sup>17</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Ende Oktober 1999 abgeschlossenen Vernehmlassung soll voraussichtlich im Jahr 2001 dem Parlament ein Reformvorschlag vorgelegt werden.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Vorschläge der Arbeitsgruppe, an denen sich die künftige rechtspolitische Diskussion – zustimmend oder ablehnend – orientieren dürfte, kurz vorgestellt werden. Strukturiert werden die Ausführungen nicht nach Rechtsinstituten, sondern nach drei Zielsetzungen, die zwar nicht offen ausgesprochen, wohl aber implizit dem Reformprojekt zugrunde liegen:

- der Annäherung der GmbH an die AG (Ziff. II.),
- der Bewahrung ihrer Eigenständigkeit (Ziff. III.) und
- der Beseitigung gewisser schweizerischer Eigenarten sowie der Berücksichtigung europäischer Tendenzen (Ziff. IV.).

## II. Annäherung an das Aktienrecht

### 1. Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft<sup>18</sup>

a) Als Körperschaft mit einem im voraus bestimmten festen Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich nur das eigene Vermögen haftet<sup>19</sup>, ist die GmbH eng mit der AG verwandt. Soweit es um die Sicherstellung der Haftungsbasis, um die Rechnungslegung, aber auch um den Kapitaleinsatz

---

17 Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie Expertenbericht zu diesem Vorentwurf, Vernehmlassungsunterlage vom April 1999. – Inhaltsübersichten finden sich bei von *Büren/Steiner*, Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 135 (1999), 460 ff. und bei *Hanspeter Kläy*, Revision des GmbH-Rechts, Der Schweizer Treuhänder 73 (1999), 651 ff.

18 Umfassend hierzu sowohl hinsichtlich des geltenden Rechts wie auch de lege ferenda: *Jürg Schneider*, La constitution effective du capital social initial de la société à responsabilité limitée (Diss. Neuchâtel 1999 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 197).

19 VE Art. 772 Abs. 2. Differenzierend diesbezüglich noch das geltende Recht, Art. 772 OR, vgl. dazu *Carl Baudenbacher* in Basler Kommentar (zit. Anm. 3) zu Art. 772 N 28 ff.; *Peter Böckli*, Les sept différences principales entre SA et Sàrl – avant et après la révision, in: Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 16) 85 ff.; *Janggen/Becker* (zit. Anm. 3) zu Art. 802 N 1 ff.; *Montavon* (zit. Anm. 3) 469 ff.; *Wohlmann* (zit. Anm. 3) 88 ff.; zu den Haftungsverhältnissen in der GmbH des deutschen Rechts vgl. etwa *Marcus Lutter*, Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH in: GmbH-Rundschau 1997, 329–335 sowie *ders.*, Haftungsprobleme für Gesellschafter und Geschäftsführer in der GmbH in: Harzburger Steuerprotokoll 1993, 65–84.

der Gesellschafter geht, sind daher für diese beiden Rechtsformen weitestgehend gleiche Regeln angebracht<sup>20</sup>.

b) Bei der Einführung der GmbH in das schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahr 1936 wurde dieser Übereinstimmung von AG und GmbH zu wenig Rechnung getragen. Illustrativ ist etwa die Feststellung des nationalrätlichen Berichterstatters<sup>21</sup>: „Man wird dabei sagen dürfen, daß unsere G.m.b.H. mehr kollektivgesellschaftsähnlich<sup>22</sup> als aktiengesellschaftsähnlich ist; sie ist mehr eine Kollektivgesellschaft mit lauter Kommanditisten, als eine Aktiengesellschaft ohne Aktien.“ Die Folge davon war eine Vielzahl sachlich nicht gebotener Differenzen zwischen den beiden Kapitalgesellschaften.

c) Inzwischen wurde das Aktienrecht durch die Reform von 1991 gerade auch im Hinblick auf die Vermögensbasis und ihre Darstellung in der Jahresrechnung gründlich revidiert und modernisiert, wodurch sich die Differenzen zum Recht der GmbH noch vertieft haben.

d) Für die GmbH-Reform stellt sich daher die Aufgabe, überkommene wie neue Diskrepanzen zwischen den Rechten der AG und der GmbH abzubauen. Der Vorentwurf trägt dem in einer Reihe von Vorschlägen Rechnung:

## 2. Verbessertes Kapital- und Gläubigerschutz<sup>23</sup>

a) Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde das Mindestkapital wie erwähnt auf Fr. 100 000 verdoppelt. Das *minimale Stammkapital* der GmbH beträgt dagegen seit 1936 unverändert Fr. 20 000. Der Vorentwurf sieht eine Erhöhung auf Fr. 40 000 vor, womit die früheren Relationen zwischen AG und GmbH wieder hergestellt wären<sup>24</sup>.

---

20 Der Gedanke, daß für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte unabhängig von der gewählten Rechtsform gleiches Recht gelten soll, wird nun auch im 1998 vorgelegten VE zu einem Bundesgesetz (BG) über die Rechnungslegung und Revision (RRG) vom 29. Juni 1998 konsequent umgesetzt, vgl. hierzu die Ausführungen im Begleitbericht zu diesem Vorentwurf, S. 69.

21 V. E. Scherer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Sieben Vorträge über das neue OR, 1937, S. 95 ff., 100.

22 Die schweizerische Kollektivgesellschaft entspricht der deutschen OHG, Anmerkung des Verfassers.

23 Vgl. dazu Peter Forstmoser, Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht, in: Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 16) 113 ff.; zum Schutz des GmbH-Vermögens allgemein sowie zum Stammkapitalschutz unter geltendem und geplantes Recht siehe auch den Beitrag von Lukas Handschin in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform, 2000.

24 VE Art. 773; vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 17) 18; bei der deutschen GmbH beträgt das Stammkapital mindestens 25 000 Euro; vgl. hierzu sowie zur Stammeinlage eines jeden Gesellschafters Lutter/Hommelhoff (zit. Anm. 1) zu § 5 N 1 ff.

Eine weitere Verstärkung der Kapitalbasis ergibt sich daraus, daß für die Stammanteile der GmbH künftig von Anfang an *volle Liberierung*<sup>25</sup> verlangt werden soll<sup>26</sup>. Damit wird freilich eine neue Differenz zum Aktienrecht (das eine Teilliberierung weiterhin erlaubt) geschaffen, auf die noch zurückzukommen ist<sup>27</sup>.

b) Der *Gründungsvorgang* wird weitgehend dem für die AG nachgebildet<sup>28</sup>. Für die Liberierung wird ausdrücklich auf das Aktienrecht verwiesen<sup>29</sup>, womit klargestellt wird, daß es bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen eines Gründungsberichts und einer Prüfungsbestätigung<sup>30</sup> bedarf.

Für die Regelung der *Kapitalerhöhung* wird auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung<sup>30a</sup> verwiesen. Daraus folgt, daß für die qualifizierte Erhöhung ein Kapitalerhöhungsbericht und eine Prüfungsbestätigung erforderlich sind<sup>31</sup>.

c) Durch eine Verweisung auf das Recht der AG werden auch die *Rechnungslegung* und die *Reservebildung und -verwendung* geregelt<sup>32</sup>, wobei hervorgehoben wird, daß die Rechnungslegung eine allfällige Konzernrechnung mit einschließt<sup>33</sup>.

d) Einheitlichkeit wird auch hinsichtlich der *Abschlußprüfung* angestrebt: Während das geltende Recht der GmbH ein spezielles Kontrollorgan nur verlangt, wenn den nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern

---

25 „Liberierung“ bedeutet Erfüllung der Einlagepflicht des Gesellschafters, sei es in Geld, sei es in Sachwerten.

26 VE Art. 774 Abs. 4; § 7 Abs. 2 des deutschen GmbH-Gesetzes verlangt für die Anmeldung zum Handelsregister dagegen bloß, daß auf jede Stammeinlage ein Viertel eingezahlt ist (vgl. hierzu auch *Lutter/Hommelhoff* [zit. Anm. 1] zu § 7 N 1 ff.).

27 Hinten bei Anm. 130 f.

28 Vgl. VE Art. 779 ff.

29 VE Art. 779 Abs. 5.

30 Vgl. Art. 635f OR. Das geltende Recht der GmbH begnügt sich dagegen mit der bloßen Wertfestsetzung durch die Gründer (vgl. Art. 778 Abs. 1 OR).

