

# Zur Zukunft des schweizerischen Körperschaftsrechts

PETER FORSTMOSER

## Inhaltsübersicht

I. Übersicht . . . . .	453
II. Aktiengesellschaft . . . . .	455
III. Gesellschaft mit beschränkter Haftung . . . . .	459
IV. Genossenschaft . . . . .	468
V. Rechtsformübergreifende Reformvorschläge . . . . .	469
VI. Schlussbemerkung . . . . .	472

## I. Übersicht

a. Über die spezifische Thematik dieses Workshops (Aktienrecht) hinaus will ich mich mit der *Entwicklung des Körperschaftsrechts generell* befassen, allerdings nur hinsichtlich der im OR geregelten Körperschaften. Ich möchte also orientieren (und kommentieren) zur mutmasslichen Entwicklung des Rechts der AG, der GmbH und der Genossenschaft in den nächsten Jahren. (Die Kommandit-AG lasse ich wegen ihres esoterischen Charakters beiseite, es wäre von ihr auch nichts Nennenswertes zu berichten.)

Diese Ausweitung der Thematik rechtfertigt sich aus zwei Gründen:

- Zum einen wirken sich Änderungen der Praxis oder gar der gesetzlichen Grundlagen bei einer der drei Rechtsformen stets direkt oder zumindest indirekt auch bei den anderen aus. Ein eindrückliches Beispiel dafür ist die *Interdependenz zwischen AG und GmbH* in den letzten zehn Jahren:

---

Das Referat vom 11. Mai 2000 wurde durch Hinweise auf Materialien und Stellungnahmen in Politik und Literatur ergänzt und auf den Stand von Mitte Dezember gebracht, im Übrigen aber unverändert belassen.

Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. LUKAS BLÄTTLER, danke ich für seine Unterstützung bei der Ausarbeitung dieser schriftlichen Version.

Die GmbH – 1936 als Retortenbaby gezeugt – hat in der Schweiz bis Anfang der 90er-Jahre nicht Fuss fassen können. Ende 1991 gab es in der Schweiz knapp 2'800 GmbHs neben 165'000 Aktiengesellschaften, von denen die Grosszahl nach der Vorstellung des Gesetzgebers wohl das Kleid der GmbH hätten wählen sollen. (Bei den meisten GmbHs dürfte es sich um Gründungen von Ausländern gehandelt haben, denen der schweizerische Berater die vom Heimatland [in der Regel Deutschland] vertraute Rechtsform nicht ausreden konnte.)

Inzwischen hat sich das Bild gründlich geändert: Die Zahl der Aktiengesellschaften blieb in den letzten Jahren konstant bei ca. 170'000 – die Neugründungen und die Liquidationen hielten sich die Waage. Dagegen hat die GmbH einen eigentlichen Siegeszug angetreten: Ende 1999 gab es 38'600 GmbHs, heute mehr als 40'000, also 15 mal mehr als 1991. Der Grund für diese erstaunliche Wende liegt keineswegs im GmbH-Recht – dieses blieb seit 1936 unverändert –, sondern darin, dass das Mitte 1992 in Kraft gesetzte neue Aktienrecht die Anforderungen für die AG verschärft hat, namentlich durch eine Anhebung des Mindestkapitals von Fr. 50'000.– auf Fr. 100'000.– sowie 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 (unter Einschluss von Schwindelgründungen!) und bei der man auf eine Revisionsstelle gänzlich verzichten kann.

Die Aktienrechtsreform hat sich daher – was niemand vorausgesehen hat – als Promotorin der GmbH erwiesen.

- Eine Betrachtung aller Körperschaftsformen des OR – und nicht nur der AG – rechtfertigt sich sodann auch deshalb, weil sich in den letzten Jahren mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass in vielen Belangen nicht eine *Differenzierung* nach der gewählten Rechtsform am Platze ist, sondern vielmehr eine solche *nach der (volks-)wirtschaftlichen Bedeutung der gesellschaftlichen Aktivitäten*.

Zweifellos gibt es Eigenarten der einzelnen Gesellschaftsformen, denen im Gesetz Rechnung zu tragen ist. Wo es aber um den Schutz der Gläubiger oder gar um den Schutz der Volkswirtschaft vor Zusammenbrüchen wichtiger Player geht, da kann nicht das gewählte Rechtskleid entscheidend sein, sondern kommt es auf den Umfang und die Komplexität der wirtschaftlichen Tätigkeit an. Neuere Gesetzgebungsvorschläge – allen voran der Vorentwurf (VE) für ein Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz – tragen dem Rechnung. Ich werde darauf zurückkommen.

**b.** Die *Reformvorhaben im Gesellschaftsrecht* haben sich – dies sei vorausgeschickt – in drei Gesetzesprojekten niedergeschlagen, die sich zur Zeit im Stadium des Vorentwurfs oder des bundesrätlichen Entwurfs befinden:

- dem VE zur Revision des Rechnungslegungsrechts vom 29. Juni 1998 (dazu hinten V.a sowie die Referate der Herren Behr und Druey in diesem Band),
- dem VE für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom April 1999 (dazu hinten III.)
- und dem bundesrätlichen Entwurf zu einem Bundesgesetz (BG) über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensabtretung vom 13. Juni 2000 (dazu hinten V.).

Im Folgenden will ich zunächst skizzieren, wie sich die Umsetzung dieser Vorschläge bei den einzelnen Körperschaftsformen auswirken wird (II.–IV.), wobei das Schwergewicht auf die GmbH gelegt wird, da einzig für sie ein ausgearbeitetes Projekt vorliegt. Anschliessend weise ich auf rechtsformübergreifende Reformvorschläge hin sowie – als Exkurs – auf das Fehlen spezifischer Vorschläge für die Personengesellschaften und den Einzelunternehmer (V.). In einer Schlussbemerkung gestatte ich mir noch einen kurzen Hinweis auf die Ziele, an denen sich meines Erachtens Reformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht orientieren sollten (VI.).

## II. Aktiengesellschaft

Zur *Aktienrechtsreform* 1968/1991 vgl. statt aller die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BB1 1983 II 745 ff.), die Zusammenstellung der Materialien von OLIVIER SCHALLER/DENIS WEBER: *Travaux préparatoires du droit des sociétés anonymes* (CEDIDAC, Lausanne 1993) sowie die umfassenden Literaturangaben von BRIGITTE TANNER in: *AJP* 1992 821 ff. Zur derzeitigen Reformdiskussion vgl. ALAIN HIRSCH/PETER NOBEL: Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, *SZW* 69 (1997) 126 ff.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ: Die GmbH und die private AG, in: Meier-Schatz (zit. in III., Literatur) 111 ff. sowie – zur Frage einer Reduktion des gesetzlichen Mindestnennwertes von Aktien – das Positionspapier der SWX Swiss Exchange vom 5. Juni 2000 zur Einführung der Rappen-Aktie und der Stückaktie (nicht im Handel) und die Aufsätze von SCHIFFMANN MEISSER/KETTERER/BRAUCHLI ROHRER, in: *Schweiz. Treuhänder 2000* 1135 ff. und von BÜCHI/STEINER in *SZW* 2000 177 ff.

