
Gang der Reformarbeiten und Zielsetzung der Reform; Eigenarten der GmbH insbesondere hinsichtlich Mitgliedschaft, Organisation und Geschäftsführung

Prof. Dr. Peter Forstmoser (Zürich)

I. Der Gang der Reformarbeiten

- a) Mit Datum vom 19. Dezember 2001 hat der Bundesrat eine «Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)»¹ vorgelegt und damit einen wichtigen Meilenstein gesetzt in einer Entwicklung, die 1993 begann mit der Forderung einer Groupe de Réflexion «Gesellschaftsrecht», es seien die seit 1936 praktisch unveränderten² rechtlichen Bestimmungen zur GmbH zu überarbeiten^{3, 4}. Gestützt auf diese Anregung erteilte der Bundesrat einer kleinen Arbeitsgruppe⁵ den Auftrag, eine Gesetzesrevision vorzubereiten.

¹ BBl vom 23. April 2002 S. 3148 ff.

² Bei der damaligen umfassenden Revision des OR wurde die GmbH in der Schweiz als *Retortenbaby*, gestützt auf das deutsche Vorbild, gezeugt.

³ Groupe de Réflexion «Gesellschaftsrecht»; Schlussbericht vom 24. September 1993, 41 ff.

⁴ Die vom EJPD eingesetzte Kommission hatte den Auftrag, Handlungsbedarf im Gesellschaftsrecht auszumachen. Sie 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.

⁵ Prof. Peter Böckli (Basel), Prof. Peter Forstmoser (Zürich), Prof. Jean-Marc Rapp (Lausanne).

Diese Arbeitsgruppe hat 1996 einen ersten Entwurf mit ausführlicher Begründung der Öffentlichkeit vorgelegt⁶. Aufgrund der – insgesamt positiven – Reaktionen hat sie anschliessend einen definitiven Vorentwurf ausgearbeitet, der im April 1999 in die offizielle Vernehmlassung gegeben wurde. In Würdigung der 67 – mehrheitlich wiederum positiven – Stellungnahmen⁷ hat der Bundesrat einen Entwurf (E) ausgearbeitet und mit der erwähnten Botschaft dem Parlament zugestellt⁸.

Da der bundesrätliche Entwurf Kritik und Anregungen aus dem Vernehmlassungsverfahren weitgehend aufgenommen hat und das Projekt einer Reform als solches kaum bestritten ist, kann erhofft werden, dass die Arbeiten in den Räten zügig voranschreiten, so dass das neue Recht im Jahre 2004 in Kraft treten könnte.

- b) Die Praxis hat freilich – wie in anderen Rechtsbereichen auch⁹ – das neue Recht nicht abgewartet, sondern ist ungestüm vorangeschritten: In den letzten zehn Jahren ist die GmbH vom Mauerblümchen zum Star des schweizerischen Gesellschaftsrechts mutiert: Ende 1991 (dem Jahr vor dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts) bedienten sich knapp 2800 Gesellschaften der Rechtsform der GmbH¹⁰. Heute sind es über 55 000. Im gleichen Zeitraum hat die Zahl der Aktiengesellschaften um weniger als 10% auf etwa 175 000 Einheiten zugenommen, was zeigt, dass Neugründungen von Körperschaften mit wirtschaftlicher Zielsetzung heute routinemässig in der Form von Gesellschaften mit beschränkter

⁶ Dieser ist auch in Buchform erschienen: Böckli/Forstmoser/Rapp: Reform des GmbH-Rechts (Zürich 1997) sowie französisch dies.: Révision du droit de la S.à.r.l. (Lausanne 1997).

⁷ Kritisiert wurde zum Teil die Annäherung des Rechts der GmbH an das der AG, insbesondere hinsichtlich der Kapitalschutzbestimmungen; betont wurde allgemein das Ziel, die GmbH als Rechtsform für KMU und als Zwischenglied zwischen der AG als reiner Kapitalgesellschaft und der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als Personengesellschaften zu erhalten.

⁸ Ausführlich zu den bisherigen Arbeiten Botschaft, a.a.O. 3250 ff.

⁹ Wenn in absehbarer Zeit das Fusionsgesetz in Kraft treten wird, dürfte es kaum mehr bringen als eine solide rechtliche Praxis für all das, was in den letzten Jahren – freilich vielfach auf dünnem Eis – von Lehre, Gerichten und Unternehmenspraxis bereits vorweggenommen worden ist.

¹⁰ Daneben dürfte es mehr als 100 000 Kleinaktiengesellschaften gegeben haben.

Haftung und nicht mehr – wie bis Anfang der Neunzigerjahre – in der von Aktiengesellschaften erfolgen.

- c) Man kann sich fragen, ob angesichts dieses Siegeszuges der GmbH die Reform des geltenden Rechts, das offensichtlich beliebt ist, überhaupt Sinn macht. Ich meine, es sei dies aus zwei Gründen zu bejahen:
- Zum einen: Das Plebiszit des letzten Jahrzehnts ist eigentlich nicht so sehr ein Votum für die GmbH als eines gegen die AG, die aufgrund der Aktienrechtsreform für kleine Gesellschaften weniger attraktiv geworden ist. Nichts spricht dagegen, Mängel des GmbH-Rechts, durch welche sich die Präferenz zugunsten des Aktienrechts bis zur Reform von 1968/1991 erklärte, zu beseitigen.
 - Und zum Zweiten ist nicht recht einzusehen, weshalb die GmbH in einem in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts geschneiderten Kleid verbleiben sollte, während für die zweite Kapitalgesellschaft des schweizerischen Rechts – die AG – eine Reform angemessen schien und diese auch – das haben die letzten zehn Jahre bestätigt – den Lackmustest der Praxis bestanden hat.

