

01.082

**Botschaft  
zur Revision des Obligationenrechts  
(GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-,  
Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)**

vom 19. Dezember 2001

---

Sehr geehrte Frau Präsidentin,  
sehr geehrter Herr Präsident,  
sehr geehrte Damen und Herren,

Wir unterbreiten Ihnen die Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) und beantragen Ihnen, dem beiliegenden Gesetzesentwurf zuzustimmen.

Ferner beantragen wir Ihnen, folgende parlamentarische Vorstösse abzuschreiben:

- 1975 P 12126 Aktienrecht. Revision  
(N 3.10.1975, Baumberger)
- 1992 P 93.3005 Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe  
(S 10.12.92, Kommission des Ständerates 91.430)
- 1997 M 97.3668 SchKG und geschäftsführende Gesellschafterin der GmbH  
(N 3.3.99, Dettling)
- 1998 P 97.3142 Juristische Person als unbeschränkt haftende Gesellschafterin  
einer Personengesellschaft  
(N 9.10.98, Raggenbass)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

19. Dezember 2001

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

11741

---

## Übersicht

*Die Revision bezweckt, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft auszugestalten. Mängel im seit 1936 unverändert geltenden GmbH-Recht sollen beseitigt und die gesetzliche Regelung aktualisiert werden.*

*Der Entwurf erlaubt, eine GmbH als Einpersonengesellschaften zu gründen. Die Beschränkung des Stammkapitals auf maximal 2 Millionen Franken soll gestrichen werden, da sie das Wachstum einer auf Eigenkapitalzufuhr angewiesenen GmbH unnötig behindern kann. Das minimale Stammkapital wird unverändert auf 20 000 Franken belassen. Es soll jedoch stets voll liberiert werden müssen (nach geltendem Recht beträgt der minimale Liberierungsgrad 50%). Dagegen entfällt die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter in der Höhe des Stammkapitals.*

*Die finanzielle Beteiligung der einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschafter darf neu aus mehreren Stammanteilen bestehen. Einerseits sollen die Formvorschriften für die Übertragung von Stammanteilen gelockert werden, andererseits sind aber weitgehende Vinkulierungsmöglichkeiten beizubehalten, wie sie für eine personenbezogene Kapitalgesellschaft typisch sind.*

*Der Entwurf verbessert den Rechtsschutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen, so namentlich im Bereich des Auskunfts- und Einsichtsrechts sowie des Bezugsrechts bei Erhöhungen des Stammkapitals. Im Hinblick auf die Praktikabilität der gesetzlichen Regelung werden das Recht auf Austritt sowie der Ausschluss von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern – als zwei Kennzeichen der GmbH – in manchen Punkten besser geordnet (bspw. betreffend die Abfindung ausscheidender Gesellschafterinnen und Gesellschafter). Weiter werden zahlreiche Zweifelsfragen hinsichtlich statutarischer Nachschuss- und Nebenleistungspflichten beantwortet.*

*Eine Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle soll mit Rücksicht auf die Bedürfnisse kleiner Unternehmen für die GmbH nicht generell eingeführt werden, sondern nur für Gesellschaften, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Der Entwurf stellt dabei auf verschiedene Kriterien zur Unternehmensgrösse ab; eine Revisionspflicht kann aber auch mit bestimmten statutarischen Regelungen verbunden sein.*

*Damit die Einheit und Konsistenz des Gesellschaftsrechts gewahrt bleibt, ist die gesetzliche Regelung anderer Rechtsformen punktuell mit der Neuordnung der GmbH zu harmonisieren. Der Entwurf enthält die erforderlichen Anpassungen im Aktien- und Genossenschaftsrecht und sieht verschiedene rechtliche Verbesserungen auch für diese Gesellschaftsformen vor (so zum Beispiel die Gründung von Einpersonen-Aktiengesellschaften). Diverse Modifikationen betreffen ferner das Handelsregister- und das Firmenrecht.*

Für eine ausführlichere Zusammenfassung der Botschaft siehe Ziffer 1.3.