**a.** Die Aktiengesellschaft *ist* revidiert. Wir erinnern uns alle an das Aufatmen, als Ende 1991 die Aktienrechtsreform nach 23-jähriger Bemühung endlich unter Dach und Fach war. Wir erinnern uns auch an den Stossseufzer der damaligen Nationalrätin Uchtenhagen, alle hätten von dieser Aktienrechtsreform etwas die Nase voll (Sten. Bull. NR 1991 852). Eine erneute Überarbeitung des Aktien-

rechts wird daher in der Schweiz – sollte sie nicht aufgrund einer stärkeren Annäherung an die EU von aussen aufoktroiyert werden – für die nächsten Jahre kaum zur Diskussion stehen – es sei denn, die Einführung nennwertloser Aktien werde ernsthaft vorangetrieben (dazu weiter hinten in lit. c).

b. Freilich ist das revidierte Aktienrecht mit erheblichen Mängeln angetreten – eine Folge des «Stop-and-Go» der Reformarbeiten und ihrer jahrzehntelangen Dauer: Was 1968 – bei Beginn der Reform – im Zentrum der Diskussion stand (etwa die stillen Reserven), war zu Beginn der 90er-Jahre kaum mehr ein Thema. Dafür standen andere Fragen im Mittelpunkt der politischen wie der rechtstheoretischen Auseinandersetzung, die in den ersten Jahren nicht oder aus gänzlich anderer Optik betrachtet wurden (etwa die Vinkulierung).

Die Praxis ist mit dieser mangelhaften Vorgabe aber erstaunlich gut zu Rande gekommen, und viele beim Inkrafttreten des Gesetzes offene Fragen sind inzwischen geklärt – ein Verdienst nicht zuletzt der beiden Streithähne Schweiz. Bankgesellschaft und BZ-Gruppe, deren erbitterte Auseinandersetzungen zu einer Reihe teils höchstrichterlicher Entscheide zu zentralen Fragen geführt hat.

c. Auch wenn daher heute niemand eine grundlegende Revision des revidierten Aktienrechts will, steht dies punktuellen Verbesserungen und Korrekturen nicht entgegen. Diese werden zum Teil von der Wirtschaft gebieterisch gefordert, zum Teil ergeben sie sich aus anderen anstehenden Gesetzgebungsprojekten:

- Ein erstes Postulat betrifft eine «*Heimatschutzbestimmung*», die mittlerweile von fast jedermann als überholt betrachtet wird: Gemäss OR 708 müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates einer AG «mehrheitlich Personen sein, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen.» Diese Bestimmung, die letztlich nur zum Strohmannen- und -frauentum geführt hat, soll gestrichen werden. Eine Initiative hiezu ergibt sich aus dem VE für eine Reform des Rechts der GmbH (zu diesem ausführlich nachstehend III.). Dort wird postuliert, dass künftig (auch) bei der AG nur noch verlangt werden soll, dass die Vertretung der Gesellschaft «durch ein oder mehrere in der Schweiz wohnhafte Mitglieder des Verwaltungsrates allein ausgeübt werden» kann (VE OR 708 I).

Der Vorschlag ist in der Vernehmlassung auf breite Zustimmung gestossen. (Allgemein kritisiert wird dagegen VE OR 708 II, wonach bei einer Nichteinhaltung der Wohnsitzvorschrift neu der Richter statt wie bisher [vgl. OR 708 IV] der Handelsregisterführer die Gesellschaft auflösen können soll.)

- Der VE für eine Reform des GmbH-Rechts sieht auch eine Modifikation der Gründungsbestimmungen der AG vor: Künftig soll zur Gründung der Gesellschaft «*ein Aktionär*» genügen (VE OR 625 I). Damit würde sich das

schweizerische Recht dem EU-Standard anpassen und – was wichtiger ist – würde der sinnlose Umweg über eine Gründung mit drei Gesellschaftern, von denen zwei lediglich treuhänderisch tätig sind, vermieden.

Auch diese Neuerung ist in der Vernehmlassung auf fast ungeteilte Zustimmung gestossen. Mehrheitlich abgelehnt werden dagegen zwei Folgebestimmungen: die Pflicht, bei Einpersonengesellschaften im Handelsregistereintrag speziell auf diesen Umstand hinzuweisen und den Alleinaktionär mit Namen bzw. Firma und Wohnsitz bzw. Sitz offen zu legen (VE OR 641 Ziff. 6.), und die Vorschrift von VE OR 717 III, wonach Verträge zwischen dem Alleinaktionär und seiner Gesellschaft schriftlich abzufassen oder zu protokollieren sind, sofern es sich nicht um zu Marktbedingungen abgeschlossene Verträge des laufenden Geschäfts handelt. In der Tat dürfte für diese Auflagen kein praktisches Bedürfnis bestehen. Sie erklären sich aus dem Bestreben, die Kompatibilität mit der Zwölften EU-Richtlinie vom 21.12.1989 (Einpersonengesellschaften) sicherzustellen.

- In Anlehnung an das deutsche Recht wird im VE für eine Reform des GmbH-Rechts sodann auch eine Regelung für «*eigenkapitalersetzende Darlehen*» vorgeschlagen (VE OR 697i): Wenn Aktionäre oder ihnen nahestehende Personen der Gesellschaft Darlehen gewähren, die – wirtschaftlich betrachtet – Eigenkapital darstellen, dann sollen diese Darlehen insofern wie Risikokapital behandelt werden, als Rückzahlungen der Gesellschaft zurückzuerstatten sind, wenn die Rückzahlung im Zeitraum von einem Jahr vor Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft erfolgte. (Im geltenden Recht fehlt eine eigene gesetzliche Ordnung, doch sind zu diesem Tatbestand etwa die Stichworte «Durchgriff», «Vertrauenshaftung», «Aktienrechtliche Verantwortlichkeit» und allgemein das Rechtsmissbrauchsverbot zu nennen. Vgl. dazu neuestens HOLD, zit. in III., Literatur).

In der Vernehmlassung sind die Ansichten zu dieser Neuerung geteilt: Gelobt wird die Kongruenz zum Steuerrecht. Vereinzelt wird eine Erschwerung von Sanierungen befürchtet. Eine nicht dem Üblichen entsprechende Verwendung des Begriffs «Unterbilanz» wird gerügt, verbunden mit dem vernünftigen Vorschlag, diesen Begriff im Gesetzestext ersatzlos zu streichen. Und schliesslich wird in systematischer Hinsicht darauf hingewiesen, dass die Regelung eigenkapitalersetzender Darlehen wohl besser im SchKG (Art. 219) untergebracht würde.