30a Die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung sollen bei der GmbH nicht zur Verfügung stehen, vgl. dazu hinten bei Anm. 101.

31 Art. 652e, Art. 652f OR; vgl. zur diesbezüglichen Regelung im deutschen Recht §§ 55 ff. des GmbH-Gesetzes.

32 VE Art. 805, dazu Expertenbericht (zit. Anm. 17) 30 f.

33 Der VE zu einem künftigen Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) vom 29. 6. 1998 (vgl. Anm. 20) geht noch einen Schritt weiter und sieht eine weitestgehend rechtsformunabhängige Vereinheitlichung des Rechnungslegungsrechts, die auch die übrigen Organisationsformen erfassen soll, vor. Dafür soll stärker nach Art und Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit differenziert werden. Vgl. dazu den Expertenbericht (zit. Anm. 17) 30 f.: „Richtigerweise muß dagegen Rechnungslegungsrecht rechtsformunabhängig geregelt werden.“ Eine solche Entwicklung ist nach dem Grundsatz, daß wirtschaftlich Gleiches gleich zu behandeln ist, zu begrüßen. Sie brächte auch eine verstärkte Angleichung an das europäische Richtlinienrecht.

keine umfassenden Einsichtsrechte zustehen<sup>34</sup>, schreibt der Vorentwurf die Bestellung eines Abschlußprüfers für alle GmbHs zwingend vor, wobei wiederum die Bestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung kommen<sup>35, 36</sup>.

e) Schließlich soll auch der *Erwerb eigener Stammanteile* entsprechend der aktienrechtlichen Ordnung geregelt werden<sup>37</sup>.

### 3. Stärkere Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz

a) Das geltende schweizerische GmbH-Recht kennt eine eigenartige Regelung zum Schutz der Kapitalaufbringung: Soweit das Stammkapital nicht voll liberiert ist, haften sämtliche Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsschulden, und dies im vollen Umfang des insgesamt nicht liberierten Betrages, unabhängig von der Höhe der eigenen Stammeinlage. Aus dieser schweizerischen Besonderheit ergibt sich ein schwer abschätzbares Risiko, das insbesondere für Gesellschafter mit einer kleinen Beteiligung in keinem vernünftigen Verhältnis zu Kapitaleinsatz und Chancen steht<sup>38</sup>. Die Regelung dürfte mit ein Grund dafür sein, daß sich die GmbH bis Anfang der neunziger Jahre nicht durchsetzen konnte.

Das revidierte Recht soll diese für eine Kapitalgesellschaft verfehlte subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter beseitigen. Ermöglicht wird dies dadurch, daß künftig die Stammanteile an einer GmbH stets von Anfang an voll liberiert sein müssen, womit sich die Frage einer subsidiären Gesellschafterhaftung im Umfang nicht liberierter Beträge nicht mehr stellt<sup>39</sup>.

Dem allfälligen Bedürfnis, finanzielle Leistungen von Gesellschaftern aufzuschieben, soll künftig dadurch Rechnung getragen werden, daß in der Satzung vorgesehene Nachschüsse der Gesellschafter nicht mehr nur bei Kapitalverlust verlangt werden können, sondern auch dann, wenn „ein anderer in den Statuten umschriebener Fall von Eigenkapitalbedarf besteht.“<sup>40</sup>

34 Vgl. Art. 819 Abs. 2 OR.

35 VE Art. 819, vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 42 ff. sowie zur deutschen Regelung der Abschlußprüfung *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu Anhang § 42 N 1 ff.

36 Auch in diesem Punkt geht der VE zum RRG weiter: Die Pflicht zur Abschlußprüfung soll rechtsformübergreifend geordnet werden, wobei – in Entsprechung mit der vierten Richtlinie – allenfalls in kleinen Verhältnissen auf eine Abschlußprüfung verzichtet werden kann.

37 Vgl. VE Art. 807. Wiederum könnte durch das RRG eine Änderung erfolgen, aber erneut übereinstimmend für AG und GmbH.

38 Vgl. die Beispiele bei *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 3) § 18 N 31 ff. und die übrige in Anm. 3 zitierte Literatur.

39 Zur Begründung im Einzelnen vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 20 ff.

40 VE Art. 803 Abs. 1 Ziff. 2; ausführlich zur Nachschußpflicht auch *Handschin* (zit. Anm. 23). Zur Nachschußpflicht unter deutschem GmbH-Recht vgl. §§ 26 ff. des GmbH-Gesetzes sowie deren Kommentierung in *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1).



b) Eine gewisse Mobilisierung der Beteiligung wird durch zwei Maßnahmen erreicht:

- Der Mindestnennwert des Stammanteils<sup>41</sup> wird von Fr. 1000 auf Fr. 100 herabgesetzt<sup>42</sup>.
- Überdies können einem Gesellschafter künftig *mehrere Stammanteile* zukommen<sup>43</sup>, was die Übertragung eines Teils der Mitgliedschaftsstellung erleichtert<sup>44</sup>.

Der Erleichterung der Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung oder eines Teils derselben sind im Recht der GmbH freilich enge Schranken gesetzt, wenn man ihrem personalistischen Charakter Rechnung tragen will. Darauf ist später einzugehen<sup>45</sup>.

c) Die Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung wird nicht nur erleichtert, sondern auch stärker auf die Kapitalbeteiligung ausgerichtet<sup>46</sup>. Stimmrechtsprivilegierte Stammanteile bleiben zwar zugelassen, doch wird das Stimmprivileg wie im revidierten Aktienrecht auf das Zehnfache des Kapitaleinsatzes begrenzt<sup>47</sup>.

d) Das Recht auf Dividende und das Bezugsrecht werden nach dem Vorbild des revidierten Aktienrechts geregelt<sup>48</sup>.

#### 4. Abschaffung weiterer ungerechtfertigter Differenzen zum Aktienrecht

Durch eine Reihe weiterer Neuerungen sollen sachlich nicht gebotene Unterschiede zum Aktienrecht beseitigt werden:

- Für das Stammkapital soll es künftig gleich wie im deutschen GmbH-Recht *keine Obergrenze* mehr geben<sup>49</sup>, ein Zeichen dafür, daß der Ge-

41 Dieser Begriff ersetzt den bisherigen Begriff „Stammeinlage“, vgl. Art. 774 des geltenden Rechts und des Vorentwurfs.

42 VE Art. 774 Abs. 1.

43 VE Art. 774 Abs. 2; vgl. dagegen den dem geltenden schweizerischen Recht entsprechenden § 5 Abs. 2 des deutschen GmbH-Gesetzes: „Kein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Stammeinlagen übernehmen.“

44 Vgl. dagegen die schwerfällige Ordnung des geltenden Art. 795 OR, dazu ausführlich *Marc Amstutz* in Basler Kommentar (zit. Anm. 3) zu Art. 795 N 1 ff.

45 Nachstehend bei Anm. 75 ff.

46 Vgl. etwa VE Art. 810b und 810c mit Art. 784 OR; siehe zum Stimmrecht im deutschen GmbH-Recht *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 47 N 1 ff.

47 VE Art. 810 Abs. 2; daneben soll es freilich auch künftig möglich bleiben, einzelnen Gesellschaftern oder einer bestimmten Kategorie von Stammanteilen ein Vetorecht einzuräumen, dazu hinten bei Anm. 91. *Thomas Bähler* (Die maßgeschneiderte Gesellschaft, 1999 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht 621, 47) kritisiert diese Beschränkung der Ausgestaltungsmöglichkeiten des Stimmrechts im Vorentwurf.

48 Vgl. VE Art. 804 und 787. Im Vergleich zum geltenden Recht wird das Bezugsrecht – wie seinerzeit im Zuge der Aktienrechtsreform – verstärkt.

49 Vgl. dagegen zum geltenden Recht Art. 773 OR (Höchstbetrag von Fr. 2 Mio.); dazu etwa *Handschin* (zit. Anm. 3) § 7 N 17.

setzgeber die GmbH nicht einfach als kleine Schwester der AG versteht<sup>50</sup>.

