

*Peter Forstmoser*

# ***Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH – eine Übersicht\****

## ***Inhalt***

<b>I. Der Anlass für eine Reform des Rechts der GmbH und die Reformarbeiten .....</b>	<b>2</b>
1. Die Entwicklung der GmbH in Gesetzgebung und Praxis .....	2
2. Inangriffnahme einer GmbH-Reform .....	5
<b>II. Annäherung an das Aktienrecht .....</b>	<b>7</b>
1. Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft .....	7
2. Verbesserter Kapital- und Gläubigerschutz .....	8
3. Stärkere Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz .....	10
4. Abschaffung weiterer ungerechtfertigter Differenzen zum Aktienrecht .....	12
<b>III. Bewahrung der Eigenständigkeit der GmbH .....</b>	<b>13</b>
1. Die GmbH – eine personenbezogene Körperschaft .....	13
2. Strukturelle Unterschiede zur AG in der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung .....	14
3. Strukturelle Unterschiede zur AG hinsichtlich der Organe und ihrer Kompetenzen .....	18
4. Weitere Differenzen zum Aktienrecht .....	20
<b>IV. Beseitigung von Lästigkeiten und Helvetismen, Annäherung an das Recht der EU .....</b>	<b>21</b>
1. Beseitigung von Eigenarten des geltenden schweizerischen GmbH-Rechts .....	21
2. Annäherung an das EU-Recht .....	23
<b>V. Exkurs: Anpassungen in anderen Rechtsgebieten .....</b>	<b>24</b>
1. Nachbearbeitung des revidierten Aktienrechts? .....	24
2. Änderungen im übrigen Gesellschaftsrecht .....	26
3. Firmenrecht .....	26
4. Umstrukturierungen .....	27
<b>VI. Fazit .....</b>	<b>27</b>

---

\* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. *Christian Christen*, Rechtsanwalt, danke ich für seine engagierte Mithilfe bei den Abschlussarbeiten.

<b>VII. Die Aufnahme des Vorentwurfs in Lehre und Praxis .....</b>	<b>28</b>
1. Tendenzen .....	28
2. «GmbH» oder «Private AG»? .....	29
3. Verbesserter Gläubiger- und Minderheitenschutz oder Erleichterung für Start-up-Unternehmen? .....	30

Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – bis vor wenigen Jahren das Mauerblümchen des schweizerischen Gesellschaftsrechts, inzwischen aber durch einen überraschenden Gründungsboom zur zweithäufigsten Gesellschaftsform avanciert – soll einer grundlegenden Reform unterworfen werden.

Die folgenden Ausführungen wollen die Ausgangslage der hängigen Reform skizzieren (Ziff. I.), deren wesentliche Stossrichtungen aufzeigen (Ziff. II.–VI.) und schliesslich auf die Fragen hinweisen, die in der bevorstehenden rechtspolitischen Diskussion im Zentrum stehen dürften (Ziff. VII.).

## ***I. Der Anlass für eine Reform des Rechts der GmbH und die Reformarbeiten***

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

a) Die schweizerische GmbH ist ein *Retortenbaby*, das ohne Wurzeln in der schweizerischen Rechtstradition durch eine Gesetzesreform in den dreis-

---

<sup>1</sup> Die Literatur zum Recht der GmbH ist in der Schweiz spärlich. Grundlegend ist noch immer die magistrale Bearbeitung durch *Werner von Steiger*: Zürcher Kommentar zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Zürich 1965). Als weiterer Kommentar ist zu nennen *Janggen/Becker*: Berner Kommentar zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Bern 1939). Auf dem aktuellen Stand ist die von einer Mehrzahl von Autoren verfasste Kommentierung im Basler Kommentar zum Obligationenrecht II (Hg. *Honssell/Vogt/Watter*, Basel/Frankfurt am Main 1994) und sind die drei Grundrisse von *Lukas Handschin*: Die GmbH – ein Grundriss (Zürich 1996), von *Herbert Wohlmann*: GmbH-Recht (Basel/Frankfurt 1997) und von *Pascal Montavon*: Droit et Pratique de la SARL (Lausanne 1996). Kurzdarstellungen finden sich bei *Guhl/Kummer/Druey*:

siger 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>2</sup> befriedigen und eine Organisationsform einführen, die vor allem für kleinere Gesellschaften dienen sollte, bei denen «eine Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung und Betätigung der Mitglieder bezweckt wird»<sup>3</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 3'000 GmbHs. Und während die Zahl der Aktiengesellschaften bis Ende 1991 auf 165'000 anstieg, sank die der GmbHs auf knapp 2'800. Bei der Grosszahl dürfte es sich um Gründungen von Ausländern gehandelt haben, denen der schweizerische Berater die vom Heimatland her vertraute Rechtsform nicht ausreden konnte<sup>4</sup>.

Das hat sich inzwischen gründlich *geändert*: Ende 1993 gab es 4'200 GmbHs, Ende 1995 über 10'000, Ende 1998 mehr als 31'000, und Ende 1999 waren es 38'579. Die Zahl der Aktiengesellschaften blieb dagegen in den letzten Jahren konstant bei ca. 170'000. Heute ist die GmbH die zweithäufigste Gesellschaftsform in der Schweiz, mit grossem Abstand zwar noch immer von der AG, ebenso aber vor der drittplatzierten Genossenschaft mit ca. 14'000 Einheiten.

**b)** Der Grund für diese erstaunliche Wende<sup>5</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* und durch erhöhte Anforderungen an die *qualifizierte Grün-*

---

Das schweizerische Obligationenrecht (8. A. Zürich 1991) 714 ff. und bei *Meier-Hayoz/Forstmoser*: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (8. A. Bern 1998) 447 ff., ferner bei *Gabriele Herberstein*: Die GmbH in Europa (Wien 1999) 332 ff.

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 21.1.1928, Bundesblatt 1928 I 205 ff., 273.

<sup>3</sup> Botschaft (zit. Anm. 2) 274.

<sup>4</sup> Zu den Gründen für die bisher geringe Verbreitung der GmbH vgl. *Rico Wengle*: Die Verbreitung der schweizerischen GmbH (Diss. Zürich 1969 = ZBR 309).

<sup>5</sup> Vgl. dazu im Einzelnen von *Büren/Bähler*: Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 14 (1996) 17 ff. und *Adrian Plüss*: Die Wiederentdeckung der GmbH, SJZ 94 (1998) 309 ff.

dung und die *Revision*. Dies führte zu einer Besinnung auf die weniger anspruchsvolle GmbH, deren minimales Stammkapital bei nur CHF 20'000.– liegt<sup>6</sup> und bei der man auf eine Abschlussprüfung gänzlich verzichten kann.

Und bei der näheren Betrachtung des Rechts der GmbH zeigte es sich, dass diese nicht nur aus Kostenüberlegungen eine attraktive Alternative zur AG – der bisherigen «bonne à tout faire» – darstellen kann:

- Anders als im Aktienrecht ist die statutenmässige 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 Statuten mit einem Aktionärbindungsvertrag gegangen werden muss<sup>7</sup>.
- Während das Aktienrecht verlangt, dass die Mehrheit des Verwaltungsrates aus Personen besteht, «die *in der Schweiz wohnhaft* sind und das *Schweizer Bürgerrecht* besitzen»<sup>8</sup>, gibt es im Recht der GmbH keinen solchen «Heimatschutz».
- Im revidierten Aktienrecht sind sodann die *Vinkulierungsmöglichkeiten* stark beschränkt worden, was bei kleinen, personenbezogenen Gesellschaften die Schaffung einer passenden Struktur erschweren kann<sup>9</sup>. Bei der GmbH ist dagegen jegliche Art von Übertragungser schwerungen – bis hin zum Übertragungsverbot – zugelassen<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Liberiert werden müssen gar nur CHF 10'000.–.