II. Ziele der Reform

1. Die Ausgangslage

Als «high level overwiev» ist noch immer gültig, was anlässlich der Einführung der GmbH in der Schweiz in den Zwanziger- und Dreissigerjahren gesagt wurde:

Der Bundesrat sprach von einem

«Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Vergesellschaftungsformen»¹¹,

und der deutschsprachige nationalrätliche Berichtersteller charakterisierte das neue Gebilde wie folgt:

¹¹ Botschaft 1928 273.

«So erscheint die GmbH als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier.»¹²

2. Stossrichtungen der Reform

- a) Was soll künftig ändern, was Bestand haben? Zu erwähnen (und im Folgenden zu illustrieren) ist dreierlei:
- Erstens: Die GmbH bleibt eine Kapitalgesellschaft, für deren Verbindlichkeiten «nur das Gesellschaftsvermögen»¹³ haftet. Sie bleibt daher mit der AG eng verwandt. Soweit es um die Sicherstellung der Haftungsbasis, um die Rechnungslegung, aber auch um den Kapitaleinsatz der Gesellschafter geht, sind daher für AG und GmbH weitestgehend gleiche Regeln angebracht. Das künftige Recht will diese Verwandtschaft noch stärker betonen und eine *Annäherung an das Aktienrecht* umsetzen, durch den Abbau von überkommenen Diskrepanzen, aber auch von solchen, die sich durch die Aktienrechtsreform neu ergeben haben. Der bundesrätliche Entwurf ist in dieser Hinsicht – aufgrund der Vernehmlassungen – freilich weniger konsequent als der Vorentwurf. Aber auch nach dem Entwurf des Bundesrates sollen der Kapital- und damit der Gläubigerschutz verbessert, die Mitgliedschaft stärker auf den Kapitaleinsatz ausgerichtet und ungerechtfertigte Differenzen zum Aktienrecht abgeschafft werden. Näheres vor allem im Referat Handschin.
 - Gleichzeitig soll aber die GmbH ihre *Eigenständigkeit* als «*personenbezogene Kapitalgesellschaft*»¹⁴, als «Bastard» und «juridisches Maultier» bewahren. Dass die GmbH – obwohl mit der AG verwandt – zugleich auch ihr *Gegenpol* ist, kommt vor allem in der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung zum Zug, aber auch in strukturellen Unterschieden hinsichtlich der Organe und ihrer Kompetenzen. Vgl. dazu Ziff. IV und V.

¹² Sieben Vorträge über das neue OR (Basel 1937) 100.

¹³ E 772 I.

¹⁴ So ausdrücklich die Legaldefinition von E 772 I, Hervorhebung hinzugefügt.

- Schliesslich soll die Reform zum Anlass genommen werden, um eine Reihe von *Lästigkeiten* und *helvetischen Ver(schlimm)-besserungen*, die bei der Übernahme des deutschen Vorbildes in der Zwischenkriegszeit erfolgten, zu beseitigen und gleichzeitig – im Sinne des Mit- und Nachvollzugs europäischen Rechts – eine Annäherung an das Recht der EU zu erreichen.
- b) Zum heutigen Recht führte der nationalrätliche Berichterstatter in den Dreissigerjahren aus¹⁵:
- «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.»
- Der Entwurf des Bundesrates sieht zwar diesbezüglich nicht gerade einen Paradigmenwechsel vor, wohl aber eine *Verschiebung der Gewichte* zugunsten kapitalgesellschaftlicher Elemente.

3. Die schweizerische GmbH der Zukunft nach der Vorstellung des Bundesrates

Der bundesrätliche Entwurf nimmt nach der Vorstellung des Bundesrates zu den im Raum stehenden Reformvorschlägen sowohl negativ wie auch positiv Stellung:

- a) *Negativ*: Die GmbH soll *keine kleine AG* werden oder gar im Aktienrecht aufgehen, wie dies verschiedentlich postuliert worden ist¹⁶. Die bundesrätliche Botschaft nimmt hierzu klar Stellung¹⁷:
- «Der vorliegende Entwurf bezweckt, die GmbH konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft auszugestalten. Während das rechtliche Konzept der Aktiengesellschaft auf der Kapitalbeteiligung der Aktionärinnen und Aktionäre aufbaut und deren

¹⁵ A.a.O. 100.

¹⁶ Vgl. Hirsch/Nobel: Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 ff; Peter Nobel: SA privée au lieu de S. à r. l., in: Editions CEDEDAC 37 (Lausanne 1998) 205 ff; Jacques-André Reymond: Le projet de «Société anonyme privée», ebenda 225 ff; Christian J. Meier-Schatz: Die GmbH und die Private AG, in: Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis (Zürich 2000) 111 ff.

¹⁷ A.a.O. 3154.

Persönlichkeit idealtypischerweise von geringer Bedeutung bleibt, ist für die GmbH eine gesetzliche Regelung zu treffen, die erlaubt, den konkreten beteiligten Personen und den Umständen des Einzelfalls möglichst weitgehend Rechnung zu tragen.»

- b) *Positiv*: Die GmbH soll zwar Kapitalgesellschaft bleiben, aber eine *personenbezogene* Kapitalgesellschaft, mit der AG verwandt, aber nicht einfach deren kleine Schwester, sondern *durch qualitative und nicht bloss quantitative Unterschiede* differenziert. Das künftige GmbH-Recht orientiert sich daher – nicht anders als das bisherige – «an den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern»¹⁸.

Die GmbH soll so *die* (Kapital-)Gesellschaft bleiben oder werden für KMU, für Joint Ventures, aber auch für Gesellschaften, die von einer einzigen natürlichen Person kontrolliert werden¹⁹.

