

Das neue Recht der Schweizer GmbH

Inhalt

I. Gang der Reformarbeiten	537
II. Ziele der Reform und ihre Umsetzung	542
1. Ausgangslage	542
2. Stossrichtungen der Reform	542
3. Ergebnis	550
III. Vom Vorentwurf zum Gesetzestext: Akzentverschiebungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens	550
1. Die Gretchenfrage: Gläubigerschutz contra Förderung von Start-ups	551
2. Detailpflege	552
3. Nicht berücksichtigte Vorschläge der Expertenkommission	554
IV. Einige offene Fragen	554
1. Annullierung einer durch Täuschung erlangten Gesellschafterstellung?	555
2. Haftungsverhältnisse bei Stammanteilen in der Hand von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	557
3. Persönliche Haftung von Geschäftsführern trotz eines Entscheides der Gesellschafterversammlung?	559

Am 16. Dezember 2005 haben die eidgenössischen Räte den Schlusspunkt gesetzt zu zehnjährigen Arbeiten an der Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)¹. Das revidierte Recht dürfte Mitte 2007 in Kraft treten.

* Meine Assistierenden, Herr lic. iur. Patrik R. Peyer LL.M., Herr RA lic. iur. Bertrand Schott und Frau lic. iur. Margot Van't dack, haben mich tatkräftig unterstützt, insbesondere durch eine Zusammenstellung der Materialien und durch Abklärungen zu den drei hinten IV. angesprochenen Fragen. Ich danke ihnen.

¹ Der definitive Text findet sich in BBl 2005 7289 ff. Er wird im Folgenden mit «revOR» referiert. – Das Referendum ist nicht ergriffen worden, sodass der Inkraftsetzung durch den Bundesrat nichts mehr entgegensteht.

Dass dies vom Verfasser zum Anlass für eine *hommage à PETER BÖCKLI* genommen wird, hat seinen besonderen Grund: Wir sind seit Jahrzehnten freundschaftlich-kollegial verbunden. Oft haben wir die gleichen Themen parallel bearbeitet, wobei PETER BÖCKLI mit seiner bewundernswerten Energie und Disziplin freilich jeweils um eine oder auch mehrere Nasenlängen im Vorsprung war². Als Konkurrenten³ haben wir weitgehend übereinstimmende Ansichten vertreten, gelegentlich aber auch diametral entgegengesetzte⁴.

Doch sind wir nicht immer getrennt marschiert: Im Herbst 1995 hat das Bundesamt für Justiz PETER BÖCKLI, JEAN-MARC RAPP und mich beauftragt, einen Vorentwurf für eine Revision des GmbH-Rechts auszuarbeiten. Diesen konnten wir im November 1996 vorlegen⁵. Im Rahmen eines Zusatzauftrages des Bundes und aufgrund der Ergebnisse einiger Symposien, welche die Experten gemeinsam bestritten haben, ist dieser Entwurf ergänzt und in etwas abgespeckter Form⁶ im April 1999 in die Vernehmlassung gegeben worden⁷. Im schweiztypischen Mäandern des Gesetzgebungsverfahrens wurde hieraus nach weiteren sechseinhalb Jahren der definitive Gesetzestext.

Die gemeinsame Arbeit ist mir – und hoffentlich auch PETER BÖCKLI – in bester Erinnerung. Sie wurde und wird wohl auch künftig in Seminaren und Workshops weitergeführt. Mit einer Betrachtung zum neuen GmbH-Recht und seiner Entstehung wird daher PETER BÖCKLI zwar nichts Neues, dafür aber gemeinsam Erarbeitetes auf den Geburtstagstisch gelegt.

* * *

² So erschien seine systematische Darstellung zum 1968/1991 revidierten Schweizer Aktienrecht schon im Mai 1992 (unmittelbar vor dessen Inkrafttreten); die von mir zusammen mit ARTHUR MEIER-HAYOZ und PETER NOBEL verfasste dagegen erst Ende 1995. Und nun liegt von BÖCKLIS Werk bereits eine dritte Auflage von 2004 vor, während die zweite aus meiner Feder auf sich warten lässt.

³ *Concurrere* heisst – so hat mich Altmeister GUTZWILLER seinerzeit gelehrt – «zusammen laufen».

⁴ Vgl. dazu meine Besprechung der dritten Auflage von BÖCKLIS Aktienrecht in NZZ vom 15./16. Januar 2005 S. 87.

⁵ Er ist in Buchform sowohl in deutscher als auch in französischer Sprache erschienen: BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996, Zürich 1997, und JEAN-MARC RAPP (Hg.), Révision du droit de la Sàrl. Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996, Edition CEDIDAC 34, Lausanne 1997.

⁶ Dazu hinten I. c).

⁷ BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlage vom April 1999; dazu auch DIES., Expertenbericht zum Vorentwurf ... vom gleichen Datum, beide herausgegeben vom Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern. – Bei der Redaktion ihres Begleitberichts ist die Arbeitsgruppe von HANS-UELI VOGT, meinem damaligen Assistenten und heutigen Kollegen, tatkräftig unterstützt worden.

Im Folgenden soll zunächst der Gang der Reformarbeiten nachgezeichnet werden (Ziff. I.). Sodann wird aufgezeigt, welche Ziele mit der Reform verfolgt wurden und wie deren Umsetzung erreicht wurde (Ziff. II.). In einem eigenen Abschnitt wird auf Akzentverschiebungen hingewiesen, die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt sind (Ziff. III.). Schliesslich werden – quasi als Auftakt zur Auseinandersetzung mit den Einzelheiten des neuen Rechts – drei (mehr oder weniger zufällig ausgewählte) Fragen aufgegriffen, bei denen der Gesetzestext nicht klar erscheint (Ziff. IV.).

I. Gang der Reformarbeiten⁸

- a) Die schweizerische GmbH ist ein *Retortenbaby*, das ohne Ahnen in der hiesigen Rechtstradition durch eine Gesetzesreform in den Dreissigerjahren – gestützt auf das deutsche Vorbild – zur Welt gebracht worden ist. Man wollte damit das Bedürfnis nach einem Mittelweg zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft befriedigen⁹ und eine Organisationsform einführen, bei der «eine Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung und Betätigung der Mitglieder bezweckt wird»¹⁰.

Dieses Ziel wurde offenbar *verfehlt*: Bis Anfang der Neunzigerjahre wurde die GmbH von der Praxis links liegen gelassen¹¹. Ende 1980 gab es in der Schweiz – neben 107 643 Aktiengesellschaften – nur 3 035 GmbHs. Und während die Zahl der Aktiengesellschaften bis zum Jahr 1991 kontinuierlich auf über 165 000

⁸ Hierzu und zu den Zielsetzungen der Reform (nachstehend Ziff. II.) hat der Verfasser in zwei Aufsätzen Stellung bezogen: Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH – eine Übersicht, in CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hg.), Die GmbH und ihre Reform, Zürich 2000, 1 ff., und Gegenwart und Zukunft der GmbH in der Schweiz, in FS Lutter, Köln 2000, 373 ff. Die folgenden Ausführungen stimmen inhaltlich zum Teil mit den früheren – welche allerdings diesbezüglich ausführlicher gefasst sind – überein.

⁹ LUKAS HANDSCHIN, Die GmbH, Zürich 1996, 1.

¹⁰ Botschaft zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXXIII bis XXXIV des schweizerischen Obligationenrechts, BBl 1928 I 205 ff. (im Folgenden «Botschaft 1928») 273.

¹¹ HERBERT WOHLMANN, GmbH-Recht, Basel 1997, 3 und 5.

anstieg, sank die der GmbHs auf knapp 2 800¹². Entsprechend spärlich war die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsform in der Literatur^{13, 14}.

- b) Dennoch mehrten sich im Laufe der Zeit die Stimmen, die – vor allem im Anschluss an die Reform des Aktienrechts in den Jahren 1968–1991 – nach einer Überarbeitung des Rechts der GmbH riefen. Offiziös wurde die Forderung nach einer GmbH-Reform erstmals 1993 im Bericht der «Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht» gestellt, die im Auftrag des Justizdepartements Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts auszuloten hatte^{15, 16}.
- c) Gestützt auf diese Anregung setzte das Bundesamt für Justiz im Herbst 1995 die bereits erwähnte Arbeitsgruppe BÖCKLI/FORSTMOSE/RAPP ein. 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 vernünftig erschien. Auch sollten sich die Vorschläge nach Möglichkeit innerhalb der Band-

breite der Regelungen der Nachbarländer bewegen und die Vorgaben der EG berücksichtigen¹⁷.

Die Arbeitsgruppe hat Ende 1996 ihren Entwurf mit ausführlicher Begründung vorgelegt¹⁸. Aufgrund der – insgesamt positiven – Reaktionen hat sie anschliessend einen definitiven Vorentwurf (VE) mit Expertenbericht verfasst¹⁹.

- d) In Würdigung der 67 – mehrheitlich wiederum positiven – Stellungnahmen zum VE²⁰ hat der Bundesrat einen Entwurf (E) ausgearbeitet und mit der erwähnten Botschaft 2001 dem Parlament zugestellt²¹.
- e) Drei Jahre später wurde noch nachgedoppelt: Am 23. Juni 2004 veröffentlichte der Bundesrat eine weitere Botschaft²², die – «aus normtechnischen Gründen», wie es in deren Einleitung heisst²³ – als Zusatzbotschaft zur Revision des Rechts der GmbH ausgestaltet war. Darin finden sich weitere Gesetzesvorschläge, welche mit dem Recht der GmbH direkt zwar nichts zu tun haben, aber als sachlich dringlich erschienen.

Der Bundesrat bediente sich so des vor einigen Jahren für Gesetzesprojekte des Wirtschaftsrechts entdeckten «Huckepack-Verfahrens», mit welchem versucht wird, die Schwerfälligkeit des Schweizer Gesetzgebungsverfahrens dadurch zu überspielen, dass dringende Vorhaben – unabhängig von ihrem Inhalt – auf einen bereits fahrenden Reformzug aufgeladen werden, um sie schneller zum Ziel zu bringen, eine effiziente, wenn auch rechtsstaatlich nicht unproblematische Methode²⁴.

¹² Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) 1991 Nr. 15, S. 216. Bei der Mehrzahl dürfte es sich um Gründungen von Ausländern gehandelt haben, denen der schweizerische Berater die vom Heimatland her vertraute Rechtsform nicht ausreden konnte. Zu den Gründen für die damals geringe Verbreitung der Schweizer GmbH vgl. RICO WENGLER, Die Verbreitung der schweizerischen GmbH, Diss. Zürich 1969 = ZBR 309.