<sup>7</sup> Art. 680 Abs. 1 OR hält als eherne Regel zwingend fest: «Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.»

<sup>8</sup> Art. 708 Abs. 1 OR.

<sup>9</sup> Bei den zahlreichen kleinen und kleinsten Aktiengesellschaften mit einigen wenigen, in der Gesellschaft aktiv tätigen Gesellschaftern sind Übertragungsbeschränkungen – verbunden mit Erwerbsrechten der verbleibenden Aktionäre – sehr verbreitet. Das frühere Aktienrecht, das die Ablehnung von Aktienerwerbern durch die Gesellschaft ohne Angabe von Gründen erlaubte, bot für solche Bedürfnisse weit grösseren Spielraum als das geltende.

<sup>10</sup> Art. 791 Abs. 3 OR.

## 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 war, 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. Und 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 der «Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht»» aufgestellt, die im Auftrag des Justizdepartements Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts auszuloten hatte<sup>11</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>12</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 Experten sollten die Konsequenzen überprüfen, die sich aus der Aktienrechtsreform für die kleinen und mittleren Unternehmen («KMU») ergaben, sie hatten die Zweckmässigkeit des geltenden Rechts der GmbH für KMU zu beurteilen und Vorschläge für eine bedürfnisgerechtere Regelung dieser Rechtsform zu unterbreiten. Die Vorschriften des revidierten Aktienrechts sollten sinngemäss übernommen werden, soweit dies sachlich geboten und sinnvoll erschien. Zudem sollten sich die Vorschläge nach Möglichkeit innerhalb der Bandbreite der Regelungen der Nachbarländer bewegen und die Vorgaben der EG berücksichtigen.

---

<sup>11</sup> Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993 (Hg.: Bundesamt für Justiz, Bern) 41 ff.; vgl. auch Hanspeter Kläy: Überblick über den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», SZW 66 (1994) 135 ff.

<sup>12</sup> Schlussbericht (zit. Anm. 11) 45, 82.

Die Arbeitsgruppe hat Ende 1996 einen ersten Entwurf mit ausführlicher Begründung vorgelegt, der auch in Buchform erschienen ist<sup>13</sup>. Aufgrund der – insgesamt positiven – Reaktionen hat die Arbeitsgruppe anschliessend einen definitiven Vorentwurf (VE) ausgearbeitet, der im April 1999 in die Vernehmlassung gegangen ist<sup>14</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Ende Oktober 1999 abgeschlossenen Vernehmlassung soll voraussichtlich in absehbarer Zeit dem Parlament ein Reformvorschlag unterbreitet werden.

\* \* \*

Im Folgenden sollen die wesentlichsten 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.).

Am Rande wird auf einige weitere Vorschläge der Expertengruppe, die andere Rechtsgebiete betreffen, hingewiesen (Ziff. V.).

---

<sup>13</sup> *Böckli/Forstmoser/Rapp*: Reform des GmbH-Rechts (Zürich 1997) sowie französisch dies.: Révision du droit de la Sàrl (Lausanne 1997). Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Entwurf findet sich in *Rochat/Ferrari*: Les projets de Sàrl révisée. Edition CEDIDAC 37 (Lausanne 1998) 113 ff. (mit Beiträgen von *del Pero, Ottiker, Böckli, Forstmoser, Rapp, Nobel, Reymond und Rebsamen*).

<sup>14</sup> 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, ZBJV 135 (1999) 460 ff. und bei *Hanspeter Kläy*: Revision des GmbH-Rechts, ST 73 (1999) 651 ff.

## II. Annäherung an das Aktienrecht

### 1. Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft<sup>15</sup>

a) Als Körperschaft mit einem zum voraus bestimmten festen Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich nur das eigene Vermögen haftet<sup>16</sup>, ist die GmbH eng mit der AG verwandt. Soweit es um die Sicherstellung der Haftungsbasis, um die Rechnungslegung, aber auch um den Kapitaleinsatz der Gesellschafter geht, sind daher für diese beiden Rechtsformen weitestgehend gleiche Regeln angebracht<sup>17</sup>.

b) Bei der Einführung der GmbH in das schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahre 1936 wurde dieser Übereinstimmung von AG und GmbH zu wenig Rechnung getragen. Illustrativ ist etwa die Feststellung des nationalrätlichen Berichterstatters<sup>18</sup>: «Man wird dabei sagen dürfen, dass unsere G.m.b.H. mehr kollektivgesellschaftsähnlich 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

---

<sup>15</sup> Umfassend hiezu 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, erscheint voraussichtlich in der Reihe SSHW).

<sup>16</sup> VE Art. 772 Abs. 2. Differenzierend diesbezüglich noch das geltende Recht, Art. 772 OR, vgl. dazu *Carl Baudenbacher* in Basler Kommentar (zit. Anm. 1) 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. 13) 85 ff.; *Janggen/Becker* (zit. Anm. 1) Art. 802 N 1 ff.; *Montavon* (zit. Anm. 1) 469 ff.; *Wohlmann* (zit. Anm. 1) 88 ff. sowie hinten bei Anm. 33 f.

<sup>17</sup> 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 BG über die Rechnungslegung und Revision (RRG) vom 29. Juni 1998 konsequent umgesetzt, vgl. hiezu die Ausführungen im Begleitbericht zu diesem Vorentwurf, S. 69.

<sup>18</sup> *V.E. Scherer*: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Sieben Vorträge über das neue OR (Basel 1937) 95 ff., 100.

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 neu entstandene Diskrepanzen zwischen den Rechten der AG und der GmbH abzubauen. Der Vorentwurf trägt dem in einer Reihe von Vorschlägen Rechnung:

## 2. *Verbesserter Kapital- und Gläubigerschutz*<sup>19</sup>

a) Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde das minimale Aktienkapital wie erwähnt von CHF 50'000.– auf CHF 100'000.– angehoben. Das *minimale Stammkapital* der GmbH beträgt dagegen seit 1936 unverändert CHF 20'000.–. Der Vorentwurf sieht nun eine Erhöhung auf CHF 40'000.– vor, womit die früheren Relationen zwischen AG und GmbH wieder hergestellt sind<sup>20</sup>.

Eine weitere Verstärkung der Kapitalbasis ergibt sich daraus, dass für die Stammanteile der GmbH von Anfang an die *volle Liberierung* verlangt wird<sup>21</sup>. Damit wird freilich eine neue Differenz zum Aktienrecht (das eine Teilliberierung erlaubt) geschaffen, auf die noch zurückzukommen ist<sup>22</sup>.

b) Der *Gründungsvorgang* wird weitgehend dem für die AG nachgebildet<sup>23</sup>. Für die Liberierung wird ausdrücklich auf das Aktienrecht verwiesen<sup>24</sup>. Dadurch wird klargestellt, dass es bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen eines Gründungsberichts und einer Prüfungsbestätigung<sup>25</sup> bedarf.

---

<sup>19</sup> Vgl. dazu Peter Forstmoser: Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht, in: Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 13) 113 ff.; zum Kapitalschutz nach heutigem und künftigen Recht vgl. auch den Beitrag von Lukas Handschin in diesem Band.

<sup>20</sup> VE Art. 773; vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 18.

<sup>21</sup> VE Art. 774 Abs. 4.