Die GmbH der Zukunft wird daher etwas weniger personengesellschaftsähnlich sein als die des geltenden Rechts; zur Klein-AG wird sie aber nicht.

III. GmbH und AG: qualitativ und nicht nur quantitativ unterschiedliche Gebilde

Es ist daher angezeigt, an die unterschiedliche Ausgestaltung des GmbH- und des Aktienrechts zu erinnern, an die Unterschiede, welche – im künftigen Recht nicht anders als im geltenden, wenn auch mit Verschiebungen im Einzelnen – die Attraktivität der GmbH ausmachen, aber auch Schranken für ihren Einsatz setzen:

- a) Die *Kosten* – sowohl für die Gründung wie auch für den Betrieb – sind bei der GmbH tiefer:

¹⁸ Botschaft, a.a.O. 3154.

¹⁹ Mit der Reform des GmbH-Rechts soll freilich auch eine Reform des Aktienrechts verbunden werden, durch welche die Gründung einer Einpersonen-AG erlaubt wird, vgl. E 625.

- Es braucht bei der Gründung *weniger Kapital*, auch in Zukunft, obwohl eine bescheidene Anpassung an die Geldentwertung erfolgen soll.
 - Nach geltendem Recht ist die *Sacheinlagegründung* erleichtert, damit freilich auch – um im Klartext zu sprechen – die *Schwindelgründung*, ein «Vorteil», der freilich künftig entfallen soll.
 - Bei der GmbH ist eine *Revisionsstelle* nur unter gewissen Voraussetzungen erforderlich. Daran soll – entgegen den Vorschlägen der Arbeitsgruppe – grundsätzlich festgehalten werden, wenn auch mit einer Ausnahme für grössere Gesellschaften und gewisse andere Fälle.
- b) Die GmbH erlaubt – und darin liegt *der* entscheidende Unterschied zur AG – eine umfassende *Ausrichtung auf die persönlichen Interessen und Fähigkeiten der Gesellschafter*. Stichworte – auf die noch einzugehen sein wird – sind etwa: Vinkulierung, Nebenleistungs- und Nachschusspflichten, Treuepflicht und Konkurrenzverbot, Austritts- und Ausschlussrecht.
- c) Unter geltendem Recht hat die GmbH im Vergleich zur AG überdies den Vorteil, dass die *Heimatschutzbestimmung*, wonach die Mehrheit der Mitglieder des obersten Exekutivorgans aus in der Schweiz wohnhaften Schweizerinnen und Schweizern bestehen muss²⁰, nicht anwendbar ist²¹. Dieser Unterschied soll freilich entfallen, da durch eine Teilreform des Aktienrechts im Rahmen der GmbH-Reform die einschlägige aktienrechtliche Bestimmung gestrichen und durch die Vorschrift ersetzt werden soll, dass lediglich eine vertretungsbefugte Person – Verwaltungsratsmitglied oder Direktor – in der Schweiz Wohnsitz haben muss²².
- d) Andererseits ist die *Einsatzfähigkeit der GmbH* im geltenden Recht auch *bewusst eingegrenzt* worden. Eine dieser Schranken soll erhalten bleiben, die zweite jedoch künftig entfallen:
- Die GmbH ist ausgerichtet auf «Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschafterinnen

²⁰ OR 708 I.

²¹ Es genügt, dass ein zur Vertretung der Gesellschaft zeichnungsberechtigter Geschäftsführer in der Schweiz wohnhaft ist, OR 813 I, präzisierend BGE 111 II 375 ff.

²² E OR 718 III.

und Gesellschaftern»²³. Sie ist so ausgestaltet, dass sie für anonyme Investoren und damit *als Publikumsgesellschaft ungeeignet* ist. Durch die Ausgestaltung der Verbriefung der Mitgliedschaft²⁴ wird die *Kapitalmarktfähigkeit verunmöglicht*²⁵, und die aktienrechtlichen Instrumente des bedingten und genehmigten Kapitals wie auch des Partizipationsscheins sind auch künftig nicht vorgesehen²⁶. In dieser Hinsicht wird sich also nichts ändern. Vgl. Referat Handschin.

- Das geltende Recht will sodann die Verwendung der Rechtsform der GmbH *für volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften unterbinden*, indem das Grundkapital nicht nur nach unten, sondern auch nach oben – bei Fr. 2 Mio. – begrenzt ist²⁷. Im künftigen Recht soll diese sowohl unnötige²⁸ wie auch unwirksame²⁹ Bestimmung ersatzlos gestrichen werden. Dafür wird – sachlich richtig – für grössere Gesellschaften zwingend eine Revisionsstelle verlangt³⁰, die den aktienrechtlichen Anforderungen entsprechen muss. Vgl. dazu das Referat Handschin.
- e) Einmal mehr zeigt sich, dass der Unterschied zwischen AG und GmbH nicht in der Grösse des Geschäftsvolumens liegt, sondern *in der Struktur der Gesellschaft* und – besonders – *in der Ausgestaltung der Rechtsstellung der Mitglieder*. Darauf sei im Folgenden eingegangen, wobei ich mich darauf beschränke, die Eigenarten und Besonderheiten im Vergleich zur AG – deren Regelung jedermann bekannt sein dürfte – hervorzuheben.

²³ Botschaft, a.a.O. 3154.

²⁴ Ausschliesslich Beweisurkunden oder (echte) Namenpapiere, E 784 I, entsprechend herrschender Lehre inhaltlich – wenn auch nicht im Wortlaut – in Übereinstimmung mit OR 789 III.

²⁵ Vgl. dazu Botschaft, a.a.O. 3154 und 3160.