- Die *deklaratorische Kapitalherabsetzung*, d.h. die Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz, soll in gleicher Weise wie bei der AG erleichtert sein<sup>51</sup>.
- Die Möglichkeit des *Konkursaufschubes* wird gleich geregelt wie im revidierten Aktienrecht<sup>52</sup>.
- Der *Genußschein* wird zugelassen und durch eine Verweisung auf das Aktienrecht geregelt<sup>53</sup>.
- Wie bei der AG zugunsten des Verwaltungsrates<sup>54</sup> so soll bei der GmbH für die Geschäftsführer eine *Kompetenzvermutung* aufgestellt werden: Sie sollen zuständig sein „in allen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung zugeteilt sind.“<sup>55</sup> Im Einzelnen wird die Grenze bei der GmbH freilich zugunsten der Versammlung der Gesellschafter verschoben<sup>56</sup>.
- Ebenfalls in Übereinstimmung mit dem revidierten Aktienrecht findet sich im Vorentwurf eine Liste von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Exekutivorgans, die weitgehend – aber mit einer gewichtigen Einschränkung<sup>57</sup> – der aktienrechtlichen entspricht<sup>58</sup>.

### III. Bewahrung der Eigenständigkeit der GmbH

#### 1. Die GmbH – eine personenbezogene Körperschaft

Die GmbH erscheine „als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier“. Dies die Umschreibung eines Parlamentariers zur GmbH von 1936 und damit zum heute geltenden Recht<sup>59</sup>.

---

50 Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 18 f.

51 VE Art. 788.

52 VE Art. 817a; zur diesbezüglichen aktienrechtlichen Regelung etwa *Wüstiner* in Basler Kommentar (zit. Anm. 3) zu Art. 725a N 4 ff.

53 VE Art. 774a; zum im deutschen GmbH-Recht ebenfalls zugelassenen Genußschein vgl. *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 55 N 44 ff. – Nicht zugelassen werden soll dagegen der Partizipationsschein, dem im schweizerischen Aktienrecht die Funktion einer stimmrechtslosen Aktie zukommt, vgl. hinten bei Anm. 103 f.

54 Art. 716 Abs. 1 OR.

55 VE Art. 811 Abs. 3; vgl. zur Befugnis von Geschäftsführern im deutschen GmbH-Recht *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 37 N 1 ff.

56 Vgl. dazu hinten bei Anm. 90 und 93 ff.

57 Dazu hinten bei Anm. 96 ff.

58 Vgl. VE Art. 812a mit Art. 716a OR.

59 *Scherer* (zit. Anm. 21) 100.

Dabei soll es auch nach dem Vorentwurf bleiben: Dieser verschiebt zwar die Gewichte, betont – wie gezeigt – die kapitalgesellschaftlichen Elemente und damit die Verwandtschaft zur AG stärker<sup>60</sup>, behält aber die Eigenständigkeit der GmbH bei. Auch künftig wird die GmbH ein „Bastard“, ein „juridisches Maultier“ sein, eine eigenständige, personenbezogene Kapitalgesellschaft und nicht etwa eine „kleine“ oder „private“ AG<sup>61</sup>.

## 2. Strukturelle Unterschiede zur AG in der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung

a) Die Mitgliedschaft ist bei der Schweizer AG von Gesetzes wegen rein kapitalbezogen<sup>62</sup>. Gesellschaftsvertraglich kann von dieser Grundordnung nur begrenzt abgewichen werden. So gibt es bei der AG keine Möglichkeit statutarischer Nebenleistungspflichten<sup>63</sup>, keine Treuepflicht<sup>64</sup>, keine Austritts- und Ausschließungsrechte<sup>65</sup>, und die Möglichkeiten von Übertragbarkeitsschwerungen sind durch die Aktienrechtsreform massiv abgebaut worden<sup>66</sup>.

60 Insofern erfolgt eine Annäherung an die deutsche GmbH, die seit jeher stärker kapitalbezogen war; zur dortigen Gesellschafterstellung im Allgemeinen siehe *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 45 N 1 ff.

61 In der rechtspolitischen Diskussion wird freilich vorgeschlagen, die GmbH durch eine Reihe von Sonderbestimmungen für kleine Aktiengesellschaften zu ersetzen bzw. zu ergänzen, vgl. hinten Ziff. V. 2.

62 *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 39 N 1 ff.

63 Art. 680 Abs. 1 OR; vgl. hierzu etwa *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 3) § 6 N 122 ff.

64 So jedenfalls die vorherrschende Lehre (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 62] § 42 N 24 ff.; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. 1996, N 1646a; *Peter Kurer* in *Basler Kommentar* [zit. Anm. 3] zu Art. 680 N 5 ff.); a.A. *John Nenninger*, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, 1974 (= *Basler Studien zur Rechtswissenschaft* 105), 156, welcher eine Treupflicht des Aktionärs bejaht und in ihr nicht einfach einen Anwendungsfall von ZGB 2 erblickt, sondern von einer eigentlichen aktienrechtlichen Pflicht ausgeht. *Herbert Wohlmann* (*Die Treuepflicht des Aktionärs*, 1968 [= *Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft* 286] 10) wiederum sieht die Treuepflicht als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wobei sie zwar mit Treu und Glauben zusammenhänge, aber doch etwas von ihr Verschiedenes sei.

65 Neben dem Ausschluß eines Aktionärs wegen Säumnis in der Erfüllung seiner Liberierungspflicht gemäß Art. 681 f OR (sog. Kaduzierung) und dem Ausschlußrecht nach Art. 33 des Börsengesetzes („squeeze-out“) gibt es nach herrschender Lehre keine Möglichkeiten des Ausschlusses von Aktionären, auch nicht mit satzungsmäßiger Grundlage (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 62] § 44 N 52 ff.); a.A. *Peider Mengiardi*, Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, in: *Boemle/Geiger/Pedrazzini/Schluop* (Hrsg.), *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe zum 70. Geburtstag von W. F. Bürgi, 1971, S. 280 f.

66 Bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ist die Ablehnung eines Aktienerwerbers nur noch zulässig, wenn dafür ein wichtiger, in der Satzung genannter Grund besteht, es sei denn, die Gesellschaft sei bereit, die Aktien zum wirklichen

In all diesen Punkten erweist sich die *GmbH* als *Gegenpol* zur *AG*:

b) So besteht die Möglichkeit, durch die Satzung *Nebenleistungspflichten* vielfacher Art einzuführen<sup>67</sup>. Damit kann das Schwergewicht der mitglied-schaftlichen Beziehung vom Kapitaleinsatz zur persönlichen Mitwirkung verschoben werden, ohne daß es – wie bei der *AG* – einer komplexen Kombination aktienrechtlicher und vertraglicher Regelungen bedürfte.

c) In der Satzung können – begrenzt auf das Doppelte des Nennwerts der gehaltenen Stammanteile – auch *Nachschußpflichten* vorgesehen werden<sup>68</sup>.

d) Gesetzlich verankert ist sodann die *Treuepflicht* aller Gesellschafter und als Ausfluß derselben ein *Konkurrenzverbot*<sup>69</sup>.

e) Die Pflicht der Gesellschafter zu *Loyalität* ermöglicht es andererseits, ihre *Informationsrechte* im Vergleich zu denen der Aktionäre stark zu erweitern: Vorbild der vorgeschlagenen Neuordnung ist das Auskunfts- und Einsichtsrecht, wie es bei der *AG* dem Mitglied des Verwaltungsrates – also des Exekutiv- bzw. Aufsichtsorgans – zukommt<sup>70</sup> und das viel weiter geht als das eines gewöhnlichen Aktionärs. In diesem Punkt soll die bisherige personenbezogene Struktur nicht nur beibehalten, sondern verstärkt werden: Das geltende Recht der *GmbH* erlaubt es, die Informationsrechte des *GmbH*-Gesellschafter auf die eines Aktionärs zu beschränken, wenn ein spezielles Kontrollorgan eingesetzt wird.

Die stärkere persönliche Nähe zeigt sich auch darin, daß *zwischen den Gesellschaftern keine Anonymität* bestehen soll, steht doch jedem *GmbH*-Gesellschafter das Recht zu, in das Anteilbuch Einsicht zu nehmen<sup>71</sup>, während es nur ausnahmsweise ein Recht auf Einblick in das Aktienregister gibt<sup>72</sup>.

---

Wert zu übernehmen, Art. 685b Abs. 1 OR. Bei börsennotierten Gesellschaften sind die Vinkulierungsmöglichkeiten noch stärker eingeschränkt.