- Von Seiten der börsenkotierten Gesellschaften kam sodann die Forderung, den *Nennwert* von Aktien *herabzusetzen* (auf Fr. 1.– oder auch tiefer) oder *auf einen Nennwert gänzlich zu verzichten*. Dies deshalb, weil kotierte Schweizer Aktien im internationalen Vergleich oft zu schwer sind, was ihren Handel und letztlich auch die Bewertung durch die Börse benachteiligt. (Dem Positionspapier der SWX [vgl. vorn II., Literatur] ist zu entnehmen, dass die an der SWX kotierten Schweizer Titel im Durchschnitt 16mal teurer sind als die nordamerikanischen Werte an derselben Börse und 13mal teurer als die im Dow Jones Industrial Average erfassten Titel).

In der Tat besteht kein vernünftiger Grund, für Aktien einen bestimmten minimalen Nennwert festzulegen, und der Gesetzgeber war in dieser Hinsicht naiv, wenn er in der bundesrätlichen Botschaft festhielt, niemand könne ein Interesse haben, sich mit nur Fr. 1.– an einer AG zu beteiligen (Botschaft [zit. in II., Literatur] 783). Natürlich geht es nicht darum, sondern um eine Anpassung des Nennwerts an den jeweiligen Börsenkurs einer Aktie.

Der Bundesrat hat diesem Postulat konsequent Rechnung getragen: Im VE zum Fusionsgesetz wird eine Änderung von OR 622 IV beantragt und vorgeschlagen, den Mindestnennwert auf *einen Rappen* herabzusetzen. Und das Parlament hat den Ball aufgenommen und in Rekordzeit ins Tor gespielt: Die Frage des Mindestnennwerts wurde vom Fusionsgesetz abgekoppelt und vorab selbständig beraten. Opposition gab es keine, und am 30. November 2000 hat der Nationalrat als Zweitrat der Reduktion des Mindestnennwertes auf einen Rappen zugestimmt (vgl. NZZ vom 1.12.2000 S. 17). Das Inkrafttreten ist für Anfang Mai 2001 geplant, damit die Publikumsgesellschaften bereits in ihren meist im Frühjahr stattfindenden ordentlichen Generalversammlungen von 2001 Aktiensplits beschliessen können.

Der Minimalbetrag von einem Rappen mag etwas seltsam anmuten. Er ist aber sinnvoll, weil auch bei einem Mindestnennwert von einem Franken die Aktien einer ganzen Reihe von Schweizer Blue Chips noch immer (allzu) schwer wären – von der künftigen Börsenentwicklung ganz zu schweigen. (So liegt der Kurs einer ganzen Reihe von Publikumsgesellschaften zwischen Fr. 3'000.– und über Fr. 6'000.–, obwohl diese Titel den heutigen Minimalnennwert von Fr. 10.– aufweisen.)

Konsequenter wäre freilich die Einführung einer nennwertlosen Aktie, wie sie vor kurzem in Deutschland erfolgte. Diese dürfte aber ohne eine weiter reichende Reform des schweizerischen Aktienrechts, das stark auf das Nennwertprinzip abgestützt ist, kaum möglich sein. Als – allenfalls vorläufige – pragmatische Lösung ist daher die problemlos und rasch einföhrbare Nennwertreduktion zu begrüssen. Längerfristig wird dagegen die Einführung nennwertloser – nach amerikanischem Vorbild und einem europäischen Trend folgend – Sinn machen. Die Vorbereitung dafür hat begonnen: Ende November 2000 hat sich der Bundesrat bereit erklärt, ein Postulat entgegenzunehmen, wonach er die Einführung nennwertloser Aktien im schweizerischen Recht prüfen und den eidgenössischen Räten darüber bis Ende 2001 Bericht erstatten soll (vgl. [www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d\\_gesch\\_20003598.ht](http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d_gesch_20003598.ht)).

- Ein weiteres Reformpostulat betrifft die *Verantwortlichkeit der Organe* und besonders der *Revisionsstelle*. Durch eine enigmatische Bundesgerichtspraxis, deren künftige Entwicklung nicht absehbar ist, haben sich die seit jeher bestehenden Ungerechtigkeiten und Unwägbarkeiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit noch verschärft.

Auf Veranlassung der Schweiz. Treuhand-Kammer ist ein Vorschlag ausgearbeitet worden, der zumindest für die Revisionsstellenhaftung zu einer rationaleren Ordnung führen könnte. Systematisch könnte die Materie im zur Zeit in Vorbereitung befindlichen Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz (vgl. V.a.) verankert und zusammen mit diesem beraten und in Kraft gesetzt werden. Man könnte so auf einen fahrenden Zug aufspringen, was angesichts der Trägheit schweizerischer Gesetzgebungsarbeit wünschbar wäre. Ob der Bundesrat oder im späteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens das Parlament diese Idee aufnehmen wird, ist offen.

- Im Weiteren gibt es einige Reformvorschläge, die als eine Art «Feinschliff» des revidierten Aktienrechts zu verstehen sind. Sie betreffen Details wie die Möglichkeit einer unverzüglichen Anmeldung des Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat durch den Ausscheidenden selbst (also ohne Abwarten der nach heutigem Recht bestehenden Karenzfrist von 30 Tagen, VE OR 711 II, im Rahmen der GmbH-Reform vorgelegt und mehrheitlich auf Zustimmung gestossen) oder die Kostentragung bei der Sonderprüfung (VE OR 697g, ebenfalls im Rahmen der GmbH-Reform vorgelegt, in den Vernehmlassungen nicht kommentiert).
- Grundlegend ist schliesslich der Vorschlag, den 26. Titel des OR über die Aktiengesellschaft zu ergänzen durch einen Abschnitt über die kleine, geschlossene oder *private AG*, einen Abschnitt also, in welchem den Bedürfnissen der so häufigen personenbezogenen Aktiengesellschaften Rechnung getragen werden soll. Diese «private AG» soll an die Stelle der GmbH – so HIRSCH/NOBEL (zit. in II., Literatur) – oder neben diese – so Meier-Schatz (zit. in II., Literatur) – treten. Ich werde darauf sogleich im Zusammenhang mit den Reformpostulaten für die GmbH zu sprechen kommen (vgl. III.g.aa.).

### III. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

*Materialien:* PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER/JEAN-MARC RAPP: Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 (Zürich 1997), französisch erschienen mit dem Titel: Révision du droit de la Sàrl. Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996 (Lausanne 1997 =

Publications CEDIDAC 34); Expertenbericht und Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlage (April 1999); Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Bern, 5. Juli 2000).