²⁶ E 754^o und 781 (beide e contrario).

²⁷ OR 773.

²⁸ Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch *personenbezogene* Kapitalgesellschaften zu volkswirtschaftlicher Bedeutsamkeit wachsen können sollen.

²⁹ Zur Erinnerung: Hoffmann-La Roche ist zu globaler Bedeutsamkeit gewachsen, obwohl das Grundkapital bis 1989 lediglich Fr. 50 000.– betrug.

³⁰ E 818.

IV. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

1. Die Gesellschafterstellung im Allgemeinen

Der markanteste Unterschied zwischen AG und GmbH liegt zweifellos in der Ausgestaltung der Mitgliedschaft:

- Im *Aktienrecht* gilt bekanntlich das eherne – und nur durch das Börsengesetz für kotierte Gesellschaften durchbrochene – Prinzip, dass dem Aktionär *keinerlei Pflichten obliegen ausser der, seine Aktien zu liberieren*³¹. Gesetzlich bestehen keine weiteren Pflichten, insbesondere – nach zumindest herrschender und vom Bundesgericht geteilter Lehre – auch keine Treuepflicht, soweit diese über die Pflicht zu einem Handeln nach Treu und Glauben hinausgeht. Aber auch statutarisch können keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden. Daraus ergeben sich für die überaus häufigen «Personengesellschaften im Rechtskleid der AG» Probleme, spielen doch bei ihnen persönliche Mitwirkungspflichten, aber auch -rechte oft eine weit wichtigere Rolle als der Kapitaleinsatz. Man behilft sich mit vertraglichen Konstruktionen, insbesondere Aktionärbindungsverträgen, muss damit aber stets in Kauf nehmen, dass die so geschaffene Konstruktion auseinander bricht, sei es, weil die Rechtsstellung aus dem Aktionärbindungsvertrag einerseits und die Aktionärsstellung auf der anderen Seite auf verschiedene Nachfolger übergehen, sei es, weil der Bindungsvertrag als Schuldvertrag oder einfache Gesellschaft ein Ende findet, während die – theoretisch – unsterbliche AG weiterlebt.
- Bei der *GmbH* ist dies ganz anders: Schon von Gesetzes wegen bestehen *Treuepflichten und Konkurrenzverbote, Geschäftsführungsrechte und -pflichten, und statutarisch* kann ein Konzept umgesetzt werden, das präzise auf die (persönlichen) Bedürfnisse der Beteiligten ausgerichtet ist. *Dies* ist aus meiner Sicht – neben der Öffnung einer körperschaftlichen Struktur für kleinste Gebilde, für die sonst nur die mit einer persönlichen Haftung verbundenen Personengesellschaften offen stünden – die *raison de vivre* der GmbH. Sie erlaubt es auf einfache Weise, perso-

³¹ OR 680 I.

nalistische Elemente in eine Kapitalgesellschaft einzufügen, während dies bei der AG nur durch komplizierte und teils auch unsichere Konstruktionen möglich ist.

2. Gesellschafterrechte

Zu erwähnen ist hinsichtlich der Rechte – in Abgrenzung zur AG – vor allem zweierlei:

- a) Bezüglich der Auskunfts- und Einsichtsrechte schlägt der Entwurf ein neues Konzept vor³², das die bereits nach geltendem Recht gegebenen Unterschiede zum Aktienrecht noch verstärkt:
- Heute gilt Folgendes³³: Grundsätzlich hat der Gesellschafter einer GmbH dieselben Kontrollrechte wie ein einfacher Gesellschafter³⁴. Hat die Gesellschaft jedoch eine Kontrollstelle vorgesehen, dann stehen dem GmbH-Gesellschafter grundsätzlich (nur) die eingeschränkten *Kontrollrechte eines Aktionärs*³⁵ zu.
 - Künftig sollen dagegen die Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter «an den Vorschriften für die *Mitglieder des Verwaltungsrates* in der Aktiengesellschaft orientiert»³⁶ werden. Sie gehen daher deutlich weiter als die Rechte von Aktionären. Falls die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat, kann überdies «jeder Gesellschafter in die Bücher und Akten uneingeschränkt Einsicht nehmen»³⁷. Ist eine Revisionsstelle bestellt, besteht ein solches Recht zur Einsichtnahme nur (aber immerhin), «soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird»³⁸. Eine Einschränkung gilt nur dann, wenn befürchtet werden muss, dass ein «Gesellschafter die erlangten Kenntnisse zum Schaden der

³² Vgl. E 802 und Botschaft, a.a.O. 3202 f.

³³ OR 819.

³⁴ Zu diesen vgl. OR 541 I: Recht, sich persönlich vom Gange der Geschäftsangelegenheiten zu unterrichten, Einsicht in Geschäftsbücher und Unterlagen zu nehmen und sich eine Übersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens anzufertigen.

³⁵ Zu diesen vgl. OR 696 f.

³⁶ Botschaft, a.a.O. 3202, Hervorhebung hinzugefügt.

³⁷ E Art. 802 II.

³⁸ E Art. 802 II.

Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet»³⁹. Ob dies der Fall ist, wird durch die Gesellschafterversammlung und – falls diese die Auskunft oder Einsicht verweigert – durch das Gericht entschieden.

Von selbst versteht sich, dass geschäftsführende Gesellschafter umfassende Einsicht haben⁴⁰. Daran wird sich nichts ändern.