¹³ Zu erwähnen sind – neben vereinzelten Monografien und Aufsätzen – zwei Kommentare: der Berner Kommentar von JANGGEN/BECKER, Bern 1939, und die magistrale Bearbeitung durch WERNER VON STEIGER im Zürcher Kommentar, Zürich 1965, sodann die Darstellung von HERBERT WOHLMANN im Schweizerischen Privatrecht Bd. VIII/2, Basel 1982, 315 ff. (als Neubearbeitung selbständig erschienen: vgl. Anm. 11).

¹⁴ In neuerer Zeit ist das theoretische Interesse an dieser Rechtsform – parallel zu deren sprunghaft angestiegener Beliebtheit in der Praxis (dazu sogleich unter I. h) sowie bei Anm. 30) – freilich markant gewachsen; vgl. statt aller die Grundrisse von HANDSCHIN (zit. Anm. 9) und von PASCAL MONTAVON, Droit et pratique de la SARL, Lausanne 1996, die Kommentierung im von HONSELL/VOGT/WATTER herausgegebenen Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 1. A. Basel 1994, 2. A. Basel 2002 (Beiträge von AMSTUTZ, BAUDENBACHER, HÜNERWADEL, ISLER/ZINDEL, OERTLE/DU PASQUIER, SCHENKER, VON PLANTA/LENZ, WIDMER/BANZ UND WÜSTINER) sowie die bereits erwähnte Darstellung von WOHLMANN (zit. Anm. 11).

¹⁵ Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24.9.1993, Bundesamt für Justiz (Hg.), Bern, 41 ff.; vgl. dazu HANSPETER KLÄY, Überblick über den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», SZW 66 (1994) 135 ff. – Auch in jener Arbeitsgruppe hatte der Verfasser Gelegenheit, mit PETER BÖCKLI zusammenzuarbeiten.

¹⁶ Freilich beantragte die Groupe eine Reform des Rechts der GmbH erst in zweiter Priorität, nach der als vordringlicher erachteten generellen Angleichung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die EG-Richtlinien, Schlussbericht (zit. Anm. 15) 45, 82.

¹⁷ Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff. (im Folgenden «Botschaft 2001») 3152.

¹⁸ Zit. Anm. 5.

¹⁹ Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, zit. vorn Anm. 7. Inhaltsübersichten finden sich bei VON BÜREN/STEINER, Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH, ZBJV 135 (1999) 460 ff. und bei HANSPETER KLÄY, Revision des GmbH-Rechts, ST 73 (1999) 651 ff.

²⁰ Kritisiert wurde zum Teil die Annäherung des Rechts der GmbH an dasjenige der AG, insbesondere hinsichtlich der Kapitalschutzbestimmungen. Begrüsst 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.

²¹ Näheres in Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3152 ff.

²² Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 3969 ff. (im Folgenden «Botschaft 2004»).

²³ Botschaft 2004 (zit. Anm. 22) 3969.

²⁴ Es wird damit das ausgeklügelte Schweizer System, das jedermann die Möglichkeit gibt, sich zu einem Gesetzesvorschlag zu äussern, ausgeschaltet oder zumindest massiv heruntergefahren. Eine solche Strategie ist zwar in der Sache zu begrüssen, sollte aber nicht durch die «normtechnische» Hintertür eingeführt werden.

- f) Inzwischen hatte die Kommission des Nationalrates ihre Arbeiten bereits begonnen, diese aber im Frühjahr 2003 sistiert²⁵. Im Laufe des Jahres 2005 wurde der ergänzte Reformvorschlag im Parlament zügig durchberaten, beginnend mit der Besprechung im Nationalrat Anfang März, abgeschlossen durch die Schlussabstimmung in beiden Räten Mitte Dezember²⁶.
- g) Das *Prinzip der Langsamkeit*, welches das schweizerische Gesetzgebungsverfahren in der Regel beherrscht²⁷, hat also auch bei der GmbH-Reform gespielt. Zwar lagen zwischen dem Startschuss und dem Zieleinlauf nicht 23 Jahre wie seinerzeit beim Aktienrecht, aber immerhin ein gutes Jahrzehnt. Solch umsichtiges Voranschreiten kann durchaus Sinn machen: Die zu Beginn kantigen und allenfalls polarisierenden Vorschläge werden so lange gewendet und gedreht, bis am Ende alle interessierten Kreise einverstanden sind²⁸. Als stossend erscheint hingegen die Verzögerung eines an sich unbestrittenen Projekts durch den Aufschub von *politischen Entscheidungen*, bei denen Zuwarten die Entscheidung in keiner Weise verbessert. So war es auch bei der GmbH-Reform.
- h) Die *Praxis* hat freilich – wie in anderen Rechtsbereichen auch²⁹ – das neue Recht nicht abgewartet, sondern ist ungestüm vorausgeeilt: In den letzten anderthalb Jahrzehnten hat sich die GmbH vom Mauerblümchen zum Star des schweizerischen Gesellschaftsrechts gewandelt: Zwischen Ende 1991 und Ende 2005 hat sich ihre Zahl mehr als verdreissigfacht, während die der Aktiengesellschaften um weniger als 4% zugenommen hat. Heute gibt es neben 172 803 Aktiengesellschaften 84 291 GmbHs³⁰. Dies zeigt, dass Neugründungen von Körperschaften mit wirtschaftlicher Zielsetzung im letzten Jahrzehnt routinemässig in der Form von GmbHs und nicht mehr – wie bis Anfang der Neunzigerjahre – in der von Aktiengesellschaften erfolgten.
- i) Man kann sich fragen, ob angesichts dieses Siegeszuges der GmbH eine Reform des offensichtlich beliebten geltenden Rechts überhaupt sinnvoll ist. Ich meine – und darin sind sich der Jubilar und ich einig –, es sei dies zu bejahen, vor allem aus zwei Gründen:

- Zum einen: Das Plebiszit der letzten 15 Jahre ist *nicht so sehr ein Votum für die GmbH als vielmehr eines gegen die AG*, welche aufgrund der Aktienrechtsreform für kleine Gesellschaften weniger attraktiv geworden ist³¹. Nichts spricht dagegen, Mängel des GmbH-Rechts zu beseitigen.
- Und zum anderen ist nicht recht einzusehen, weshalb die GmbH in einem in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts geschneiderten und etwas *aus der Mode gekommenen Kleid* verbleiben soll, während für die zweite Kapitalgesellschaft des schweizerischen Rechts – die AG – eine Reform angemessen schien und diese auch – das haben die letzten Jahre bestätigt – den Lackmustest der Praxis bestanden hat.

²⁵ Vgl. AB 2005 N 67.

²⁶ Die Vorlage wurde im Nationalrat im Rahmen der Frühjahrsession 2005 am 2.3.2005 an die Hand genommen, vgl. die Wortprotokolle in AB 2005 N 60 ff. Der Ständerat nahm sich ihrer in der Sommersession am 15.6.2005 an (AB 2005 S 618 ff.) und überwies sie am 28.9.2005 wiederum dem Nationalrat zur Differenzvereinbarung in der Herbstsession (AB 2005 N 1257 ff.). Der zu bereinigende Vorschlag wurde sodann in der Wintersession am 1.12.2005 vom Ständerat (AB 2005 S 985 ff.) und am 13.12.2005 vom Nationalrat (AB 2005 N 1825 f.) beraten. Die Schlussabstimmung erfolgte schliesslich in beiden Räten am 16.12.2005.

²⁷ Ein erstaunliches Gegenbeispiel war die rasche und qualitativ vorzügliche Arbeit im Anschluss an die Ablehnung des EWR Ende 1992: Innert weniger Monate wurde eine grosse Zahl von Gesetzen angepasst; vgl. BBl 1993 I 805 ff. – Den Langsamkeitsrekord dürfte dagegen das Urheberrechtsgesetz halten: Im Jahre 1963 wurde eine erste Expertenkommission zur Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes eingesetzt. Die daraufhin vom Bundesrat unterbreitete Vorlage von 1984 wurde von National- und Ständerat zurückgewiesen; erst der im Jahre 1989 vorgeschlagene Entwurf wurde von den Räten angenommen. Das Bundesgesetz trat schliesslich 1993 – 30 Jahre nach Beginn der Gesetzgebungsarbeiten – in einem völlig gewandelten Umfeld mit neuen Problemen (Stichwort: urheberrechtlicher Schutz von EDV-Programmen) in Kraft. Vgl. hierzu Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographiengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989, in BBl 1989 III 477 ff., 482.

²⁸ Charakteristisch dafür sind die Schlussabstimmungen in den eidgenössischen Räten, die oft an die Wahlen und Abstimmungen im alten Ostblock erinnern. Die Schlussabstimmung zum GmbH-Recht machte in dieser Hinsicht keine Ausnahme: Im Ständerat wurde das neue Recht einstimmig und ohne Enthaltung angenommen, im Nationalrat mit 185 gegen 2 Stimmen, AB 2005 S/N vom 16.12.2005.

²⁹ So brachte das Mitte 2004 in Kraft getretene Fusionsgesetz (Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, SR 221.301) kaum mehr als eine solide rechtliche Basis für all das, was während zweier Jahrzehnte – freilich vielfach auf dünnem Eis – von Lehre, Gerichten und Unternehmenspraxis bereits vorweggenommen worden war.

³⁰ SHAB 2006 Nr. 14, S. 49. Ende 1991 gab es dagegen 2769 GmbHs und 166 470 Aktiengesellschaften, SHAB 1992 Nr. 14, S. 335.

³¹ Stichworte sind etwa: Anhebung des Mindestkapitals von CHF 50 000.– auf CHF 100 000.–, erhöhte Anforderungen an die qualifizierte Gründung und die Abschlussprüfung, aber auch Einschränkung der Vinkulierungsmöglichkeiten.

II. Ziele der Reform und ihre Umsetzung

1. Ausgangslage

Als «*high-level overview*» 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»³²,

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

«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.»³³

2. Stossrichtungen der Reform

Was soll vom bisherigen Konzept auch in Zukunft Bestand haben, was wird anders werden?

Zu erwähnen ist dreierlei:

- a) Verstärkung des Charakters als Kapitalgesellschaft³⁴
- aa) Als Körperschaft mit einem im Voraus bestimmten Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich nur das eigene Vermögen haftet³⁵, 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 angebracht³⁶.

³² Botschaft 1928 (zit. Anm. 10) 273.

³³ V. E. SCHERER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Sieben Vorträge über das neue OR, Basel 1937, 95 ff., 100.