*Ausgewählte Literatur:* FRÉDÉRIC ROCHAT/PHIDIAS FERRARI: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée (Lausanne 1998 = Editions CEDIDAC 37, mit Beiträgen von PETER BÖCKLI, PETER FORSTMOSER, PETER NOBEL, MORITZ OTTIKER, FRANCO DEL PERO, JEAN-MARC RAPP, KARL REBSAMEN und JACQUES-ANDRÉ REYMOND); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.): Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis (Zürich 2000, mit Beiträgen von PETER FORSTMOSER, LUKAS HANDSCHIN, CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, JÜRIG M. SCHWARZ und HERBERT WOHLMANN); MICHAEL HOLD: Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht (Diss. St. Gallen 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 60); DOMINIK OBERHOLZER: Die Einmann-GmbH im europäischen, deutschen, englischen und schweizerischen Recht (Diss. Fribourg 2000); JÜRIG SCHNEIDER: Le capital social initial de la société à responsabilité limitée (Diss. Neuchâtel 2000 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 197); ROLAND RUEDIN: Prêt d'un associé remplaçant du capital propre dans la société à responsabilité limitée de lege ferenda, SJZ 96 (2000) 521 ff. Vgl. auch HIRSCH/NOBEL sowie MEIER-SCHATZ, beide zit. vorn II., Literatur.

**a.** Eine Reform des seit 1936 unveränderten Rechts der GmbH drängt sich im Anschluss an die Aktienrechtsreform schon deshalb auf, um die Rechte dieser beiden Körperschaften wieder auf einen vergleichbaren Stand zu bringen.

Sie drängt sich aber auch auf, weil die GmbH – ich habe es eingangs erwähnt – in den letzten Jahren enorm an Bedeutung gewonnen hat. Sie ist heute die zweithäufigste Rechtsform, zwar noch immer mit grossem Abstand zur AG, aber ebenfalls zur drittklassierten Genossenschaft mit etwa 14'000 Einheiten.

**b.** Die Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», die 1993 im Auftrag des Vorstehers des EJPD Handlungsbedarf im Gesellschaftsrecht auszuloten hatte, beantragte denn auch 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. Gestützt auf diesen Vorschlag 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 (vgl. III., Materialien). Anschliessend hat sie – aufgrund der insgesamt positiven Reaktionen – einen definitiven Vorentwurf ausgearbeitet, der im April 1999 in die Vernehmlassung ging. Unter Berücksichtigung dieser Ende Oktober 1999 abgeschlossenen Vernehmlassung (zu deren Ergebnissen vgl. die vorn bei III., Materialien zitierte Zusammenstellung) soll voraussichtlich vor Ende 2001 dem Parlament ein Reformvorschlag vorgelegt werden.

- c. Dem Entwurf liegen – im Prinzip – drei Stossrichtungen zu Grunde:
- *Annäherung an das Aktienrecht* insoweit, als es darum geht, eine gewinnstrebige wirtschaftliche Tätigkeit zu regeln,
  - gleichzeitig aber *Bewahrung der Eigenständigkeit der GmbH* als einer personenbezogenen Kapitalgesellschaft
  - und drittens *Rückbildung schweizerischer Eigenarten* und vermehrte *Berücksichtigung europäischer Tendenzen*.

Zu diesen Zielsetzungen Folgendes:

d. Als Körperschaft mit einem zum Voraus bestimmten festen Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten zumindest vom Grundsatz her nur das eigene Vermögen haftet, 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, ist es daher angezeigt, für diese beiden Kapitalgesellschaften des schweizerischen Rechts weitgehend gleiche Regeln vorzusehen. Diese Absicht widerspiegelt sich etwa in folgenden Reformvorschlägen:

- Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde das minimale Aktienkapital von Fr. 50'000.– auf Fr. 100'000.– angehoben. Der GmbH-Vorentwurf sieht für das *minimale Stammkapital* eine Erhöhung in gleicher Relation vor, nämlich von bisher Fr. 20'000.– auf Fr. 40'000.–.
- Gleich wie für das Aktienkapital soll es für das Stammkapital der GmbH zukünftig *keine gesetzliche Obergrenze* mehr geben. (Nach heutigem Recht ist das Stammkapital der GmbH auf maximal Fr. 2 Mio. limitiert – eine unnötige Einschränkung.)
- Der *Mindestnennwert der Stammanteile* wird von Fr. 1'000.– auf Fr. 100.– herabgesetzt und damit dem gegenwärtigen Mindestnennwert einer Aktie von Fr. 10.– angenähert. (Eine noch weitergehende Herabsetzung wäre durchaus möglich, sie dürfte sich bei der GmbH aber nicht aufdrängen. Die Verhältnisse sind eben anders als bei der [Publikums-]Aktiengesellschaft, bei der – wie gezeigt – selbst ein Mindestnennwert von Fr. 10.– noch viel zu hoch sein kann.) Auch soll ein Gesellschafter künftig *mehrere Stammanteile* halten können, was die Aufteilung der Gesellschafterstellung z.B. im Erbfall erleichtert.
- Der *Gründungsvorgang* der GmbH wird jenem bei der AG nachgebildet und dadurch insbesondere für Sacheinlagegründungen verschärft.
- Für die Regelung der *Kapitalerhöhung* wird auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung verwiesen.

- Die Bestimmungen betreffend die *deklaratorische Kapitalherabsetzung* und den *Konkursaufschub* werden an das revidierte Aktienrecht angepasst.
  - Die *Rechnungslegung* und die *Bildung und Verwendung von Reserven* werden durch eine Verweisung auf das Aktienrecht geregelt.
  - Einheitlichkeit zwischen den Rechten der GmbH und der AG wird auch hinsichtlich der *Revisionsstelle* angestrebt, indem der Vorentwurf eine Revisionsstelle zwingend für alle GmbHs vorschreibt. (Nach heutigem Recht ist dagegen ein besonderes Prüfungsorgan fakultativ, falls den Gesellschaftern umfassende Einsichtsrechte eingeräumt werden.)
  - Die im geltenden Recht vorgesehene subsidiäre *persönliche Haftung eines jeden Gesellschafters* für das gesamte nicht voll liberierte Stammkapital entfällt, da das Stammkapital voll einbezahlt sein muss. Jeder Gesellschafter soll daher künftig – gleich einem Aktionär – nur noch für seine eigene Einlageverpflichtung einstehen müssen.
  - Das *Recht auf Dividende* und das *Bezugsrecht* werden nach dem Vorbild des revidierten Aktienrechts geregelt.
  - Die *Beschlussfassung* in der Gesellschafterversammlung wird erleichtert und stärker auf die Kapitalbeteiligung ausgerichtet.
  - Der *Genussschein* wird ausdrücklich zugelassen und durch eine Verweisung auf das Aktienrecht geregelt.
  - Der *Erwerb eigener Stammanteile* wird der aktienrechtlichen Ordnung angepasst.
- e. Nach geltendem Recht ist die GmbH als Zwischenglied zwischen den kapital- und den personenbezogenen Gesellschaften konzipiert.