- b) Nach wie vor soll bei der GmbH – im Gegensatz zur AG – nach dispositivem Gesetzesrecht der Grundsatz der *Selbstorganschaft* gelten: Die Gesellschafter sind als solche – und ohne dass es einer Wahl bedürfte – zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Der Entwurf ist diesbezüglich noch konsequenter als das geltende Recht: Während dieses die Geschäftsführung – einen anderslautenden Beschluss vorbehalten – in die Hand nur der *Gründergesellschaft* legt⁴¹, soll künftig die Geschäftsführung *allen* Gesellschaftern zustehen⁴².

3. Gesellschafterpflichten

- a) Für die *vermögensmässigen* Pflichten sei – wie auch für die vermögensmässigen Rechte – auf das Referat Handschin verwiesen. Sie entsprechen in den Grundzügen denen bei der AG, was aufgrund der Verwandtschaft der beiden Kapitalgesellschaften nahe liegt.
- b) Die Eigenarten der GmbH zeigen sich dagegen bei den *nicht* oder zumindest *nicht nur vermögensmässigen* Pflichten:
- Neben der bereits erwähnten Geschäftsführungspflicht ist Folgendes zu erwähnen:
- Die Gesellschafter trifft eine *Treuepflicht*⁴³ und – daraus folgend – eine Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses und ein generelles *Konkurrenzverbot*⁴⁴.

³⁹ E Art. 802 III.

⁴⁰ Darauf weist implizit OR 819 I hin.

⁴¹ OR 811 III.

⁴² E Art. 809 I, vgl. auch Botschaft, a.a.O. 3211 f.

⁴³ Sie ist "ein notwendiges Gegenstück zum Auskunfts- und Einsichtsrecht", Botschaft, a.a.O. 3203.

Verschärft ist das Konkurrenzverbot für die geschäftsführenden Gesellschafter⁴⁵.

Modifikationen bedürfen der Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafterversammlung⁴⁶.

- Wie nach geltendem Recht – aber mit einem verbesserten Minderheitenschutz unterlegt – kann auch künftig statutarisch eine *Nachschusspflicht* vorgesehen werden, allerdings beschränkt auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils⁴⁷. Anders als nach geltendem Recht⁴⁸ sollen Nachschüsse künftig nicht mehr ausschliesslich zur Deckung von Bilanzverlusten dienen, sondern auch dazu, Liquiditätsengpässe zu überbrücken oder der Gesellschaft für bestimmte, statutarisch umschriebene Zwecke, neues Eigenkapital zuzuführen⁴⁹.
- Neben (finanziellen) Nachschusspflichten können die Statuten *Nebenleistungspflichten* vielfältiger Art vorsehen – Verpflichtungen zu Leistungen, zu Unterlassungen oder auch Duldungspflichten⁵⁰, aber stets beschränkt auf Pflichten, «die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen»⁵¹.

Durch diese statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten dürften sich – es wurde bereits erwähnt – Bindungsverträge unter den Gesellschaftern weitgehend erübrigen. Dies heisst nicht, dass solche Verträge – entsprechend Aktionärbindungsverträgen – nicht möglich wären: Sie können sinnvoll sein, wenn eine Regelung nicht jedermann offen gelegt werden soll, wie dies bei statutarischen Bestim-

⁴⁴ E Art. 803.

⁴⁵ E Art. 812.

⁴⁶ Vgl. E Art. 803 III und 812 III.

⁴⁷ Vgl. E Art. 795 ff sowie Botschaft, a.a.O. 3161 und 3194 ff.

⁴⁸ Vgl. OR 803 I.

⁴⁹ Dieser letzte Verwendungszweck kann die Funktion der Teilliberierung der Anteilscheine, die nach künftigem GmbH-Recht nicht mehr möglich sein soll, einnehmen, vgl. Botschaft, a.a.O. 3161 und das Referat Handschin.

⁵⁰ Botschaft, a.a.O. 3161.

⁵¹ E Art. 796 II.

mungen unvermeidlich ist, oder auch, wenn davon nicht alle Gesellschafter betroffen sein sollen.

4. Mitgliedschaftswechsel

- a) Augenfällig ist der Unterschied zwischen AG und GmbH auch bei der *Übertragbarkeit der Mitgliedschaft*: Gilt bei der AG der Grundsatz der *freien Übertragbarkeit*⁵² und kann dieser statutarisch nur in gesetzlich vorgegebenen engen Limiten eingeschränkt werden⁵³, so sind die Stammanteile der GmbH nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung zwar nicht gerade – wie die Mitgliedschaftsstelle den Personengesellschaften – unübertragbar, aber doch *streng vinkuliert*⁵⁴: Die Abtretung bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung⁵⁵, und diese kann ihre Zustimmung – das alte Aktienrecht lässt grüssen – «ohne Angabe von Gründen verweigern»⁵⁶.

Immerhin soll das neue Recht flexibler als das bisherige sein: Für die Zustimmung ist – falls statutarisch nichts anders vorgesehen ist – lediglich die absolute Mehrheit des Stammkapitals und zwei Drittel der vertretenen Stimmen erforderlich⁵⁷. Und während nach bisherigem Recht die strenge gesetzliche Vorschrift⁵⁸ nur verschärft werden konnte, lässt das künftige Recht auch Erleichterungen zu, bis hin zur vollständigen Devinkulierung⁵⁹. Auch eine der aktienrechtlichen Ordnung für nicht kotierte Aktien entsprechende Ordnung ist zulässig⁶⁰. Als anderes Extrem bleibt ein statutarisches *Übertragungsverbot* zulässig⁶¹, womit die gleiche Regelung wie bei

⁵² So ausdrücklich für die Namenaktien OR 684 I.

⁵³ Vgl. OR 685a ff.

⁵⁴ Vgl. E Art. 786 und Botschaft, a.a.O. 3160 f.

⁵⁵ E Art. 804 II Ziff. 8.

⁵⁶ E Art. 796 I.

