

Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter

Peter Forstmoser

Inhalt

I.	Die Ausgestaltung von Kapitalbasis und Gesellschafterstellung als Ausdruck polarer Zielsetzungen für die GmbH und ihre Reform	46
II.	Die Überarbeitung der Kapitalbasis der GmbH – Beseitigung von Halbherzigkeiten	49
1.	Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft	49
2.	Inkonsequenzen des geltenden Rechts	50
3.	Weitgehende Gleichstellung mit der AG im Zuge der Reform	51
a)	Eliminierung der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter	51
b)	Kapitalschutz anlässlich der Gründung	53
c)	Kapitalschutz bei Kapitalveränderungen	53
d)	Kapitalverlust und Überschuldung	55
e)	Liquidation	56
f)	Wegfall einer Obergrenze für das Stammkapital	56
g)	Berichterstattung und Reservebildung	56
h)	Erwerb und Halten eigener Stammanteile	57
i)	Abschlussprüfung	58
4.	Gerechtfertigte und ungerechtfertigte Differenzen zum Aktienrecht	58
a)	Beibehaltung des bisherigen Mindestkapitals	59
b)	Verbot eines öffentlichen Angebots zur Zeichnung von Stammanteilen	61
c)	Unzulässigkeit von Partizipationsscheinen	61
III.	Der Gesellschafter der GmbH – eher Kollektivgesellschafter als Aktionär?	62
1.	Stärkere Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz, aber kein Paradigmenwechsel	62
2.	Vermögensrechte und -pflichten	64
3.	Mitwirkungsrechte und -pflichten	65
4.	Schutzrechte	68
5.	Erwerb, Beibehaltung und Übertragung der Mitgliedschaft	69
a)	Grundsätzliches	69
b)	Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern	70
c)	Mitgliedschaftswechsel	71
6.	Exkurs: Auch künftig keine GmbH & Co. KG	73
IV.	Schluss	74

I. Die Ausgestaltung von Kapitalbasis und Gesellschafterstellung als Ausdruck polarer Zielsetzungen für die GmbH¹ und ihre Reform

- a) Kapitalbasis und Gesellschafterstellung – diese beiden Themen scheinen zunächst wenig miteinander zu tun zu haben, wenn man von der Selbstverständlichkeit absieht, dass sich die Ausgestaltung der Kapitalbasis einer Gesellschaftsform auf die Vermögensrechte der Gesellschafter auswirkt und dass die Gesellschafterstellung ganz allgemein mitgeprägt wird vom Stellenwert, welcher dem Kapitaleinsatz in einer Gesellschaft zukommt². Die beiden mir zugewiesenen Themen scheinen daher recht zufällig zusammengebunden.
- b) Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass man dieser Verbindung durchaus etwas abgewinnen kann: Sie deckt nämlich das Spannungsfeld auf, in welchem sich das geltende GmbH-Recht bewegt und dem auch der Gesetzgeber bei der Reform der GmbH ausgesetzt war:
- c) 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“³,

und der deutschsprachige nationalrätliche Berichterstatter 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“⁴.

Also:

- Die GmbH ist eine *Kapitalgesellschaft*, als solche der AG eng verwandt.
- Aber sie ist eine *eigenständige* Kapitalgesellschaft und keineswegs einfach die kleine Schwester der AG. Vielmehr setzt sie sich von dieser ab durch ihre Personenbezogenheit, die sie in die Nähe der Personengesellschaften und namentlich der Kollektivgesellschaft bringt⁵.

Diese Polarität ist in der Reform nicht nur beachtet, sie ist vielmehr noch verstärkt worden. Sieht man von der Zielsetzung ab, Helvetismen und Verschlimmbesserungen zu beseitigen, die bei der Einführung der GmbH in den Dreissigerjahren in das Schweizer Recht Eingang fanden⁶, und ignoriert man auch die Zielsetzung einer jeden Reform des Schweizer Wirtschaftsrechts, weitgehend EU-kompatibel zu sein⁷, dann zeichnet sich die Totalrevision des GmbH-Rechts durch zwei Stossrichtungen aus:

³ Botschaft des Bundesrates zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 21.2.1928, BBl 1928 I 205 ff. (im Folgenden „Botschaft 1928“) 273.

⁴ SCHERER VICTOR E., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Basler Handelskammer (Hrsg.), Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, Basel 1937, 95 ff., 100.

⁵ Das augenfälligste Merkmal ist wohl der Grundsatz der *Selbstorganschaft* (OR 811 I und III: gemeinsame Geschäftsführung und Vertretung durch alle Gründungsgesellschafter). Dieser wird im künftigen Recht beibehalten, ja noch verstärkt (revOR 809 I: „Alle Gesellschafter [also nicht nur die Gründungsgesellschafter] üben die Geschäftsführung gemeinsam aus“).

⁶ Die schweizerische GmbH ist ein *Retortenbaby*, das ohne Ahnen in der schweizerischen Rechtstradition gestützt auf das deutsche Vorbild zur Welt gebracht worden ist. Dabei ging es – wie es die Regel ist, wenn in der Schweiz Fremdes rezipiert wird – nicht ohne „*Swiss Finish*“ ab. Zumindest im Falle der GmbH hat sich diese „Verschweizerung“ nicht bewährt. Zur Beseitigung von Eigenarten des geltenden GmbH-Rechts vgl. FORSTMOSER PETER, Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH – eine Übersicht, in: MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, 1 ff., 21 ff.

⁷ Dazu im Rahmen der GmbH FORSTMOSER (FN 6), 23 f.

¹ Zum geltenden schweizerischen Recht der GmbH vgl. BAUDENBACHER et al., in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002 Art. 772-827; HANDSCHIN LUKAS, Die GmbH – ein Grundriss, Zürich 1996; JANGGEN/BECKER, Berner Kommentar, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772-827, Bern 1939; KOEHLER DIRK, Die GmbH in der Schweiz und in Deutschland, Ein Rechtsvergleich unter Einschluss des schweizerischen Reformprojekts und unter Berücksichtigung ihrer Eignung als Projektträgergesellschaft für Joint Ventures, überarbeitete Diss. Luzern 2003/2004 = LBR 8; VON STEIGER WERNER, Zürcher Kommentar, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772-827, Zürich 1965; WOHLMANN HERBERT, GmbH-Recht, Basel 1997; für das deutsche Recht siehe BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 18. Aufl., München 2006; LUTTER/HOMMELHOFF, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Aufl., Köln 2004; ROWEDDER et al., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Aufl., München 2002.

² Bei der AG als konsequent kapitalistisch ausgestalteter Rechtsform gilt der Grundsatz „soviel Kapital, soviel Recht“, wobei es je nach Art des in Frage stehenden Rechts auf die *einbezahlten* Beträge oder aber auf die *Gesamtverpflichtung* – bereits geleistete Beträge und offene Liberierungsverpflichtungen – ankommt (vgl. OR 661, wo für Vermögensrechte die *einbezahlten Beträge* dispositiv als Massstab genannt werden, mit OR 692 I, wonach es für das Stimmrecht auf den *gesamten Nennwert* der gehaltenen Aktien ankommt). Bei der Genossenschaft, bei der das Grundkapital eine untergeordnete Rolle spielt und es sogar ganz fehlen kann (vgl. OR 828 II und 853 I), gilt dagegen konsequent das Prinzip der absoluten Gleichheit nach Köpfen (vgl. OR 854 und speziell für das Stimmrecht OR 885).

- Der Charakter der GmbH als *Kapitalgesellschaft* sollte verstärkt werden⁸. Insofern wurde die GmbH der AG (stärker als bisher) angenähert⁹.
- Gleichzeitig aber haben die gesetzgeberischen Instanzen – von den Verfassern des Vorentwurfs, der Ende 1996 vorlag¹⁰, bis zum Parlament – die *Eigenständigkeit* der GmbH als eine *personenbezogene* und insofern den Personengesellschaften verwandte Kapitalgesellschaft betont. Die anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten verschiedentlich präsentierten Anregungen, die GmbH als eine Art „AG light“ zu kreieren oder sie gar in der AG aufgehen zu lassen¹¹, konnten sich im Gesetzgebungsverfahren – m.E. zu Recht – nicht durchsetzen.

So bezieht etwa der Bundesrat in seiner Botschaft vom 19.12.2001¹² 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.“

⁸ Umfassend hierzu sowohl hinsichtlich des bisherigen wie auch des künftigen Rechts SCHNEIDER JÜRIG, *Le capital social initial de la société à responsabilité limitée*, Diss. Neuchâtel 2000 = SSHW 197.

⁹ Vgl. dazu Ziff. II.

¹⁰ Dieser 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 DIES., *Révision du droit de la Sàrl*, *Projet et rapport explicatif* du 29 novembre 1996, Lausanne 1997 = CEDIDAC 34. Der Vorschlag wurde von den Experten aufgrund von Anregungen und Kritik nochmals überarbeitet, vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Vernehmlassungsunterlage, Bern 1999; dazu auch DIES., *Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom gleichen Datum*.

¹¹ Diese Position vertraten etwa Alain Hirsch und Peter Nobel, vgl. HIRSCH/NOBEL, *Projekt einer privaten Aktiengesellschaft*, SZW 69 (1997) 126 ff.; NOBEL PETER, *L'alternative: SA privée au lieu de Sàrl*, in: ROCHAT/FERRARI (Hrsg.), *Les projets de Sàrl révisée et de SA privée*, Lausanne 1998 = CEDIDAC 37, 203 ff.; ferner MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., *Die GmbH und die Private AG*, in: MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. (Hrsg.), *Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis*, Zürich 2000, 111 ff.; REYMOND JACQUES-ANDRÉ, *Le projet de „Société anonyme privée“*, ebenda 225 ff.

¹² 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“) 3154.