67 VE Art. 777 Ziff. 4. Intern wie extern und namentlich auch bei der Übertragung sind solche Pflichten publik zu machen, vgl. VE Art. 779 Abs. 2 Ziff. 4. und Abs. 3 Ziff. 2., Art. 781 Ziff. 12. und Art. 789 Abs. 3 sowie Art. 803c; zu den Nebenleistungspflichten unter deutschem *GmbH*-Recht siehe *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 3 N 17 ff.

68 Vgl. VE Art. 803–803b.

69 VE Art. 807a; für geschäftsführende Gesellschafter wird das Konkurrenzverbot verschärft, vgl. VE Art. 807a Abs. 3; zur Treuepflicht unter deutschem *GmbH*-Recht siehe *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 14 N 18 ff.

70 VE Art. 807b, vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 15) 32 ff. Zum deutschen Recht vgl. *Marcus Lutter*, Zum Informationsrecht des Gesellschafter nach neuem *GmbH*-Recht, ZGR 1982, 1–14.

71 VE Art. 790 Abs. 3.

72 Vgl. *Dieter Zobl*, Zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, Schweiz. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 64 (1992) 49 ff.; Böckli (zit. Anm. 64) N 772 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (zit. Anm. 62) § 43 N 89 ff.; betr. Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter im deutschen *GmbH*-Recht siehe *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 51a N 1 ff. sowie zu § 51b N 1 ff.

f) Die personenbezogene Natur der Gesellschafterstellung bei der GmbH bringt es auch mit sich, daß deren *Übertragung* durch die gesetzliche Ordnung *eingeschränkt und erschwert* wird, wobei die Satzung noch weiter gehen kann:

Zwar will der Vorentwurf die Mobilität der Gesellschafterstellung verbessern: Wie erwähnt wird zum einen der Minimalbetrag der Beteiligung von Fr. 1000 auf Fr. 100 herabgesetzt<sup>73</sup> und soll es zum zweiten – und vor allem – künftig zulässig sein, daß ein Gesellschafter mehrere Stammanteile hält<sup>74</sup>. Dadurch wird es auch möglich, lediglich einen Teil der Beteiligung an einer GmbH zu übertragen oder eine Übertragung auf mehrere Erwerber vorzunehmen, ohne daß dies – wie nach geltendem Recht – zu einer Satzungsänderung und entsprechenden Anpassungen des Handelsregistereintrages führen muß.

Im Übrigen soll aber die Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen durch verschiedene – teils dispositive, teils zwingende – gesetzliche Regeln begrenzt bleiben. Der unterschiedliche Ansatz der Rechte der AG und der GmbH zeigt sich schon im Grundsatz: Während für Namenaktien im Gesetz erklärt wird, diese seien mangels anderer Vorschrift in der Satzung „ohne Beschränkung übertragbar“<sup>75</sup>, soll für die Stammanteile der GmbH festgehalten werden, sie seien „nur nach Maßgabe der folgenden [gesetzlichen] Vorschriften veräußerlich und vererblich“<sup>76</sup>. Zu diesen gesetzlichen Vorschriften Folgendes:

– Die Übertragung von GmbH-Anteilen soll der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, und zwar mit einem doppelt qualifizierten Mehr von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals bedürfen<sup>77</sup>. Dabei steht es der Gesellschafterversammlung frei, die Zustimmung „ohne Angabe von Gründen“ zu verweigern<sup>78</sup>. Durch die Satzung kann die Übertragung erleichtert, aber auch erschwert werden, bis hin zum Übertragungsverbot<sup>79, 80, 81</sup>.

73 VE Art. 774 Abs. 1.

74 VE Art. 774 Abs. 2, vgl. dagegen zum geltenden Recht Art. 774 Abs. 2 OR.

75 Art. 684 Abs. 1 OR. Für Inhaberaktien gilt die freie Übertragbarkeit ohnehin.

76 VE Art. 789 Abs. 1.

77 VE Art. 791 Abs. 2 i.V.m. VE Art. 810c Abs. 2; vgl. zur deutschen Regelung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 15 N 1 ff. sowie *Marcus Lutter*, Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, AG 1989, 109–117.

78 VE Art. 791 Abs. 3.

79 So ausdrücklich VE Art. 791 Abs. 3. Vorbehalten bleibt der Austritt aus wichtigem Grund.

80 Die gleiche Regelung soll für die Einräumung eines Nießbrauchs bestehen, VE Art. 797a Abs. 1.

81 Das Zustimmungserfordernis soll freilich nicht beliebig erschwert werden können: Nach VE Art. 810c Abs. 2 soll die Zustimmung auf jeden Fall erteilt sein,

- Die Abtretungsverpflichtung soll sodann auch weiterhin der *öffentlichen Beurkundung* bedürfen<sup>82</sup>, eine Vorschrift, über deren Sinn man sich freilich streiten kann<sup>83</sup>.
- Um die Fungibilität der Stammanteile in Grenzen zu halten, sieht der Vorentwurf vor, daß Urkunden über Stammanteile nur als Beweisurkunden oder als Rektapapiere ausgestaltet werden können<sup>84</sup>.
- g) Der personenbezogenen Ausgestaltung der Mitgliedschaft entspricht es auch, daß die Möglichkeit des *Austritts*, aber auch des *Ausschlusses* von Gesellschaftern gegeben ist<sup>85</sup>. Von Gesetzes wegen und zwingend kann jeder Gesellschafter aus wichtigem Grund austreten oder ausgeschlossen werden. Die Satzung kann weitere Gründe des Ausscheidens vorsehen.
- h) Und schließlich erlaubt das Recht der GmbH die gesellschaftsrechtliche Verankerung von *Erwerbsberechtigungen* – Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechten<sup>86</sup> –, während bei der AG solche Regelungen wiederum nur außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen<sup>87</sup> vorgesehen werden können.

### 3. Strukturelle Unterschiede zur AG hinsichtlich der Organe und ihrer Kompetenzen

- a) Wie bei der AG so wird auch bei der GmbH zwischen der Gesellschafterversammlung<sup>88</sup> – quasi dem Legislativorgan – und dem Exekutivorgan – dem Verwaltungsrat bei der AG, den Geschäftsführern bei der GmbH – unterschieden. Obwohl Aufgaben und Funktionsweise dieser beiden Organe bei AG und GmbH ähnlich sind, finden sich im Einzelnen qualitative Unterschiede:

---

„wenn drei Viertel aller stimmberechtigten Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des stimmberechtigten Stammkapitals vertreten, die Übertragung gutheißen.“ Da die Satzung aber auch ein Übertragungsverbot vorsehen kann, ergibt diese Begrenzung wenig Sinn, sie sollte wohl ersatzlos gestrichen werden.

82 VE Art. 791 Abs. 1.

83 Angemessen erscheint die öffentliche Beurkundung zum Schutze der Beteiligten allenfalls dann, wenn eine Gesellschaft Nachschuß- oder Nebenleistungspflichten oder verschärfte Konkurrenzverbote vorsieht. Fehlen solche erhöhten Auflagen und Risiken, sollte dagegen wie im Schuldvertragsrecht Schriftlichkeit der Abtretung genügen.

84 VE Art. 789 Abs. 2.

85 Vgl. VE Art. 822–822c, ferner VE Art. 777 Ziff. 13f und 14. Zum Ausschluß und Austritt von Gesellschaftern nach deutschem GmbH-Recht vgl. *Lutter/Hommelhoff* (zit. Anm. 1) zu § 34 N 22 ff. und 36 ff.

86 Vgl. VE Art. 777 Ziff. 2.

87 Durch Schuldvertrag, allenfalls auch im Rahmen einer einfachen Gesellschaft (BGB-Gesellschaft) zwischen Aktionären.

88 Im schweizerischen Aktienrecht „Generalversammlung“ genannt.

b) Für die *Gesellschafterversammlung* der GmbH ist die Regelung – im Vergleich zur Hauptversammlung der AG – etwas vereinfacht worden<sup>89</sup>. Im Wesentlichen wird aber auf das Aktienrecht verwiesen oder eine übereinstimmende Ordnung aufgestellt.

Die Besonderheit der GmbH zeigt sich jedoch in der Liste der Aufgaben, die der Gesellschafterversammlung zukommen: Neben den auch der Hauptversammlung der AG zustehenden Kompetenzen findet sich hier etwa die Zustimmung zur Ausübung von Erwerbsrechten, die nähere Regelung von Nebenleistungspflichten in einer Geschäftsordnung, der Entscheid über den Ausschluß von Gesellschaftern und – darauf ist sogleich zurückzukommen<sup>90</sup> – selbst die Möglichkeit von Eingriffen in die Geschäftsführung.