⁵⁷ E Art. 808.

⁵⁸ Qualifiziertes Quorum von drei Vierteln sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten, OR 791 I.

⁵⁹ Vgl. E Art. 786 II Ziff. 1.

⁶⁰ E Art. 786 II Ziff. 2 und 3.

⁶¹ E Art. 786 II Ziff. 4, vgl. OR 791 III.

Personengesellschaften vorgesehen werden kann. Immerhin bleibt – worauf das künftige Recht ausdrücklich hinweist⁶² – in jedem Fall das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund gewahrt.

b) Der personalistischen Komponente der GmbH entspricht es, dass auch im künftigen Recht – aber im Vergleich zur geltenden Ordnung weiterentwickelt⁶³ – der *Austritt* und der *Ausschluss* von Gesellschaftern möglich sind:

– Ein *Austritt* kann von Gesetzes wegen aus wichtigem Grund gerichtlich erzwungen werden⁶⁴. Weitergehend können die Statuten den Gesellschaftern «ein Recht auf Austritt einräumen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig machen»⁶⁵.

Um zu verhindern, dass in kritischen Situationen ein eigentlicher Austrittswettlauf unter den Gesellschaftern stattfindet, soll neu das Institut des *Anschlussaustritts* eingeführt werden⁶⁶: Alle Gesellschafter, die nach Kenntnissgabe einer Austrittserklärung innert dreier Monate ebenfalls den Austritt erklären, sind (hinsichtlich der Abfindung) gleichzustellen.

– Aufgrund einer Klage der Gesellschaft⁶⁷ kann das Gericht den *Ausschluss* eines Gesellschafters vollziehen, wenn ein wichtiger oder statutarisch genannter Grund⁶⁸ vorliegt. Statutarisch kann auch ein *Ausschluss* durch die Gesellschafterversammlung vorgesehen werden⁶⁹.

Neu sollen die Höhe der Abfindung und die Modalitäten ihrer Auszahlung gesetzlich geregelt werden⁷⁰. Grundsätzlich besteht ein

⁶² E Art. 786 III.

⁶³ Vgl. Botschaft, a.a.O. 3165 f und 3221 ff.

⁶⁴ E Art. 822 I.

⁶⁵ E Art. 822 II.

⁶⁶ E Art. 822a.

⁶⁷ Der ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals zugrunde liegen muss, E Art. 808b I Ziff. 8.

⁶⁸ Es muss ein «bestimmter» Grund vorliegen, d.h., die Statuten müssen Ausschlussgründe präzise umschreiben, und Generalklauseln sind unzulässig, Botschaft, a.a.O. 3222.

⁶⁹ E Art. 823 II.

⁷⁰ E Art. 825 f.

Recht auf Abfindung entsprechend dem *wirklichen Wert* des Stammanteils, doch können die Statuten eine andere Regelung vorsehen, die jedoch – so die Botschaft – «nicht willkürlich bemessen»⁷¹ werden darf⁷². Ungeachtet einer solchen statutarischen Bestimmung sollte es meines Erachtens möglich sein, eine Abfindung zum wirklichen Wert zu verlangen, wenn der Austritt aus wichtigem Grund erfolgt.

Um das Ausscheiden zu erleichtern, soll die GmbH «im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung, einem Austritt oder einem Ausschluss» *eigene Stammanteile* bis zur Höchstgrenze von 35% *erwerben dürfen*⁷³.

c) Am Rande sei erwähnt, dass die Übertragung von GmbH-Anteilen auch nach künftigen Recht ein *formal recht aufwendiges Prozedere* bleibt: Zwar soll künftig auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung⁷⁴ verzichtet werden und die *Schriftform* für die Abtretung genügen⁷⁵. Festgehalten wird aber am Erfordernis einer *Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister*⁷⁶. Ob dies bei GmbHs, die weder Nachschuss- noch Nebenleistungspflichten kennen, de rigueur ist, kann füglich bezweifelt werden, da in solchen Fällen kaum ein legitimes Interesse Dritter besteht, die Gesellschafter zu kennen⁷⁷.

Eine Erleichterung ergibt sich dagegen daraus, dass künftig die gesetzliche Bestimmung, wonach jeder Gesellschafter nur je einen Stammanteil besitzen soll⁷⁸, entfällt⁷⁹. Es ist daher möglich, die

⁷¹ Botschaft, a.a.O. 3223.

⁷² Erwähnt werden in der Botschaft der Steuerwert oder der Substanzwert.

⁷³ E Art. 783 II; im Aktienrecht beträgt die Grenze dagegen 20%, OR 659 II.

⁷⁴ OR 791 IV.

⁷⁵ E Art. 785 I, dazu Botschaft, a.a.O. 3184 f.

⁷⁶ E 791 I, vgl. – implizit – OR 785 I.

⁷⁷ Verzichtet wird immerhin auf die – lästige und unnötige – Pflicht des geltenden Rechts, dem Handelsregisteramt *alljährlich* eine Liste der Gesellschafter einzureichen, vgl. OR 790 II.

⁷⁸ OR 774 II.

⁷⁹ Vgl. E Art. 772 II, wonach die Gesellschafter «mindestens mit je einem Stammanteil am Stammkapital beteiligt» sein sollen.

Stammanteile zu normieren, wobei der Mindestbetrag Fr. 100.– beträgt⁸⁰. Ein Gesellschafter kann daher *an mehreren Stammanteilen berechtigt* sein und diese auch nur teilweise oder an mehrere Personen weitergeben, ohne dass dafür – wie nach geltendem Recht – eine Statutenänderung nötig wäre⁸¹.