- d) Wenn im Folgenden dieses Spannungsfeld zwischen kapitalbezogenen und personenbezogenen Elementen im Recht der GmbH oder – eine etwas saloppe Gleichung – zwischen der Ausgestaltung der Kapitalbasis und der Ordnung der Gesellschafterstellung beleuchtet wird, dann soll dies in einer Art vergleichender Matrix erfolgen:
- vertikal in einem Vergleich zum heute noch geltenden Recht und
 - horizontal im Vergleich zum Recht der AG.

Dadurch sei aufgezeigt, wie sich die „neue“ GmbH von der bisherigen unterscheidet – eine Differenzierung, die *mehr als nur Modellpflege* ist –, aber gleichzeitig dargetan, dass die GmbH auch künftig – und gar noch verstärkt – ein *aliud* zur AG ist und nicht deren schwachbrüstige kleine Kopie.

II. Die Überarbeitung der Kapitalbasis der GmbH – Beseitigung von Halbherzigkeiten

1. Die GmbH – eine Kapitalgesellschaft¹³

Als Körperschaft mit einem im Voraus bestimmten festen Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten nur das eigene Vermögen haftet¹⁴, ist die GmbH eng mit der AG verwandt. Soweit es um die Sicherstellung der Haftungsbasis, um die Rechnungslegung, um die Prüfung der Jahresrechnung und um den Kapitaleinsatz der Gesellschafter geht, sind daher für diese beiden Rechtsformen weitestgehend gleiche Regeln angebracht¹⁵.

¹³ Umfassend hierzu sowohl hinsichtlich des geltenden Rechts wie auch de lege ferenda SCHNEIDER (FN 8), passim.

¹⁴ So ausdrücklich das künftige Recht, revOR 772 I Satz 3; anders dagegen noch das geltende Recht, OR 772 II, wonach jeder Gesellschafter „über seine Stammeinlage hinaus für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ... bis höchstens zum Betrage des eingetragenen Stammkapitals“ haftet, dazu etwa BAUDENBACHER (FN 1), Art. 772 Rz 28 ff.; BÖCKLI PETER, *Les sept principales différences entre SA et Sàrl – avant et après la révision*, in: ROCHAT/FERRARI (Hrsg.), *Les projets de Sàrl révisée et de SA privée*, Lausanne 1998 = CEDIDAC 37, 85 ff.; JANGGEN/BECKER (FN 1), Art. 802 Rz 1 ff.; MONTAVON PASCAL, *Droit et Pratique de la Sàrl*, Lausanne 1996, 88 ff.

¹⁵ Der Gedanke, dass für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte unabhängig von der gewählten Rechtsform gleiches Recht gelten soll, hat sich in neuester Zeit im Schweizer Wirtschaftsrecht durchgesetzt. So differenziert das künftige Revisionsrecht bezüglich der Anforderungen an Revision und Revisionsstelle konsequent nach der Grösse und volkswirtschaftlichen Bedeutung, während die Rechtsform – jedenfalls im Rahmen der Körperschaften des OR – belanglos wird, vgl. revOR 727 ff. Das gleiche Konzept gilt für das mit der Reform des GmbH-

2. Inkonsequenzen des geltenden Rechts

a) Diesem Postulat von „*same business same rules*“ ist bei der Einführung der GmbH in das schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahr 1936 zu wenig Rechnung getragen worden. Illustrativ ist etwa die Feststellung des nationalrätlichen Berichterstatters¹⁶:

„Man wird dabei sagen dürfen, dass unsere G.m.b.H. mehr kollektivgesellschaftsähnlich als aktiengesellschaftsähnlich ist; sie ist mehr eine Kollektivgesellschaft mit lauter Kommanditisten als eine Aktiengesellschaft ohne Aktien“.

Die Folge davon war und ist eine Vielzahl sachlich nicht gebotener Differenzen zwischen den beiden Kapitalgesellschaften des schweizerischen Rechts.

b) Inzwischen wurde das Aktienrecht durch die Reform 1968/1991 gerade auch im Hinblick auf die Vermögensbasis und ihre Darstellung in der Jahresrechnung gründlich revidiert und modernisiert, wodurch sich die Differenzen zum Recht der GmbH noch vertieft haben¹⁷.

c) Für die GmbH-Reform stellte sich daher die Aufgabe, überkommene wie neue Diskrepanzen zwischen den Rechten der AG und der GmbH abzubauen.

Rechts und der damit – im Huckepackverfahren – verbundenen kleinen Reform des Aktienrechts in Kraft zu setzende BG über die Zulassung und die Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16.12.2005. Auch der vom Bundesrat am 2.12.2005 in die Vernehmlassung gegebene Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (zu finden unter: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitiveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>) [besucht am 24. Juli 2006]) orientiert sich im Titel zur kaufmännischen Buchführung konsequent an Grössenkriterien, während die Rechtsform in den Hintergrund tritt, vgl. die Vorschläge für neue Art. 957 ff. OR, durch welche auch die speziellen aktienrechtlichen Bestimmungen von OR 662 bis 670 ersetzt werden sollen. Zum Postulat einer Vereinheitlichung der für wirtschaftlich tätige Organisationen geltenden Regeln mit Bezug auf Kapitalanforderungen, Rechnungslegung und Kontrolle bereits FORSTMOSER PETER, Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 46 ff.

¹⁶ SCHERER (FN 4), 100.

¹⁷ Dies auch dann, wenn man die Verweisungen auf das Aktienrecht im Recht der GmbH – etwa OR 805 – als sog. *dynamische* Verweisungen versteht, die sich auf das jeweils geltende Aktienrecht (und nicht auf das beim Inkrafttreten geltende) beziehen. Zum Problem vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007 § 10 Rz 66 f.; TANNER BRIGITTE, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in: SCHLUEP/ISLER (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, FS Forstmoser, Zürich 1993, 34 ff.; BAUDENBACHER (FN 1) Vorbemerkungen zu OR 620 Rz 17.

Das künftige Recht trägt diesem Postulat weitgehend Rechnung (vgl. Ziff. II.3.), es bleibt aber in einigen Punkten inkonsequent (vgl. Ziff. II.4.).

3. Weitgehende Gleichstellung mit der AG im Zuge der Reform

a) *Eliminierung der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter*

a) Das geltende Recht kennt eine eigenartige – schweizspezifische – Regelung zum Schutz der Kapitalaufbringung: Soweit das Stammkapital nicht voll liberiert ist, haften sämtliche Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsschulden, und dies im vollen Umfang des insgesamt nicht liberierten Betrages, unabhängig von der Höhe der eigenen Stammeinlage¹⁸. Aus diesem Helvetismus ergibt sich ein schwer abschätzbares Risiko, das insbesondere für Gesellschafter mit einer kleinen Beteiligung in keinem vernünftigen Verhältnis zwischen Kapitaleinsatz und Chancen steht¹⁹. Diese Regelung dürfte mit ein Grund dafür sein, dass sich die GmbH bis Anfang der Neunzigerjahre nicht durchsetzen konnte²⁰.

b) Das revidierte Recht wird diese für eine Kapitalgesellschaft verfehlte subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter beseitigen²¹. Ermöglicht wird

¹⁸ Der Gesellschafter, der sich mit CHF 5'000.– engagieren wollte, geht daher in einer GmbH mit dem Maximalkapital von CHF 2 Mio. ein Haftungsrisiko in der Höhe von CHF 995'000.– ein, soweit das Kapital ordnungsgemäss zu 50% einbezahlt worden ist, CHF 1,995 Mio. sogar, wenn die übrigen Gesellschafter ihre Einlage rechtswidrig zurückgenommen haben.

¹⁹ Der Begriff „Stammkapital“, der im geltenden wie im künftigen GmbH-Recht verwendet wird, entspricht dem des Aktienkapitals im Aktienrecht (OR 620 I). Die Funktionen sind dieselben: Es handelt sich um das *Grundkapital*, d.h. um die Sperrziffer, in deren Höhe in der Gesellschaft – quasi als Puffer zum Auffangen von Schicksalsschlägen – Eigenkapital vorhanden sein soll (freilich nicht unbedingt vorhanden sein wird), vgl. statt aller MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 17), § 16 Rz 48 ff. Auch die rechtliche Ordnung ist weitgehend identisch, mit Ausnahme der hier zu besprechenden Differenz im geltenden Recht.

²⁰ Allzu grosse Furcht scheint die subsidiäre persönliche Haftung für nicht einbezahltes Kapital freilich nicht verbreitet zu haben, was die fulminante Entwicklung der GmbH in den letzten 15 Jahren zeigt: Ende 1991 gab es knapp 2'800 GmbHs, Anfang 2006 waren es über 84'000. Diese Entwicklung vom Mauerblümchen zum Star ist in erster Linie durch die erschwerten Anforderungen zu erklären, die im Zuge der Aktienrechtsreform 1968/1991 für die AG eingeführt wurden. Die Zahl der Aktiengesellschaften hat sich in derselben Zeit, in welcher sich die Zahl der GmbH mehr als verdreissigfach hat, lediglich um weniger als 4% erhöht.

²¹ Vgl. die Legaldefinition von revOR 772, in der künftig betont wird, dass für die Verbindlichkeiten einer GmbH „nur das Gesellschaftsvermögen“ haftet, revOR 772 I Satz 3, sodann revOR 794, wo bei der Marginalie „Haftung der Gesellschafter“ nachgedoppelt wird: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen“.

dies durch einen simplen Kunstgriff: Das Problem einer Haftung für nicht einbezahlte Grundkapitalbeträge wird durch die Regel, dass die Stammanteile einer GmbH stets voll liberiert sein müssen, aus der Welt geschafft²². Die Frage einer subsidiären Gesellschafterhaftung im Umfang nicht liberierter Beträge stellt sich daher nicht mehr²³.

c) Nun kann freilich bei Kapitalgesellschaften ein legitimes Bedürfnis bestehen, finanzielle Leistungen der Gesellschafter zwar verbindlich festzulegen, diese aber aufzuschieben²⁴. Bei der AG kann diesem Bedarf – in einem gewissen Umfang zumindest – durch Teilliberierung der Aktien entsprochen werden²⁵. Das künftige Recht der GmbH sieht für dieses Erfordernis eine genuin GmbH-rechtliche Regelung vor, die – im Vorgriff zur Behandlung der Gesellschafterstellung in Ziff. III. hienach – bereits hier erwähnt sei:

Nach revOR 795a II können statutarisch vorgesehene Nachschüsse der Gesellschafter nicht nur bei Kapitalverlust²⁶ eingefordert werden, sondern auch dann, wenn

„die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss weiterführen kann“²⁷

sowie wenn

„die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt“^{28, 29}.