<sup>22</sup> Vgl. hinten bei Anm. 138 f.

<sup>23</sup> Vgl. VE Art. 779 ff.

<sup>24</sup> VE Art. 779 Abs. 5.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 635 f. OR. Das geltende Recht der GmbH begnügt sich dagegen mit der blossen Wertfestsetzung durch die Gründer (vgl. Art. 778 Abs. 1 OR). Der auf die Vorschriften der AG verweisende Art. 90 lit. b HRegV, mit dem der Bundesrat seine Verordnungskompetenz überschritten hatte, wurde denn auch 1997 folgerichtig gestrichen.

Für die Regelung der *Kapitalerhöhung* wird auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung verwiesen. Daraus folgt, dass es in allen Fällen einer qualifizierten Erhöhung eines Kapitalerhöhungsberichtes und einer Prüfungsbestätigung bedarf<sup>26</sup>.

c) Durch eine Verweisung auf das Recht der AG werden sodann auch die *Rechnungslegung* und die *Reservebildung und -verwendung* geregelt<sup>27</sup>, wobei hervorgehoben wird, dass die Rechnungslegung eine allfällige Konzernrechnung mit einschliesst<sup>28</sup>.

d) Einheitlichkeit wird auch hinsichtlich der *Revisionsstelle* angestrebt: Während das geltende Recht der GmbH ein spezielles Kontrollorgan nur verlangt, wenn den nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern keine umfassenden Einsichtsrechte zustehen<sup>29</sup>, schreibt der Vorentwurf die Revisionsstelle für alle GmbHs zwingend vor, wobei wiederum die Bestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung kommen sollen<sup>30, 31</sup>.

e) Zu erwähnen ist schliesslich, dass auch der *Erwerb eigener Stammanteile* an die aktienrechtliche Ordnung angepasst werden soll<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 652e, Art. 652f OR.

<sup>27</sup> VE Art. 805, dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 30 f.

<sup>28</sup> Der VE zum RRG (vgl. Anm. 17) 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. Eine solche Entwicklung ist nach dem Grundsatz, dass wirtschaftlich Gleiches gleich zu behandeln ist, zu begrüssen. Vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 30 f.: «Richtigerweise muss dagegen Rechnungslegungsrecht rechtsformunabhängig geregelt werden.» (In diesem Sinne schon *Peter Forstmoser*: Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 [1976] 46 ff., 51 ff.). Die Vereinheitlichung brächte auch eine verstärkte Angleichung an das Europäische Richtlinienrecht.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 819 Abs. 2 OR.

<sup>30</sup> VE Art. 819, vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 42 ff.

<sup>31</sup> Auch in diesem Punkt geht der VE zum RRG weiter: Die Pflicht zur Abschlussprüfung soll rechtsformübergreifend geordnet werden, wobei – in Entsprechung mit der 4. Richtlinie – allenfalls in kleinen Verhältnissen auf eine Abschlussprüfung verzichtet werden kann.

<sup>32</sup> Vgl. VE Art. 807. Wiederum könnte durch das RRG eine Änderung erfolgen, aber auch hier übereinstimmend für AG und GmbH.

### 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 zum Kapitaleinsatz steht<sup>33</sup>. Diese Ordnung 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>34</sup>.

Dem allfälligen Bedürfnis, finanzielle Leistungen von Gesellschaftern aufzuschieben, soll künftig dadurch Rechnung getragen werden, dass in den Statuten vorgesehene Nachschüsse der Gesellschafter nicht mehr nur bei Kapitalverlust einverlangt werden können, sondern auch dann, wenn «ein anderer in den Statuten umschriebener Fall von Eigenkapitalbedarf besteht»<sup>35</sup>.

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

- Der Mindestnennwert des Stammanteils<sup>36</sup> wird von CHF 1'000.– auf CHF 100.– herabgesetzt<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Vgl. die Beispiele bei *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 1) § 18 N 31 ff. und die übrige in Anm. 1 zitierte Literatur.

<sup>34</sup> Zur Begründung im Einzelnen vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 20 ff.

<sup>35</sup> VE Art. 803 Abs. 1 Ziff. 2; ausführlich zur Nachschusspflicht *Lukas Handschin* in diesem Band.

<sup>36</sup> Dieser Begriff ersetzt den bisherigen Begriff «Stammeinlage», vgl. Art. 774 des geltenden Rechts und des Vorentwurfs.

<sup>37</sup> VE Art. 774 Abs. 1.

- Und überdies können einem Gesellschafter künftig *mehrere Stammanteile* gehören<sup>38</sup>, was die Übertragung eines Teils der Mitgliedschaftsstellung erleichtert<sup>39</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>40</sup>.

*c)* Die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung wird nicht nur erleichtert, sondern auch stärker auf die Kapitalbeteiligung ausgerichtet<sup>41</sup>. Stimmrechtsprivilegierte Stammanteile bleiben zwar zugelassen, doch wird das Stimmprivileg – wie im revidierten Aktienrecht – auf das Zehnfache des Kapitaleinsatzes begrenzt<sup>42</sup>.

*d)* Das Recht auf Dividende und das Bezugsrecht werden nach dem Vorbild des revidierten Aktienrechts geregelt<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> VE Art. 774 Abs. 2.

<sup>39</sup> Vgl. dagegen die schwerfällige Ordnung des geltenden Art. 795, dazu ausführlich *Marc Amstutz* in Basler Kommentar (zit. Anm. 1) Art. 795 N 1 ff.

<sup>40</sup> Nachstehend bei Anm. 69 ff.

<sup>41</sup> Vgl. etwa VE Art. 810b und 810c mit Art. 784 des geltenden Rechts.

<sup>42</sup> 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. 84. – *Thomas Bähler* (Die massgeschneiderte Gesellschaft [Bern 1999 = ASR 621] 47) kritisiert die Beschränkung der Ausgestaltungsmöglichkeiten des Stimmrechts im Vorentwurf.

<sup>43</sup> Vgl. VE Art. 804 und 787. Im Vergleich zum geltenden Recht wird das Bezugsrecht – wie seinerzeit im Zuge der Aktienrechtsreform – verstärkt. Unter geltendem Recht sind zudem die Quoren für die Beschlussfassung teilweise umstritten: Einig ist man sich über die Einstimmigkeit, wenn eine Kapitalerhöhung mit aufgeschobener Liberierung durchgeführt wird. Bei einer Erhöhung mit sofortiger Liberierung treten *Janggen/Becker* (zit. Anm. 1) Art. 786 N 3, und *Isler/Zindel* in Basler Kommentar (zit. Anm. 1) Art. 786 N 2 für das Quorum von Art. 784 Abs. 2 OR ein, während *Wohlmann* (zit. Anm. 1) 71 und *von Steiger* (zit. Anm. 1) Art. 786 N 8 auch für diesen Fall Einstimmigkeit verlangen.

#### 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 *keine Obergrenze* mehr geben<sup>44</sup>, ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber die GmbH nicht einfach als kleine Schwester der AG versteht<sup>45</sup>.
- Die *deklaratorische Kapitalherabsetzung*, d.h. die Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz, soll in gleicher Weise wie bei der AG erleichtert sein<sup>46</sup>.
- Die Möglichkeit des *Konkursaufschubes* wird gleich geregelt wie im revidierten Aktienrecht<sup>47</sup>.
- Der *Genussschein* wird zugelassen und durch eine Verweisung auf das Aktienrecht geregelt<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Vgl. dagegen zum bisherigen Recht Art. 773 OR; dazu etwa *Handschin* (zit. Anm. 1) § 7 N 17.