³⁴ Umfassend hierzu sowohl hinsichtlich des bisherigen wie auch des künftigen Rechts JÜRGEN SCHNEIDER, Le capital social initial de la société à responsabilité limitée, Diss. Zürich 2000 = SSWH 197.

³⁵ Das geltende Recht sieht bei der GmbH freilich eine Ausnahme vor für den Fall, dass das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, vgl. OR 772 II und 802 I. Diese wird künftig entfallen, vgl. Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3170, 3193; ferner PETER BÖCKLI, Les sept différences principales entre SA et Sàrl – avant et après la révision, in ROCHAT/FERRARI (Hg.), Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Edition CEDIDAC 37, Lausanne 1998, 77 ff., 85 ff.

³⁶ Der Gedanke, dass für wirtschaftlich gleiche Sachverhalte unabhängig von der gewählten Rechtsform gleiches Recht gelten soll, hat sich in neuerer Zeit mehr und mehr durchgesetzt, so insbe-

- bb) Bei der *Einführung der GmbH* in das schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahre 1936 wurde dieser analogen Struktur von AG und GmbH zu wenig Rechnung getragen. Die Folge davon war eine Vielzahl sachlich nicht gebotener Differenzen zwischen den beiden Kapitalgesellschaften.

In der *Reform des Rechts der AG* wurde jene Gesellschaft gerade auch im Hinblick auf die Vermögensbasis und deren Darstellung in der Jahresrechnung gründlich revidiert und modernisiert, wodurch sich die Unterschiede zum Recht der GmbH noch vertieft haben.

- cc) Ein wichtiges Ziel der GmbH-Reform ist es, im Hinblick auf die Kapitalbasis die überkommenen wie auch die durch die Aktienrechtsreform neu geschaffenen *Diskrepanzen zwischen dem Recht der AG und demjenigen der GmbH abzubauen*. Einige Beispiele:
 - Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde das *Mindestkapital* der AG auf CHF 100 000.– verdoppelt. Das minimale Stammkapital der GmbH bleibt nun zwar – entgegen dem Vorschlag der Expertenkommission, die ebenfalls eine Verdoppelung vorschlug – unverändert bei CHF 20 000.–. Doch müssen Stammanteile künftig von Anfang an *voll liberiert* sein, womit zumindest für den bei der *Gründung* erforderlichen Kapitaleinsatz die früheren Relationen zwischen AG und GmbH wieder hergestellt werden³⁷.
 - Der *Gründungsvorgang* ist weitgehend demjenigen der AG nachgebildet³⁸. Zudem wird für die qualifizierte Gründung auf das Aktienrecht verwiesen³⁹, es bedarf hierfür also künftig auch bei der GmbH eines Gründungsberichts und einer Prüfungsbestätigung^{40,41}. Dies gilt gleichermaßen für die *Kapitalerhöhung*⁴².
 - Vereinheitlicht – freilich über AG und GmbH hinaus für das gesamte Körperschaftsrecht – werden ausserdem die Regeln für die *Revisionsstelle*⁴³.
 - Durch eine Verweisung auf das Recht der AG werden die Regeln über den *Geschäftsbericht*, über die Reserven sowie die *Offenlegung* der Jahres- und

sondere bei der mit der Revision der GmbH einhergehenden Neuordnung der Revisionspflicht, welche rechtsformunabhängig ausgestaltet wird.

³⁷ RevOR 773, 777c; vgl. auch Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3156 f. Bei der AG müssen dagegen nur 50% des Minimalkapitals bei der Gründung liberiert sein, OR 632 II.

³⁸ RevOR 777 ff.

³⁹ RevOR 777c II; Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3177 ff.

⁴⁰ Vgl. OR 635 f.

⁴¹ Das geltende Recht begnügt sich dagegen mit einer Wertfestsetzung durch die Gründer (vgl. OR 778 I), welche indes nur allzu oft zu hoch ausfiel und ausfällt.

⁴² Vgl. revOR 781 V.

⁴³ Vgl. die Verweisung in revOR 818.

- der Konzernrechnung zwischen den beiden Kapitalgesellschaften zur Übereinstimmung gebracht⁴⁴.
- Der *Erwerb eigener Gesellschaftsanteile* wird den Regeln des Aktienrechts angenähert, wobei allerdings Eigenarten des Rechts der GmbH Rechnung zu tragen war⁴⁵.
 - Charakteristisch für die Reform ist sodann die stärkere *Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz*. Hier ist vor allem zu erwähnen, dass die für eine Kapitalgesellschaft verfehlte subsidiäre *persönliche Haftung der Gesellschafter*, wie sie das bisherige Recht vorsieht, künftig *entfallen* wird⁴⁶.
 - Ferner wird eine gewisse *Mobilisierung der Beteiligung* erreicht, und zwar durch zwei Massnahmen: durch die Herabsetzung des Mindestnennwerts von Stammanteilen von CHF 1 000.– auf CHF 100.–⁴⁷, vor allem aber dadurch, dass einem Gesellschafter künftig mehrere Stammanteile zukommen können, was die Übertragung eines Teils der Mitgliedschaftsstellung erleichtert⁴⁸.
 - Auch die *Beschlussfassung* in der Gesellschafterversammlung wird stärker auf die Kapitalbeteiligung ausgerichtet, indem die (auch) nach Köpfen und nicht (nur) nach Kapitalbeteiligung gemessenen Mehrheiten entfallen⁴⁹.
 - *Stimmrechtsprivilegierte Stammanteile* bleiben zwar zugelassen, doch wird das Stimmprivileg wie im revidierten Aktienrecht auf das Zehnfache des Kapitaleinsatzes begrenzt⁵⁰.
 - Für das *Stammkapital* wird es künftig *keine Obergrenze* mehr geben⁵¹.
 - Durch Verweisungen an das Aktienrecht angeglichen werden – freilich allenfalls mit gebotenen Differenzierungen – auch die *Kapitalherabsetzung*⁵², die Ordnung für *Kapitalverlust und Überschuldung*⁵³ sowie der *Genussschein*⁵⁴.

⁴⁴ RevOR 801.

⁴⁵ Vgl. revOR 783 mit OR 659 ff.

⁴⁶ Vgl. OR 772 II und 802; zum künftigen Recht Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3158 f.

⁴⁷ RevOR 774 I; hierzu auch Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3159, 3171.

⁴⁸ Vgl. revOR 772 II; Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3170.

⁴⁹ Vgl. etwa revOR 808b mit OR 784 II und OR 822 III. Im geltenden Recht ist eine Mehrheit nach Köpfen beispielsweise für die Eintragung der Abtretung eines Gesellschafteranteils ins Anteilbuch (OR 791 II) sowie für den Ausschluss eines Gesellschafters zur Abwendung der Auflösung der Gesellschaft erforderlich (OR 794 I Ziff. 4).

⁵⁰ RevOR 806 II; Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3208.

⁵¹ Im geltenden Recht beträgt dagegen der Höchstbetrag CHF 2 Mio., vgl. OR 773. Der Wegfall der Obergrenze ist ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber die GmbH nicht einfach als kleine Schwester der AG versteht, dazu Näheres hinten unter II. 2. b) bb).

⁵² Vgl. revOR 782 IV.

⁵³ Vgl. revOR 820.

⁵⁴ Vgl. revOR 774a.

- Endlich sei erwähnt, dass – wie bei der AG zugunsten des Verwaltungsrates⁵⁵ – bei der GmbH *zugunsten der Geschäftsführer eine Kompetenzvermutung* aufgestellt wird⁵⁶, wobei die Abgrenzung der Organkompetenzen bei der GmbH freilich zugunsten der Versammlung der Gesellschafter verschoben ist⁵⁷. Gleich wie das Aktienrecht wird das künftige GmbH-Recht auch eine Liste von *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Exekutivorgans* enthalten, eine Aufzählung, die weitgehend – aber mit einer gewichtigen Einschränkung⁵⁸ – der aktienrechtlichen entspricht⁵⁹.

b) Bewahrung der Eigenständigkeit

- aa) Trotz aller Annäherungen an das Aktienrecht soll die GmbH aber auch künftig «Bastard», «juridisches Maultier» bleiben. Sie ist zwar Kapitalgesellschaft, jedoch – wie neu in der Legaldefinition ausdrücklich hervorgehoben – «eine *personenbezogene* Kapitalgesellschaft»⁶⁰ und nicht etwa eine «kleine» oder «private» AG.

- bb) Anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten war dies nicht unumstritten. Verschiedentlich wurde angeregt, die GmbH als eine Art «AG light» zu kreieren oder sie gar in der AG aufgehen zu lassen⁶¹. Im Gesetzgebungsverfahren konnte sich diese Auffassung aber – nach Ansicht von PETER BÖCKLI und mir zu Recht – nicht durchsetzen. So bezieht etwa der Bundesrat in seiner Botschaft 2001⁶² eindeutig Stellung:

«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 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.»

⁵⁵ Vgl. OR 716 I.

⁵⁶ Vgl. revOR 810 I; Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3212 f.

⁵⁷ Vgl. insb. revOR 811; dazu auch Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3213 f.

⁵⁸ Vgl. revOR 811 II.

⁵⁹ Vgl. revOR 810 II mit OR 716a I.

⁶⁰ Vgl. revOR 772 I, Hervorhebung hinzugefügt.

⁶¹ Diese Position vertraten etwa unsere gemeinsamen Freunde ALAIN HIRSCH und PETER NOBEL, vgl. HIRSCH/NOBEL, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 ff.; PETER NOBEL, SA privée au lieu de S.à.r.l., Edition CEDIDAC 37 (zit. Anm. 35) 205 ff.; ferner JACQUES-ANDRÉ REYMOND, Le projet de «Société anonyme privée», ebenda 225 ff.; CHRISTIAN J. MEIERSCHATZ, Die GmbH und die Private AG, in: Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, 111 ff.

⁶² Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3154.

Qualitative und nicht quantitative Unterschiede sind es, welche die beiden Kapitalgesellschaften AG und GmbH voneinander unterscheiden: Das künftige Recht der GmbH orientiert sich – nicht anders als das bisherige –

«an den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern»⁶³.