²² Konsequenterweise wird dafür die aus dem Aktienrecht bekannte Rückerstattungspflicht für zu Unrecht bezogene Leistungen im GmbH-Recht eingeführt (revOR 800 in Verbindung mit OR 678).

²³ RevOR 777c I, wonach „bei der Gründung für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden“ muss. Zur Begründung der Neuregelung vgl. Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH (FN 10), 20 ff.

²⁴ Dieses Bedürfnis besteht vor allem bei Private Equity-Gesellschaften, bei denen eingangs eine bestimmte Summe von „committed capital“ vereinbart wird, die dann im Laufe der Zeit nach Bedarf einverlangt wird.

²⁵ Die Mindesteinlage auf (Namen-)Aktien beträgt 20%, wobei freilich insgesamt mindestens CHF 50'000.– einbezahlt sein müssen, OR 632.

²⁶ RevOR 795a II Ziff. 1.

²⁷ RevOR 795a II Ziff. 2.

²⁸ RevOR 795a II Ziff. 3.

²⁹ Ausführlich zur Nachschusspflicht HANDSCHIN LUKAS, Finanzierung und Haftung bei der GmbH – altes und geplantes Recht, in: MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform, Zürich 2000, 45 ff.

b) Kapitalschutz anlässlich der Gründung

Kongruenz des Kapitalschutzes anlässlich der Gründung³⁰ wurde dadurch erreicht, dass das künftige Recht – von der Pflicht zur Vollliberierung abgesehen – auf die „Vorschriften des Aktienrechts“ verweist, die „entsprechend anwendbar“ sein sollen³¹. Es betrifft dies nach der expliziten Aufzählung im Gesetz die „Angabe der Sacheinlagen, der Sachübernahmen und der besonderen Vorteile in den Statuten“, „die Eintragung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und von besonderen Vorteilen ins Handelsregister“ sowie „die Leistung und die Prüfung der Einlagen“, mithin also Rechtfertigung (Gründungsbericht), Kontrolle (Prüfungsbestätigung) wie auch Publizität (Nennung in den Statuten, Registerpublizität einschliesslich der hinterlegten Berichte der Gründer und des Revisors)³².

c) Kapitalschutz bei Kapitalveränderungen

a) Eine Gleichstellung mit der aktienrechtlichen Ordnung erfolgt aber nicht nur mit Bezug auf die Gründung, sondern auf dem ganzen Weg der Gesellschaft von der Wiege bis zur Bahre, bei Kapitalerhöhungen³³, bei Kapitalherabsetzungen³⁴ und schliesslich bei der Liquidation³⁵, immer mit den Besonderheiten, die sich aufgrund des personalistischen Einschlags der Mitgliedschaft bei der GmbH aufdrängen³⁶.

b) Für die Kapitalerhöhung verweist das künftige Recht auf die „entsprechende Anwendbarkeit“ der Vorschriften des Aktienrechts über die ordentliche Kapitalerhöhung³⁷, und zwar bezüglich Form und Inhalt des Beschlusses der

³⁰ Als Exkurs sei erwähnt, dass künftig bei der AG wie bei der GmbH die offene Einpersonengründung möglich sein wird, in Übereinstimmung mit der 12. EG-Richtlinie (revOR 772 I und 625). Der sinnlose Umweg zur Einpersonengesellschaft über eine Gründung mit einem (GmbH) oder zwei (AG) Stroh Männern entfällt daher in Zukunft.

³¹ RevOR 777c II.

³² Vgl. revOR 777c II Ziff. 1-3.

³³ Dazu sogleich nachstehend Ziff. II.3.b).

³⁴ Dazu sogleich nachstehend Ziff. II.3.c).

³⁵ Dazu nachstehend Ziff. II.3.e).

³⁶ Hiezu nachstehend Ziff. III.

³⁷ Zur Unmöglichkeit einer genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung im Recht der GmbH vgl. nachstehend bei FN 42.

Gesellschafter³⁸, des Bezugsrechts, der Erhöhung aus Eigenkapital, des Kapitalerhöhungsberichts und der Prüfungsbestätigung, der erforderlichen Statutenänderungen und Feststellungen sowie der Registereinträge³⁹.

Bezüglich der (Verwirkungs-)Frist für den Vollzug der Kapitalerhöhung wird die aktienrechtliche Ordnung übernommen⁴⁰.

Erwähnt seien schon hier zwei – m.E. gerechtfertigte – Differenzen zum Aktienrecht, auf die zurückzukommen sein wird:

- Vorgesehen ist für die GmbH nur die – in der Terminologie des Aktienrechts – *ordentliche* Kapitalerhöhung⁴¹. Ausführungen zur genehmigten und zur bedingten Kapitalerhöhung fehlen im Recht der GmbH – ein *qualifiziertes* Schweigen⁴².
- Explizit ausgeschlossen ist ein „öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile“⁴³.

c) Bezüglich der *Herabsetzung* des Stamm- bzw. Grundkapitals wird wiederum eine – ungerechtfertigte – Differenz zum Aktienrecht beseitigt und im Übrigen der Gleichlauf der Rechte der beiden Kapitalgesellschaften bestätigt: Es erfolgt eine explizite Verweisung auf die Vorschriften über die Herabsetzung des Aktienkapitals, die „entsprechend anwendbar“⁴⁴ sein sollen. Bestätigt wird auch die aktienrechtliche Ordnung, wonach die gesetzliche Mindestziffer des Grundkapitals nicht unterschritten werden darf⁴⁵.

Durch die vorbehaltlose Verweisung auf das Recht der AG wird eine weitere Differenzierung des geltenden Rechts beseitigt: Nach diesem muss bei der GmbH im Gegensatz zur AG auch bei einer Herabsetzung, mit welcher eine

durch Verluste entstandene Unterbilanz durch Abschreibung beseitigt werden soll (sog. deklaratorische Herabsetzung), ein Schuldenruf stattfinden, obwohl es keinen sachlichen Grund für eine Unterscheidung zum Aktienrecht gibt⁴⁶.

Auch bei der Kapitalherabsetzung zeigen sich aber Besonderheiten, die sich aus einer Eigenart der GmbH – *in concreto* der Möglichkeit, Nachschusspflichten der Gesellschafter vorzusehen – ergeben:

- Zum Zwecke der „Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz darf das Stammkapital nur herabgesetzt werden, wenn die Gesellschafter die in den Statuten vorgesehenen Nachschüsse voll geleistet haben“⁴⁷.
- Und es war auch die Herabsetzung von statutarischen Nachschusspflichten⁴⁸ zu regeln. Diese ist nur dann zulässig, „wenn das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind“⁴⁹, wobei – systemgerecht – die „Vorschriften für die Herabsetzung des Stammkapitals ... entsprechend anwendbar“ sein sollen⁵⁰.

d) *Kapitalverlust und Überschuldung*

Für die Pflichten – insbesondere die der Benachrichtigung des Richters – bei Kapitalverlust und Überschuldung wird ebenfalls auf die „entsprechende Anwendbarkeit“ der Vorschriften des Aktienrechts verwiesen⁵¹, wobei bezüglich der Möglichkeit, den Konkurs aufzuschieben, einer allfälligen Nachschusspflicht bei der GmbH besonders Rechnung getragen wird⁵².

³⁸ Ein Unterschied besteht im Quorum: absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen bei der *plain vanilla*-Erhöhung im Aktienrecht (OR 703), qualifiziertes Quorum für „wichtige Beschlüsse“ im Recht der GmbH (revOR 808b I Ziff. 5, entsprechend OR 704, aber mit dem Unterschied, dass bezüglich des Kapitalquorums die Mehrheit des gesamten und nicht nur des vertretenen Kapitals benötigt wird).

³⁹ RevOR 781 V.

⁴⁰ Dreimonatsfrist gemäss revOR 781 IV, vgl. dazu im Aktienrecht OR 650.

⁴¹ RevOR 781 V.

⁴² Vgl. Botschaft 2001, BBl 2002 3181 sowie nachstehend bei FN 82.

⁴³ RevOR 781 III Satz 3, dazu nachstehend bei FN 82.

⁴⁴ RevOR 782 IV.

⁴⁵ OR 732 V (CHF 100'000.–) für die AG, revOR 782 II (CHF 20'000.–) für die GmbH.

⁴⁶ Es ist dies eine von mehreren Regelungen des geltenden Aktienrechts, in welcher sich zeigt, dass der Gesetzgeber der Zwanziger- und Dreissigerjahre offenbar Angst vor dem eigenen Mut hatte, eine neue Rechtsform einzuführen, weshalb er mit einschränkenden – sachlich nicht gerechtfertigten – Bestimmungen die Einsatzmöglichkeiten der GmbH einzuschränken trachtete. Ein anderes Beispiel wurde bereits erwähnt: die subsidiäre Haftung sämtlicher Gesellschafter für die Erfüllung der Regulierungspflicht. Ein weiteres Beispiel ist die explizite – und sinnlose – Einschränkung der GmbH auf wirtschaftliche Zielsetzungen (OR 772 III), die im künftigen Recht ersatzlos gestrichen wird.

⁴⁷ RevOR 782 III.

⁴⁸ Die bei der AG undenkbar sind, OR 680 I.

⁴⁹ RevOR 795c I.

⁵⁰ RevOR 795c II.