Der personalistische Charakter der GmbH zeigt sich auch darin, daß – was bei der AG undenkbar wäre – durch die Satzung „bestimmten oder bestimmbaren Gesellschaftern Vetorechte gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung“ oder die Stichtentscheidung in derselben eingeräumt werden können<sup>91</sup>.

c) Hinsichtlich der *Geschäftsführung* besteht ein grundlegender Unterschied insofern, als auch in Zukunft bei der GmbH das Konzept der *Selbstorganshaft* – der Ausübung der Geschäftsführungsfunktion aufgrund der Gesellschafterstellung, ohne daß es dafür einer Wahl bedürfte – möglich und die Regel bleiben soll<sup>92</sup>. Die Aufgaben des geschäftsführenden Organs sind naturgemäß bei AG und GmbH im Wesentlichen dieselben.

d) Durch die Aktienrechtsreform sind dem Verwaltungsrat bestimmte Kompetenzen *unübertragbar und unentziehbar* zugewiesen worden<sup>93</sup>, worunter die sog. Oberleitung der Gesellschaft (d.h. die Festlegung der Strategie) und die wichtigsten personellen Entscheidungen fallen. Was diese Zuweisung im Einzelnen bedeutet, ist noch heute nicht völlig geklärt<sup>94</sup>. Es steht aber fest, daß es diese Norm dem Verwaltungsrat untersagt, sich seiner Verantwortung dadurch zu entledigen, daß er „unübertragbare“ Aufgaben an die Generalversammlung weiterleitet, daß aber gleichzeitig auch die Generalversammlung nicht befugt ist, diese „unentziehbaren“ Kompetenzen an sich zu ziehen.

---

89 So gelten etwa verkürzte Einberufungsfristen, VE Art. 809 Abs. 2.

90 Vgl. lit. c).

91 VE Art. 777 Ziff. 5, vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 17) 35 f.

92 Vgl. VE Art. 811, Expertenbericht (zit. Anm. 17) 41 f. Denkbar ist aber auch die reine Drittorganshaft oder eine Geschäftsführung zwar ausschließlich durch Gesellschafter, aber aufgrund ihrer Wahl durch die Gesellschafterversammlung; zur Geschäftsführungsbefugnis im deutschen GmbH-Gesetz vgl. vorne bei Anm. 55.

93 Vgl. Art. 716a Abs. 1 OR.

94 Vgl. dazu statt vieler *Peter Böckli*, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, in: Schriften zum neuen Aktienrecht 7, 1994, und *Adrian W. Kammerer*, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, 1997 (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 180).

Im Grundsatz soll diese Ordnung, die *jedem Organ einen eigenen Kompetenzbereich zwingend zuordnet*, auch für die GmbH übernommen werden<sup>95</sup>. Doch finden sich wichtige Modifikationen, die erneut die wesensmäßige Verschiedenheit von AG und GmbH belegen:

- Bei der GmbH soll es zulässig sein, in der Satzung die „Genehmigung von geschäftsführenden Entscheiden grundsätzlicher Tragweite der Gesellschafterversammlung“ vorzubehalten<sup>96</sup>. Daraus ergibt sich ein Einbruch in das im Aktienrecht konsequent durchgehaltene Prinzip, wonach strategische Grundsatzentscheidungen – soweit sie keine Satzungsänderung bedingen – *unenziehbar* dem Exekutivorgan zukommen.
- Darüber hinaus sollen die Geschäftsführer „in jedem Fall befugt“ sein, Geschäfte von grundsätzlicher Tragweite der Gesellschafterversammlung „zum Entscheid vorzulegen“<sup>97</sup>, wodurch das Prinzip der *Unübertragbarkeit* solcher Geschäfte durchbrochen wird<sup>98</sup>.
- Sodann sollen bei der GmbH die grundlegenden personellen Entscheide nach dispositivem Recht der Gesellschafterversammlung zukommen, die vermutungsweise für die „Bestellung von Direktoren, von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten“ zuständig ist<sup>99</sup>.

Die größere Nähe des GmbH-Gesellschafters zu seiner Gesellschaft und ihrer Geschäftstätigkeit zeigt sich auch darin, daß jeder Gesellschafter darauf klagen kann, daß einem Gesellschafter, der aufgrund einer Satzungsbestimmung Geschäftsführer ist, aus wichtigem Grund die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werde<sup>100</sup>.

#### 4. Weitere Differenzen zum Aktienrecht

- a) Obwohl Kapitalgesellschaft weist die GmbH starke personalistische Elemente auf. Dies hat auch zur Folge, daß sich hinsichtlich der Kapitalbeschaffung bei der GmbH im Vergleich zur AG Vereinfachungen aufdrängen:
- So ist für die GmbH nur die ordentliche, nicht dagegen die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung vorgesehen<sup>101</sup>, weil es nicht erforderlich

95 Vgl. VE Art. 812a.

96 VE Art. 812a Abs. 2, Art. 808 Abs. 2 Ziff. 1.

97 VE Art. 812a Abs. 2, Art. 808 Abs. 1 Ziff. 11.

98 Bei der AG können dagegen Grundsatzentscheidungen nach herrschender Lehre der Generalversammlung nur zur unverbindlichen Meinungsäußerung vorgelegt werden, wobei die Verantwortung beim Verwaltungsrat bleibt (vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 62] § 30 N 72 ff. m.w.H.).

99 VE Art. 808 Abs. 3, Art. 816 Abs. 1. Bei der AG sind solche Ernennungen zwingend dem Verwaltungsrat vorbehalten, vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4, Art. 718 Abs. 2 und Art. 721 OR.

100 VE Art. 814a Abs. 2.

101 Vgl. VE Art. 786, Expertenbericht (zit. Anm. 17) 54.



scheint, daß die Gesellschafterversammlung bezüglich der Erhöhung des Stammkapitals Kompetenzen aus der Hand gibt.

– Sodann soll das künftige GmbH-Recht zwar den regelmäßig mit einer – bestehenden oder früheren – Sonderbeziehung zur Gesellschaft verbundenen *Genußschein* vorsehen<sup>102</sup>, dagegen nicht den für Finanzierungszwecke konzipierten *Partizipationsschein*<sup>103</sup>.

b) Erwähnt sei auch, daß bei der Kapitalherabsetzung das personalistische Element insofern aufscheint, als eine Herabsetzung zum Zweck der Beseitigung einer Unterbilanz erst zulässig ist, nachdem „die Gesellschafter die statutarischen Nachschüsse voll erbracht haben“<sup>104</sup>.

c) Wegen der im Vergleich zur AG erweiterten Informationsrechte der Gesellschafter erübrigt es sich sodann, die *Sonderprüfung* im Recht der GmbH einzuführen<sup>105</sup>.

#### IV. Beseitigung von Lästigkeiten und Helvetismen, Annäherung an das Recht der EU

##### 1. Beseitigung von Eigenarten des geltenden schweizerischen GmbH-Rechts

a) Das schweizerische GmbH-Recht ist – wie erwähnt – nach deutschen Vorbild geschaffen worden. Mit schweizerischem Perfektionismus wurden aber da und dort Korrekturen angebracht, die sich im Nachhinein überwiegend als Mißgriffe erwiesen haben. Das Mißtrauen des Gesetzgebers von 1936 gegenüber der neuen Rechtsform hat sodann dazu geführt, daß Auflagen gemacht wurden, die sich hinterher als wenig sinnvoll und lästig entpuppt haben.

Die GmbH-Reform ermöglicht eine Bereinigung:

b) Schon erwähnt worden<sup>106</sup> ist, daß die *subsidiäre Haftung aller Gesellschafter* für die Volleinzahlung des gesamten Stammkapitals künftig entfallen soll: Die Regelung wird gegenstandslos, weil GmbH-Anteile stets voll liberiert sein müssen.

c) Nach geltendem Recht müssen Name oder Firma, Wohnort oder Sitz und bei natürlichen Personen die Staatsangehörigkeit eines jeden Gesellschafters im Handelsregister eingetragen werden<sup>107</sup>. Ein legitimes *Interesse Dritter*,

---

102 VE Art. 774a.

103 Dieser wird untersagt, und bestehende Partizipationsscheine sind in einer Übergangsfrist in Stammanteile umzuwandeln oder durch Kapitalherabsetzung zu beseitigen, VE Übergangsbestimmungen Art. 4.