<sup>45</sup> Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 18 f.

<sup>46</sup> VE Art. 788. Das geltende GmbH-Recht verlangt dagegen wie bei der konstitutiven Herabsetzung eine Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, Art. 788 Abs. 2 OR. Es trägt daher dem Umstand nicht Rechnung, dass bei der konstitutiven Herabsetzung Vermögenswerte aus der Gesellschaft entnommen werden und sich damit das Haftungssubstrat verkleinert, während dies bei einer Herabsetzung zum Zwecke der Bilanzbereinigung grundsätzlich nicht der Fall ist.

Sinn mag die geltende Ordnung immerhin dann machen, wenn Stammanteile nur teilweise liberiert sind, da sich im Zuge einer Kapitalherabsetzung auch die Liberierungspflicht der Gesellschafter verringert (vgl. *Handschin* [zit. Anm. 1] § 8 N 19). Da der Vorentwurf für die GmbH die Teilliberierung nicht mehr zulassen will (vgl. dazu bei Anm. 21), entfällt diese Beeinträchtigung, und für den Fall, dass statutarische Nachschusspflichten bestehen, sieht VE Art. 788 Abs. 2 vor, dass eine deklaratorische Kapitalherabsetzung erst zulässig sein soll, «wenn die Gesellschafter die statutarischen Nachschüsse voll erbracht haben.» – Sollte freilich auch nach künftigem Recht die Teilliberierung möglich sein (dazu hinten bei Anm. 138 f.), dann müsste wohl die deklaratorische Kapitalherabsetzung zusätzlich unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die ausstehenden Liberierungsbeträge einverlangt worden sind. (*Handschin*, a.a.O. § 8 N 20 will dagegen für diesen Fall die Weiterhaftung für die ursprünglichen Liberierungsbeträge verlangen).

<sup>47</sup> VE Art. 817a; zur diesbezüglichen aktienrechtlichen Regelung etwa *Wüstiner* in Basler Kommentar (zit. Anm. 1) Art. 725a N 4 ff.

<sup>48</sup> VE Art. 774a; nicht zur Verfügung stehen soll dagegen der Partizipationsschein, vgl. hinten bei Anm. 95 f.

- Wie bei der AG zugunsten des Verwaltungsrates<sup>49</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>50</sup>. Im Einzelnen bleibt die Kompetenzgrenze bei der GmbH freilich zugunsten der Versammlung der Gesellschafter verschoben, dazu hinten bei Anm. 83 und 86 ff.
- 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>51</sup> – der aktienrechtlichen entspricht<sup>52</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 des nationalrätlichen Berichterstatters zur GmbH von 1936 und damit zum heute geltenden Recht<sup>53</sup>.

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>54</sup>, behält aber die Eigenständigkeit der GmbH bei. Auch künftig wird die GmbH ein «Bastard», ein

---

<sup>49</sup> Art. 716 Abs. 1 OR.

<sup>50</sup> VE Art. 811 Abs. 3.

<sup>51</sup> Dazu hinten bei Anm. 89 ff.

<sup>52</sup> Vgl. VE Art. 812a mit Art. 716a OR.

<sup>53</sup> Scherer (zit. Anm. 18) 100.

<sup>54</sup> Insofern erfolgt eine Annäherung an die deutsche GmbH, die seit jeher stärker kapitalbezogen war.

«juridisches Maultier» sein, eine eigenständige, personenbezogene Kapitalgesellschaft und nicht etwa eine «kleine» oder «private» AG<sup>55</sup>.

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

a) Die Mitgliedschaft ist bei der AG – dies sei in Erinnerung gerufen – von Gesetzes wegen rein kapitalbezogen<sup>56</sup>. Statutarisch kann von dieser Grundordnung nur begrenzt abgewichen werden. So gibt es bei der AG keine Möglichkeit statutarischer Nebenleistungspflichten<sup>57</sup>, keine Treuepflicht<sup>58</sup>, keine Austritts- und Ausschliessungsrechte<sup>59</sup>, und die Vinkulierungsmöglichkeiten sind durch die Aktienrechtsreform massiv abgebaut worden<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> 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. VII. 2.

<sup>56</sup> Dazu statt aller *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 39 N 1 ff.

<sup>57</sup> Art. 680 Abs. 1 OR; vgl. hierzu etwa *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 1) § 6 N 122 ff.

<sup>58</sup> So jedenfalls die vorherrschende Lehre (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 56] § 42 N 24 ff.; *Peter Böckli*: Schweizer Aktienrecht [2. A. Zürich 1996] N 1646a; *Peter Kurer* in *Basler Kommentar* [zit. Anm. 1] Art. 680 N 5 ff.); a.A. *John Nenninger*: Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Basel 1974 = BStR 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 (Diss. Zürich 1968 = ZBR 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.

<sup>59</sup> Abgesehen vom Ausschluss eines Aktionärs aus der AG wegen Säumnis in der Erfüllung seiner Liberierungspflicht gemäss OR Art. 681 f. (Kaduzierung) und vom Ausschlussrecht nach Art. 33 des Börsengesetzes geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Einführung zusätzlicher Ausschliessungsgründe durch die Statuten nicht zulässig ist (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 56] § 44 N 52 ff.; a.A. *Peider Mengiardi*: Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, in: *Boemle/Geiger/Pedrazzini/Schluep* [Hg.]: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von *W.F. Bürgi* [Zürich 1971] 280 f.).

<sup>60</sup> Bei nicht kotierten Aktiengesellschaften ist die Ablehnung eines Aktienerwerbers nur noch zulässig, wenn hierfür ein wichtiger, in den Statuten genannter Grund angeführt werden kann, es sei denn, die Gesellschaft sei bereit, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen, Art. 685b Abs. 1 OR. Für kotierte Gesellschaften sind die Vinku-

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

**b)** So besteht die Möglichkeit, durch die Statuten *Nebenleistungspflichten* vielfacher Art einzuführen<sup>61</sup>. Damit kann das Schwergewicht der mitgliedschaftlichen Beziehung vom Kapitaleinsatz zur persönlichen Mitwirkung verschoben werden, ohne dass es – wie bei der AG – einer komplexen Kombination aktienrechtlicher und schuldvertraglicher Regelungen bedürfte.

**c)** In den Statuten können – begrenzt auf das Doppelte des Nennwerts der gehaltenen Stammanteile – auch *Nachschusspflichten* vorgesehen werden<sup>62</sup>.

**d)** Gesetzlich verankert ist sodann die *Treuepflicht* aller Gesellschafter und als Ausfluss derselben ein *Konkurrenzverbot*<sup>63</sup>.

**e)** Die Pflicht der Gesellschafter zu Loyalität ermöglicht es zudem, ihre *Informationsrechte* gegenüber denjenigen 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>64</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 auf die eines Aktionärs zu beschränken, wenn ein Kontrollorgan eingesetzt wird.

Die stärkere persönliche Nähe zeigt sich auch darin, dass *zwischen den Gesellschaftern keine Anonymität* bestehen soll, steht doch jedem Gesell-

---

lierungsmöglichkeiten noch stärker eingeschränkt, was im vorliegenden Zusammenhang aber nicht interessiert.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Vgl. VE Art. 803-803b; vgl. hierzu auch *Lukas Handschin* in diesem Band.

<sup>63</sup> VE Art. 807a; für geschäftsführende Gesellschafter wird das Konkurrenzverbot verschärft, vgl. VE Art. 807a Abs. 3.