⁵¹ RevOR 820 I.

⁵² RevOR 820 II; vgl. damit OR 725a.

e) *Liquidation*

„Für die Auflösung der Gesellschaft mit Liquidation sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar“⁵³, wobei mit Bezug auf die Verteilung des Liquidationüberschusses wiederum Nachschussleistungen zu berücksichtigen sind⁵⁴.

f) *Wegfall einer Obergrenze für das Stammkapital*

Anlässlich der Einführung der GmbH in der Schweiz wollte der Gesetzgeber markieren, dass diese Gesellschaft nur für kleinere Verhältnisse vorgesehen sei. Im Zuge des *Swiss finish* wurde daher für das Stammkapital eine Obergrenze von CHF 2 Mio. gesetzlich zwingend verankert⁵⁵.

Abgesehen davon, dass die Höhe des Grundkapitals nicht notwendig mit der Bedeutung der Geschäftstätigkeit und der „Grösse“ bzw. volkswirtschaftlichen Bedeutung der Gesellschaft zusammenhängt⁵⁶, setzt diese Begrenzung das falsche Signal: Die GmbH ist nicht einfach eine „kleine“ Kapitalgesellschaft, ihre Abgrenzung von der AG soll nicht aufgrund des Umfangs der Geschäftstätigkeit erfolgen⁵⁷, sondern wegen der anders gearteten, weil personenbezogenen Grundstruktur⁵⁸.

Der Gesetzgeber hat diese Obergrenze zu Recht *ersatzlos* gestrichen.

Dagegen bleibt die *Untergrenze* unverändert, worauf zurückzukommen sein wird⁵⁹.

g) *Berichterstattung und Reservebildung*

Durch eine explizite Verweisung auf das Recht der AG werden auch die Anforderungen an den Geschäftsbericht und mithin an die Jahresrechnung geregelt, ebenso diejenigen an die Reservebildung und -verwendung. Dabei wird hervor-

⁵³ RevOR 826 II.

⁵⁴ RevOR 826 I.

⁵⁵ OR 773.

⁵⁶ So hatte die Hoffmann-La Roche AG – eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt – bis Ende der Achtzigerjahre ein Aktienkapital von nur gerade CHF 50'000.–.

⁵⁷ Grosse GmbHs sollen ebenso möglich sein wie kleine AGs.

⁵⁸ Dazu nachstehend Ziff. III.

⁵⁹ Nachstehend Ziff. II.4.a).

gehoben, dass die Rechnungslegung eine allfällige Konzernrechnung mit einschliesst^{60, 61}.

h) *Erwerb und Halten eigener Stammanteile*

a) Der Erwerb eigener Anteile führt in einer Grundkapitalgesellschaft zwangsläufig zu einer (potentiellen) Schwächung der Kapitalbasis: Durch den Erwerb fliessen Eigenmittel ab, während die Gesellschaft keinen Gegenwert erhält, denn die erworbenen Anteile oder Aktien verkörpern eine Quote des Vermögens der Gesellschaft, und dieses besitzt sie bereits.

Das Aktienrecht enthält daher rigide Vorschriften für den Erwerb und das Halten eigener Aktien⁶²:

- Erwerb nur im Umfang von 10% bzw. ausnahmsweise 20%,
- Ruhen der Stimmrechte von eigenen Aktien⁶³,
- Reservebildungspflicht⁶⁴.

b) Das künftige GmbH-Recht übernimmt auch diese Bestimmungen als „entsprechend anwendbar“⁶⁵, mit drei Modifikationen, die der Besonderheit der GmbH als einer *personenbezogenen* Kapitalgesellschaft Rechnung tragen:

- Die Höchstgrenze für eine Übernahme im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung wird auf 35% angehoben (gegenüber 20% im Aktienrecht)⁶⁶. Die Veräusserungspflicht bleibt dieselbe⁶⁷.

⁶⁰ RevOR 801; der Hinweis auf die Konzernrechnung zeigt einmal mehr auf, dass der Gesetzgeber die GmbH keinesfalls nur für kleine und einfache Verhältnisse vorsehen will.

⁶¹ Die vorgeschlagene künftige rechtsformunabhängige Regelung der Rechnungslegung (vgl. FN 15) würde auch bei der GmbH zu einem *upgrade* im Gleichlauf mit der AG führen.

⁶² OR 659 f.

⁶³ Eine Bestimmung, die mit dem Kapitalschutz nichts zu tun hat, die aber im Hinblick auf das Funktionieren der „Demokratie“ in einer Körperschaft erforderlich ist.

⁶⁴ OR 659a II.

⁶⁵ RevOR 783 IV.

⁶⁶ RevOR 783 II, vgl. dazu OR 659 II.

⁶⁷ RevOR 783 II mit OR 659 II.

- Diese Höchstgrenze gilt auch für zwei weitere Fälle, die sich bei der AG nicht stellen können: Erwerb eigener Aktien im Zusammenhang mit einem Austritt oder einem Ausschluss⁶⁸.
- Allfällige Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, die mit Stammanteilen verbunden sind, müssen vor deren Erwerb durch die Gesellschaft aufgehoben werden, da solche Pflichten bei Anteilen, die von der Gesellschaft selbst gehalten werden, sinnlos sind⁶⁹.

i) Abschlussprüfung

- a) Auch für die Qualifikation und die Aufgaben der Revisionsstelle gilt Aktienrecht entsprechend, womit – aufgrund der Dynamik solcher Verweisungen⁷⁰ – auch klar ist, dass die gleichzeitig mit der Reform des Rechts der GmbH in Kraft tretende Erneuerung des Revisionsrechts, die formal im Aktienrecht platziert sein wird⁷¹, die GmbH miterfassen wird.
- b) Wiederum erinnert eine Nuance an die Besonderheit der GmbH als eine personenbezogene Kapitalgesellschaft: Gesellschafter, die einer Nachschusspflicht unterliegen, können unter künftigem Recht eine „ordentliche“ Revision (und das heisst in heutiger Terminologie: eine qualifizierte Revision) verlangen⁷².

4. Gerechtfertigte und ungerechtfertigte Differenzen zum Aktienrecht

Eine Reihe von Unterschieden zum Aktienrecht bleiben im künftigen Recht der GmbH bestehen⁷³, ja sie werden vereinzelt gar noch verschärft. Dies erklärt und rechtfertigt sich grossenteils aus den Unterschieden zwischen AG und GmbH und der personenbezogenen Ausrichtung des Rechts der GmbH⁷⁴. Vereinzelt

sind die Differenzierungen freilich fragwürdig, wenn man die Prämisse zugrunde legt, dass für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte gleiches Recht gelten soll. Im Einzelnen Folgendes:

a) Beibehaltung des bisherigen Mindestkapitals

a) Im Zuge der Aktienrechtsreform ist das Mindestkapital der AG auf CHF 100'000.– verdoppelt worden. Das entsprach zwar nur einem Bruchteil der seit der letzten Gesetzesreform in den Dreissigerjahren erfolgten Geldentwertung, war aber immerhin eine Geste massvoller Anpassung.

Dagegen bleibt das minimale Stammkapital der GmbH – entgegen dem Vorschlag der Expertenkommission, die im Gleichlauf zur Aktienrechtsreform ebenfalls eine Verdoppelung vorschlug – unverändert bei CHF 20'000.–. Damit trugen Bundesrat und Parlament der Befürchtung Rechnung, eine Erhöhung der Mindestkapitalquote könnte sich für Start-ups nachteilig auswirken⁷⁵.

Man kann sich füglich fragen, ob es fair ist, die Benutzung einer juristischen Person – und damit die Verschiebung der Konsequenzen eines wirtschaftlichen Fehlschlages auf Gläubiger und die Allgemeinheit – bei einem Einsatz von nur CHF 20'000.– zu erlauben. Der Gesetzgeber hat diese – politische und nicht rechtliche – Frage im Sinne einer Erleichterung von Körperschaftsgründungen, aber – *le revers de la médaille* – zum Nachteil der Gläubiger entschieden. Damit wird man leben müssen und können, zumal die Bedeutung der Sperrquote „Grundkapital“ wohl – und dabei dürfte es auch künftig bleiben⁷⁶ – im schweizerischen Recht (wie allgemein im traditionellen kontinentaleuropäischen Recht) massiv überschätzt wird⁷⁷.

⁶⁸ RevOR 783 II.

⁶⁹ RevOR 783 III.

⁷⁰ Dazu vorn, FN 17.

⁷¹ RevOR 727 ff.

⁷² RevOR 818 II.

⁷³ Verschiedene Differenzierungen sind bereits vorstehend in Ziff. II.3. erwähnt worden, nämlich solche, bei denen es sich eher um Nuancierungen einer grundsätzlich mit dem Aktienrecht übereinstimmenden Ordnung handelt.

⁷⁴ Dazu eingehender nachstehend Ziff. III.

⁷⁵ Botschaft 2001, BBl 2002 3155 f.; HANDSCHIN (FN 29), 52 f.

⁷⁶ Dies indiziert jedenfalls der Vorentwurf für eine Revision des Aktienrechts, vgl. dazu die Ausführungen zur Neuregelung der Kapitalstrukturen (Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 21 ff., zu finden unter: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitbericht_VarianteEDA.pdf> [besucht am 24. Juli 2006]).