104 VE Art. 788 Abs. 2.

105 Zur Begründung vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 54.

106 Vorn bei Anm. 38.

107 Art. 781 Ziff. 3 OR; zu den nach deutschem GmbH-Recht zu machenden Angaben vgl. §§ 7 ff. des GmbH-Gesetzes.

die Gesellschafter zu kennen, besteht aber nur dann, wenn diese eine persönliche Nachschußpflicht trifft. Der Entwurf beschränkt daher den Registereintrag auf „Personen, die einer Nachschußpflicht unterliegen“<sup>108, 109</sup>.

Das geltende Recht verpflichtet die GmbH, zu Beginn eines jeden Kalenderjahres dem Handelsregisteramt eine Liste der Namen der Gesellschafter oder eine ausdrückliche Bestätigung, daß alles beim Alten blieb, einzureichen<sup>110</sup>. Diese unnötige und als schikanös empfundene Regelung hat vielerorts zu einer ebenso lebhaften wie unerfreulichen Korrespondenz zwischen GmbHs und Registerämtern geführt. Ihrer ersatzlosen Streichung im Zuge der GmbH-Reform wird niemand nachtrauern.

d) Eine schweizerische Eigenart ist auch die gesetzliche *Obergrenze für das Stammkapital*. Der Gesetzgeber wollte damit markieren, daß die GmbH für kleinere Verhältnisse vorgesehen sei. Abgesehen davon, daß die Höhe des Grundkapitals nicht notwendig mit der Bedeutung der Geschäftstätigkeit und der „Größe“ der Gesellschaft zusammenhängt<sup>111</sup>, setzt diese Begrenzung das falsche Signal: Die GmbH ist nicht einfach eine „kleine“ Kapitalgesellschaft, ihre Abgrenzung von der AG soll nicht aufgrund des Umfangs der Geschäftstätigkeit erfolgen<sup>112</sup>, sondern wegen der anders gearteten, weil personenbezogenen Grundstruktur.

e) Mit einer weiteren schweizerischen Eigenart, die sich zwar nicht im GmbH-Recht findet, die aber für den Einsatz der GmbH in der Praxis von großer Bedeutung ist, hat sich die Expertengruppe intensiv befaßt: Das schweizerische Recht der Kommanditgesellschaft verlangt – anders als das deutsche –, daß unbeschränkt haftende Gesellschafter natürliche Personen sein müssen. Dadurch ist es in der Schweiz nicht möglich, die in Deutschland so beliebte „GmbH & Co. KG“ nachzubilden<sup>113</sup>, was in der Beratung von deutschen Klienten regelmäßig zu Irritationen führt.

Die Expertengruppe kam zum Schluß, daß in diesem Punkt an der bisherigen Ordnung festzuhalten sei. Das Erfordernis, daß unbeschränkt haftende Gesellschafter von Personengesellschaften nur natürliche Personen sein können, soll also bestehen bleiben<sup>114</sup>. Dafür hat die Expertengruppe mit viel

---

108 VE Art. 781 Ziff. 5.

109 Unter geltendem Recht mag dagegen die Nennung aller Gesellschafter im Hinblick auf die subsidiäre Solidarhaftung für die Aufbringung des Stammkapitals sinnvoll sein.

110 Art. 790 Abs. 2 OR.

111 So hatte die Hoffmann-La Roche AG – eines der größten Pharmaunternehmen der Welt – bis Ende der Achtzigerjahre ein Aktienkapital von nur gerade Fr. 50 000.

112 Große GmbHs sollen ebenso möglich sein wie kleine AGs.

113 Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 3) § 14 N 12 sowie zur GmbH & Co. KG etwa *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 1997, S. 1671 ff.

114 Zur Begründung vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 70 ff., 74 ff.

Liebe eine neue Rechtsform entwickelt, die „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ (PbH)<sup>115</sup>. Leider stieß dieser Vorschlag beim Auftraggeber – dem Justizdepartement – zumindest vorläufig nicht auf Gegenliebe: Das Departement hat die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung nicht in den Vorentwurf aufgenommen, es will die Idee aber „aufnehmen und in Fachkreisen vertieft erörtern“<sup>116</sup>.

## 2. Annäherung an das EU-Recht

a) Die Schweiz bemüht sich seit vielen Jahren, ihre Rechtsordnung im Zuge von Reformen dem EU-Recht anzunähern. Dieser sogenannte *autonome Nachvollzug* europäischen Rechts soll auch bei der GmbH stattfinden, die künftig – von wenigen, nicht sehr bedeutsamen Ausnahmen abgesehen – europakompatibel sein soll<sup>117</sup>.

b) So soll – in Übereinstimmung mit der 12. EG-Richtlinie – die offene Gründung einer Einpersonen-GmbH möglich sein<sup>118</sup>. Ohne große Begeisterung wurde aus der Einpersonen-GmbH-Richtlinie auch die Verpflichtung übernommen, den Umstand, daß das gesamte Stammkapital in der Hand eines einzigen Gesellschafters vereinigt ist, beim Handelsregister zu vermerken<sup>119</sup>. Ebenso wenig aus Überzeugung, aber loyal wurde sodann die Auflage umgesetzt, daß Verträge zwischen dem einzigen Gesellschafter und seiner Gesellschaft – mit gewissen Ausnahmen – schriftlich abzuschließen sind<sup>120</sup>.

c) Vom neueren deutschen GmbH-Recht ist schließlich die Regelung für *eigenkapitalersetzende Darlehen* von Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen inspiriert<sup>121</sup>.

---

115 Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe hätte es zulässig sein sollen, eine PbH auch als Einpersonengesellschaft zu gründen, womit der Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung in das schweizerische Recht eingezogen wäre. Wirtschaftlich – in der Form der Einpersonen-AG oder -GmbH – gibt es die Einpersonennunternehmung mit beschränkter Haftung freilich seit jeher.

116 Expertenbericht (zit. Anm. 17) 77.

117 Vgl. dazu ausführlich Expertenbericht (zit. Anm. 17) 60 ff.

118 VE Art. 775 Abs. 1. Unter geltendem Recht ist die Einpersonengründung dagegen nur verdeckt, unter Beiziehung eines treuhänderisch tätigen Gründers, möglich, da für die Gründung mindestens zwei Gesellschafter erforderlich sind, Art. 775 Abs. 1 OR.

119 VE Art. 775 Abs. 2, vgl. 12. Richtlinie Art. 3.

120 VE Art. 812b Abs. 3, vgl. 12. Richtlinie Art. 5.

121 VE Art. 807c, vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 24 sowie *Handschin* (zit. Anm. 23). Das geltende schweizerische Recht kennt eine gesetzliche Regelung weder für die AG noch für die GmbH, vgl. *Michael Hold*, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht (Diss. St. Gallen 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 60).

## V. Die Aufnahme des Vorentwurfs in Lehre und Praxis

### 1. Tendenzen

a) Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH ist – wie schon seine Ende 1996 vorgelegte erste Version – in Lehre und Praxis allgemein positiv aufgenommen worden.

Angeregt wird eine Vielzahl von *Korrekturen in Einzelheiten*, und sicher ist in den Details vieles verbesserungswürdig. Darauf sei hier nicht eingegangen.

b) Vereinzelt ist dem Vorentwurf und seinem Konzept freilich auch *grundsätzliche Kritik* erwachsen, und zwar aus zwei gegensätzlichen Lagern:

- Auf der einen Seite wird die Nähe der GmbH zum Aktienrecht betont und vorgeschlagen, die GmbH als Rechtsform zugunsten von Sonderbestimmungen für die private AG zu eliminieren (vgl. Ziff. 2.).
- Von der anderen Seite wird dagegen gerade die Annäherung an das Aktienrecht gerügt und postuliert, es sei auf die strengeren Anforderungen hinsichtlich der Höhe und Liberierung des Stammkapitals, der qualifizierten Gründung und der Abschlußprüfung zu verzichten (vgl. Ziff. 3.).

### 2. „GmbH“ oder „Private AG“?

a) Als Alternative zu einer Reform des Rechts der GmbH ist das Projekt einer privaten Aktiengesellschaft zur Diskussion gestellt worden<sup>122</sup>.