<sup>64</sup> VE Art. 807b, vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 32 ff.

schafter das Recht zu, in das Anteilbuch Einsicht zu nehmen<sup>65</sup>, während es nur ganz ausnahmsweise ein Recht auf Einblick in das Aktienbuch gibt<sup>66</sup>.

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 Statuten noch weiter gehen können:

Zwar will der Vorentwurf die Mobilität der Gesellschafterstellung verbessern: Wie erwähnt wird zum einen der Minimalbetrag der Beteiligung von CHF 1'000.– auf CHF 100.– herabgesetzt<sup>67</sup> und soll es zum zweiten – und vor allem – künftig zulässig sein, dass ein Gesellschafter mehrere Stammanteile hält<sup>68</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 Statutenänderung 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 festgehalten wird, diese seien mangels anderer Vorschrift in den Statuten «ohne Beschränkung übertragbar»<sup>69</sup>, soll für die Stammanteile der GmbH erklärt werden, sie seien «nur nach Massgabe der folgenden [gesetzlichen] Vorschriften veräusserlich und vererblich»<sup>70</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>71</sup>.

---

<sup>65</sup> VE Art. 790 Abs. 3.

<sup>66</sup> Vgl. *Dieter Zobl*: Zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, SZW 64 (1992) 49 ff.; *Böckli* (zit. Anm. 58) N 772 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (zit. Anm. 56) § 43 N 89 ff.

<sup>67</sup> VE Art. 774 Abs. 1.

<sup>68</sup> VE Art. 774 Abs. 2, vgl. dagegen zum geltenden Recht Art. 774 Abs. 2 OR.

<sup>69</sup> Art. 684 Abs. 1 OR. Für Inhaberaktien gilt die freie Übertragbarkeit ohnehin.

<sup>70</sup> VE Art. 789 Abs. 1.

<sup>71</sup> VE Art. 791 Abs. 2 i.V.m. VE Art. 810c Abs. 2.

Dabei steht es der Gesellschafterversammlung frei, die Zustimmung «ohne Angabe von Gründen» zu verweigern<sup>72</sup>. Durch die Statuten kann die Übertragung erleichtert, aber auch erschwert werden, bis hin zum Übertragungsverbot<sup>73,74,75</sup>.

- Die Abtretungsverpflichtung soll sodann auch weiterhin der *öffentlichen Beurkundung* bedürfen<sup>76</sup>, eine Vorschrift, über deren Sinn man sich freilich streiten kann<sup>77</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>78</sup>.

**g)** Der personenbezogenen Ausgestaltung der Mitgliedschaft entspricht es auch, dass die Möglichkeit des *Austritts*, aber auch des *Ausschlusses* von Gesellschaftern gegeben ist<sup>79</sup>. Von Gesetzes wegen und zwingend kann jeder Gesellschafter aus wichtigem Grund austreten oder ausgeschlossen werden. Durch die Statuten können weitere Gründe vorgesehen werden.

**h)** Und schliesslich erlaubt das Recht der GmbH die gesellschaftsrechtliche Verankerung von Erwerbsberechtigungen – Vorhand-, Vorkaufs- und Kausrechten<sup>80</sup> –, während bei der AG solche Regelungen wiederum nur

---

<sup>72</sup> VE Art. 791 Abs. 3.

<sup>73</sup> So ausdrücklich VE Art. 791 Abs. 3. Vorbehalten bleibt der Austritt aus wichtigem Grund.

<sup>74</sup> Die gleiche Regelung soll für die Einräumung einer Nutzniessung bestehen, VE Art. 797a Abs. 1.

<sup>75</sup> Das Zustimmungserfordernis soll freilich nicht beliebig erschwert werden können: Nach VE Art. 810c Abs. 2 soll die Zustimmung auf jeden Fall erteilt sein, «wenn drei Viertel aller stimmberechtigten Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des stimmberechtigten Stammkapitals vertreten, die Übertragung gutheissen.» Da die Statuten aber auch ein Übertragungsverbot vorsehen können, macht diese Begrenzung wenig Sinn, sie sollte wohl ersatzlos gestrichen werden.

<sup>76</sup> VE Art. 791 Abs. 1.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> VE Art. 789 Abs. 2.

<sup>79</sup> Vgl. VE Art. 822-822c, ferner VE Art. 777 Ziff. 13. und 14.

<sup>80</sup> Vgl. VE Art. 777 Ziff. 2.

ausserhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen<sup>81</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 – 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:

b) Für die *Gesellschafterversammlung* der GmbH ist die Regelung – im Vergleich zur Generalversammlung der AG – etwas vereinfacht worden<sup>82</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 Generalversammlung der AG zustehenden Kompetenzen findet sich hier etwa die Zustimmung zur Ausübung von Erwerbsrechten, die nähere Regelung von Nebenleistungspflichten in einem Reglement, der Entscheid über die Ausschliessung von Gesellschaftern und – darauf ist sogleich zurückzukommen<sup>83</sup> – selbst die Möglichkeit von Eingriffen in die Geschäftsführung.

Der personalistische Charakter der GmbH zeigt sich sodann darin, dass – was bei der AG undenkbar wäre – durch die Statuten «bestimmten oder bestimmbaren Gesellschaftern Vetorechte gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung» oder der Stichtentscheid in derselben eingeräumt werden können<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Durch Schuldvertrag, allenfalls auch im Rahmen einer einfachen Gesellschaft zwischen Aktionären.

<sup>82</sup> So gelten verkürzte Einberufungsfristen, VE Art. 809 Abs. 2.

<sup>83</sup> Vgl. lit. d).

<sup>84</sup> VE Art. 777 Ziff. 5, vgl. dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 35 f.

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>85</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 entziehbar* zugewiesen worden<sup>86</sup>, worunter die sog. Oberleitung der Gesellschaft (d.h. die Festlegung der Strategie) und die wichtigsten personellen Entscheide fallen. Was diese Zuweisung im Einzelnen meint, ist noch heute nicht völlig geklärt<sup>87</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.

Im Grundsatz soll diese Ordnung, die *jedem Organ einen eigenen Kompetenzbereich zwingend zuordnet*, auch für die GmbH übernommen werden<sup>88</sup>. Doch finden sich wichtige Modifikationen, die erneut die wesensmässige Verschiedenheit von AG und GmbH belegen:

- Bei der GmbH soll es zulässig sein, in den Statuten die «Genehmigung von geschäftsführenden Entscheiden grundsätzlicher Tragweite der Gesellschafterversammlung» vorzubehalten<sup>89</sup>. Daraus ergibt sich ein Einbruch in das im Aktienrecht konsequent durchgehaltene Prinzip, wonach strategische Grundsatzentscheide *unentziehbar* dem Exekutivorgan zukommen.
- Darüber hinaus sollen die Geschäftsführer «in jedem Fall befugt» sein, Geschäfte von grundsätzlicher Tragweite der Gesellschafterversamm-

---

<sup>85</sup> Vgl. VE Art. 811, Expertenbericht (zit. Anm. 14) 41 f. Denkbar ist aber auch die reine Drittorganshaft oder eine Geschäftsführung zwar ausschliesslich durch Gesellschafter, aber aufgrund ihrer Wahl durch die Gesellschafterversammlung.

<sup>86</sup> Vgl. Art. 716a Abs. 1 OR.

<sup>87</sup> Vgl. dazu statt vieler *Peter Böckli*: Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates (SnA 7, Zürich 1994) und *Adrian W. Kammerer*: Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1997 = SSHW 180).

<sup>88</sup> Vgl. VE Art. 812a.