Die GmbH soll so die *Kapitalgesellschaft* bleiben oder werden für *KMU*, für *Joint Ventures*, aber auch für *Gesellschaften*, die von einer einzigen natürlichen Person kontrolliert werden. Dass dafür in der Praxis ein Bedarf besteht, hat die Entwicklung der letzten Jahre bewiesen⁶⁴. Und dass es in Zukunft noch verstärkt um eine Abgrenzung qualitativer und nicht quantitativer Art gehen soll, zeigt sich am Schicksal zweier Schranken, durch welche im *bisherigen Recht* die *Einsatzfähigkeit der GmbH bewusst eingegrenzt* wird. Eine dieser Schranken soll erhalten bleiben, die zweite jedoch entfallen:

- Wegen ihrer Personenbezogenheit ist die GmbH für anonyme Investoren und damit als *Publikumsgesellschaft unpassend*. Einem atypischen Einsatz der Rechtsform der GmbH schiebt der Gesetzgeber auch weiterhin gleich mehrere Riegel vor: Durch die Beschränkung der Möglichkeiten einer Verbriefung der Mitgliedschaft auf blosser Beweisurkunden oder (echte) Namenpapiere⁶⁵ wird die *Kapitalmarktfähigkeit verunmöglicht*⁶⁶. Sodann werden die aktienrechtlichen Instrumente des *bedingten und des genehmigten Kapitals* der GmbH auch künftig *nicht offen stehen*⁶⁷. Schliesslich fehlt auch der *Partizipationsschein*⁶⁸.
- Das bisherige Recht wollte die Verwendung der Rechtsform der GmbH für *volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften unterbinden*, indem ihr Grundkapital nicht nur nach unten, sondern auch nach oben – auf CHF 2 Mio. –

begrenzt wurde⁶⁹. Im künftigen Recht wird diese sowohl unnötige⁷⁰ als auch wirkungslose⁷¹ Bestimmung ersatzlos gestrichen werden⁷².

- cc) Nicht die Grösse des potenziellen Geschäftsvolumens soll also verschieden sein, wohl aber die *Struktur der Gesellschaft* und – ganz besonders – die *Ausgestaltung der Rechtsstellung der Mitglieder*. Einige Hinweise:

- Die *Mitgliedschaft* ist bei der AG nach dispositivem Gesetzesrecht rein *kapitalbezogen*⁷³. Statutarisch kann von dieser Grundordnung nur *begrenzt abgewichen* werden. So gibt es bei der AG keine statutarischen Nebenleistungspflichten⁷⁴, keine Treuepflicht⁷⁵, keine Austritts- und Ausschlussrechte⁷⁶, und die Möglichkeiten zur Errichtung von Übertragungerschwernissen sind durch die Aktienrechtsreform auch für die privaten Aktiengesellschaften massiv abgebaut worden⁷⁷.

In all diesen Punkten erweist sich die *GmbH als Gegenpol zur AG*: Es besteht die Möglichkeit, statutarisch Nebenleistungspflichten vielfacher Art einzuführen⁷⁸ und so das Schwergewicht der mitgliedschaftlichen Beziehung vom Kapitaleinsatz zur persönlichen Mitwirkung hin zu verschieben⁷⁹. Ebenfalls statutarisch regelbar sind Nachschusspflichten⁸⁰. Treuepflicht und Konkurrenzverbot sind bereits im Gesetz verankert⁸¹.

Die grössere persönliche Nähe zeigt sich überdies darin, dass zwischen den Gesellschaftern *keine Anonymität* bestehen soll: Jedem GmbH-Gesellschaf-

⁶³ Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3154.

⁶⁴ Vgl. vorn bei Anm. 30.

⁶⁵ Vgl. revOR 784 I.

⁶⁶ Vgl. dazu Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3154 und 3160. In die gleiche Richtung zielt auch revOR 781 III, wonach bei einer Kapitalerhöhung ein «öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile ... ausgeschlossen» ist.

⁶⁷ Das GmbH-Recht verweist – ausschliesslich – auf die aktienrechtlichen Vorschriften über die ordentliche Kapitalerhöhung, revOR 781 V. Die beiden anderen bei der AG möglichen Kapitalerhöhungsformen sind aufgrund qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers ausgeschlossen; vgl. Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3181.

⁶⁸ Vgl. revOR 774 und 774a, wo nur Stammanteile und Genussscheine erwähnt werden, was ein qualifiziertes Schweigen hinsichtlich der Partizipationsscheine bedeutet; vgl. Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3249.

⁶⁹ Vgl. OR 773.

⁷⁰ Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch personenbezogene Kapitalgesellschaften volkswirtschaftliche Bedeutung erlangen können sollten.

⁷¹ Zur Erinnerung: Hoffmann-La Roche wurde zum Global Player, obwohl das Grundkapital bis 1989 lediglich CHF 50 000.– betrug.

⁷² Dies geschah nicht ohne politischen Widerstand (vgl. AB 2005 N 96 ff.).

⁷³ Vgl. statt aller BÖCKLI (zit. Anm. 2) § 1 N 13 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 39 N 1 ff.

⁷⁴ Vgl. OR 680 I.

⁷⁵ So jedenfalls die vorherrschende Lehre, vgl. statt aller BÖCKLI (zit. Anm. 2) § 13 N 659 ff.

⁷⁶ Sieht man vom Ausschluss des Aktionärs wegen Säumnis in der Erfüllung seiner Liberierungspflicht gemäss OR 681 f. (der Kaduzierung) und den Ausschlussrechten nach BEHG 33 und FusG 8 II, 18 V, 31 II ab.

⁷⁷ Vgl. OR 685a ff.

⁷⁸ Vgl. revOR 796; hierzu im Einzelnen Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3198 f.

⁷⁹ Bei der AG ist hierfür eine komplexe Kombination aktienrechtlicher und vertraglicher Regelungen erforderlich.

⁸⁰ Vgl. revOR 795 ff. sowie Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3194 ff.

⁸¹ Vgl. revOR 803; zum geltenden Recht WOHLMANN (zit. Anm. 11) 40 f., 117 f.

ter steht das Recht zu, Einsicht in das Anteilbuch zu nehmen⁸², während es nur ausnahmsweise ein Recht auf Einsicht in das Aktienregister gibt⁸³.

- Die personenbezogene Natur der Gesellschafterstellung in der GmbH bringt es mit sich, dass deren *Übertragung* durch die dispositive gesetzliche Ordnung *eingeschränkt und erschwert* wird, wobei die Statuten noch weiter gehen können, bis hin zu einem *Übertragungsverbot*⁸⁴. Ein Ausgleich wird durch die Möglichkeiten des *Austritts* und des *Ausschlusses* geschaffen⁸⁵.
- Strukturelle Eigenarten der GmbH im Vergleich zur AG gibt es auch hinsichtlich der *Organe und ihrer Kompetenzen*:

Zwar ist die jeweilige Kompetenzabgrenzung zwischen der Mitgliederversammlung⁸⁶ und der Exekutive⁸⁷ in den Grundzügen ähnlich, wobei das Gewicht bei der GmbH allerdings etwas stärker bei der *Versammlung der Gesellschafter* liegt und dieser – eine im Aktienrecht undenkbar Vorstellung⁸⁸ – sogar *geschäftsführende Entscheide* vorbehalten werden können⁸⁹.

Grundlegend ist aber ein weiterer Unterschied hinsichtlich der Geschäftsführung: Bei der GmbH gilt auch künftig das Prinzip der *Selbstorganschaft*, d.h. die Gesellschafter üben die Geschäftsführung – vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung – aufgrund ihrer Gesellschafterstellung als solcher aus, ohne dass es einer Wahl bedürfte⁹⁰. Drittorganschaft ist zwar möglich, aber nur mit einer statutarischen Grundlage, während umgekehrt im Aktienrecht das Prinzip der Selbstorganschaft auch durch die Statuten nicht eingeführt werden kann.

- c) Beseitigung von Lästigkeiten und Helvetismen, Annäherung an das Recht der EU.
- aa) Das schweizerische GmbH-Recht ist – wie erwähnt – nach deutschem Vorbild geschaffen worden. Mit schweizerischem Perfektionismus wurden aber da und

⁸² Vgl. revOR 790 IV.

⁸³ Vgl. DIETER ZOBL, Zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, SZW 64 (1992) 49 ff.; BÖCKLI (zit. Anm. 2) § 6 N 327 ff.

⁸⁴ Vgl. revOR 787.

⁸⁵ Vgl. revOR 822 ff.; im Einzelnen vgl. auch Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3221 ff.

⁸⁶ Generalversammlung bei der AG, Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

⁸⁷ Dem Verwaltungsrat bzw. den Geschäftsführern.

⁸⁸ Vgl. dazu grundlegend PETER BÖCKLI, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994 = SnA 7, 36 ff.

⁸⁹ Vgl. revOR 811, dazu auch hinten IV. 3.

⁹⁰ Vgl. revOR 809 I. Eine Differenz zum bisherigen Recht besteht darin, dass neu alle Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt und -verpflichtet sein sollen, nach geltendem Recht (OR 811 III) dagegen nur die Gründungsgesellschafter; vgl. zum bisherigen Recht HANDSCHIN (zit. Anm. 9) 86 f.

dort «Verbesserungen» angebracht. Dieser *Swiss finish* hat sich im Nachhinein überwiegend als Missgriff erwiesen. Das Misstrauen des Gesetzgebers von 1936 gegenüber der neuen Rechtsform hat ferner dazu geführt, dass Auflagen gemacht wurden, die sich in der Folge als wenig hilfreich oder gar lästig entpuppt haben.

Die GmbH-Reform ermöglicht nunmehr eine Bereinigung. Zwei wichtige Korrekturen sind bereits erwähnt worden: einerseits der Wegfall der subsidiären persönlichen Haftung aller Gesellschafter bis zum Betrag des (nicht einbezahlten) Stammkapitals⁹¹, andererseits die Beseitigung der Obergrenze für das Stammkapital⁹². Bedauerlich ist, dass der Vorschlag der Arbeitsgruppe nicht berücksichtigt worden ist, eine Pflicht zur Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister nur noch dann vorzusehen, wenn diese eine persönliche Nachschusspflicht trifft^{93, 94}. Immerhin wird die Auflage des bisherigen Rechts gestrichen, zu Beginn eines jeden Kalenderjahres dem Handelsregisteramt eine Liste der Namen der Gesellschafter oder eine ausdrückliche Bestätigung, dass alles beim Alten geblieben ist, einzureichen⁹⁵.

- bb) Das künftige Schweizer GmbH-Recht soll – mit einigen wenigen nicht sehr bedeutsamen Ausnahmen – europakompatibel sein⁹⁶; der so genannte *autonome Nachvollzug* europäischen Rechts soll also auch im Falle der GmbH stattfinden⁹⁷.

⁹¹ Dazu vorn unter II. 2. a) cc).

⁹² Dazu vorn unter II. 2. a) cc).