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, behält aber die *Eigenständigkeit der GmbH* bei. Die GmbH soll auch künftig eine personenbezogene Kapitalgesellschaft mit eigenem Profil und nicht etwa eine «kleine» oder «private» AG sein. Strukturelle Unterschiede zur AG – insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung sowie der Organe und ihrer Kompetenzen – sollen bewusst beibehalten oder gar noch verstärkt werden.

Die GmbH soll in Abweichung zur nach dem gesetzlichen Leitbild rein kapitalbezogenen AG folgende personenbezogene Elemente aufweisen:

- Es besteht die Möglichkeit, durch die Statuten *Nebenleistungs- und Nachschusspflichten* der Gesellschafter einzuführen, was bei der AG ausdrücklich

- ausgeschlossen ist (OR 680 I). Dadurch – und durch eine Reihe weiterer, im Folgenden zu erwähnender Besonderheiten – erübrigt sich das komplizierte und nicht selten auch unsichere Nebeneinander von Statuten und Gesellschaftersbindungsvertrag, wie es für die personenbezogene AG typisch ist.
- Im Gesetz bleiben eine *Treuepflicht* aller Gesellschafter und als Ausfluss derselben ein *Konkurrenzverbot* verankert.
  - Die *Informationsrechte* der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft gehen bei der GmbH weiter als bei der AG; sie sollen denen eines Verwaltungsratsmitglieds im Aktienrecht entsprechen. Diese weiter gehende innergesellschaftliche Transparenz ist deshalb möglich, weil die Gesellschafter der GmbH – anders als die Aktionäre – von Gesetzes wegen zu Loyalität gegenüber ihrer Gesellschaft verpflichtet sind.
  - Im Unterschied zu Aktionären besteht unter GmbH-Gesellschaftern *keine Anonymität*; jeder Gesellschafter kann sich über seine Mitgesellschafter informieren.
  - Während bei der AG von Gesetzes wegen der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaft gilt und die Statuten Übertragungsschwerungen nur beschränkt vorsehen können, ist das Konzept bei der GmbH gerade umgekehrt: Schon die gesetzliche Ordnung lässt die *Übertragung der Mitgliedschaft nur unter strengen Voraussetzungen* zu, und die Statuten können noch weiter gehen und selbst ein *Übertragungsverbot* einführen.
  - Im GmbH-Recht ist die Möglichkeit des *Austritts* sowie des *Ausschlusses* von Gesellschaftern gegeben.
  - Die Statuten einer GmbH können *Erwerbsberechtigungen* aller Art (Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte) vorsehen.
  - Bei der GmbH soll auch künftig die *Selbstorganschaft* möglich und die Regel bleiben, d.h. es sollen Gesellschafter als solche – und ohne dass es einer Wahl durch die Gesellschafterversammlung bedürfte – zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein. Im Aktienrecht gilt dagegen zwingend das Konzept der *Drittorganschaft*: Ein Aktionär hat als solcher keinerlei Geschäftsführungsfunktion; er wird nur dann zum Organ der Gesellschaft, wenn er in den Verwaltungsrat gewählt wird.
  - Durch die Statuten können bei der GmbH einzelnen Gesellschaftern *Vetorechte* gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung oder der *Stichentscheid* in derselben eingeräumt werden – eine bei der AG undenkbbare Privilegierung einzelner Gesellschafter unabhängig von ihrer Kapitalbeteiligung.

- Im Vergleich zum Aktienrecht ist die Aufteilung der Kompetenzen zwischen der Gesellschafterversammlung und der Verwaltung im GmbH-Recht weniger rigid. Insbesondere ist es zulässig, wichtige *Geschäftsführungsentscheide der Gesellschafterversammlung vorzubehalten*, während diese bei der AG aufgrund von OR 716a unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zukommen.
- Der *Partizipationsschein* als «stimmrechtslose Aktie» und damit als Inbegriff einer rein kapitalmässigen Beteiligung soll bei der GmbH auch in Zukunft nicht zugelassen werden.
- Endlich verzichtet der Vorentwurf auch auf die Einführung des Instituts der *Sonderprüfung*, weil jeder einzelne Gesellschafter wegen seiner Nähe zur Gesellschaft in der Lage sein sollte, die entsprechenden Prüfungen selbst vorzunehmen.

**f.** Ein drittes Ziel der GmbH-Reform liegt schliesslich in einer vermehrten *Annäherung an das Recht der EU* und einer *Beseitigung von Helvetismen*:

Die Schweiz bemüht sich bekanntlich seit vielen Jahren, ihre Rechtsordnung im Zuge von Reformen dem EU-Recht anzunähern. Dieser sogenannt autonome Nachvollzug europäischen Rechts soll auch bei der GmbH stattfinden, die künftig – von wenigen, nicht sehr bedeutsamen Ausnahmen abgesehen – europakompatibel sein soll. In Übereinstimmung mit der Einpersonengesellschaftsrichtlinie soll die offene Gründung der Einpersonen-GmbH möglich sein, muss diese aber als solche beim Handelsregister offen gelegt werden. Ohne Überzeugung, aber loyal wurde sodann die Auflage umgesetzt, Verträge zwischen dem einzigen Gesellschafter und seiner Gesellschaft – mit gewissen Ausnahmen – schriftlich abzufassen. (Aus dem neueren deutschen GmbH-Recht ist sodann die Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen von Gesellschaftern und ihnen nahe stehende Personen übernommen worden.) – Diese Neuerungen sollen – wie schon vorn in II.c. erwähnt – auch im Aktienrecht eingeführt werden.

Zugleich soll die Reform zum Anlass genommen werden, 1936 eingeführte Eigenarten des schweizerischen GmbH-Rechts, die sich in der Praxis nicht bewährt haben, zu eliminieren. Stichworte sind insbesondere: subsidiäre Haftung aller Gesellschafter für sämtliche nicht liberierten Beträge (vgl. vorn III.d.), Obergrenze für das Grundkapital (vgl. vorn III.d.).

**g.** Der VE ist von der Lehre, den politischen Instanzen und den Interessenvertretungen *im allgemeinen gut aufgenommen* worden.

- Grundsätzliche Zweifel «an der Notwendigkeit, das Recht der GmbH zum gegenwärtigen Zeitpunkt einer grundlegenden Reform zu unterziehen», äus-

sert – soweit ersichtlich – nur der Schweiz. Gewerkschaftsbund. (Auf einem anderen Blatt steht die in der Lehre vorgetragene Anregung, statt einer Reform des GmbH-Rechts eine Ergänzung des Rechts der AG vorzusehen, die den Bedürfnissen privater Aktiengesellschaften besonders Rechnung tragen soll, vgl. dazu nachstehend III.g.aa.).