Nach diesem Vorschlag soll das Aktienrecht durch ein weiteres Kapitel über die „private AG“, die „Klein-AG“ erweitert werden. Ob das Recht der GmbH beibehalten werden soll, wird offen gelassen. Jedenfalls soll es nicht

---

122 *Hirsch/Nobel*, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 69 (1997), 126 ff.; *Peter Nobel*, SA privé au lieu de Sàrl, in: Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 16) 205 ff. sowie *Jacques-André Reymond*, Le projet de „Société anonyme privée“, ebenda 225 ff. – Der Vorschlag ist in Deutsch und Französisch abgedruckt in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht S. 130 ff., in Französisch überdies in der Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 16) 313 ff. Zum Projekt einer privaten Aktiengesellschaft vgl. auch den Beitrag von *Christian J. Meier-Schatz*, Die GmbH und die Private AG, in: Die GmbH und ihre Reform, 2000, S. 111 ff. Der Autor präsentiert das Modell einer privaten AG, das in einigen wichtigen Punkten dem Entwurf von *Hirsch/Nobel* (a.a.O.) entspricht, in anderen davon abweicht. Der Ansatz, den Markt über die „richtige“ Rechtsform entscheiden zu lassen, indem das Gesetz sowohl ein (revidiertes) GmbH-Recht als auch eine private AG zur Auswahl anbietet, ist im Grundsatz bestehend, problematisch aber immerhin aus zwei Gründen: Zum einen dürfte es an der für „richtige“ Entscheidungen erforderlichen Markttransparenz mangeln, und zum Zweiten können manche Gläubiger – etwa die aus unerlaubter Handlung Berechtigten – sich ihren Schuldner nicht auswählen, so daß insofern der Marktmechanismus nicht greifen kann.

einer Reform unterzogen werden, womit die GmbH zum Auslaufmodell würde.

b) Soweit die private Klein-AG an die Stelle der GmbH treten soll, wird mit dem Vorschlag nach Auffassung der Arbeitsgruppe für die Reform des GmbH-Rechts die *Eigenständigkeit der GmbH verkannt*: Die GmbH ist keineswegs notwendig „klein“, sie kann durchaus auch als Rechtskleid für ein großes Unternehmen dienen. Entscheidend ist die Personenbezogenheit der Mitgliedschaft im Gegensatz zur kapitalistischen Ausgestaltung bei der AG. Und auch das Kennzeichen „privat“ bietet kein sinnvolles Unterscheidungskriterium, sind doch die meisten der heute bestehenden schweizerischen Aktiengesellschaften ebenso privat – d.h. typischerweise auf einige wenige Gesellschafter ausgerichtet – wie es die GmbH heute und künftig ist und sein soll.

Falls man die GmbH aus dem Arsenal schweizerischer Gesellschaftsformen streichen und durch die „private“ AG ersetzen wollte, dürfte dies von den über 40 000 bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung als unnötige Schikane empfunden werden, zumal die künftige „Klein-AG“ nichts Besseres zu bieten hätte als das – revidierte – GmbH-Recht.

Soweit man dagegen die bestehenden Gesellschaften im Sinne eines Grandfathering unter dem heutigen Recht belassen (und allenfalls die GmbH auch für künftige Neugründungen zur Verfügung stellen) wollte, würde eine veraltete und mit unbestrittenen Mängeln behaftete Rechtsform perpetuiert.

Beides ist wenig sinnvoll.

c) Im Übrigen ist es letztlich eine *Frage der Rechtstechnik*, ob man besonderen Eigenarten und Bedürfnissen durch eine eigene Rechtsform oder aber durch Spezialbestimmungen im Rahmen einer auf ein anderes Leitbild ausgerichteten Gesellschaftsform Rechnung trägt<sup>123</sup>. Wo die Unterschiede aber derart grundlegend, wo sie zutiefst qualitativer und keineswegs nur quantitativer Art sind wie zwischen GmbH und AG, da ist es meines Erachtens nicht sinnvoll, mit der Technik der Ausnahmebestimmungen zu arbeiten.

### **3. Verbesserter Gläubiger- und Minderheitenschutz oder Erleichterung für Start-up-Unternehmen?**

a) Während auf der einen Seite vorgeschlagen wird, die GmbH in der AG aufgehen zu lassen, erwächst von der anderen Seite Opposition gegen die Vorschläge im Vorentwurf, die GmbH in gewissen Punkten der AG anzunä-

---

123 So auch *Peter V. Kunz*, Gesetzgeberische Entwicklungen im schweizerischen Gesellschaftsrecht für „Kleingesellschaften“ – Notwendigkeit einer Reform des GmbH-Rechts?, *Anwaltsrevue* 4/1998 4 f., 5, mit dem Hinweis darauf, daß es „kaum möglich sein [dürfte], erneut mit einer Aktienrechtsrevision an das Parlament gelangen zu wollen . . .“.

hern oder – präziser – die durch die Aktienrechtsreform vorgenommenen Weiterentwicklungen auch im Recht der GmbH nachzuvollziehen<sup>124</sup>.

Mit dem Argument, der Reformvorschlag erschwere die Gründung von Start-up-Unternehmen, werden aus diesem Lager alle Vorschläge kritisiert, die der Verstärkung und Sicherung der Kapitalbasis dienen, nämlich

- die Anhebung des Minimalkapitals auf Fr. 40 000,
- die Pflicht zur Vollübertragung der Stammanteile,
- die Vorschriften, mit denen Schwindelgründungen wirksamer bekämpft werden sollen (Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung bei der qualifizierten Gründung) und schließlich
- die Verpflichtung zur Abschlußprüfung.

b) Was zunächst die *Verdoppelung der Mindestkapitalziffer* betrifft, ist zu betonen, daß dadurch nur ein Bruchteil der seit 1936 eingetretenen Geldentwertung kompensiert wird<sup>125</sup>. Zudem erscheint es angemessen, nach der Verdoppelung des minimalen Aktienkapitals im Zuge der Aktienrechtsreform nun bei der GmbH gleichzuziehen. Es drängt sich dies zur Verbesserung des Gläubigerschutzes auf, aber auch, um die GmbH endgültig vom Makel der dubiosen, weil schmalbrüstigen Kleingeseellschaft zu befreien. Zu den Argumenten der Kritiker sodann Folgendes:

- Es wird erklärt, eine Verstärkung des Grundkapitals sei nicht liberal. Liberalismus hat aber mit Eigenverantwortung zu tun, und es verstößt aus dieser Sicht gegen liberale Vorstellungen, wenn durch eine ungenügende Kapitalausstattung Konkurse vorprogrammiert und so die Fehler des eigenen wirtschaftlichen Handelns auf Dritte abgewälzt werden.
- Die Vorstellung, man könne durch einen kleineren Kapitaleinsatz das eigene Risiko vermindern, dürfte eine Täuschung sein: Professionelle Fremdkapitalgeber – die Banken – werden von den Gesellschaftern persönliche Sicherheiten verlangen, womit diese wiederum gezwungen sind, ihr privates Vermögen dem Geschäftsrisiko auszusetzen.

---

124 Vgl. *Max Boemle*, Problematische Revisionsvorschläge, *Finanz und Wirtschaft* vom 22. 9. 1999, S. 29 sowie *Lukas Handschin*, Den Start von Unternehmen hemmen?, *Neue Zürcher Zeitung* vom 24. 9. 1999, S. 27. Zur Entgegnung auf die Ausführungen von *Handschin* vgl. *Max Gerster*, Was für ein GmbH-Recht braucht die Schweiz?, *Neue Zürcher Zeitung* vom 21. 10. 1999, S. 25. Die Auseinandersetzung wurde weitergeführt in einer Replik von *Handschin* in *Neue Zürcher Zeitung* vom 22. 10. 1999, S. 23, in einer Kontroverse *Gerster/Handschin* in *Schweizerische Handelszeitung* vom 17. 11. 1999, S. 2 und in einem Beitrag von *Hans Roth* in *Neue Zürcher Zeitung* vom 21. 12. 1999, S. 25. Vgl. sodann auch *Adrian Plüss* und *Christoph Widmer* in *Finanz und Wirtschaft* vom 12. 1. 2000, S. 29. – Eine wissenschaftlich fundierte Kritik des Reformvorschlags hinsichtlich der Bestimmungen zu Kapitalaufbringung und Kapitalschutz findet sich nun bei *Schneider* (zit. Anm. 18) 207 ff.