⁹³ Vgl. revOR 791 und VE 781 Ziff. 5. Als Grund für die generelle Eintragungspflicht wird das Gebot der Gewährleistung der Rechtssicherheit angeführt: Da für die Abtretung von Stammanteilen nach neuem Recht vom Erfordernis der öffentlichen Beurkundung abgesehen werde, sei sicherzustellen, dass die Abtretungen durch die jeweilige Eintragung der Gesellschafter ins Handelsregister zumindest formal geprüft werden. Ferner solle die Eintragung – im Interesse sowohl der Gesellschaft als auch Dritter – Aufschluss geben über die einzelnen Pflichten der Gesellschafter, beispielsweise über allfällige Konkurrenzverbote und Treuepflichten. Vgl. hierzu Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3192.

⁹⁴ Ein legitimes Interesse Dritter, die Gesellschafter zu kennen, besteht beim Fehlen einer Nachschusspflicht so wenig wie bei der AG. Soweit Gesellschafter vertretungsbefugt sind, geht dies aus dem Handelsregister ohnehin hervor, vgl. revOR 814 VI.

⁹⁵ Vgl. OR 790 II. Diese unnötige und als schikanös empfundene Regelung hat vielerorts zu einer ebenso lebhaften wie gehässigen Korrespondenz zwischen GmbHs und Registerämtern geführt.

⁹⁶ Dazu ausführlich BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (zit. Anm. 7) 60 ff. und Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3259 f.

⁹⁷ In Übereinstimmung mit der 12. EG-Richtlinie wird z.B. künftig die offene Gründung einer Einpersonen-GmbH möglich sein, revOR 775. Vgl. hierzu auch Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3172.

3. Ergebnis

- a) Die schweizerische GmbH geht aus dem zehnjährigen Modernisierungsprozess verjüngt, entschlackt und besser gewappnet für die an sie gestellten Erwartungen hervor. Im Kern ist sie gleichwohl die alte geblieben: eine *personenbezogene Kapitalgesellschaft, in vielem der AG verwandt, aber in ihrer Eigenständigkeit zugleich auch deren Gegenpol*.
- b) Zum heute noch geltenden Recht führte der nationalrätliche Berichtersteller in den Dreissigerjahren aus⁹⁸:
- «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.»

Das Ergebnis der Reform ist zwar eine *Verschiebung der Gewichte* zugunsten kapitalgesellschaftlicher Elemente – tendenziell weg von der Kommanditgesellschaft und hin zur AG. Zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel ist es aber (m.E. zu Recht) nicht gekommen.

III. Vom Vorentwurf zum Gesetzestext: Akzentverschiebungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens

Vorab eine für die Mitglieder der Expertengruppe erfreuliche Feststellung: Ihre Vorschläge haben den Marsch durch die Institutionen inhaltlich weitgehend unversehrt überstanden⁹⁹. Es ist der Expertengruppe offenbar gelungen, sich mit ihren Empfehlungen nicht allzu weit vom *mainstream* zu entfernen.

Modifiziert wurde allerdings die Austarierung einer Interessenabwägung (vgl. Ziff. 1.). Sodann ist die Expertenkommission mit zwei anscheinend allzu kühnen Neuerungen nicht durchgedrungen (vgl. Ziff. 3.). Im Übrigen war die Arbeit von Bundesrat und Parlament vorwiegend durch die Pflege von Details geprägt (vgl. Ziff. 2.).

⁹⁸ SCHERER (zit. Anm. 33) 100.

⁹⁹ Vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (VE GmbH), Bern 2000.

1. Die Gretchenfrage: Gläubigerschutz contra Förderung von Start-ups

- a) Im Spannungsfeld zwischen den Postulaten des Gläubigerschutzes einerseits und der Erleichterung der Gründung und des Betriebs von Kleinunternehmen andererseits sind die von der Expertenkommission unterbreiteten Vorschläge im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens abgespeckt worden. Es geht um zwei Bereiche:
- Gründung und Liberierung (vgl. lit. b) sowie
 - Abschlussprüfung (vgl. lit. c).
- b) Die Expertenkommission hatte eine *Verstärkung der Kapitalbasis* durch drei *Neuerungen* vorgeschlagen:
- *Verdoppelung des Minimalkapitals* auf CHF 40 000.–,
 - *Pflicht zur Vollliberierung* der Stammanteile,
 - *Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung* bei der qualifizierten Gründung entsprechend dem revidierten Aktienrecht.
- Gegen eine solche Verschärfung der Gründungserfordernisse¹⁰⁰ erwuchs erhebliche Kritik¹⁰¹, und diese hatte insofern Erfolg, als sich der Bundesrat für die Beibehaltung eines Mindestkapitals von CHF 20 000.– entschied¹⁰². Geblieben sind dagegen die Pflicht zur Vollliberierung sowie die dem Aktienrecht entsprechenden Vorschriften für qualifizierte Gründungen¹⁰³.
- c) Im bisherigen Recht der GmbH ist die *Revisions- bzw. Kontrollstelle* bekanntlich fakultativ¹⁰⁴. Der VE wollte demgegenüber – entsprechend dem geltenden Recht der AG – ein Obligatorium vorsehen¹⁰⁵. Aufgrund der im Vernehmlass-

¹⁰⁰ Zu ihrer Begründung vgl. BÖCKLI/FORSTMOSE/RAPP (zit. Anm. 7) 18 f. und 22 sowie die Zusammenfassung in der Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3156.

¹⁰¹ Vgl. etwa MAX BOEMLE in Finanz und Wirtschaft vom 22.9.1999 S. 29 sowie LUKAS HANDSCHIN in NZZ vom 24.9.1999 S. 27; dazu die Entgegnung von MAX GERSTER in NZZ vom 21.10.1999 S. 25. Eine Weiterführung der Auseinandersetzung findet sich in einer Replik von HANDSCHIN in NZZ vom 22.10.1999 S. 23 und einer Kontroverse GERSTER/HANDSCHIN in Schweiz. Handelszeitung vom 17.11.1999 S. 2, vgl. sodann HANS ROTH in NZZ vom 21.12.1999 S. 25, ferner PLÜSS/WIDMER in Finanz und Wirtschaft vom 12.1.2000 S. 29. Eine wissenschaftlich fundierte Kritik der Vorschläge der Expertenkommission hat SCHNEIDER (zit. Anm. 34) 207 ff. unternommen.

¹⁰² Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3156. Das Parlament hat sich dem Bundesrat angeschlossen, revOR 773; vgl. dazu die Diskussion im Nationalrat (AB 2005 N 96 ff.).

¹⁰³ Diese Verschärfungen sind m.E. weit wichtiger, als es eine Erhöhung der Grundkapitalziffer gewesen wäre. Denn jeglicher Gläubigerschutz durch die Sperrquote «Grundkapital» ist sinnlos, wenn dieses – wie unter dem heute noch geltenden Recht der GmbH zwar verpönt, aber noch immer allzu leicht möglich – durch fiktive Vermögenswerte «liberiert» wird.

¹⁰⁴ Vgl. OR 819: Ein Obligatorium besteht nur, wenn die Informationsrechte der Gesellschafter eingeschränkt sind.

¹⁰⁵ VE OR 819 I, zur Begründung vgl. BÖCKLI/FORSTMOSE/RAPP (zit. Anm. 7) 42 ff.

sungsverfahren verschiedentlich geäusserten Kritik, der Vorschlag der Expertenkommission sei «zu radikal» und zu teuer¹⁰⁶, schlug der Bundesrat vor, bei *Kleinunternehmen* auf die Pflicht, eine Revisionsstelle zu ernennen, zu *verzichten*¹⁰⁷. Diese zunächst nur für die GmbH vorgesehene Unterscheidung nach der Grösse des Unternehmens ist dann später ersetzt worden durch den Vorschlag in der Zusatzbotschaft 2004, die Revisionspflicht rechtsformunabhängig zu regeln und *generell nach Grösse und volkswirtschaftlicher Bedeutung der Unternehmen zu differenzieren*¹⁰⁸. Dieser bundesrätliche Vorschlag ist im Parlament abgesegnet worden, und in Zukunft werden Körperschaften gleich welcher Rechtsform auf die Revision verzichten können, «wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat»¹⁰⁹, während andere kleinere und mittlere Gesellschaften sich mit einer eingeschränkten Revision (einem *review*) begnügen können¹¹⁰. Hierbei werden an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle geringere Anforderungen gestellt, um ihr das «Mitwirken bei der Buchführung und das Erbringen anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft»¹¹¹ zu ermöglichen.

- d) Welche Auflagen man Unternehmen im Interesse des Schutzes ihrer Gläubiger und der Allgemeinheit machen will, oder – umgekehrt betrachtet – welche Risiken man auf die Gläubiger überwälzt, um die Kosten unternehmerischer Tätigkeit tief zu halten, ist *keine rechtstechnische, sondern eine politische Frage*, weshalb die Expertenkommission die von Bundesrat und Parlament vorgenommenen Änderungen mit Fassung zur Kenntnis nehmen kann.

2. Detailpflege

Auf dem Weg vom VE zum definitiven Gesetzestext haben die gesetzgebenden Instanzen vielerorts Einzelheiten modifiziert und zumeist auch verbessert.

- a) In Nuancen geändert wird die *Terminologie*: Aus «Erwerbung» wird «Erwerb»¹¹², aus «einverlangt» wird «eingefordert»¹¹³, aus «Ausschliessung» wird «Ausschluss»¹¹⁴ usw.

¹⁰⁶ Vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf (zit. Anm. 99) 7 und *passim*.

¹⁰⁷ Vgl. revOR 818 und dazu Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3164 f.

¹⁰⁸ Vgl. Botschaft 2004 (zit. Anm. 22) 3989 f. Diese Umsetzung des Grundsatzes «*same business same rules*» ist zu begrüssen.

¹⁰⁹ RevOR 727a II.

¹¹⁰ RevOR 727a; vgl. auch Botschaft 2004 (zit. Anm. 22) 4014 ff.

¹¹¹ RevOR 729 II; Botschaft 2004 (zit. Anm. 22) 4025 f.

¹¹² Vgl. OR 807 mit revOR 783.

¹¹³ Vgl. VE 803 I mit revOR 795a II.

¹¹⁴ Vgl. VE 808 I Ziff. 8 sowie 808 II Ziff. 6 mit revOR 808b I Ziff. 9.