- Einen Antrag auf Rückweisung des Vorschlages zur generellen Überarbeitung stellt die Schweiz. Volkspartei, die der Auffassung ist, der Entwurf trage «den effektiven und berechtigten Bedürfnissen der KMU zu wenig Rechnung» (eine Rüge, die – in weniger apodiktischer Form – auch von anderer Seite erhoben wird, vgl. nachstehend III.g.bb.).

Im Übrigen wird der Entwurf insgesamt als *taugliche Diskussionsgrundlage* erachtet.

Die – vor allem in der Lehre – bis im Januar 2000 geäußerte Kritik wird bei FORSTMOSER in: Meier-Schatz (zit. in III., Literatur) 28 ff. referiert und aus der Sicht des Verfassers beurteilt. Es sei auf jene Darstellung verwiesen. Sie wird im Folgenden kurz zusammengefasst und ergänzt durch Hinweise auf Kritik, die sich in den Vernehmlassungen (zu diesen vgl. die Zusammenstellung, zit. in III., Materialien) findet.

Kritisiert werden zahlreiche *Einzelheiten*, und zweifellos ist vieles am Vorentwurf verbesserungsfähig. So fragt es sich, ob es wirklich nötig ist, für die *Übertragung von Stammanteilen* das Erfordernis der (umständlichen und teuren) öffentlichen Beurkundung beizubehalten. Ebenso kann man sich fragen, ob es Sinn macht, in vorauseilendem Gehorsam schon heute die aus schweizerischer Sicht wenig überzeugenden speziellen Publizitäts- und Formvorschriften für Einpersonengesellschaften (dazu vorn II.c.) aus dem EU-Recht zu übernehmen (was freilich der schweizerischen Praxis des autonomen Nachvollzuges von EU-Recht entspricht) oder ob damit nicht bis zu einer stärkeren Annäherung der Schweiz an die EU zugewartet werden soll.

*Grundsätzlich in Frage gestellt* wird der Entwurf aus zwei gegensätzlichen Lagern:

- Von 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. nachfolgend lit. aa).
- Von der anderen Seite wird dagegen gerade die Annäherung an das Aktienrecht gerügt und postuliert, es sei auf eine Reihe von Verschärfungen des geltenden Rechts, durch welches das Recht der GmbH dem Aktienrecht angeglichen werden soll, zu verzichten (vgl. nachfolgend lit. bb).

Zu diesen gegenläufigen Tendenzen Folgendes:

**aa.** In der Lehre wird durch HIRSCH/NOBEL (zit. in II., Literatur) die Ansicht vertreten, die GmbH sei letztlich nichts anderes als eine *kleine AG*, und es sei daher richtiger, das Aktienrecht durch ein weiteres Kapitel für die «private AG», die «Klein-AG» zu erweitern. Ob das Recht der GmbH beibehalten werden soll, lässt der Vorschlag offen. Jedenfalls soll es nicht einer Reform unterzogen werden, womit die GmbH zum Auslaufmodell würde.

Diese Auffassung dürfte kaum durchdringen; sie verkennt meines Erachtens die *qualitativen Unterschiede* zwischen AG und GmbH: Die GmbH ist keineswegs notwendig «klein», sie kann durchaus auch als Rechtskleid für grosse Unternehmen dienen (worauf etwa durch den Verzicht auf eine Obergrenze des Stammkapitals [dazu vorn III.d.] Rücksicht genommen wird). Aber sie unterscheidet sich von der AG durch ihre stärkere Ausrichtung auf personenbezogene Elemente, durch welche sie eine Mischform zwischen personenbezogenen und kapitalbezogenen Organisationsformen ist. Und auch das Kennzeichen «privat» umschreibt die GmbH nicht ausreichend, ist doch die Grosszahl der heute bestehenden schweizerischen Aktiengesellschaften ebenso privat – d.h. typischerweise auf einige wenige Gesellschafter ausgerichtet – wie es die GmbH heute ist und auch künftig sein soll.

Falls man die GmbH aus dem Arsenal schweizerischer Gesellschaftsformen streichen und durch die «private» AG ersetzen wollte, dürfte dies von den mehr als 40'000 bestehenden GmbHs als unnötige Schikane empfunden werden, zumal die künftige «Klein-AG» nichts Besseres zu bieten hätte als das – revidierte – GmbH-Recht. Wollte man aber die bisherigen Gesellschaften im Sinne eines Grandfathering unter dem heutigen Recht belassen (und allenfalls die GmbH auch für künftige Neugründungen zur Verfügung stellen), würde eine veraltete und mit unbestrittenen Mängeln behaftete Rechtsform perpetuiert.

**bb.** In der Literatur und vor allem in der politischen Auseinandersetzung ist sodann starke Opposition gegen die Tendenz des Vorentwurfs erwachsen, die GmbH in gewissen Punkten *der AG anzunähern* oder – präziser – die durch die Aktienrechtsreform vorgenommenen Weiterentwicklungen auch im Recht der GmbH nachzuvollziehen. Die Kritik ist getragen von der Sorge, die vorgeschlagenen Verschärfungen würden die Gründung von Start-up-Unternehmen übermässig erschweren. Beanstandet werden insbesondere die Neuerungen, die eine Verstärkung und Sicherung der Kapitalbasis bezwecken, nämlich

- die Anhebung des Minimalkapitals auf Fr. 40'000.–,
- die Pflicht zur Vollliberierung der Stammanteile,

- die Vorschriften, mit denen Schwindelgründungen wirksamer bekämpft werden sollen, nämlich das Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung bei der qualifizierten Gründung
- und schliesslich das Obligatorium der Abschlussprüfung.

Aus meiner Sicht dazu Folgendes:

- Was zunächst die *Verdoppelung der Mindestkapitalziffer* betrifft, ist daran zu erinnern, dass dadurch nur ein Bruchteil der seit 1936 (dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des geltenden Rechts) eingetretenen Geldentwertung kompensiert wird. Zudem erscheint es vernünftig, 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 erinnern ist weiter daran, dass auch in Zukunft die Möglichkeit bestehen bleibt, ein Unternehmen in der Form der Einzelunternehmung, der Kollektivgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft (die alle keinen Kapitaleinsatz verlangen) zu gründen und – allenfalls – später zur GmbH zu wechseln. Die Ausstattung mit einer minimalen Kapitalbasis, die als Pufferzone Verluste auffangen kann, ist daher der zumutbare Preis dafür, dass das persönliche Risiko begrenzt und Verluste auf Dritte – die Gläubiger – überwältzt werden können.
- In aller Regel werden die vorgesehenen Fr. 40'000.– auch das absolute Minimum dessen sein, was es für den Start eines Unternehmens braucht. 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 dies würde dem zweiten Kritikpunkt Rechnung tragen – *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. Der minimale Liberierungsbetrag könnte bei Fr. 20'000.– angesetzt werden, also in gleicher Höhe wie die Mindestliberierung nach früherem Aktienrecht: An diesem Minimalbetrag hatte 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

(vgl. die Hinweise zur Verbreitung von AG und GmbH unter altem Aktienrecht, vorn I.a.).