125 Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 17) 18.

- Die Konsequenzen sind zudem unfair: Während die Banken als Geldgeber ihr Risiko durch Real- oder Personalsicherheiten absichern, haben die Geschäftsgläubiger – jedenfalls die kleineren unter ihnen – hiezu kaum eine Möglichkeit. Im Insolvenzfall haben sie das Nachsehen.

Die vorgesehenen Fr. 40 000 sind im Übrigen in aller Regel das absolute Minimum dessen, was es für den Start eines Unternehmens braucht<sup>126</sup>. Wo aber ausnahmsweise dieses Minimalkapital nicht benötigt wird, da wird auch in Zukunft die Möglichkeit bestehen, ein Unternehmen in der Form der Einzelunternehmung, der Kollektivgesellschaft (OHG) oder der Kommanditgesellschaft zu gründen und – allenfalls – später zur GmbH zu wechseln<sup>127</sup>.

Die Ausstattung mit einer minimalen Kapitalbasis, die als Pufferzone Verluste auffangen kann, ist daher der *zumutbare Preis dafür, daß das unternehmerische Risiko begrenzt und Verluste auf Dritte – die Gläubiger – überwältigt werden können*<sup>128, 129</sup>.

c) Ausnahmsweise mag es freilich vorkommen, daß reine Dienstleistungsgesellschaften Mittel in der Höhe von Fr. 40 000 in der Start-up-Phase nicht benötigen. Auch in diesen Fällen ist es aber meines Erachtens angezeigt, zugunsten der Gläubiger ein Risikokapital in dieser Höhe zu verlangen. Doch könnte – und in diesem Punkt ist der Vorentwurf meines Erachtens zu überdenken – *auf die Vollliberierung verzichtet* werden: In der Höhe des

126 Vgl. auch Expertenbericht (zit. Anm. 17) 18.

127 Den Wechsel von einer Personengesellschaft in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft künftig zu erleichtern, ist Aufgabe des Gesetzgebers, der dafür im in Ausarbeitung befindlichen Gesetz für Strukturanpassungen eine angemessene Ordnung vorzusehen haben wird. Vgl. zu diesem Gesetz statt vieler *Moritz Kuhn*, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus der Praxis, Zeitschrift für schweizerisches Recht 118 (1999) I 241 ff., mit weiteren Angaben sowie auch die Zusammenstellung der Vernehmlassungen [Stellungnahmen] und der Vernehmlassungsergebnisse, hrsg. vom Eidg. Finanzdepartement, 1999.

128 Daß die Einbringung einer minimalen Kapitalbasis als Preis für den Ausschluß einer persönlichen Haftung verstanden werden kann, hat *Marcus Lutter* verschiedentlich aufgezeigt, vgl.: Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, AG 1998, 375 und schon: Verdeckte Leistung und Kapitalschutz, in: FS Stiefel, 1987, S. 505 ff., 505.

129 Eine andere Frage ist es, ob das schweizerische Konzept des festen und gesetzlich stark geschützten Grundkapitals von AG und GmbH als solches beibehalten werden soll oder ob es sinnvoll wäre, ein System nach amerikanischem Vorbild, bei welchem das Grundkapital eine untergeordnete Rolle spielt und das Minimum in der Regel bei USD 1000,- liegt, anzustreben. Diese Frage ist jedoch nicht im Rahmen der GmbH-Reform zu behandeln, und sie ist für AG und GmbH gleich zu entscheiden. – Eine Darstellung der im Recht der amerikanischen Gliedstaaten üblichen Regelung und eine fundierte Kritik des dem Schweizer Recht zugrunde liegenden Konzepts (das überwiegend auch in den übrigen europäischen Rechten und namentlich im deutschen Recht umgesetzt ist) findet sich neuestens bei *Schneider* (zit. Anm. 18) 215 ff.

nicht liberierten Betrages blieben dann die Gesellschafter ihrer GmbH gegenüber leistungspflichtig, und im Falle von Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz würde sich diese Pflicht wie eine zahlenmäßig begrenzte Haftung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auswirken. Auf die unglückliche Solidarhaftung aller Gesellschafter für sämtliche nicht einbezahlten Beträge nach geltendem schweizerischem Recht<sup>130</sup> wäre freilich zu verzichten: Jeder Gesellschafter hätte vielmehr – gleich einem Aktionär – nur für den von ihm selbst noch nicht geleisteten Betrag einzustehen<sup>131</sup>.

Der minimale Liberierungsbetrag bei der Gründung könnte bei Fr. 20 000 angesetzt werden, also in gleicher Höhe wie die Mindestliberierung nach früherem Aktienrecht: An diesem Minimalbetrag hat sich – soweit ersichtlich – nie jemand gestört, und er hat jedenfalls unter altem Recht nicht dazu geführt, daß die AG gemieden und die mit einem Kapitaleinsatz von nur Fr. 10 000 offen stehende GmbH vorgezogen worden wäre.

d) Was die übrigen Vorschläge zur Verbesserung des Kapitalschutzes betrifft, so liegen sie nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch allfälliger *Mitgesellschaftler*: Diese können ebenfalls zu Schaden kommen, wenn Kapitaleinlagen nur fiktiv geleistet werden und dies nicht durch eine Gründungsprüfung offen gelegt wird. Auch sie gehen ein Risiko ein, wenn mangels eines geprüften Abschlußberichts die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft falsch dargestellt und diese trotz Überschuldung weitergeführt wird.

e) Im Vorentwurf für ein Rechnungslegungsgesetz<sup>132</sup> wird nun freilich – als eine von zwei Varianten – vorgeschlagen, bei kleinen Gesellschaften<sup>133</sup> auf die Pflicht zur Abschlußprüfung zu verzichten<sup>134</sup>. Ein solcher Verzicht ist insofern nicht unproblematisch, als „klein“ nicht notwendig „einfach“, „übersichtlich“, „wenig komplex und risikoreich“ bedeutet und als es gerade in sogenannten kleinen Verhältnissen sinnvoll sein kann, wenn in der Person des Abschlußprüfers ein Außenstehender Einsicht in die Gesellschaft nimmt. Doch mag es im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit schweizerischer Unternehmen sinnvoll sein, von dieser durch die 4. und 7. EU-Richtlinie eröffneten Möglichkeit der Kosteneinsparung<sup>135</sup> Gebrauch zu machen.

130 Dazu vorn bei Anm. 38 f.

131 Diese Verpflichtung müßte bei einem Ausscheiden aus der Gesellschaft zumindest für eine bestimmte Zeit bestehen bleiben.

132 Vgl. vorn Anm. 33.

133 Dann, wenn nicht zwei der folgenden Größen erreicht werden: Bilanzsumme von Fr. 4 Mio., Umsatzerlöse von Fr. 8 Mio., 50 vollzeitige Arbeitsstellen.

134 Der Verfasser hat diesen Vorschlag vor Jahren gemeinsam mit *Alain Hirsch* zur Diskussion gestellt, vgl. *Forstmoser/Hirsch*, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts, Schweizerische Aktiengesellschaft 57 (1985) 29 ff., 38. Er hat inzwischen seine Ansicht – aufgrund praktischer Erfahrungen – geändert.

135 Vgl. *Carl Helbling*, Für Transparenz und Gläubigerschutz, Vernehmlassung zum Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz, Neue Zürcher Zeitung vom 16. November 1999, S. 89.



Dies hätte aber – wie auch im Vorentwurf für ein Rechnungslegungsgesetz vorgesehen – rechtsformunabhängig und insbesondere für AG und GmbH übereinstimmend zu erfolgen. Damit drängt es sich auch auf, diese Frage aus der Diskussion um die GmbH-Reform auszuklammern.

f) Wie man den Ausgleich zwischen dem Interesse an Gläubiger- und Minderheitenschutz einerseits und an kostengünstigen Möglichkeiten für die Gründung und den Betrieb einer GmbH auf der anderen Seite lösen will, ist letztlich weniger eine rechtliche als eine *politische Frage*. Sie wird nicht durch Aufsätze und in Symposien entschieden, sondern in Regierung und Parlament. Es ist daher zu hoffen, daß der Bundesrat den Vorentwurf der Expertengruppe möglichst bald zu einem offiziellen Vorschlag der Regierung weiterentwickelt, damit die politische Diskussion auf breiter Front beginnen kann.