5. Schutz der Minderheit und Schutz vor der Minderheit

- a) Da GmbH-Gesellschafter typischerweise engere – weil persönlichere – Beziehungen zu ihrer Gesellschaft haben als Aktionäre, drängt sich ein *verstärkter Minderheitenschutz* auf. Einzelne Elemente wurden bereits genannt: das umfassendere Informationsrecht und – noch weiter gehend – das freilich wegbedingbare Recht aller Gesellschafter zur Geschäftsführung.

Dem Minderheitenschutz dienen sodann vor allem die *qualifizierten Quoren* für wichtige Gesellschafterbeschlüsse⁸². Wie nach bisherigem Recht wird – der Eigenart der GmbH als eines Mischtyps entsprechend – eine doppelte Mehrheit, nämlich eine solche sowohl der Stimmen wie auch des Kapitals⁸³, verlangt⁸⁴. Doch werden die Quorumserfordernisse vereinheitlicht⁸⁵, während unter geltendem Recht unterschiedliche qualifizierte Quoren bestehen⁸⁶, wobei Gründe für die Differenzierungen kaum ersichtlich sind.

Auch unter künftigem Recht soll es möglich bleiben, statutarisch einzelnen oder auch allen Gesellschaftern ein *Vetorecht* einzuräumen, und zwar gegen bestimmte oder auch gegen sämtliche Be-

⁸⁰ E 774 I.

⁸¹ Vgl. Botschaft, a.a.O. 3159.

⁸² E Art. 808b.

⁸³ Und zwar des *gesamten*, nicht nur des vertretenen Kapitals, im Gegensatz zu OR 704.

⁸⁴ E Art. 808b.

⁸⁵ Zwei Drittel der vertretenen Stimmen, absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Kapitals.

⁸⁶ Vgl. OR 784 II und 820 Ziff. 2: dispositiv drei Viertel der Mitglieder und drei Viertel des Kapitals; OR 791 II: gleiches Quorum, aber zwingend verlangt; OR 822 III: absolute Mehrheit von Kapital und Köpfen.

schlüsse der Gesellschafterversammlung⁸⁷. Damit kann faktisch das *Einstimmigkeitsprinzip des Personengesellschaftsrechts* übernommen werden.

Solche Vetorechte bestehen zwar *ad personam*; da sie jedoch auch juristischen Personen oder eben allen (jeweiligen) Gesellschaftern eingeräumt werden können, lässt sich eine solche Ordnung perpetuieren, was nur in seltensten Fällen sinnvoll sein dürfte.

- b) Gerade in kleineren Verhältnissen mit einigen wenigen Beteiligten gibt es gelegentlich weniger ein Diktat der Mehrheit als ein solches einer *Minderheit*, die ihre Sperrminorität zur Verhinderung jeglichen Fortschritts missbraucht. Neben dem Minderheitenschutz ist daher auch der *Schutz vor der Minderheit* zu bedenken.

Der Entwurf trägt dem Rechnung durch eine massvolle Reduktion der Erfordernisse an die qualifizierten Quoren und eine Verminderung der Zahl der dem qualifizierten Quorum unterstellten Beschlüsse. Sodann soll künftig eine Erhöhung des Stammkapitals nicht mehr der Einstimmigkeit bedürfen⁸⁸.

Beibehalten wird dagegen das *Einstimmigkeitserfordernis* zu Recht für die nachträgliche Einführung oder Erweiterung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten⁸⁹.

- c) Als *ultimativer Schutz* der Minderheit und vor der Minderheit dienen die bereits erwähnten Austritts- und Ausschussrechte.

⁸⁷ E Art. 807, vgl. Botschaft, a.a.O. 3209.

⁸⁸ E Art. 808b I Ziff. 5; vgl. OR 786 I und Botschaft, a.a.O. 3157 f. Möglich wurde dies, weil künftig die subsidiäre solidarische Haftung für die Liberierung des gesamten Stammkapitals entfallen soll, vgl. dazu das Referat Handschin.

⁸⁹ E Art. 797.

V. Organisation der Gesellschaft und Geschäftsführung

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zum Aktienrecht

- a) Organisatorisch ist die GmbH – als in erster Linie für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipierte Körperschaft – ähnlich strukturiert wie die AG. Insbesondere soll sich auch bei ihr – so jedenfalls die Botschaft⁹⁰ – «das Verhältnis der Gesellschaftsorgane nach der so genannten Paritätstheorie» bestimmen.
- b) Doch stehen bei allen drei Gesellschaftsorganen die *Unterschiede* ins Auge:
 - Das geschäftsführende Organ ist bei der GmbH durch das Prinzip der Selbstorganschaft gekennzeichnet.
 - Bei der Gesellschafterversammlung zeigt sich die Nähe der Gesellschafter zur Gesellschaft und ihren Aktivitäten in zusätzlichen Kompetenzen, die teils von Gesetzes wegen bestehen, teils statutarisch eingeräumt werden können.
 - Und die Revisionsstelle schliesslich ist im Regelfall fakultativ.

2. Die Geschäftsführung

- a) Nach dispositivem Gesetzesrecht steht die Geschäftsführung – wie mehrfach erwähnt – allen Gesellschaftern gemeinsam zu, ohne dass es einer besonderen Bestellung bedürfte⁹¹. Es gilt also das Prinzip der *Selbstorganschaft*. Statutarisch kann jedoch davon abgewichen werden. So kann die Geschäftsführung auf *einzelne Gesellschafter* beschränkt werden. Falls diese – was ebenfalls möglich ist – nicht ad personam bestellt sind, sondern durch die Gesellschafterversammlung gewählt werden, entspricht das Konzept dem des Aktienrechts. Eine Übertragung ist auch an *Dritte* möglich, wobei das

⁹⁰ A.a.O. 3204.