- 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 mangels Gründungsprüfung nur fiktiv geleistet werden, und auch sie gehen ein Risiko ein, wenn in der Jahresrechnung mangels Prüfung durch einen Revisor die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft falsch dargestellt und diese trotz Überschuldung weitergeführt wird.

Im VE für ein Rechnungslegungsgesetz wird nun freilich – als eine von zwei Varianten – vorgeschlagen, bei kleinen Gesellschaften auf das Obligatorium der Abschlussprüfung zu verzichten. Dies ist meines Erachtens nicht unproblematisch, doch mag es im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit schweizerischer Unternehmen sinnvoll sein, von dieser durch die 4. und 7. EG-Richtlinie offerierten Möglichkeit der Kosteneinsparung Gebrauch zu machen. Es hätte dies aber – wie auch im VE für ein Rechnungslegungsgesetz vorgesehen – *rechtsformunabhängig* und insbesondere für AG und GmbH übereinstimmend zu erfolgen. Damit drängt es sich auf, diese Frage aus der Diskussion über die GmbH-Reform auszuklammern.

Wie man den Ausgleich zwischen Gläubiger- und Minderheitenschutz einerseits und der Förderung von Start-up-Unternehmen auf der anderen Seite lösen will, ist im Übrigen weniger eine rechtliche als eine *politische Frage*. Sie wird durch Bundesrat und Parlament zu entscheiden sein.

**h.** Die Zukunft ist natürlich schwer vorauszusagen. Immerhin hat der Bundesrat in Aussicht gestellt, dem Parlament bis Ende 2001 einen Entwurf vorzulegen. Falls sich in der parlamentarischen Diskussion keine grundsätzliche Opposition formiert, könnte das revidierte GmbH-Recht etwa 2003 oder 2004 in Kraft treten.

## IV. Genossenschaft

Vgl. dazu Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht (24. September 1993) 59 ff.

**a.** Für eine Reform des Genossenschaftsrechts bestehen zurzeit keine Bestrebungen, obwohl eine solche schon vor Jahrzehnten als «dringend» eingestuft worden ist und auch die Groupe de réflexion in ihrem soeben zitierten Bericht von 1993 Reformbedarf geortet hat (S. 59 ff.).

**b.** Dabei wird es m.E. darum gehen, zu zwei Tendenzen des geltenden Genossenschaftsrechts Korrekturen anzubringen:

- Das geltende Recht ist etwas «*doktrinär*» ausgefallen, der Gesetzgeber hat die Gegensätzlichkeit von AG und Genossenschaft stark betont – aus heutiger Sicht wohl allzu stark. Es wurde – in den Worten des nationalrätlichen Berichterstatters von 1934 – versucht, «mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies zu vertreiben, was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist» (Sten. Bull. NR 1934 752). Daraus ergeben sich unnötige, weil durch keinerlei Schutzbedürfnisse legitimierte Schranken für die Verwendbarkeit dieser Rechtsform. (Dass es trotz dieser starken Typenbindung – vielleicht glücklicherweise – nicht gelungen ist, die Rechtsform der Genossenschaft wie in der letzten Reform geplant echten Selbsthilfeorganisationen vorzubehalten, steht auf einem anderen Blatt geschrieben.)
- Sodann trägt das geltende Recht den *Gemeinsamkeiten von AG und Genossenschaft* – beide Gesellschaften dienen primär der Verfolgung wirtschaftlicher Ziele und beide eignen sich für grosse Mitgliederzahlen – zu wenig Rechnung. Es finden sich im Gesetz Differenzierungen zwischen den beiden Gesellschaftsformen, für die es keinen sachlichen Grund gibt.

Damit ist der rechtsformspezifische Reformbedarf abgesteckt:

**c.** Zunächst drängt es sich auf, das Genossenschaftsrecht in verschiedenen Punkten *flexibler auszugestalten*. Unnötig starr sind etwa die Minimalzahl von sieben Gründern, die zwingende Verankerung des Kopfstimmprinzips und die ebenfalls zwingende gesetzliche Dividendenbegrenzung auf Ausschüttungen, die «den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen» (OR 859 III). Daraus ergeben sich durch keinerlei Schutzbedürfnisse legitimierte Schranken für die Verwendbarkeit dieser Rechtsform, die zu beseitigen sind.

**d.** Sodann finden sich Differenzierungen zwischen Aktien- und Genossenschaftsrecht, die nicht Sinn machen:

- So sind etwa die *Gründungsvorschriften* bei der Genossenschaft einfacher; insbesondere braucht es keine öffentliche Beurkundung des Gründungsaktes, was sich in der Praxis oft kontraproduktiv auswirkt, weil der Rat des Notars als eines Fachmanns bei der Gründung von Genossenschaften mindestens ebenso benötigt wird wie bei der von Aktiengesellschaften.

- Auch an anderer Stelle wird bei der Genossenschaft durch den Gesetzgeber *weniger verlangt als bei der AG*, so etwa bei der Rechnungslegung und der Revision.

Durch die Aktienrechtsreform haben sich die Unterschiede noch vergrössert, weshalb sich eine Korrektur des Genossenschaftsrechts umso mehr aufdrängt.

## V. Rechtsformübergreifende Reformvorschläge

*Materialien:* Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (November 1997); Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Fusionsgesetzentwurf (Bern 1999); Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensabtretung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff. – Vorentwurf zur Revision des Rechnungslegungsrechts (29. Juni 1998).

*Literatur:* CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.): Fusionsgesetz, Sonderband 135<sup>bis</sup> zur ZBJV (Bern 1999, mit Beiträgen von CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, ANTON K. SCHNYDER, FRANK VISCHER, BEAT WALKER und ROLF H. WEBER); DERS.: Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000). – Zum Rechnungslegungsrecht sei verwiesen auf die Hinweise von BEHR und DRUEY in diesem Band sowie auf die Aufsätze von GIORGIO BEHR, WERNER F. EBKE und HANDSCHIN/KIND in ZSR 119 (2000) 1 ff. und diejenigen von GIORGIO BEHR, MARKUS NEUHAUS, ANGELO DIGERONIMO und PETER GURTNER in ASA 69 (2000) 3 ff.