⁷⁷ Das Gesellschaftsvermögen – und damit das Haftungssubstrat für die Gläubiger – entspricht nur gerade im Zeitpunkt der Gründung einigermaßen dem Grundkapital. Unmittelbar nach der Gründung (und entsprechend nach einer Kapitalerhöhung) entfernt sich das Vermögen von der Sperrziffer – nach unten aufgrund von Aufwand, nach oben durch Erträge. Schon nach Jahresfrist dürfte die Sperrquote „Grundkapital“ für die Gläubiger an Bedeutung verloren haben, und nach einigen Jahren dürfte sie für den Gläubigerschutz nur noch insofern eine

b) Zu beachten ist aber vor allem der Kontext, der das Verharren der Mindestkapitalziffer trotz 70 Jahren der Geldentwertung⁷⁸ erträglich erscheinen lässt:

- Stammanteile müssen künftig von Anfang an *voll liberiert* sein, womit zumindest für den bei der *Gründung* erforderlichen Kapitaleinsatz die früheren Relationen zwischen AG und GmbH wieder einigermaßen hergestellt werden⁷⁹.
- Weit wichtiger ist aber, dass für die *Gründung* der GmbH auf das Aktienrecht und damit auf seine *Bestimmungen zur qualifizierten Gründung* verwiesen wird⁸⁰. Das geltende Recht der GmbH zu den Gründungserfordernissen verweist nämlich nicht auf das Aktienrecht, sondern es enthält eine eigenständige Ordnung – im Wesentlichen eine Wiederholung dessen, was im früheren Aktienrecht rechtens war. Damit können die Segnungen der dynamischen Verweisung nicht fruchtbar gemacht werden, um Fehler oder Obsolenzen des schweizerischen Körperschaftsrechts der Dreissigerjahre zu heilen. Vielmehr ist bis heute für die qualifizierte Gründung der GmbH das *frühere* Recht der AG, das Umgehungen Tür und Tor öffnet, gültig. Dazu gehört etwa die – praktisch willkürliche – Bewertung von Sacheinlagen⁸¹. Die Verpflichtung auf ein Verfahren, das bei der Gründung einigermaßen Gewähr dafür bietet, dass die eingebrachten Werte auch wirklich vorhanden sind, dürfte daher weit wichtiger sein als die absolute Zahl dieser Aktiven.

Rolle spielen, als Ausschüttungen an die Gesellschafter untersagt sind, solange das Grundkapital nicht durch Aktiven voll gedeckt ist (revOR 798 I).

⁷⁸ Der Landesindex der Konsumentenpreise hat sich gemäss Angabe des Bundesamtes für Statistik zwischen 1936 und 2000 um 636,3 Prozent erhöht. Um der aufgelaufenen Inflation Rechnung zu tragen, müsste das minimale Stammkapital ungefähr CHF 147'000.– betragen (Botschaft 2001, BBl 2002 3156).

⁷⁹ Das für die Gründung einer AG erforderliche Kapital ist im Zuge der Aktienrechtsreform von CHF 20'000.– auf CHF 50'000.– angehoben worden (Minimalkapital nach heutigem Recht CHF 100'000.–, minimale Liberierung CHF 50'000.–), früheres Minimalkapital CHF 50'000.–, bei einer Minimalliberierung von CHF 20'000.–; Verdoppelung des bei der Gründung benötigten Kapitals bei der GmbH von CHF 10'000.– (Minimalkapital CHF 20'000.–, Minimalliberierung 50%) auf CHF 20'000.– (Minimalkapital, voll zu liberieren).

⁸⁰ Vgl. revOR 777.

⁸¹ Der Autor erinnert sich an einen Fall, in welchem ein mit CHF 220'000.– bewertetes Grundstück in der späteren konkursamtlichen Verwertung für CHF 5'000.– veräussert wurde. Doch damit nicht genug: Der Erwerber focht die Transaktion später noch wegen Irrtum und Täuschung an.

b) *Verbot eines öffentlichen Angebots zur Zeichnung von Stammanteilen*

RevOR 781 III letzter Satz schliesst ausdrücklich ein „öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile“ aus.

Diese Differenz zum Aktienrecht ist gewollt⁸², und sie ist auch gerechtfertigt: Die GmbH soll zwar Kapitalgesellschaft sein, aber eben eine *personenbezogene* Kapitalgesellschaft, was Angebote am anonymen Markt nicht zulässt. Das Element der Personenbezogenheit, das sich bei der Ausgestaltung der Gesellschafterstellung zeigt⁸³, und nicht das Charakteristikum der Kapitalbezogenheit ist es also, welches diesen Ausschluss rechtfertigt.

c) *Unzulässigkeit von Partizipationsscheinen*

a) Das künftige Recht der GmbH sieht *Genussscheine* ausdrücklich vor und verweist für diese auf die Vorschriften des Aktienrechts⁸⁴.

b) Nicht oder nicht mehr⁸⁵ zulässig sind dagegen *Partizipationsscheine*⁸⁶, da dieses für Finanzierungszwecke konzipierte Instrument der personalistischen Struktur der GmbH widerspricht⁸⁷.

⁸² Botschaft 2001, BBl 2002 3181.

⁸³ Dazu Ziff. III.

⁸⁴ RevOR 774a.

⁸⁵ Ob unter dem bisherigen Recht Partizipationsscheine bei der GmbH zulässig waren und – wenn ja – ob auf sie die aktienrechtliche Ordnung von OR 656a ff. Anwendung finden soll, sei offen gelassen.

⁸⁶ Dazu im Aktienrecht OR 656a ff.

⁸⁷ Bestehende Partizipationsscheine werden nach Ablauf der Übergangsfrist von zwei Jahren zu Stammanteilen mit gleichen Vermögensrechten, falls sie nicht innerhalb dieser Frist durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden, Übergangsbestimmungen revOR Art. 4 I. Für andere Anteile, die nicht in den Passiven der Bilanz ausgewiesen werden, finden nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts die Vorschriften über die Genussscheine Anwendung, und zwar auch dann, wenn sie als Partizipationsscheine bezeichnet sind, Übergangsbestimmungen revOR 4 III.

III. Der Gesellschafter der GmbH – eher Kollektivgesellschafter als Aktionär?

1. Stärkere Ausrichtung der Mitgliedschaft auf den Kapitaleinsatz, aber kein Paradigmenwechsel

- a) Das heute noch geltende Recht der GmbH ist im Hinblick auf die Ausgestaltung der Mitgliedschaft stark an den Personengesellschaften orientiert⁸⁸.
- b) Das Ergebnis der Totalrevision des Rechts der GmbH ist zwar eine *Verschiebung der Gewichte zugunsten kapitalgesellschaftlicher Elemente* – weg von der Personengesellschaft und hin zur AG. Zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel ist es aber nicht gekommen. Und dies m.E. zu Recht, was der Siegeszug der GmbH in den letzten 15 Jahren⁸⁹ eindrücklich belegt.
- c) Wohl mag es sein, dass das Plebiszit der letzten anderthalb Jahrzehnte zugunsten der GmbH nicht so sehr ein Votum für diese Rechtsform als vielmehr eines gegen die AG war⁹⁰. Diese Verlagerung von der AG auf die GmbH bei Neugründungen⁹¹ dürfte in erster Linie damit zu begründen sein, dass das Mitte 1992 in Kraft gesetzte revidierte Aktienrecht die Anforderungen an die AG verschärft hat, durch die Anhebung des Mindestkapitals, durch erhöhte Anforderungen an die qualifizierte Gründung und an die Abschlussprüfung.

Doch hat sich in den letzten Jahren auch gezeigt, dass die GmbH nicht nur aus Kostenüberlegungen eine attraktive Alternative zur AG darstellen kann, sondern dass sie auch wegen ihrer rechtlichen Eigenarten gewählt wird, und zwar ganz besonders hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechtsstellung der Mitglieder:

Bei der AG ist die Mitgliedschaft nach dispositivem Gesetzesrecht rein kapitalbezogen ausgestaltet⁹². Von dieser Grundordnung kann zwar statutarisch abge-

⁸⁸ Vgl. das Zitat vorn, bei FN 16.

⁸⁹ Dazu vorn, bei FN 20.

⁹⁰ Vgl. im Einzelnen zu den Gründen für die Hinwendung zur GmbH seit Mitte der Neunzigerjahre VON BÜREN/BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Recht 13 (1996) 17 ff. und PLÜSS ADRIAN, Die Wiederentdeckung der GmbH, SJZ 94 (1998) 309 ff.

⁹¹ Bei denen die GmbH mittlerweile die AG fast vollständig abgelöst hat, vgl. die Zahlen vorn, in FN 20.

⁹² Vgl. statt aller BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 § 1 Rz 13 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 39 Rz 2 ff.

wichen werden, aber nur sehr begrenzt. So gibt es im Aktienrecht keine statutarischen Nebenleistungspflichten⁹³, keine Treuepflicht⁹⁴, keine Austritts- und Ausschliessungsrechte⁹⁵, und die Möglichkeiten der Vinkulierung sind durch die Aktienrechtsreform auch für die privaten und stark personenbezogenen Aktiengesellschaften massiv abgebaut worden⁹⁶.

In all diesen Punkten erweist sich die GmbH – wie im Folgenden gezeigt wird – als Gegenpol zur AG, und die grössere persönliche Nähe der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern zeigt sich auch in mancherlei weiterer Hinsicht: Es besteht keine Anonymität zwischen den Gesellschaftern⁹⁷, ja nicht einmal gegenüber Dritten⁹⁸. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Mitgliederversammlung und Exekutive kann stärker als bei der AG zugunsten der Gesellschafterversammlung verschoben werden⁹⁹, und es gilt gar nach dispositivem Recht das Prinzip der Selbstorganschaft¹⁰⁰.

d) Solche personalistischen Elemente prägen die Grosszahl der kleinen und zumeist auch mittleren Schweizer Unternehmen. Im Aktienrecht behilft man sich dabei mit einer Kombination der Rechtsform der AG und eines darüber gestülpten Aktionärsbindungsvertrages – regelmässig einer einfachen Gesellschaft¹⁰¹. Die Verbindung einer Körperschaft, der – theoretisch – ein ewiges Leben zukommt, mit einer personengesellschaftlichen oder allenfalls schuldvertraglichen Verbindung, die irgendwann beendet wird, ist aber eine zumindest konzeptionell instabile Basis (auch wenn zuzugeben ist, dass sie in der Praxis zumeist funktioniert). Daher ist es richtig, dass der Gesetzgeber auch künftig in

⁹³ Vgl. OR 680 I.