<sup>89</sup> VE Art. 812a Abs. 2, Art. 808 Abs. 2 Ziff. 1.

lung «zum Entscheid vorzulegen»<sup>90</sup>, wodurch das Prinzip der *Unübertragbarkeit* solcher Geschäfte durchbrochen wird<sup>91</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>92</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 Statutenbestimmung Geschäftsführer ist, aus wichtigem Grund die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werde<sup>93</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>94</sup>, weil es nicht erforderlich 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 verbun-

---

<sup>90</sup> VE Art. 812a Abs. 2, Art. 808 Abs. 1 Ziff. 11.

<sup>91</sup> Bei der AG können dagegen Grundsatzentscheide nach herrschender Lehre der Generalversammlung nur im Sinne einer Konsultativabstimmung vorgelegt werden, wobei die Verantwortung beim Verwaltungsrat bleibt (vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [zit. Anm. 56] § 30 N 72 ff. m.w.H.).

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> VE Art. 814a Abs. 2.

<sup>94</sup> Vgl. VE Art. 786, Expertenbericht (zit. Anm. 14) 54.

denen *Genussschein* vorsehen<sup>95</sup>, dagegen nicht den für Finanzierungszwecke konzipierten *Partizipationsschein*<sup>96</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>97</sup>.

*c)* Die grössere Nähe der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft und insbesondere die im Vergleich zur AG erweiterten Informationsrechte erübrigen es sodann, die *Sonderprüfung* im Recht der GmbH einzuführen<sup>98</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, und diese haben sich im Nachhinein überwiegend als Missgriffe erwiesen. Das Misstrauen des Gesetzgebers von 1936 gegenüber der neuen Rechtsform hat sodann dazu geführt, dass gewisse Auflagen gemacht wurden, die sich hinterher als wenig sinnvoll und lästig entpuppt haben.

Die GmbH-Reform ermöglicht eine Bereinigung:

---

<sup>95</sup> VE Art. 774a.

<sup>96</sup> Dieser wird untersagt, und bestehende Partizipationsscheine sind in einer Übergangsfrist in Stammanteile umzuwandeln oder durch Kapitalherabsetzung zu beseitigen, VE Übergangsbestimmungen Art. 4.

<sup>97</sup> VE Art. 788 Abs. 2.

<sup>98</sup> Zur Begründung vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 54.

b) Schon erwähnt worden<sup>99</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>100</sup>. Ein legitimes *Interesse Dritter, 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>101,102</sup>.

Das geltende Recht auferlegt es sodann der 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>103</sup>. Diese unnötige und als schikanös empfundene Verpflichtung 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) Gestrichen wird auch die gesetzliche *Obergrenze für das Stammkapital*. Mit dieser schweizerischen Eigenart wollte der Gesetzgeber 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>104</sup>, setzt diese Begrenzung das falsche Signal: Die GmbH ist eben nicht einfach eine «kleine» Kapitalgesellschaft, ihre Abgrenzung von der AG soll nicht aufgrund des Umfangs der Geschäftstätigkeit erfolgen<sup>105</sup>, sondern wegen der anders gearteten, weil personenbezogenen Grundstruktur.

---

<sup>99</sup> Vorn bei Anm. 33 f.

<sup>100</sup> Art. 781 Ziff. 3 OR.

<sup>101</sup> VE Art. 781 Ziff. 5.

<sup>102</sup> Unter geltendem Recht mag dagegen die Nennung aller Gesellschafter im Hinblick auf die subsidiäre Solidarhaftung für die Aufbringung des Stammkapitals Sinn machen.

<sup>103</sup> Art. 790 Abs. 2 OR.

<sup>104</sup> So hatte die Hoffmann-La Roche AG – eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt – bis Ende der Achtzigerjahre ein Aktienkapital von nur gerade CHF 50'000.–.

<sup>105</sup> Grosse GmbHs sollen ebenso möglich sein wie kleine AGs.

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 nämlich – anders als etwa 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>106</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>107</sup>. Dafür hat die Expertengruppe mit viel Liebe eine neue Rechtsform entwickelt, die «Personengesellschaft mit beschränkter Haftung» (PbH)<sup>108</sup>. Leider hat dieser Vorschlag beim Auftraggeber – dem Justizdepartement – zumindest vorläufig keine Gnade gefunden: Das Departement hat die «Personengesellschaft mit beschränkter Haftung» nicht in den Vorentwurf aufgenommen, es will die Idee aber immerhin «aufnehmen und in Fachkreisen vertieft erörtern»<sup>109</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>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 1) § 14 N 12 sowie zur GmbH & Co. KG etwa *Karsten Schmidt*: Gesellschaftsrecht (3. A. Köln etc. 1997) 1671 ff.

<sup>107</sup> Zur Begründung vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 70 ff., 74 ff.

<sup>108</sup> 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 Einzug genommen hätte. Wirtschaftlich – in der Form der Einpersonen-AG oder -GmbH – gibt es die Einpersonenenunternehmung mit beschränkter Haftung freilich seit jeher.

<sup>109</sup> Expertenbericht (zit. Anm. 14) 77.

<sup>110</sup> Vgl. dazu ausführlich Expertenbericht (zit. Anm. 14) 60 ff.

b) So soll – in Übereinstimmung mit der 12. EG-Richtlinie – die offene Gründung einer Einpersonen-GmbH möglich sein<sup>111</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>112</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>113</sup>.

c) Aus dem neueren deutschen GmbH-Recht ist schliesslich die Regelung für *eigenkapitalersetzende Darlehen* von Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen übernommen worden<sup>114</sup>.

## V. *Exkurs: Anpassungen in anderen Rechtsgebieten*

Obwohl der Auftrag der Arbeitsgruppe – zumindest ursprünglich – auf das GmbH-Recht beschränkt war, drängten sich vereinzelt Vorschläge für Reformen in anderen Rechtsgebieten auf:

### 1. *Nachbearbeitung des revidierten Aktienrechts?*

a) Die praktischen Erfahrungen mit dem 1992 in Kraft gesetzten revidierten Aktienrecht haben – wie könnte es anders sein – auch Mängel ans Licht gebracht. Es hätte nahe gelegen, solche Mängel im Zuge einer Reform des Rechts der GmbH zu beheben. Die Arbeitsgruppe hat jedoch auf eine solche Nachbearbeitung des Aktienrechts verzichtet. Sie war der Meinung, dass es verfehlt wäre, das nach 23-jähriger Austragung endlich gebo-

---

<sup>111</sup> VE Art. 775 Abs. 1. Unter geltendem Recht ist die Einpersonengründung dagegen nur verdeckt, unter Beizug eines treuhänderisch tätigen Gründers, möglich, da es für die Gründung mindestens zwei Gesellschafter braucht, Art. 775 Abs. 1 OR.

<sup>112</sup> VE Art. 775 Abs. 2, vgl. 12. Richtlinie Art. 3.

<sup>113</sup> VE Art. 812b Abs. 3, 12. Richtlinie Art. 5.

<sup>114</sup> VE Art. 807c, vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 24.

rene Recht<sup>115</sup> schon wieder zu revidieren. In drei Kleinigkeiten hat die Arbeitsgruppe diesen Grundsatz freilich durchbrochen:

- Fehlen einer AG notwendige Gesellschaftsorgane, dann soll künftig auch der Handelsregisterführer ein Begehren auf richterliche Auflösung stellen können<sup>116</sup>.
- Die Ordnung der Kostentragung bei der Sonderprüfung wird etwas modifiziert, um das Institut effektiver auszugestalten<sup>117</sup>.
- Und schliesslich sollen das ausgeschiedene Mitglied des Verwaltungsrates und der zurückgetretene oder abberufene Revisor ihr Ausscheiden beim Handelsregisteramt sofort und nicht erst – wie nach geltendem Recht – nach dreissig Tagen selbst anmelden können<sup>118</sup>.