Wie diese terminologischen Nuancierungen gehen wohl auch die recht zahlreichen *Umformulierungen* auf das im Ganzen segensreiche Wirken des Sprachdienstes des Bundes zurück: Aus «gelten» wird «sind ... anwendbar»¹¹⁵, aus «können nur mit Zustimmung ... gefasst werden» wird «bedarf der Zustimmung»¹¹⁶, aus «jeder Gesellschafter hat ...» wird «die Gesellschafter haben ...»¹¹⁷, und der «Antrag auf Ausschliessung» wird zum «Antrag ... auszuschliessen»¹¹⁸.

- b) Da und dort sind *Fristen massiv verlängert* worden: Während der VE die Frist zur Einberufung der Gesellschafterversammlung auf zehn Tage (mit einer Möglichkeit der Verkürzung auf fünf Tage) festlegte, sind es nach künftigem Recht zwanzig (bzw. bei Verkürzung mindestens zehn) Tage¹¹⁹. Das Fortdauern der Nachschusspflicht eines ausgeschiedenen Gesellschafters wurde von zwei auf drei Jahre verlängert¹²⁰, die Möglichkeit des Anschlussaustritts von einem auf drei Monate¹²¹.
- c) Die Expertenkommission fühlte sich gehalten, den *Aufbau des geltenden Rechts zu respektieren* und lediglich ergänzende Artikel zwischen die bestehenden einzuschieben. Im Entwurf des Bundesrates ist diese Zurückhaltung aufgegeben worden. Zwar bleibt das Recht der GmbH in fünf Abschnitte gegliedert, aber in und zwischen diesen Abschnitten wurden die *Artikel neu gemischt*, einem Schwarm Vögel gleich, der von einem Baum aufflattert, um sich alsbald wieder in anderer Gruppierung niederzulassen. OR 792 wird zu revOR 788, OR 802 zu revOR 794, OR 807 zu revOR 783 usw., und insgesamt behalten – ausser den ersten und dem letzten – nur wenige Artikel des Titels über die GmbH ihr bisheriges Thema.

Dass solche Umstellungen Gewinn bringen, mag man füglich bezweifeln. Jedenfalls erschweren sie den Beizug der bisherigen Literatur und Judikatur.

- d) Sinnvoll ist, dass *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht allgemein* auch in der GmbH-Reform *berücksichtigt* worden sind, so etwa die fortschreitende Liberalisierung der Wohnsitzerfordernisse¹²², die Vereinheitlichung und Neuordnung

¹¹⁵ Vgl. VE 797a I mit revOR 789a I und VE 827 mit revOR 827.

¹¹⁶ Vgl. VE 803d mit revOR 797.

¹¹⁷ Vgl. VE 810 I mit revOR 806 I.

¹¹⁸ Vgl. VE 808 I Ziff. 8 mit revOR 808b I Ziff. 8.

¹¹⁹ Vgl. VE 809 II mit revOR 805 III.

¹²⁰ Vgl. VE 803a I mit revOR 795d I.

¹²¹ Vgl. VE 822a II mit revOR 822a II.

¹²² Der VE hatte noch verlangt, dass die Gesellschaft durch einen in der Schweiz ansässigen Geschäftsführer müsse vertreten werden können (VE 813 I). Das revOR lässt auch den Wohnsitz eines Direktors genügen (revOR 814 III).

von Regeln betreffend Mängel in der Organisation der Gesellschaft¹²³ und – wie bereits erwähnt – die Vereinheitlichung der Regeln über die Revisionspflicht.

3. Nicht berücksichtigte Vorschläge der Expertenkommission

Wo sich die Expertengruppe allzu mutig in neues Gelände vorgewagt hatte, da ist sie vom Bundesrat resolut zurückgepfiffen worden:

- a) Dies betrifft zum Ersten eine explizite gesetzliche Regelung für *eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*¹²⁴. Offenbar war dieser Vorschlag vielen zu dogmatisch, zu modern, zu fremdländisch. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass in Deutschland mit entsprechenden Vorschriften nicht nur gute Erfahrungen gemacht worden seien¹²⁵. Pragmatismus ist daher in dieser Frage in der Schweiz auch künftig bestimmend¹²⁶, und damit wird sich leben lassen.
- b) Schmerzlicher war es für die Expertenkommission, dass ein zweiter Vorschlag aus Abschied und Traktanden gefallen ist: derjenige zur Einführung einer neuen Rechtsform, der «*Personengesellschaft mit beschränkter Haftung*» (PbH). Diese unter der Federführung von PETER BÖCKLI entwickelte, natürlichen und juristischen Personen offen stehende Gesellschaft hätte – als eine Art Kommanditgesellschaft mit lauter Kommanditären – für Bedürfnisse dienen sollen, die in Deutschland durch die «GmbH & Co. KG» abgedeckt werden. Der Bundesrat sagte zwar zu, er wolle die Idee einer PbH «aufnehmen und in Fachkreisen vertieft erörtern»¹²⁷, doch ist es beim Versprechen geblieben.

IV. Einige offene Fragen

Das revidierte GmbH-Recht dürfte – wie bereits erwähnt – zu Beginn oder im Laufe des Jahres 2007 in Kraft treten. Allzu grosse Probleme sollten sich bei seiner Umsetzung nicht ergeben, da die neue Ordnung auf Bewährtem aufbaut und keine revolutionären Neuerungen enthält.

¹²³ Vgl. revOR 819: Verweisung auf die aktienrechtliche Ordnung in revOR 713b.

¹²⁴ Vgl. VE 807c.

¹²⁵ Vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen (zit. Anm. 99) 236 ff. und Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3158.

¹²⁶ Dazu allgemein MICHAEL HOLD, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000 = SSPHW 60.

¹²⁷ BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (zit. Anm. 7) 77. In der Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3169 wird die PbH dann ausdrücklich abgelehnt, mit dem Argument, eine «zu grosse Normenvielfalt» sei nicht wünschenswert.

Und doch wird die Konfrontation mit der Praxis – sowie bereits vorher die Analyse und kritische Reflexion in Aufsätzen und an Tagungen – eine Vielzahl von Fragen aufwerfen und auch da und dort Ungereimtheiten aufzeigen¹²⁸. Drei Themen von unterschiedlicher Tragweite, zu denen sich dem Verfasser bei einer Durchsicht der Referendumsvorlage und der bundesrätlichen Botschaft 2001 spontan Fragen gestellt haben, seien abschliessend kurz aufgegriffen – als Beitrag zur hoffentlich bald anlaufenden Diskussion über die Einzelheiten des neuen Rechts:

1. Annullierung einer durch Täuschung erlangten Gesellschafterstellung?

- a) Die Übertragung der Mitgliedschaft bedarf bei der GmbH – nach bisherigem wie auch nach künftigem Recht – der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung¹²⁹. Wie verhält es sich, wenn diese *Zustimmung durch falsche Angaben*, durch eine Täuschung der Gesellschafter also, *erwirkt* worden ist? Das Aktienrecht kennt für den entsprechenden Tatbestand eine spezielle Bestimmung¹³⁰: Die Anerkennung eines Aktienerwerbers als Aktionär kann rückgängig gemacht werden, wenn sie «durch falsche Angaben des Erwerbers zustande gekommen ist»¹³¹.
- b) Im Recht der GmbH fehlt eine entsprechende Regel. Diese Differenzierung gegenüber dem Aktienrecht ist gewollt: Gemäss Botschaft 2001¹³² findet die aktienrechtliche Ordnung im Recht der GmbH «... keine Anwendung, weil hier die Möglichkeit offen steht, Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus wichtigen Gründen auszuschliessen». Ein solch bewusstes und damit *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers verbietet eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Norm.
- c) Ist damit die Rückgängigmachung einer durch Täuschung erschlichenen Gesellschafterstellung bei der GmbH ausgeschlossen und hat die Gesellschaft nur

¹²⁸ So war es auch bei der Einführung des revidierten Aktienrechts, vgl. etwa den schon vor dessen Inkrafttreten erschienenen Beitrag des Verfassers «Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht», in SZW 64 (1992) 58 ff.

¹²⁹ Vgl. OR 791 I und II sowie revOR 808b I Ziff. 4; siehe auch HANDSCHIN (zit. Anm. 9) 131 m.w.H.

¹³⁰ OR 686a.

¹³¹ Das Gesetz spricht davon, die AG könne «Eintragungen im Aktienbuch streichen», was natürlich falsch bzw. untechnisch formuliert ist: Nach einhelliger Lehre und Praxis hat die Eintragung im Aktienbuch rein deklaratorische Wirkung. Sie setzt voraus, dass der Entscheid über die Zulassung bereits vorher erfolgt ist (vgl. statt aller BGE 117 II 311). Richtig müsste es daher heissen: «die Anerkennung als Aktionär rückgängig machen».

¹³² Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3192.

die Möglichkeit, ein – allenfalls langwieriges – gerichtliches Ausschlussverfahren anzustrengen? M.E. ist dies nicht der Fall, weil man sich auf eine andere rechtliche Basis stützen kann: die *Rückgängigmachung des Eintragungsent-scheides wegen Willensmangels*¹³³.

Bekanntlich sieht ZGB 7 vor, dass die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung von Verträgen auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung finden. Nach Lehre und Praxis fallen – entgegen dem zu engen Wortlaut – *alle* «allgemeinen Bestimmungen» des OR unter diese Regel¹³⁴. Freilich geschieht ihre Anwendung auf andere Rechtsverhältnisse nicht unmittelbar, sondern – vorbehaltlich eines gesetzlichen Verweises auf einen konkreten Artikel – *analog*, und sie geschieht auch nur dann, wenn nicht eine *Spezialbestimmung* der allgemeinen Norm vorgeht oder eine *unterschiedliche Interessenlage* die Übernahme von Bestimmungen des Allgemeinen Teils verbietet¹³⁵.

- aa) Was zunächst die *Interessenlage* betrifft, so unterscheidet sich der Anerkennungsvorgang kaum vom Abschluss eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts. Insbesondere sind nur die Gesellschaft und der Gesuchsteller betroffen, weshalb keine Drittinteressen zu schützen sind. Insofern steht also einer Anwendung der Regeln über die Willensmängel nichts entgegen¹³⁶.
- bb) Für das *Aktienrecht* gibt es seit dessen Reform die vorstehend erwähnte *Spezialbestimmung* zur sog. «Streichung» eines Erwerbers im Aktienbuch. Schliesst diese Spezialnorm die Anwendung des Allgemeinen Teils des OR und damit der Regeln über die Geltendmachung von Willensmängeln aus? Wäre dies der Fall, dann könnte allenfalls gefolgert werden, der Gesetzgeber – oder zumindest der Bundesrat – habe durch den Verzicht auf eine entsprechende Regel im Recht der GmbH¹³⁷ zugleich einen bewussten Entscheid gegen die Anwendbarkeit von OR 28 getroffen.