⁹⁴ So jedenfalls die vorherrschende Lehre, vgl. statt aller BÖCKLI (FN 92), § 13 Rz 659 ff.

⁹⁵ Sieht man vom Ausschluss des Aktionärs wegen Versäumnis in der Erfüllung seiner Liberierungspflicht gemäss OR 681 f. (Kaduzierung) und den Ausschliessungsrechten nach BEHG 33 und FusG 8 II, 18 V und 31 II ab.

⁹⁶ Vgl. OR 685a ff.

⁹⁷ Recht auf Einsicht in das Anteilbuch, revOR 790 IV; vgl. dagegen zum Aktienrecht DIETER ZOBL zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, SZW 64 (1992) 49 ff.

⁹⁸ Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister, revOR 791 I.

⁹⁹ Vgl. nachstehend bei FN 123.

¹⁰⁰ Dazu nachstehend bei FN 129.

¹⁰¹ Erstaunlich ist, dass wohl ein zahlenmässig nur verschwindend kleiner (wenn auch volkswirtschaftlich massgebender) Anteil aller Aktiengesellschaften dem gesetzgeberischen Leitbild der „Gesellschaft mit einem grossen Aktionärskreis“ und damit der Publikumsgesellschaft (so die Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745 ff., 748) entspricht.

der Gestalt der GmbH eine *personenbezogene Kapitalgesellschaft* zur Verfügung stellt¹⁰².

e) Unnötig zu sagen, dass sich das personalistische Element der GmbH vor allem in der Ausgestaltung der Mitgliedschaft niederschlägt, und hier wiederum schwergewichtig bei den Mitwirkungsrechten, darüber hinaus aber ganz generell bei den mitgliedschaftlichen Pflichten und sodann auch bei der Übertragung der Mitgliedschaft.

Im Einzelnen Folgendes:

2. Vermögensrechte und -pflichten

a) Eine wichtige Neuerung ist bereits erwähnt worden: Die subsidiäre Haftung im Umfang des nicht einbezahlten Stammkapitals wird künftig entfallen, und die Gesellschafter werden – wie im Aktienrecht – nur für ihre eigenen Liberierungspflichten haftbar sein¹⁰³. Es ist dies ein Schritt zu einer konsequenteren Kapitalbezogenheit der vermögensrechtlichen Seite der Mitgliedschaft in der GmbH und eine Abkehr von einer onerosen und im Recht einer Kapitalgesellschaft unpassenden Schweizer Eigenart.

b) Grundsätzlich bleibt es dabei, dass bezüglich der Vermögensrechte – wie im Aktienrecht¹⁰⁴ – der Kapitaleinsatz den Umfang der Berechtigung bestimmt: Nach revOR 798 III sind Dividenden „im Verhältnis des Nennwertes der Stammanteile festzusetzen“¹⁰⁵, wobei – eine für Kapitalgesellschaften systemkonforme Sonderregel für die GmbH – geleistete Nachschüsse „für die Bemessung der Dividenden dem Nennwert zuzurechnen“ sind¹⁰⁶. Die gleiche Regel gilt für die Verteilung des Liquidationsergebnisses¹⁰⁷.

c) Dem Charakter der GmbH als einer *personenbezogenen Kapitalgesellschaft* entspricht es, dass den Gesellschaftern *Nachschusspflichten* auferlegt

¹⁰² Deren Notwendigkeit war im Zuge der Diskussionen zur GmbH-Reform nicht unbestritten, vgl. vorstehend, bei FN 11.

¹⁰³ Vgl. vorn, bei FN 21.

¹⁰⁴ Vgl. OR 661, wonach es für die Rechte auf einen Anteil am Gewinn und am Liquidationsergebnis grundsätzlich auf die auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge (und nicht auf den Nennwert) ankommt.

¹⁰⁵ Da alle Stammanteile voll liberiert sein müssen, entspricht dies dem Verhältnis der einbezahlten Beträge, wie es nach dispositivem Aktienrecht massgebend ist.

¹⁰⁶ RevOR 798 III.

¹⁰⁷ RevOR 826 I.

werden können. Doch sind diese gesetzlich auf das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils begrenzt¹⁰⁸. Ausdrücklich wird überdies die Selbstverständlichkeit festgehalten, dass die Gesellschafter nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüsse haften¹⁰⁹, entsprechend ihrer auf die eigene Leistungspflicht beschränkten Haftung für die Liberierung. Die gesetzliche Regelung für Nachschüsse und ihre Einforderung, Rückzahlung und Herabsetzung zeugt von der Sorge für die Erhaltung der Eigenkapitalbasis der Gesellschaft und stellt insofern wiederum ein kapitalistisches Element dar¹¹⁰.

d) Der Vorentwurf der Expertengruppe¹¹¹ hatte noch – in Anlehnung an das neuere deutsche GmbH-Recht – eine Regel für *eigenkapitalersetzende Darlehen* von Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen vorgeschlagen¹¹². Der Bundesrat hat diesen Vorschlag nicht übernommen, und im Parlament kam niemand darauf zurück. Dem Wegfall wird wohl kaum jemand nachtrauern, da das schweizerische Recht mit den in der Praxis unter dem Stichwort „Durchgriff“ entwickelten Regeln eine ausreichende und zudem flexible Handhabe für die „Umwidmung“ von Darlehen bietet, die wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital bilden.

e) Als Exkurs sei erwähnt, dass das künftige Recht – in gleicher Weise für die AG wie für die GmbH – verlangt, dass Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter grundsätzlich schriftlich abzufassen sind¹¹³.

3. Mitwirkungsrechte und -pflichten

a) Ganz allgemein ist nochmals der grundlegende Unterschied der personenbezogenen GmbH zur kapitalbezogenen AG hervorzuheben: Im Recht der GmbH gibt es – teils schon von Gesetzes wegen vorgegeben, teils durch statutarische Bestimmung einführbar – eine Fülle von persönlichen Pflichten, wäh-

¹⁰⁸ RevOR 795 II Satz 2.

¹⁰⁹ RevOR 795 III.

¹¹⁰ Vgl. revOR 795a ff.

¹¹¹ Dazu vorn, FN 10.

¹¹² Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH (FN 10), 23, vgl. dazu Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH (FN 10), 24.

¹¹³ RevOR 718b, aufgrund der Verweisung in revOR 814 IV auch für die GmbH anwendbar. Ausgenommen sind „Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.– nicht übersteigt“. Diese Bestimmung lehnt sich an Art. 5 der 12. Richtlinie, 89/667/EWG des Rates vom 30.12.1989, ABl Nr. L 395, 40 ff. an.

rend bei der AG kraft zwingenden Rechts irgendwelche Pflichten mit Ausnahme der Liberierungspflicht ausgeschlossen sind¹¹⁴.

b) Auch künftig können in der GmbH *Nebenleistungspflichten* der Gesellschafter *vielfacher Art* eingeführt werden, freilich nur, „soweit sie dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen“¹¹⁵. Damit kann das Schwergewicht der mitgliedschaftlichen Beziehung vom Kapitaleinsatz zur persönlichen Mitwirkung verschoben werden, ohne dass es – wie bei der AG – einer komplexen Kombination aktienrechtlicher und vertraglicher Regelungen bedürfte¹¹⁶.

Ergänzt werden können solche Pflichten zur Nebenleistung durch die bereits erwähnten ausschliesslich vermögensmässigen *Nachschusspflichten*¹¹⁷.

c) Gesetzlich verankert bleiben auch künftig die *Treuepflicht* aller Gesellschafter und als Ausfluss derselben das *Konkurrenzverbot*¹¹⁸. Bezüglich des Konkurrenzverbots ist das künftige Recht freilich zweideutig: Nach OR 776a I Ziff. 3 gehören Konkurrenzverbote zum bedingt notwendigen Statuteninhalt, bedarf es für solche also einer statutarischen Basis. Nach revOR 803 II müssen aber die Gesellschafter – auch ohne ausdrückliche Verpflichtung durch die Statuten – „alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt“. Diese gesetzliche Verpflichtung kann wohl nicht anders verstanden werden denn als Konkurrenzverbot, und der Begriff findet sich auch in der Marginalie zu OR 803.

d) Die Besonderheit der GmbH zeigt sich sodann in der Liste der Aufgaben, die der *Gesellschafterversammlung unübertragbar* zukommen. Neben den auch der Generalversammlung in der AG zustehenden Kompetenzen findet sich hier

¹¹⁴ OR 680 I, eine Ausnahme bildet – aber nur bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien – die Melde- und die allfällige Angebotspflicht gemäss BEHG 20 und 32.

¹¹⁵ RevOR 796 II; man erkennt den Anklang an die aktienrechtliche Vinkulierungsordnung für nicht kotierte Aktien in OR 685b II.

¹¹⁶ Das heisst nicht, dass nicht auch in der GmbH Bindungsverträge unter den Gesellschaftern möglich wären, mit den gleichen Wirkungen wie Aktionärbindungsverträge. Es kann dies aus Gründen der Vertraulichkeit erwünscht sein, oder auch, weil die persönliche Einbindung weitergehen soll als dies nach GmbH-Recht möglich ist (vgl. die Beschränkung der Einsatzmöglichkeiten für Nebenleistungspflichten, dazu soeben vorn, bei FN 115, sowie die gesetzliche Beschränkung des maximalen Umfangs von Nachschusspflichten, dazu vorn, bei FN 108).

¹¹⁷ Soweit es bei mitgliedschaftlichen Pflichten um Geld oder geldwerte Leistungen geht, sind die Bestimmungen über die Nachschüsse anwendbar, revOR 796 IV.