**b)** Überdies hat sich die Arbeitsgruppe gestattet, gewisse Neuerungen des GmbH-Rechts, die anlässlich der Reform des Aktienrechts noch nicht zur Diskussion gestanden haben, auch für die AG in gleicher Form vorzuschlagen, so

- die Einpersonengründung<sup>119</sup>,
- die Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen<sup>120</sup> und schliesslich
- den Verzicht auf Nationalitätserfordernisse und die Erleichterung der Wohnsitzpflicht für die Mitglieder des Verwaltungsrates<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> Die offizielle Arbeit an der Aktienrechtsreform dauerte von 1968-1991.

<sup>116</sup> VE Art. 625 Abs. 2, dazu Expertenbericht (zit. Anm. 14) 57 f. Es entspricht dies einem praktischen Bedürfnis.

<sup>117</sup> VE Art. 697g. Neu wird vorgeschlagen, dass Aktionäre die Leistung eines Vorschusses an den Sonderprüfer durch die Gesellschaft – oft eine Voraussetzung dafür, dass der Sonderprüfer überhaupt tätig wird – gerichtlich durchsetzen können. Zum geltenden Recht siehe etwa *Andreas Casutt*: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSW 136).

<sup>118</sup> VE Art. 711 Abs. 2, 727 Abs. 4.

<sup>119</sup> VE Art. 625 Abs. 1, 641 Ziff. 6.

<sup>120</sup> VE Art. 697i.

<sup>121</sup> VE Art. 708 Abs. 1.

## 2. *Änderungen im übrigen Gesellschaftsrecht*

a) Auch im *Genossenschaftsrecht* sollen die Beseitigung der Nationalitätsvorschriften und die Erleichterung der Wohnsitzerfordernisse umgesetzt werden<sup>122</sup>, ebenso das Klagerecht des Registerführers beim Fehlen notwendiger Organe<sup>123</sup>.

Dagegen soll aufgrund der strukturellen Besonderheit der Genossenschaft die Einpersonengesellschaft im Genossenschaftsrecht nicht zugelassen werden<sup>124</sup>, und auch die übrigen für das Aktienrecht vorgesehenen Modifikationen werden für das Genossenschaftsrecht nicht vorgeschlagen.

b) Von der schweizerischen Eigenart, dass bei *Personengesellschaften* als unbeschränkt haftende Gesellschafter nur natürliche Personen in Frage kommen, soll nach Ansicht der Expertengruppe nicht abgewichen werden, und die als Alternative vorgeschlagene *Personengesellschaft mit beschränkter Haftung* wurde – wie erwähnt – vom Bundesamt für Justiz als zu kühn befunden und vorläufig zurückgestellt, was einem klandestinen Begräbnis gleichkommen könnte.

## 3. *Firmenrecht*

In Übereinstimmung mit internationalen Tendenzen soll künftig bei allen Firmenbezeichnungen die *Rechtsform beigefügt* werden müssen<sup>125</sup>, womit auch dem Offenlegungserfordernis von Art. 4 der 1. Richtlinie Genüge getan ist<sup>126</sup>.

Bei den Vorbereitungen einer Neugründung ergibt sich immer wieder das Bedürfnis, das Ausschliesslichkeitsrecht für die in Aussicht genommene Firmenbezeichnung abzusichern. Unter geltendem Recht, das den Firmenschutz konsequent an die Priorität der Eintragung im Handelsregister knüpft, gibt es hiezu keine Handhabe. Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe soll es dagegen künftig zulässig sein, eine Firma drei Monate vor der Eintra-

---

<sup>122</sup> VE Art. 895 Abs. 1.

<sup>123</sup> VE Art. 831 Abs. 2.

<sup>124</sup> Zur Begründung vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 59.

<sup>125</sup> VE Art. 950 Abs. 2.

<sup>126</sup> Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 17 f.

gung einer Gesellschaft im Handelsregister vorsorglich registrieren zu lassen<sup>127</sup>.

Auf weitere Vorschläge im Firmenrecht wird verzichtet, doch weist die Arbeitsgruppe darauf hin, dass in einem künftigen Firmenrecht die Freiheit in der Firmenwahl – bei gleichzeitiger Pflicht zur Offenlegung der Rechtsform – erweitert werden sollte, wovon vor allem Einzelunternehmen und Personengesellschaften profitieren würden.

#### **4. Umstrukturierungen**

Bezüglich der Umwandlung einer GmbH in eine andere Rechtsform und hinsichtlich anderer Umstrukturierungen wird auf das in Bearbeitung befindliche BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) verwiesen<sup>128</sup>.

### **VI. Fazit**

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- Der Vorschlag für eine Reform des Rechts der GmbH regelt zahlreiche Einzelfragen attraktiver, neuzeitlicher und flexibler.
- Gleichzeitig ist der Vorschlag in vier Punkten – in der Höhe des Stammkapitals, im Umfang der minimalen Liberierung, in den Anforderungen an die qualifizierte Gründung und im Erfordernis einer Abschlussprüfung – strenger als das geltende Recht. Die Arbeitsgruppe hält dies im Lichte des Gläubigerschutzes für erforderlich, aber auch zum Schutze von Min-

---

<sup>127</sup> VE Art. 934 Abs. 3.

<sup>128</sup> Vgl. VE und Bericht vom November 1997, dazu statt vieler *Moritz Kuhn*: Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus der Praxis, ZSR 118 (1999) I 241 ff., mit weiteren Angaben. Vgl. auch die Zusammenstellung der Vernehmlassungen und der Vernehmlassungsergebnisse, hg. vom Eidg. Finanzdepartement (Bern 1999).

derheitsgesellschaftern und schliesslich deshalb, weil die GmbH *nicht zur Discount-Gesellschaft verkommen soll*<sup>129</sup>.

- Die GmbH bleibt – und ist künftig sogar verstärkt – eine eigenständige Rechtsform mit personalistischer Struktur, sie ist nicht etwa eine abgespeckte AG.
- Der Anschluss an neuere Entwicklungen und namentlich an das Recht der EU soll hergestellt, und es sollen wenig sinnvolle schweizerische Eigenheiten beseitigt werden.

## ***VII. 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 näher 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 zur AG 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 Anforde-

---

<sup>129</sup> Der – zumindest bis zum Beginn der Neunzigerjahre – schlechte Ruf der GmbH in der Schweiz dürfte zu einem guten Teil darauf zurückzuführen sein, dass in der Praxis an der wirtschaftlichen Potenz und Kreditwürdigkeit von Gesellschaften in dieser Rechtsform gezweifelt wurde.

rungen 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>130</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, lässt der Vorschlag offen, jedenfalls soll er nicht 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, ist doch die Grosszahl der heute bestehenden schweizerischen Aktiengesellschaften ebenso privat – d.h. typischerweise auf einige

---

<sup>130</sup> *Hirsch/Nobel*: Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 ff.; *Peter Nobel*: SA privé au lieu de Sàrl, in: Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 13) 205 ff. sowie *Jacques-André Reymond*: Le projet de «Société anonyme privée», ebenda 225 ff. – Der Vorschlag ist in Deutsch und Französisch abgedruckt in SZW 69 (1997) 130 ff., in Französisch überdies in Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 13) 313 ff. Sonderbestimmungen für private Aktiengesellschaften postuliert auch *Christian J. Meier-Schatz* in diesem Band. Sein Vorschlag entspricht in einigen wichtigen Punkten dem Entwurf von *Hirsch/Nobel*, in anderen weicht er von jenem Vorschlag ab. Ein grundsätzlicher Unterschied zum Ansatz von *Hirsch* und *Nobel* besteht darin, dass Sonderbestimmungen für private Aktiengesellschaften zusätzlich zum (revidierten) Recht der GmbH postuliert werden, womit dann der Markt über die «richtige» Rechtsform entscheiden können soll. Dagegen ist auch aus der Sicht des Verfassers dieses Beitrages nichts einzuwenden, doch erscheint es als wenig realistisch, dass das Parlament das erst vor wenigen Jahren nach langen Wehen in Kraft getretene Aktienrecht nun schon wieder revidieren wird.