⁹¹ E Art. 809 I.

Gesetz präzisiert, dass als Geschäftsführer «nur natürliche Personen eingesetzt» werden können⁹².

- b) Das künftige Recht soll eine Liste unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben der Geschäftsführer enthalten⁹³, die weitestgehend mit den «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben» des Verwaltungsrates⁹⁴ übereinstimmt. Anders als im Aktienrecht gilt aber der Grundsatz der Unentziehbarkeit nur mit einer markanten Einschränkung zugunsten der Gesellschafterversammlung:

3. Die Gesellschafterversammlung

- a) Die Gesellschafterversammlung wird – wie die Generalversammlung im Aktienrecht – vom Gesetz als «oberstes Organ der Gesellschaft» bezeichnet⁹⁵. Ebenfalls dem Aktienrecht entsprechend enthält das Gesetz eine Liste unübertragbarer Befugnisse⁹⁶, die jedoch mit achtzehn Ziffern weit länger ausgefallen ist als das aktienrechtliche Pendant. Es kommen Kompetenzen hinzu, die GmbH-spezifisch sind, wie zum Beispiel die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer, die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen, die Beschlussfassung über die Ausübung von Erwerbsrechten durch die Gesellschaft und die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft sowie der Beschluss auf Ausschluss eines Gesellschafters oder Beantragung des Ausschlusses beim Richter.

Darüber hinaus kann die Gesellschafterversammlung der GmbH allenfalls sogar *direkt auf die Geschäftsführung Einfluss* nehmen. Bei der AG ist dies unmöglich: Zwar kann der Verwaltungsrat die Geschäftsführung ganz oder teilweise nach unten – an einzelne Mitglieder oder Dritte – delegieren⁹⁷, eine «Delegation nach oben», an die Generalversammlung, ist dagegen nicht möglich. Daraus er-

⁹² E Art. 809 II, entsprechend OR 707 III, vgl. auch Botschaft, a.a.O. 3204 f, 3212.

⁹³ E Art. 810 II.

⁹⁴ OR 716a I.

⁹⁵ E Art. 804 I, entsprechend OR 698 I.

⁹⁶ E Art. 804 II, entsprechend OR 698 II.

⁹⁷ OR 716b I.

geben sich in der Praxis Probleme für *kleinere, personenbezogene Verhältnisse*, in denen es oft sinnvoll sein kann, grundlegende Entscheide (auch) der Geschäftspolitik in den Kompetenzbereich der Gesamtheit der Gesellschafter zu legen⁹⁸. Mit den Vorteilen der AG sind diesbezüglich auch gewisse Nachteile zwingend verbunden.

Für die GmbH als *personenbezogene* Körperschaft drängte sich die Möglichkeit einer stärkeren Einflussnahme der Gesellschaftergesamtheit auf. Sie wurde gefunden in einem – obligatorischen oder auch bloss fakultativen – *Genehmigungsvorbehalt* zugunsten der Gesellschafterversammlung, der auf statutarischer Basis eingeführt werden kann. Nach künftigem Recht sollen nämlich die Statuten vorsehen können,

«dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:
1. bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen;
2. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können.»⁹⁹.

Das Gesetz hält dazu fest, die Genehmigung schränke die Haftung der Geschäftsführer nicht ein¹⁰⁰, was freilich hinsichtlich der Gesellschafter- und der Gesellschaftsklage nicht richtig sein dürfte¹⁰¹.

- b) Nur am Rande seien zwei weitere Abweichungen vom Aktienrecht hinsichtlich der Gesellschafterversammlung erwähnt:
- *Zirkulationsbeschlüsse*, die bei der AG nur für den Verwaltungsrat zugelassen sind¹⁰², sind möglich, wenn nicht ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt¹⁰³.
 - Neben dem Entlastungsbeschluss werden zwei weitere Beschlüsse genannt, bei denen die am Ergebnis interessierten Gesellschafter *nicht stimmen dürfen*¹⁰⁴.

⁹⁸ Etwa vorzusehen, dass Investitionen von einer bestimmten Höhe an durch die Generalversammlung zu beschliessen oder zu genehmigen sind.

⁹⁹ E Art. 811 I, vgl. dazu Botschaft, a.a.O. 3213.

¹⁰⁰ E Art. 811 II.

¹⁰¹ In dieser Hinsicht offenbar auch Botschaft, a.a.O. 3213.

¹⁰² OR 713 II.

¹⁰³ E 805 IV.

¹⁰⁴ Vgl. E 806a II und III: Zustimmung zum Erwerb eigener Stammanteile und zu Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen.

4. Die Revisionsstelle

(Dazu das Referat von Herrn Professor Dr. Lukas Handschin.)

Die neue GmbH

Referate anlässlich des Symposiums
vom Mittwoch, den 21. August 2002,
im Hotel Bellevue Palace, Bern



Stämpfli Verlag AG Bern · 2002

Sonderdruck

(Nicht im Handel)

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Die Referate oder Teile davon dürfen ohne schriftliche Genehmigung der Verfasser weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Stämpfli Verlag AG Bern
www.staempfliverlag.com

Printed in Switzerland

Die neue GmbH

PROF. DR. PETER FORSTMOSER

Mitgliedschaft, Organisation und
Geschäftsführung

PROF. DR. LUKAS HANDSCHIN

Finanzierung, Kontrolle und
Haftung

DR. BERNHARD MADÖRIN

Die GmbH als KMU-Kundin
beim Treuhänder

REFERATE DES SYMPOSIUMS

vom 21. August 2002
im Hotel Bellevue Palace, Bern



EINE VERANSTALTUNG DES

Stämpfli Verlags AG Bern