¹¹⁸ RevOR 803.

etwa die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer¹¹⁹, die Zustimmung zur Ausübung von Erwerbsrechten, die nähere Regelung von Nebenleistungspflichten in einem Reglement und die Beschlussfassung über den Ausschluss von Gesellschaftern¹²⁰. Auch die Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten kommt der Gesellschafterversammlung zu, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen¹²¹.

e) Das neue GmbH-Recht hat aus dem revidierten Aktienrecht die Idee übernommen, die *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Exekutive* – Verwaltungsrat in der AG, Geschäftsführer bei der GmbH – im Gesetz explizit aufzulisten¹²². 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“¹²³.

Bei der GmbH ist es also zulässig, geschäftsführende Entscheide den Gesellschaftern vorzulegen oder gar vorzubehalten¹²⁴. Daraus ergibt sich ein Einbruch in das im Aktienrecht konsequent durchgehaltene Prinzip, wonach strategische Grundsatzentscheide – soweit sie keine Statutenänderung bedingen – *unentziehbar und unübertragbar* dem Exekutivorgan zukommen^{125,126}.

¹¹⁹ In der rechtspolitischen Diskussion zum Aktienrecht ist derzeit stark umstritten, ob und – wenn ja – inwieweit die Generalversammlung befugt sein soll, bei der Bestimmung der Entschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrates (und allenfalls der Geschäftsleitung) mitzuwirken. Nach geltendem Recht bestimmt der Verwaltungsrat in der AG seine eigene Entschädigung und diejenige der Mitglieder der Geschäftsleitung selbst.

¹²⁰ RevOR 804 Ziff. 6, 8, 10, 11, 12, 14 und 15.

¹²¹ RevOR 804 III. Näheres hiezu im Referat von LUKAS HANDSCHIN.

¹²² RevOR 810 II.

¹²³ Die Idee fand sich – als Art. 812a – schon im Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH (FN 10), freilich mit einer nicht unwesentlich (dazu nachstehend Ziff. III.3.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“).

¹²⁴ Allerdings geht es immer nur um eine „Genehmigung“. Die Initiative muss daher stets von der Geschäftsleitung ausgehen.

¹²⁵ Nicht geklärt ist vorderhand, wie Abs. II von revOR 811 zu verstehen ist, wonach die Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführer nicht einschränken soll. Vgl. dazu BLANC MATHIEU, La répartition des compétences entre les associés et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl, SJZ 102 (2006) 221 ff. sowie FORSTMOSER PETER, Das

f) Rücksicht auf die stärkere Personenbezogenheit der Mitgliedschaft bei der GmbH wird auch bei der ausnahmsweisen *Ausschliessung vom Stimmrecht* in der Gesellschafterversammlung genommen. Bei der AG gibt es einen einzigen Fall des Stimmrechtsausschlusses wegen möglicher Interessenkollision: Der Aktionär ist bei der Abstimmung über die Entlastung vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn er direkt oder indirekt am Ergebnis der Abstimmung interessiert ist¹²⁷. Bei der GmbH kommen zwei weitere Ausschliessungsgründe hinzu: Beschlussfassung über den Erwerb eigener Stammanteile und Beschlussfassung über die Zustimmung zu Tätigkeiten von Gesellschaftern, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen¹²⁸.

g) Ganz grundlegend ist schliesslich – es sei wiederholt –, dass auch in Zukunft bei der GmbH das Konzept der *Selbstorganschaft* – der Ausübung der Geschäftsführungsfunktion aufgrund der Gesellschafterstellung, ohne dass es hierfür einer Wahl bedürfte – die Regel sein soll¹²⁹.

4. Schutzrechte

a) Den GmbH-Gesellschaftern stehen zunächst dieselben Schutzrechte wie Aktionären zu: das Anfechtungsrecht bei rechtswidrigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung¹³⁰, die Verantwortlichkeitsklage gegenüber den Mitgliedern der Exekutive¹³¹ und die Auflösungsklage insbesondere bei Machtmissbrauch der Mehrheit¹³².

neue Recht der Schweizer GmbH, in: KRAMER/NOBEL/WALDBURGER (Hrsg.), FS Böckli, Zürich 2006, 535 ff., 559 ff.

¹²⁶ Der Gesetzestext („bestimmte Entscheide“, „einzelne Fragen“) sieht keine Grenzen nach unten vor, weshalb es zulässig scheint, beliebige Entscheide oder Fragen dem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen. Ob dies wirklich die Meinung des Gesetzgebers war oder ob der Gesellschafterversammlung nur solche Entscheidungen vorbehalten werden können, die qualitativ oder quantitativ von einer gewissen Bedeutung sind, bleibt abzuklären.

¹²⁷ OR 695 I.

¹²⁸ RevOR 806a II und III.

¹²⁹ RevOR 809. Das Prinzip ist im Vergleich zum geltenden Recht sogar insofern noch verstärkt, als sämtliche Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt sein sollen, während die dispositive geltende Ordnung diese Berechtigung und Verpflichtung nur den Gründungsgesellschaften zuweist (OR 811 III).

¹³⁰ RevOR 808c, Verweisung auf das Aktienrecht.

¹³¹ RevOR 827, Verweisung auf das Aktienrecht.

¹³² RevOR 821 III, jedem Gesellschafter zustehend.

Interessant – und erneut das personalistische Element betonend – ist die Möglichkeit, einzelnen Gesellschaftern ein *Vetorecht* gegen bestimmte – statutarisch zu umschreibende – Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einzuräumen¹³³.

b) Die Pflicht der GmbH-Gesellschafter zu Loyalität ermöglicht es sodann, ihre *Informationsrechte* im Vergleich zu denen der Aktionäre zu erweitern: Vorbild für das Auskunftsrecht ist das Informationsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrates im Aktienrecht¹³⁴. Das Einsichtsrecht wird im Übrigen wie bis anhin differenziert geregelt, je nachdem, ob die Gesellschaft eine Revisionsstelle hat oder nicht¹³⁵.

c) Die grössere Nähe der GmbH-Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft und ihrer Geschäftstätigkeit zeigt sich auch darin, dass jeder Gesellschafter darauf klagen kann, dass einem Geschäftsführer die *Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis* aus wichtigen Gründen *entzogen oder beschränkt* wird¹³⁶.

d) Wegen der im Vergleich zur AG erweiterten Informationsrechte der Gesellschafter ist dagegen darauf verzichtet worden, die *Sonderprüfung* im Recht der GmbH einzuführen¹³⁷.

5. Erwerb, Beibehaltung und Übertragung der Mitgliedschaft

a) Grundsätzliches

a) Mit Bezug auf den *Erwerb* der Mitgliedschaft stimmen die Rechte von AG und GmbH überein: Eine Konsequenz des festen Grundkapitals ist es, dass die Mitgliedschaft nur anlässlich der Gründung und bei Kapitalerhöhungen ori-

¹³³ RevOR 807.

¹³⁴ RevOR 802 I, übereinstimmend mit OR 715a I. Auskunft verlangen kann der Gesellschafter der GmbH (in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsratsmitglied bei der AG) über „alle“ Angelegenheiten der Gesellschaft, der Aktionär dagegen nur über „die“ Angelegenheiten (OR 697 I). Wichtiger als diese begriffliche Nuance ist, dass das Auskunftsrecht des Aktionärs grundsätzlich auf die Geltendmachung in der Generalversammlung beschränkt ist, das des GmbH-Gesellschafters entsprechend dem des Verwaltungsratsmitglieds bei der AG dagegen auch ausserhalb der Gesellschafterversammlung wahrgenommen werden kann. Eine Erweiterung des Informationsrechts der Gesellschafter bei der AG wird zur Zeit diskutiert, stösst aber wegen der damit potentiell verbundenen grossen Umtriebe auf starke Skepsis.

¹³⁵ RevOR 802 II, vgl. zur geltenden Ordnung OR 819.

¹³⁶ RevOR 815 II.

¹³⁷ Zur Begründung vgl. Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH (FN 10), 54.

ginär erworben werden kann, im Übrigen aber nur derivativ, aufgrund einer Übertragung von einem Gesellschafter.

b) Gleich geregelt ist auch das Recht auf *Erhalt* der Mitgliedschaftsstellung bei einer Kapitalerhöhung: Das Recht der GmbH verweist bezüglich des *Bezugsrechts* ausdrücklich auf das Aktienrecht¹³⁸.

c) Im Übrigen aber kommen bei der Regelung des Mitgliedschaftswechsels die gegensätzlichen Ordnungen der Mitgliedschaft in der AG und der GmbH besonders deutlich zum Ausdruck:

- Aufgrund der Personenbezogenheit der Mitgliedschaft bei der GmbH sind neben der Mitgliedschaftsübertragung auch der *Austritt* und der *Ausschluss* möglich, vgl. Ziff. III.5.b).
- Und die *Übertragung* ist bewusst *erschwert* – im Gegensatz zum Grundsatz der freien Übertragbarkeit im Aktienrecht, vgl. Ziff. III.5.c).

b) *Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern*

a) Während bei der AG ein Ausschluss von Gesellschaftern – sieht man von den spezialgesetzlichen Regelungen des BEHG und des FusG¹³⁹ und dem Ausschluss wegen Nichterfüllung der Liberierungspflicht¹⁴⁰ ab – undenkbar ist, sind bei der GmbH sowohl der Austritt wie auch der Ausschluss vorgesehen:

- Ein Recht auf *Austritt* kann gemäss zwingender gesetzlicher Ordnung stets aus wichtigen Gründen durchgesetzt werden, und statutarisch kann das Austrittsrecht erweitert werden¹⁴¹.

Um die Gleichbehandlung der Gesellschafter sicherzustellen und gleichzeitig überstürzten Austritten vorzubeugen, sieht das künftige Recht überdies die Möglichkeit vor, innert dreier Monate nach Mitteilung einer Austrittserklärung den *Anschlussaustritt* zu erklären¹⁴².

- Auch der richterliche *Ausschluss* von Gesellschaftern aus wichtigem Grund ist gesetzlich zwingend vorgesehen. Wiederum können die Statuten weiter gehen und der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit des

¹³⁸ RevOR 781 V Ziff. 2.