# Botschaft

## 1 Allgemeiner Teil

### 1.1 Ausgangslage

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) wurde im Rahmen der Revision von 1936<sup>1</sup> ins Obligationenrecht (OR; SR 220) aufgenommen. Bis zum Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts<sup>2</sup> hat die GmbH in der Schweiz nie richtig Fuss gefasst. Zwischen 1992 und 2001 ist die Anzahl der im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung stark angestiegen, und zwar von 2 964 Ende 1992 auf 52 395 Ende Oktober 2001. Demgegenüber hat die Zahl der Aktiengesellschaften im gleichen Zeitraum nur leicht zugenommen (von 170 584 Ende 1992 auf 173 320 Ende Oktober 2001).

Die Gründe für die «Neuentdeckung» der GmbH dürften in einzelnen Anforderungen des revidierten Aktienrechts liegen: Insbesondere die Anhebung des Mindestaktienkapitals von 50 000 auf 100 000 Franken sowie die Durchsetzung des Obligatoriums einer unabhängigen Revisionsstelle führten dazu, dass kleinere Unternehmen zunehmend die Rechtsform der GmbH wählten. Weiter ist aber auch darauf hinzuweisen, dass die Aktiengesellschaft in der Rechtspraxis (im Unterschied zu unseren Nachbarländern) lange etwas allzu selbstverständlich ebenfalls für Kleinstgesellschaften verwendet und die weniger bekannte GmbH als Alternative meist übersehen wurde.

Das GmbH-Recht wurde seit seinem Inkrafttreten noch nie revidiert. Obwohl die gesetzliche Regelung weitgehend auf dem deutschen Recht beruht, enthält sie einige unnötige helvetische Eigenheiten. Sie weist zudem verschiedene Mängel, Nachteile und Lücken auf. Zu nennen sind insbesondere die Folgenden:

- Jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter haftet nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften für die Liberierung des Stammkapitals sowie für ungerechtfertigte Kapitalrückzahlungen subsidiär solidarisch bis zur Höhe des gesamten im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals (Art. 802 OR). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter haften somit solidarisch für einen Betrag, der die von ihnen gezeichneten Stammanteile weit übersteigen kann.
- Die Gründung einer Einpersonen-GmbH ist im geltenden Recht nicht vorgesehen (ebenso wenig die Gründung einer Einpersonen-Aktiengesellschaft; Art. 625 und 775 OR). Die nachträgliche Zusammenlegung aller Stammanteile (bzw. aller Aktien) auf eine Person wird jedoch in der Praxis geduldet.
- Das Verfahren zur Übertragung von Stammanteilen erweist sich als schwerfällig. Die Abtretung eines Anteils sowie die Verpflichtung zur Abtretung sind öffentlich zu beurkunden (Art. 791 Abs. 4 OR). Weiter ist der Betrag der Stammanteile in den Statuten festzulegen (Art. 776 Ziff. 3 OR). Da jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter nur einen einzigen Stammanteil

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 18. Dezember 1936; AS 53 185.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit dem 1. Juli 1992; AS 1992 733.

besitzen darf (Art. 774 Abs. 2 OR), muss dessen Nennwert verändert werden, wenn eine bisherige Gesellschafterin oder ein bisheriger Gesellschafter einen zusätzlichen Anteil erwirbt. Dies bedingt aber eine ebenfalls öffentlich zu beurkundende Statutenänderung (Art. 784 Abs. 1 OR).