Allein, dem ist nicht so: Durch die Vorschrift des OR 686a sollte eine Berufung auf Willensmängel keineswegs ausgeschlossen werden; vielmehr sind jene Regeln bei der Erschleichung einer Mitgliedschaft «auf jeden Fall ... anwend-

¹³³ Vgl. OR 28 I i.V.m. OR 23 f.

¹³⁴ HANS SCHMID in Basler Kommentar zum ZGB I, 2. A. Basel 2002, Art. 7 N 4; HENRI DESCHENAUX in Schweiz. Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, 52 ff.

¹³⁵ So ist etwa eine Berufung von Aktienzeichnern auf Willensmängel nach der Eintragung einer Kapitalerhöhung im Handelsregister wegen der dann zu schützenden Drittinteressen nicht (mehr) zulässig, BJM 1975 79 ff.

¹³⁶ So auch das Bundesgericht im Entscheid 117 II 290 ff., 311.

¹³⁷ Bzw. eine Verweisung auf das Recht der AG.

bar, und dies neben der Vorschrift von Art. 686a», wie PETER BÖCKLI zu Recht festhält¹³⁸.

- cc) Bleibt aber das Recht auf Geltendmachung von Willensmängeln bei der AG erhalten, *obwohl* eine Sondernorm eingeführt worden ist, dann muss diese Möglichkeit erst recht bei der GmbH bestehen, bei der es auch künftig *keine Spezialbestimmung* geben wird. In der Tat ist die Möglichkeit einer Rückgängigmachung der Anerkennung eines Gesellschafters bei der personenbezogenen GmbH wichtiger als bei der – zumindest nach dem gesetzlichen Leitbild – rein kapitalistischen AG. Hieran ändert sich auch durch die Möglichkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters nichts, zumal Vorgehen und Ergebnis durchaus unterschiedlich sind¹³⁹.
- dd) Das Recht, eine aufgrund falscher Angaben erfolgte Zulassung als Gesellschafter rückgängig zu machen, bleibt also erhalten – entgegen dem Eindruck, den die bundesrätliche Botschaft vermittelt.

Umso mehr muss es noch zulässig sein, einen entsprechenden Vorbehalt in die Statuten aufzunehmen, wie dies zahlreiche Aktiengesellschaften vor der Aktienrechtsreform getan hatten, so etwa Nestlé und UBS (damals SBG), deren Regelungen beide höchstgerichtlich überprüft und für rechtens erklärt wurden¹⁴⁰.

2. Haftungsverhältnisse bei Stammanteilen in der Hand von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

- a) Für gemeinschaftliches Eigentum an einem Stammanteil sieht revOR 792 vor, dass die Berechtigten gemeinsam einen Vertreter zu bezeichnen haben sowie «für Nachschusspflichten und Nebenleistungspflichten solidarisch» haften.

Die Botschaft 2001 betont, diese Regelung gelte «sowohl für Miteigentum als auch für Gesamteigentum», und sie fährt fort, es könne sich gemeinschaftliches Eigentum «insbesondere ergeben, wenn Stammanteile durch eine einfache Gesellschaft, eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft gehalten

¹³⁸ BÖCKLI (zit. Anm. 2) § 6 N 186, mit Hinweis auf die Unterschiede zwischen den beiden Möglichkeiten.

¹³⁹ Die Aberkennung der Mitgliedschaft wegen Täuschung erfolgt *ex tunc* durch Willenserklärung, der Ausschluss dagegen *ex nunc* nach einem Gerichtsverfahren, während dessen Verlauf die Mitgliedschaftsrechte bestehen bleiben und auch insoweit ausgeübt werden können, als sie nicht aufgrund einer vorsorglichen Massnahme (revOR 824) ruhen.

¹⁴⁰ BGE 117 II 186 ff. (SBG, beschränkte Kognition) und BGE 117 II 290 ff. (Nestlé, volle Kognition).

werden»¹⁴¹. Für diesen Fall gelte die Vertretungspflicht und die solidarische Haftung für die mehreren an der Personengesellschaft Berechtigten.

- b) Träfe dies zu, dann wären die Folgen für die Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, welche an einer GmbH beteiligt ist, fatal:
- Kollektivgesellschafter und Komplementäre würden nicht bloss subsidiär haften¹⁴², sondern *primär*.
 - Vor allem aber würde die solidarische Haftung gemäss revOR 792 Ziff. 2 die *Risikobegrenzung der Kommanditisten ausschalten*: Statt wie nach Kommanditgesellschaftsrecht nur in Höhe ihrer Kommanditsumme¹⁴³ würden sie im vollen Umfang einer Nachschuss- oder Nebenleistungspflicht haftbar werden¹⁴⁴.

Ist dies wirklich der Standpunkt des künftigen Rechts?

- c) Ein Vergleich mit dem bisherigen und heute noch geltenden OR 797 zeigt, dass revOR 792 keine grundsätzlichen Neuerungen bringen soll¹⁴⁵. Zur Auslegung der Norm darf daher das Schrifttum zum bisherigen Recht zu Hilfe genommen werden. Dieses hält denn auch eindeutig fest, dass dann, wenn eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft Stammanteile einer GmbH hält, *diese Personengesellschaft als solche* – und nicht deren Gesellschafter – zur *GmbH-Gesellschafterin* wird¹⁴⁶. Bestätigt wird dies in der Legaldefinition des neuen Rechts, wo – übrigens nicht anders als heute – festgehalten wird, dass an einer GmbH «Personen *oder Handelsgesellschaften*»¹⁴⁷ beteiligt sein können. Eine Handelsgesellschaft – Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft – ist somit (entsprechend ihrer Verselbständigung als handlungsfähige organisatorische Einheit trotz fehlender juristischer Persönlichkeit¹⁴⁸) *als solche* Gesellschafterin der GmbH, nicht etwa die einzelnen Kollektivgesellschafter oder Komplementäre bzw. Kommanditäre. Folglich treffen Nachschuss- und Nebenleistungspflichten die

¹⁴¹ Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3193.

¹⁴² Dazu OR 568 III und OR 604.

¹⁴³ Vgl. OR 608 I.

¹⁴⁴ Und dies wiederum primär und nicht lediglich subsidiär.

¹⁴⁵ Für die Bezeichnung eines Vertreters hinsichtlich der durch mehrere Personen gemeinschaftlich gehaltenen Stammanteile verweist die Botschaft 2001 denn auch explizit auf OR 797, Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3193.

¹⁴⁶ Vgl. etwa MARC AMSTUTZ in Basler Kommentar zum OR II (zit. Anm. 14) Art. 797 N 2; RUDOLF GAMMA, Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern 1944, 31; HANDSCHIN (zit. Anm. 9) 18; JANGGEN/BECKER, (zit. Anm. 13) Art. 797 N 1; VON STEIGER, (zit. Anm. 13) Art. 797 N 2 sowie WOHLMANN (zit. Anm. 11) 64.

¹⁴⁷ RevOR und OR 772 I, Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁴⁸ CARL BAUDENBACHER in Basler Kommentar zum OR II (zit. Anm. 14) Art. 594 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A. Bern 2004, § 13 N 25.

Handelsgesellschaft und nicht ihre Gesellschafter¹⁴⁹. Anders ausgedrückt: Die Bestimmungen des Personengesellschaftsrechts gehen revOR 792 vor¹⁵⁰.

3. Persönliche Haftung von Geschäftsführern trotz eines Entscheides der Gesellschafterversammlung?

- a) Das neue GmbH-Recht übernimmt aus dem revidierten Aktienrecht die Idee, die *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Exekutive* – Verwaltungsrat in der AG, Geschäftsführer bei der GmbH – im Gesetz explizit aufzulisten¹⁵¹. Während aber im Aktienrecht dieses Prinzip rigide durchgehalten wird, ist im Recht der GmbH ein Kompromiss eingegangen worden: Gemäss revOR 811 I kann statutarisch vorgesehen werden,

«dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:

1. bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen;
2. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können»¹⁵².

In Abs. II von revOR 811 wird für diese Fälle statuiert:

«Die Genehmigung der Gesellschafterversammlung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein.»

Die Geschäftsführer sollen also gegebenenfalls persönlich haften für einen Entscheid, den sie nicht selbst getroffen haben bzw. der zumindest von der Gesellschafterversammlung sanktioniert worden ist¹⁵³. Haftung für fremdes Verschulden?

¹⁴⁹ Diese werden höchstens subsidiär verpflichtet, entsprechend dem Recht der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft (OR 568, 604, 608).

¹⁵⁰ Die entsprechende Aussage in der Botschaft (vgl. vorn bei Anm. 141) ist daher nicht korrekt: Eine Vertretungspflicht und persönliche solidarische Haftung gibt es nur bei «nicht organisierten Gemeinschaften wie der Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft und einfachen Gesellschaft»; vgl. VON STEIGER (zit. Anm. 13) Art. 797 N 3. Eine andere Meinung scheint offenbar PASCAL MONTAVON, *Abrégé du droit commercial*, 3. A. Lausanne 2004, 396 zu vertreten.

¹⁵¹ RevOR 810 II.

¹⁵² Die Idee fand sich – als Art. 812a – schon im VE, freilich mit einer nicht unwesentlich (dazu nachstehend lit. e) abweichenden Nuance: Dort wurde nämlich gesagt, die Geschäftsführer seien befugt, der Gesellschafterversammlung geschäftsführende Fragen grundsätzlicher Tragweite «zum Entscheid vorzulegen» (also nicht nur zur «Genehmigung»).

¹⁵³ Diese im VE nicht enthaltene Aussage zur Haftung dürfte auf die Vernehmlassungsantwort von MARC-ANTOINE SCHAUB (dem früheren Genfer Handelsregisterführer) zurückgehen, der kritisch feststellte, der Genehmigungsvorbehalt verstosse gegen das Gewaltenteilungsprinzip innerhalb der Gesellschaft, und der ausserdem postulierte, es dürften die Geschäftsführer nicht durch eine solche Genehmigung von ihrer Verantwortung befreit werden; Vernehmlassungsantworten (zit. Anm. 99) 271. Zur Vermengung der Gewalten vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, Expertenbericht (zit. Anm. 7) 39; Botschaft 2001 (zit. Anm. 17) 3213; ferner PETER FORSTMOSER, Gang der

- b) Die Crux der Genehmigungsvorbehalte von revOR 811 I liegt darin, dass zwar die Geschäftsführer einer GmbH einer strengen persönlichen Verantwortlichkeit unterliegen¹⁵⁴, die Gesellschafterversammlung und die in ihr handelnden Gesellschafter dagegen nicht. Da lag es nahe zu erklären, die Haftung der Geschäftsführer bleibe von der Genehmigung unberührt, denn ansonsten wäre es allzu leicht möglich geworden, das persönliche Haftungsrisiko dadurch auszuschalten, dass man eine Entscheidung an die Gesellschafterversammlung delegiert.