¹³⁹ BEHG 33 und FusG 8 II, 18 V und 31 II.

¹⁴⁰ Kaduzierung, OR 681 f.

¹⁴¹ RevOR 822.

¹⁴² RevOR 822a.

Ausschlusses von Gesellschaftern einräumen, „wenn bestimmte Gründe vorliegen“¹⁴³.

b) Der ausscheidende Gesellschafter hat grundsätzlich ein Recht auf eine *Abfindung* entsprechend dem wirklichen Wert seiner Stammanteile¹⁴⁴. Beim Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts kann statutarisch eine abweichende Regelung festgelegt werden¹⁴⁵.

c) Die Möglichkeit des Ausscheidens einzelner Mitglieder ist – vor allem in Fällen eines Zerwürfnisses zwischen den Gesellschaftern – eine *Alternative zur Auflösung* der Körperschaft, worauf bei der Auflösung aus wichtigem Grund ausdrücklich hingewiesen wird¹⁴⁶.

c) *Mitgliedschaftswechsel*

a) Während bei der AG die Mitgliedschaft typischerweise frei übertragbar ist und eine Erschwerung der Übertragung – eine Errungenschaft der letzten Aktienrechtsreform – nur in engen Grenzen möglich ist¹⁴⁷, verhält es sich bei der GmbH genau umgekehrt: Schon aufgrund der gesetzlichen Ordnung ist die Übertragung *erschwert*, und statutarisch kann man noch weiter gehen.

b) Die Übertragung hat in jedem Fall auf dem Wege der Abtretung und in schriftlicher Form zu erfolgen¹⁴⁸. Überdies aber bedarf es nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung der *Zustimmung der Gesellschafterversammlung*, und diese „kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern“¹⁴⁹.

Die Statuten können die *Übertragbarkeit erleichtern*, indem auf das Erfordernis der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung verzichtet wird oder aber die Verweigerung der Zustimmung nur aus bestimmten statutarisch ge-

¹⁴³ RevOR 823 II.

¹⁴⁴ RevOR 825 I.

¹⁴⁵ RevOR 825 II.

¹⁴⁶ RevOR 821 III a.E.

¹⁴⁷ Vgl. die für den Vergleich mit der GmbH massgebende Regelung für nicht kotierte Aktien in OR 685b: Ablehnbarkeit eines Bewerbers nur aus wichtigem, statutarisch genanntem Grund, es sei denn, die Gesellschaft übernehme die zur Veräusserung stehenden Aktien zum wirklichen Wert.

¹⁴⁸ RevOR 785.

¹⁴⁹ RevOR 786 I.

nannten Gründen zulässig sein soll¹⁵⁰. Vor allem aber können sie die *Übertragung erschweren*, namentlich durch Anhebung des für die Beschlussfassung massgebenden Quorums¹⁵¹, und sie können sogar die *Abtretung ganz ausschliessen*¹⁵², womit eine personengesellschaftliche Regelung erzielt werden kann¹⁵³.

c) Erwähnt sei immerhin, dass das neue Recht die *Mobilität* der Gesellschafterstellung durch verschiedene Massnahmen *verbessert*:

- Das doppelt qualifizierte Mindestquorum des geltenden Rechts¹⁵⁴ entfällt, ja es ist – wie soeben erwähnt – sogar möglich, auf das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung überhaupt zu verzichten.
- Der Minimalbetrag der Beteiligung wird von CHF 1'000.– auf CHF 100.– herabgesetzt¹⁵⁵, was wiederum die Übertragung der Mitgliedschaft erleichtern kann¹⁵⁶.
- Vor allem aber wird es künftig zulässig sein, dass ein Gesellschafter *mehrere Stammanteile* hält¹⁵⁷. Dadurch wird es möglich, lediglich einen Teil der Beteiligung an einer GmbH zu übertragen oder eine Übertragung auf mehrere Erwerber vorzunehmen, ohne dass dies – wie nach heutigem Recht – zu einer Statutenänderung und entsprechenden Anpassungen des Handelsregistereintrages führen müsste.

¹⁵⁰ RevOR 786 II Ziff. 1 und 2. Das geltende Recht sieht dagegen nur die Möglichkeit der Erschwerung vor, OR 791 III.

¹⁵¹ Vgl. revOR 808, wonach grundsätzlich – wie bei der AG – das Quorum der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gilt.

¹⁵² RevOR 786 II Ziff. 4, vgl. auch die Möglichkeit, einzelnen Gesellschaftern ein Vetorecht gegen eine Abtretung einzuräumen, revOR 807.

¹⁵³ Ist die Abtretung ausgeschlossen, dann sind auch die Bestellung einer Nutznießung oder eines Pfandrechts an den Stammanteilen ausgeschlossen, revOR 789a II und 789b II.

¹⁵⁴ OR 791 II: Zustimmungserfordernis von drei Vierteln sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten.

¹⁵⁵ RevOR 774 I, vgl. OR 774 I.

¹⁵⁶ Dabei geht es natürlich nicht darum, dass eine Anfangsinvestition von CHF 1'000.– eine ernsthafte Schranke für den Erwerb der Gesellschafterstellung bilden würde. Im Laufe der Zeit kann aber der wirkliche Wert – und dieser und nicht der Nominalwert ist bei der Mitgliedschaftsübertragung entscheidend – auf ein Vielfaches des Nominalwertes ansteigen. Bei börsenkotierten Aktien etwa ist ein Kurspreis des Tausendfachen des Nominalwertes keine Seltenheit.

¹⁵⁷ RevOR 772 II, vgl. dagegen OR 774 II.

d) Eine interessante Kombination von Regeln, die im Aktienrecht für nicht kotierte Gesellschaften einerseits und für kotierte andererseits vorgesehen sind, findet sich im künftigen GmbH-Recht für die sog. besonderen Erwerbsarten, nämlich den Erwerb von Stammanteilen „durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung“: Die Rechte gehen auch ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person über, doch ruhen vorerst die Mitwirkungsrechte und namentlich das Stimmrecht¹⁵⁸. Über die Anerkennung als stimmberechtigter Gesellschafter entscheidet die Gesellschafterversammlung. Doch kann sie die Anerkennung nur verweigern, wenn die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet¹⁵⁹. Das künftige Recht führt so den „stimmrechtslosen GmbH-Gesellschafter“ ein und ist insofern kurioserweise weniger konsequent als das Aktienrecht, welches bei nicht kotierten Namenaktien die vollumfängliche Ablehnung bei besonderen Erwerbsarten erlaubt.

6. Exkurs: Auch künftig keine GmbH & Co. KG

Erwähnt sei abschliessend, dass eine schweizerische Eigenart, welche die Einsatzmöglichkeit der GmbH in der Praxis deutlich einschränkt, bestehen bleiben wird: Auch künftig wird es *keine schweizerische GmbH & Co. KG* geben. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Recht der GmbH, wohl aber aus dem Personengesellschaftsrecht: Für die Kommanditgesellschaft verlangt das schweizerische Recht – anders als etwa das deutsche –, dass unbeschränkt haftende Gesellschafter natürliche Personen sein müssen¹⁶⁰. Eine GmbH kann daher nicht als Komplementärin figurieren, die GmbH & Co. KG ist dadurch ausgeschlossen.

¹⁵⁸ OR 788 I und II. Diese Regelung ist übernommen von derjenigen für börsenkotierte Namenaktien, die börsenmässig erworben werden, OR 685f I.

¹⁵⁹ OR 788 III. Das entspricht der Regelung für nicht börsenkotierte Namenaktien in OR 685b III, wobei es dort jedoch um die Mitgliedschaft insgesamt und nicht nur um die Mitwirkungsrechte geht. Bei börsenkotierten Namenaktien besteht dagegen bei den „besonderen Erwerbsarten“ ein unbedingtes Recht auf Erlangung der vollen Mitgliedschaft.

¹⁶⁰ OR 594 II.

IV. Schluss

Wie sich das neue Recht in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten. Da sich die Neuerungen trotz einer Totalrevision in Grenzen halten und eher eine Evolution denn eine Revolution des GmbH-Rechts erfolgt, darf man hoffen, nicht mit allzu vielen negativen Überraschungen konfrontiert zu werden.

Schon heute kann jedenfalls festgestellt werden, dass es dem Gesetzgeber – besser als bisher – gelungen ist, zwischen den beiden Kapitalgesellschaften des schweizerischen Rechts Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu regeln: Weitgehend übereinstimmend ausgestaltet ist die Ordnung der Kapitalbasis, stark unterschiedlich dagegen die der Mitgliedschaft. Die GmbH bleibt so, was sie schon bisher war: keine abgespeckte Variante *light* der AG, sondern eine Rechtsform, die sich durch ihre Personenbezogenheit qualitativ von der AG unterscheidet, eine Körperschaft mit wirtschaftlicher Zielsetzung, bei der ein aktives Engagement der Gesellschafterinnen und Gesellschafter von diesen selbst wie auch von der Gesellschaft erwartet wird und die so das geeignete Gefäss für kleinere und mittlere Unternehmen bleiben oder werden könnte, aber auch für größere Kapitalgesellschaften mit personenbezogener Struktur, wie sie etwa bei Joint-Ventures oder bei Tochtergesellschaften in Konzernen, auf welche die Mutter als Alleingesellschafterin direkt Einfluss nehmen will¹⁶¹, vorkommen¹⁶².

¹⁶¹ Vgl. dazu das Referat von LUKAS HANDSCHIN in diesem Band.

¹⁶² Und sollte sich dann im Laufe der Zeit das Rechtskleid der GmbH doch als zu eng erweisen, kann mithilfe der flexiblen Regeln des FusG die Umwandlung in eine AG problemlos vollzogen werden, vgl. FusG 54 I lit. a.

400
100-
21
V
2
71



HERAUSGEBER: PETER BÖCKLI / PETER FORSTMOSER

Das neue schweizerische GmbH-Recht



Schulthess § 2006