Nur stichwortartig sei schliesslich auf Reformtendenzen hingewiesen, die alle Körperschaftsformen des OR gleichermaßen betreffen und die darüber hinaus grossenteils auch für die Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit und selbst für den Einzelunternehmer bedeutsam sind:

a. Die *Rechnungslegung*, die *Revision* und allenfalls auch die *Revisorenhaftung* (vgl. vorn II.c.) sollen – einheitlich für alle Gesellschaftsformen, dafür aber in den Anforderungen abgestuft nach der wirtschaftlichen Bedeutung der gesellschaftlichen Tätigkeit – in einem Spezialgesetz geregelt werden. Dazu wird auf die Beiträge von Behr und Druey in diesem Band verwiesen.

b. Der *Rechtsformwechsel*, aber auch die *Fusion* und die *Spaltung* sollen durch ein Fusionsgesetz (besser wäre die Bezeichnung «Gesetz betreffend Strukturanpassungen») im Vergleich zur heutigen gesetzlichen Ordnung massiv erleichtert werden. Ein Vorentwurf wurde 1997 vorgestellt. Die Vernehmlassung war im Mai 1998 abgeschlossen, und die bundesrätliche Botschaft ist im Juni 2000 erschienen. Falls in den Räten kein namhafter Widerstand geleistet wird – und damit ist nach der im Ganzen sehr guten Aufnahme der Vorlage in der Vernehmlassung nicht zu rechnen –, könnte ein liberales Strukturanpassungsgesetz in den nächsten Jahren in Kraft treten.

Dazu ist freilich festzuhalten, dass die Praxis längst vorangegangen ist und es auf weite Strecken nur noch darum geht, den in den letzten Jahren gefundenen pragmatischen Lösungen ein sauberes gesetzliches Fundament nachzuschieben.

c. Schliesslich wird sich in den nächsten Jahren eine *Reform des Firmenrechts* aufdrängen, nachdem der Bundesrat und das Eidg. Handelsregisteramt durch eine auf den 1. Januar 1998 in Kraft gesetzte Änderung der Handelsregisterverordnung und eine mit gleichem Datum wirksam gewordene Weisung des Eidg. Amtes schon Ende 1997 die Liberalisierung eingeläutet haben. Die Tendenz dürfte – im Einklang mit dem Ausland – dahingehen, Freiheit in der Firmenbildung für alle Gesellschaftsformen vorzusehen, dafür aber zwingend die Beifügung der Rechtsform zu verlangen.

Das Erfordernis, die *Rechtsform in der Firma offen zu legen*, könnte übrigens bereits vor einer allgemeinen Überarbeitung des Firmenrechts für alle Körperschaften des OR eingeführt werden: Es gilt schon nach heutigem Recht (OR 949 II) für die GmbH, und im VE für die GmbH-Reform wird es auch für die AG und die Genossenschaft vorgeschlagen (VE OR 950 II).

Der Vorschlag ist freilich in den Vernehmlassungen nur zum Teil begrüsst worden.

Der VE für eine Reform des GmbH-Rechts stellt sodann noch eine weitere firmenrechtliche Neuerung zur Diskussion: Ein neuer Abs. III von OR 934 soll die Möglichkeit schaffen, drei Monate vor der Eintragung eines Geschäfts oder einer Gesellschaft eine Firma im Handelsregister eintragen zu lassen und so bereits *vor Abschluss der Gründung die Eintragungspriorität in Anspruch zu nehmen*. Im Sinne einer «vorsorglichen Massnahme» soll so der Schutz der in Aussicht genommenen Firma rechtlich abgesichert werden.

In den Vernehmlassungen wird dieser Vorschlag inhaltlich überwiegend begrüsst, doch werden Zweifel an seiner Praktikabilität geäussert und wird eine Beeinträchtigung der «Registerhygiene» befürchtet.

d. Erwähnt werden mag noch, dass zur *Zeit keine besonderen Reformvorschläge für die Personengesellschaften und die Einzelunternehmung* auf dem Tisch liegen. Die soeben genannten rechtsformübergreifenden Projekte sind aber – zumindest zum Teil wie etwa hinsichtlich neuer Rechnungslegungsvorschriften – für sämtliche Organisationsformen mit wirtschaftlicher Tätigkeit von Belang.

Im Zuge der GmbH-Reform könnte sodann ein grundlegender Eingriff in das Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft vorgenommen werden: Bekanntlich lässt das schweizerische Recht als Kollektivgesellschaftler und als Komplementäre nur natürliche Personen zu. Diese schweizerische Eigenart verunmög-

licht die in Deutschland so beliebte «GmbH & Co. KG», die Kommanditgesellschaft also, deren einzige unbeschränkt haftende Person eine GmbH ist.

Die Arbeitsgruppe für eine Reform des GmbH-Rechts (dazu vorn III.b.) hat bewusst darauf verzichtet, die Beseitigung dieser schweizerischen Besonderheit vorzuschlagen. Statt dessen schlug sie die Einführung einer neuen Rechtsform – der Personengesellschaft mit beschränkter Haftung – vor. Diese fand jedoch beim Bundesamt für Justiz (zumindest vorläufig) keine Gnade. Es könnte daher sein (und ist auch in Vernehmlassungen bereits vorgeschlagen worden), dass im Laufe der politischen Behandlung der GmbH-Reform das Erfordernis der natürlichen Persönlichkeit für Kollektivgesellschaftler und Komplementäre gestrichen wird, um auf diese Weise dem Bedürfnis entgegenzukommen, auch im Rahmen von Personengesellschaften – namentlich durch die GmbH & Co. KG – das persönliche Risiko der Initianten zu begrenzen.

## VI. Schlussbemerkung

Die anstehenden und künftige Reformen im Gesellschaftsrecht sollten sich m.E. an zwei Zielen orientieren:

- *Wirtschaftlich Gleiches soll gleich behandelt werden*, unabhängig von der gewählten Rechtsform. Insofern wird sich eine Abkehr von der im heutigen Recht noch vorherrschenden Differenzierung nach dem gewählten Rechtskleid ergeben.
- Gleichzeitig soll aber *unterschiedlichen Strukturen und Zielsetzungen* der verschiedenen Gesellschaften auch weiterhin Rechnung getragen werden. Es kann also nicht darum gehen, die verschiedenen Körperschaftsformen durch eine Einheits-«Corporation» abzulösen. AG, GmbH und Genossenschaft haben je ihre eigene Berechtigung, und sie sollen auch entsprechend differenziert geregelt werden:
  - die AG als Kapitalgesellschaft,
  - die Genossenschaft als Personenverbindung
  - und schliesslich die GmbH als «juridischer Bastard» (so schon 1934 der nationalrätliche Berichterstatter), bei der kapital- und personenbezogene Elemente gekreuzt sind.

Dabei soll es auch künftig bleiben.