Nur: Was geschieht, wenn die Gesellschafterversammlung einem rechtlich gebotenen Vorschlag der Geschäftsführer ihre Genehmigung verweigert und diesen so ein korrektes Verhalten verunmöglicht?

Eines muss man der Formulierung von revOR 811 lassen: Sie ist ein Füllhorn für künftige Aufsatzschreiber und Doktoranden. Angedacht sei Folgendes:

- c) Beim Genehmigungsentscheid gemäss OR 811 I handelt es sich nicht bloss um einen *Konsultativbeschluss*, wie er auch im Rahmen der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates einer AG zulässig ist¹⁵⁵. Konsultativbeschlüsse sind ein zusätzliches Element der *Entscheidfindung*. Sie sind nicht bindend (und vermögen konsequenterweise auch die vorliegenden Organpersonen nicht von einer persönlichen Haftung zu befreien). Das ist bei einer Beschlussfassung im Rahmen von revOR 811 anders¹⁵⁶. Denn ein Genehmigungsvorbehalt bedeutet letztlich immer die Zuweisung der letzten Entscheidungskompetenz (des «*decision taking*», wenn auch nicht des «*decision shaping*») an ein anderes Organ¹⁵⁷.
- d) Unklar ist, ob aus der oszillierenden Terminologie des Gesetzes irgendwelche Schlüsse zu ziehen sind: Der VE sprach von «Entscheiden grundsätzlicher Tragweite»¹⁵⁸, der definitive Gesetzestext differenziert: Bei der *Vorlegungspflicht* wird von «bestimmte[n] Entscheide[n]» gesprochen, beim *Vorlegungsrecht* von «einzelne[n] Fragen». Nonchalance oder subtile Nuance?

Reformarbeiten und Zielsetzung der Reform; Eigenarten der GmbH insbesondere hinsichtlich Mitgliedschaft, Organisation und Geschäftsführung, Sonderdruck: Die neue GmbH, Referate anlässlich des Symposiums vom 21. August 2002, Bern 2002, 25 f.; HANDSCHIN (zit. Anm. 9) 65 f.

¹⁵⁴ Sie entspricht der aktienrechtlichen, vgl. die Verweisung auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in revOR 827.

¹⁵⁵ Vgl. dazu BÖCKLI (zit. Anm. 88) 40 f. sowie Peter FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeit und Grenzen, SZW 66 (1994) 169 ff., 177.

¹⁵⁶ Vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, Expertenbericht (zit. Anm. 7) 39.

¹⁵⁷ So BÖCKLI (zit. Anm. 2) § 12 N 33.

¹⁵⁸ VE 812a II Satz 1.

- e) Nicht einfach zufällig scheint immerhin die Mutation von der Möglichkeit, gewisse Geschäfte «zum Entscheid vorzulegen»¹⁵⁹, zur Pflicht oder Möglichkeit, Entscheide oder Fragen «zur Genehmigung vorzulegen»¹⁶⁰. Wer zur Genehmigung vorlegt, muss einen Antrag stellen; wer den Entscheid (nach oben) delegiert, kann sich einer eigenen Meinung enthalten. Aus dem definitiven Text ist mithin zu folgern, dass die Geschäftsführer auch dann, wenn sie eine Frage der Gesellschafterversammlung unterbreiten müssen oder dürfen, zunächst einen *eigenständigen Vorentscheid* getroffen haben sollen. Auf dieser Grundlage lässt sich denn auch eher eine persönliche Haftung rechtfertigen als bei einem neutralen Verhalten.

- f) Im Übrigen wird man differenzieren müssen, wobei zumindest vier Fälle zu unterscheiden sind:

- aa) Es wird ein *korrekter Antrag* gestellt und diesem wird durch die Gesellschafterversammlung *zugestimmt*. Dies sollte der Normalfall sein. Haftungsfragen stellen sich nicht.
- bb) Die Geschäftsführer stellen einen *rechtswidrigen Antrag*, die Gesellschafterversammlung *lehnt ihn ab*. Auch in diesem Fall ergeben sich keine Haftungsfolgen; die Vorlage zeitigte eine segensreiche Wirkung, indem sie Schlimmeres verhütete.
- cc) Es wird ein *rechtswidriger Antrag* gestellt, und dieser wird *gutgeheissen*. Dann bleiben die Geschäftsführer trotz Sanktionierung der Entscheidung durch die «übergeordnete Instanz» haftbar, denn sie tragen zumindest die Verantwortung für den Antrag und das «*decision shaping*». Recht so!
- dd) Eine Vielzahl von Fragen stellt sich dagegen, wenn ein *korrekter Antrag* der Geschäftsführer *abgelehnt* und es diesen dadurch verwehrt wird, sich korrekt zu verhalten:

1. Werden sie dann haftbar, obwohl sie den ablehnenden Entscheid nicht wollten und sich im Gegenteil für ein rechtmässiges Verhalten einsetzten?
2. Oder sollen sie nicht in die Pflicht genommen werden können für einen Entscheid, den sie nicht selbst zu verantworten haben? Unterfrage: Soll dies nur dann gelten, wenn sie einen Entscheid zur Genehmigung vorlegen *mussten*, nicht aber, wenn sie eine Frage lediglich vorlegen *durften*¹⁶¹? Zweite Unterfrage: Haben die Geschäftsführer ein *Widerstandsrecht* oder

¹⁵⁹ VE 812a II Satz 2.

¹⁶⁰ Vgl. auch Anm. 152. Die Expertengruppe scheint sich dieser Frage freilich nicht bewusst gewesen zu sein: Hinsichtlich der Vorlagepflicht spricht sie von «Genehmigung», hinsichtlich des Vorlagerechts von «Entscheid».

¹⁶¹ Eine Haftungsbefreiung im letzteren Fall wäre wohl eine allzu billige Möglichkeit, zwingende Gesetzesvorschriften dadurch auszuhebeln, dass die Geschäftsführer einen Entscheid der Gesellschafterversammlung vorlegen, um sich dann die Hände in Unschuld waschen zu können.

gar eine Widerstandspflicht gegenüber rechtswidrigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung¹⁶²?

3. Oder ist vielleicht die Ermächtigung des Gesetzgebers, «bestimmte Entscheide bzw. einzelne Fragen» an die Gesellschaftergesamtheit zu delegieren, obwohl die Beschlussfassung nach der gesetzlichen Grundordnung der Geschäftsführung zukommen sollte, im Sinne einer teleologischen Reduktion auf solche Themen zu begrenzen, bei denen es überhaupt *im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben ein rechtmässiges «Ja» oder «Nein» geben kann*¹⁶³?

Fragen über Fragen, die zeigen, dass die Dinge nicht so simpel sind, wie es sich Bundesrat und Parlament offenbar gedacht haben. Ob es nun weise Selbstbescheidung oder ein glücklicher Zufall war: Die Expertengruppe tat gut daran, die Frage der Haftung der Geschäftsführer trotz Delegation der Entscheidung gar nicht erst anzusprechen, sondern vielmehr dem richterlichen Urteil im Einzelfall zu überlassen.

- ee) Unrichtig oder – höflicher ausgedrückt – unpräzise ist revOR 811 II aber nicht nur im Hinblick auf die Grundlagen einer persönlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführenden, sondern auch mit Bezug auf die *Klageberechtigung*, welche ja prinzipiell – mit Differenzierungen – sowohl der Gesellschaft wie auch den Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern zukommt¹⁶⁴. Diesbezüglich kann immerhin auf eine etablierte Praxis zum Aktienrecht zurückgegriffen werden:

Nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* ist es denjenigen Gesellschaftern, die einem nicht rechtmässigen Gesellschafterbeschluss zugestimmt haben, verwehrt, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Mitglieder des geschäftsführenden Organs aufgrund einer Befolgung dieses Beschlusses geltend zu machen¹⁶⁵. Und da ein – nicht angefochtener – Gesellschafterbeschluss die Gesellschaft bindet, muss dies auch für deren Rechtsansprüche gelten¹⁶⁶.

¹⁶² Insofern würde dann der Entscheid der Gesellschafter zum Konsultativbeschluss degradiert, es sei denn, man begrenzte die Widerstandspflicht darauf, unkorrekte Beschlüsse gerichtlich anzufechten oder sich für eine Wiedererwägung einzusetzen.

¹⁶³ Dies ist z.B. nicht der Fall beim Entscheid der Frage, ob wegen Überschuldung der Richter anzurufen sei (vgl. revOR 810 II Ziff. 7).

¹⁶⁴ Vgl. OR 754 I, für die GmbH aufgrund der Verweisung in revOR 827 «entsprechend anwendbar».

¹⁶⁵ Vgl. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, N 551.

¹⁶⁶ Vgl. FORSTMOSER (zit. Anm. 165) N 546 ff., mit einer Differenzierung betreffend nichtige Beschlüsse.

Für die Geschäftsführer einer GmbH ist dies freilich ein schwacher Trost: Das Klagerecht der nicht zustimmenden Gesellschafter bleibt erhalten¹⁶⁷, und vor allem ist eine Genehmigung mit Blick auf das – für die potenziell Verantwortlichen bei weitem gefährlichere – Klagerecht der Gläubiger im Konkurs wirkungslos¹⁶⁸.

* * *

Das revidierte Recht der GmbH, zu welchem PETER BÖCKLI – wie auch schon zum revidierten Aktienrecht – Entscheidendes beigetragen hat, wird daher nicht nur ihm als sturmerprobtem Praktiker Freude machen, sondern es wird gewiss auch seine Begeisterung für wissenschaftliche Auseinandersetzungen – mit dem Stilet und manchmal auch mit dem Zweihänder ausgefochten – beleben. In diesem Sinne: *ad multos annos!*

¹⁶⁷ Ob nur dann, wenn er den unrechtmässigen Beschluss angefochten hat, bleibe dahin gestellt, vgl. dazu FORSTMOSER (zit. Anm. 165) N 552 und 620 ff.

¹⁶⁸ FORSTMOSER (zit. Anm. 165) N 553.