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 bald 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 bisherigen 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 macht wenig Sinn.

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 Gesellschaft Rechnung trägt<sup>131</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.

d) Das Projekt einer kleinen AG – anstelle der GmbH oder zusätzlich zu ihr – ist daher aus der Sicht der Expertengruppe abzulehnen.

### **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 anzuz-

---

<sup>131</sup> 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 ...»

nähern oder – präziser – die durch die Aktienrechtsreform vorgenommenen Weiterentwicklungen auch im Recht der GmbH nachzuvollziehen<sup>132</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 CHF 40'000.–,
- die Pflicht zur Volliberierung der Stammanteile,
- die Vorschriften, mit denen Schwindelgründungen wirksamer bekämpft werden sollen (Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung bei der qualifizierten Gründung) und schliesslich
- das Obligatorium der 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>133</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 schwachbrüstigen Kleingesellschaft 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.

---

<sup>132</sup> Vgl. *Max Boemle*: Problematische Revisionsvorschläge, FuW vom 22.9.1999, S. 29 sowie *Lukas Handschin*: Den Start von Unternehmen hemmen?, NZZ vom 24.9.1999, S. 27. Zur Entgegnung auf die Ausführungen von *Handschin* vgl. *Max Gerster*: Was für ein GmbH-Recht braucht die Schweiz?, NZZ vom 21.10.1999, S. 25. Die Auseinandersetzung wurde weitergeführt in einer Replik von *Handschin* in NZZ vom 22.10.1999, S. 23, in einer Kontroverse *Gerster/Handschin* in SHZ vom 17.11.1999, S. 2 und in einem Beitrag von *Hans Roth* in NZZ vom 21.12.1999, S. 25. Vgl. sodann auch *Adrian Plüss* und *Christoph K. Widmer* in FuW vom 12.1.2000, S. 29. – Eine wissenschaftlich fundierte Kritik des Reformvorschlages hinsichtlich der Bestimmungen zu Kapitalaufbringung und Kapitalschutz findet sich nun bei *Schneider* (zit. Anm. 15) Abschnitt V. Vgl. sodann auch die Ausführungen von *Lukas Handschin* in diesem Band.

<sup>133</sup> Vgl. Expertenbericht (zit. Anm. 14) 18.

- Die Vorstellung, man könne durch einen kleineren Kapitaleinsatz das eigene Risiko vermindern, dürfte eine Täuschung sein: Professionelle Fremdkapitalgeber – die Banken – werden von den Gesellschaftern persönlich Sicherheiten verlangen, womit diese trotzdem gezwungen sind, ihr privates Vermögen dem Geschäftsrisiko auszusetzen.
- 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 Konkurs haben sie das Nachsehen.

Die vorgesehenen CHF 40'000.– sind im Übrigen in aller Regel das absolute Minimum dessen, was es für den Start eines Unternehmens braucht<sup>134</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 oder der Kommanditgesellschaft zu gründen und – allenfalls – später zur GmbH zu wechseln<sup>135</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 – überwältzt* werden können<sup>136,137</sup>.

---

<sup>134</sup> Vgl. auch Expertenbericht (zit. Anm. 14) 18.

<sup>135</sup> Den Wechsel von einer Personengesellschaft in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft künftig zu erleichtern ist Aufgabe des Gesetzgebers, der dafür im Fusionsgesetz (vgl. Anm. 128) eine angemessene Ordnung vorzusehen haben wird.

<sup>136</sup> Kritisch zu diesem Argument Schneider (zit. Anm. 15) Abschnitt V. – Die Tendenz des Vorentwurfs, als «Kompensation» für die Haftungsbefreiung minimale Kapitalanforderungen aufzustellen, wird auch von *Andreas von Planta*: Révision du droit de la société à responsabilité limitée (Anwaltsrevue 4/1998, 6 ff., 7) kritisiert.

<sup>137</sup> Eine andere Frage ist die, 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 1'000.– 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 Schweizer Konzepts (das überwiegend auch den übrigen europäischen Rechten und namentlich dem deutschen Recht zugrunde liegt) findet sich neuestens bei *Schneider* (zit. Anm. 15) Abschnitt V. 2.

c) Ausnahmsweise mag es freilich vorkommen, dass reine Dienstleistungsgesellschaften Mittel in der Höhe von CHF 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 nicht liberierten Betrages blieben dann die Gesellschafter ihrer GmbH gegenüber leistungspflichtig, und im Falle von Zahlungsunfähigkeit oder Konkurs 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 Recht<sup>138</sup> wäre freilich zu verzichten: Jeder Gesellschafter hätte vielmehr – gleich einem Aktionär – nur für den von ihm selbst noch nicht geleisteten Betrag einzustehen<sup>139</sup>.

Der minimale Liberierungsbetrag bei der Gründung könnte bei CHF 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 CHF 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 *Mitgesellschafter*: 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>140</sup> wird nun freilich – als eine von zwei Varianten – vorgeschlagen, bei kleinen Gesellschaften<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Dazu vorn bei Anm. 33 f.

<sup>139</sup> Diese Verpflichtung müsste bei einem Ausscheiden aus der Gesellschaft zumindest für eine bestimmte Zeit bestehen bleiben.

<sup>140</sup> Vgl. vorn Anm. 28.

<sup>141</sup> Dann, wenn nicht zwei der folgenden Grössen erreicht werden: Bilanzsumme von CHF 4 Mio., Umsatzerlöse von CHF 8 Mio., 50 vollzeitige Arbeitsstellen.

auf das Obligatorium der Abschlussprüfung zu verzichten<sup>142</sup>. Ein solcher Verzicht ist insofern nicht unproblematisch, als «klein» eben nicht notwendig «einfach», «übersichtlich», «wenig komplex und risikoreich» bedeutet und als es gerade in sogenannt 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. Richtlinie offerierten Möglichkeit der Kosteneinsparung<sup>143</sup> Gebrauch zu machen. 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 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.

---

<sup>142</sup> Der Verfasser hat diesen Vorschlag schon vor Jahren gemeinsam mit *Alain Hirsch* zur Diskussion gestellt, vgl. *Forstmoser/Hirsch*: Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts, SAG 57 (1985) 29 ff., 38. Er hat inzwischen seine Ansicht – aufgrund praktischer Erfahrungen – geändert.

<sup>143</sup> Vgl. *Carl Helbling*: Für Transparenz und Gläubigerschutz, Vernehmlassung zum Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz, Neue Zürcher Zeitung vom 16. November 1999, S. 89.

Sonderdruck aus:

Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus  
der Praxis

Herausgeber: Christian J. Meier-Schatz

---

PETER FORSTMOSER

Der Vorentwurf für eine  
Reform des Rechts der GmbH –  
eine Übersicht

---

Schulthess § Zürich 2000