- In der Lehre ist umstritten, ob sich die gesetzlichen Verweisungen im GmbH-Recht auf das alte oder auf das revidierte Aktienrecht beziehen<sup>3</sup>.
- Die Beschränkung des Stammkapitals auf zwei Millionen Franken kann das Wachstum eines Unternehmens hemmen, das auf die Zufuhr von Eigenkapital angewiesen ist (Art. 773 OR).
- Da die beteiligten Personen subsidiär solidarisch für die Liberierung des gesamten Stammkapitals haften (s. Ziff. 1), verlangt das geltende Recht für dessen Erhöhung die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 784 Abs. 3 und 786 i.V.m. 779 Abs. 1 OR).
- Die erleichterte Herabsetzung des Stammkapitals zur Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz (Art. 735 OR) ist für die GmbH nicht vorgesehen (Art. 788 Abs. 2 Satz 2 OR).
- Der Schutz nicht geschäftsführender Personen mit Minderheitsbeteiligungen erweist sich als mangelhaft: Ihre Kontroll- und Informationsrechte sind ungenügend (Art. 819 OR). Weiter ist zur Aufhebung des Bezugsrechts im Vergleich zum Aktienrecht kein wichtiger Grund im Sinne von Artikel 652b Absatz 2 OR notwendig (Art. 787 OR). Auch die Vorschriften betreffend Austritt und Ausschluss sind lückenhaft, so insbesondere bezüglich der Abfindung (Art. 822 OR).
- Der Konkurs einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters kann die Auflösung der GmbH nach sich ziehen (Art. 793 und 794 OR). Obwohl sie kein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung führen, unterliegen geschäftsführende Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Gesetzes wegen persönlich der Konkursbetreibung (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG). Diese Vorschriften erklären sich zwar aus der engen Personenbezogenheit der GmbH, widersprechen jedoch dem vorrangigen Ziel der Trennung der Haftungssphären bei Kapitalgesellschaften.
- Zwischen den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern einerseits und der Gesellschafterversammlung andererseits besteht keine klare Kompetenzaufteilung (Art. 810 OR). Sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, sind alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet (Art. 811 OR). Die Übertragung der Geschäftsführung und der Vertretung an Dritte ist dagegen nicht klar geregelt (Art. 812 OR).
- Die Regelung des Konkurrenzverbots (Art. 818 OR) erscheint mangelhaft: Namentlich erfasst sie nicht alle mit der Geschäftsführung befassten Personen, sondern nur geschäftsführende Gesellschafterinnen und Gesellschafter.

<sup>3</sup> Der Bundesrat hat im Sinne der Anwendung des neuen Rechts Stellung genommen (s. AB 1995 N, S. 2269 f.).

- Zu Beginn jedes Kalenderjahres muss dem Handelsregister eine Liste mit den Namen aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter, ihren Stammanteilen und den darauf erfolgten Leistungen eingereicht werden (Art. 790 Abs. 2 OR).
- Die Redaktion des geltenden GmbH-Rechts lässt an verschiedenen Stellen zu wünschen übrig. Zahlreiche Bestimmungen sind schwer verständlich oder gar irreführend. Fachausdrücke werden teilweise uneinheitlich verwendet, so vor allem im deutschen Gesetzestext.

Wie gezeigt hat die GmbH in den letzten zehn Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Es erscheint daher vordringlich, die zahlreichen und teilweise bedeutenden Mängel und Nachteile des geltenden GmbH-Rechts zu beheben.

## **1.2 Ergebnisse des Vorverfahrens**

### **1.2.1 Erarbeitung des Vorentwurfs**

Nach Abschluss der Aktienrechtsrevision von 1991 setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) im Januar 1993 eine Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» ein, die mit der Überprüfung des weiteren Handlungsbedarfs im Bereich des Gesellschaftsrechts betraut wurde. In ihrem Schlussbericht hat diese Arbeitsgruppe u.a. eine Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung angeregt<sup>4</sup>.

1995 beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) die Professoren Peter Böckli, Basel, Peter Forstmoser, Zürich und Jean-Marc Rapp, Lausanne, einen Vorentwurf für eine Revision des GmbH-Rechts auszuarbeiten. Die Experten legten im November 1996 einen ersten Entwurf vor<sup>5</sup>. Im Rahmen eines Zusatzauftrages wurde dieser Expertenentwurf durch die gleiche Arbeitsgruppe noch ergänzt. Vertieft geprüft wurde namentlich die Opportunität der Einführung neuer Rechtsformen (s. dazu hinten Ziff. 1.4). Die Arbeiten konnten Ende des Jahres 1998 abgeschlossen werden.

Die Experten schlugen u.a. vor, das minimale Stammkapital von bisher 20 000 Franken auf 40 000 Franken (vollliberiert) zu erhöhen, auf eine obere Begrenzung des Stammkapitals zu verzichten, die subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu streichen, dafür aber die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Kapitalaufbringung zur Anwendung zu bringen, die Übertragung von Stammanteilen zu erleichtern, den Schutz der Personen mit Minderheitsbeteiligung auszubauen, die Gründung einer Einpersonengesellschaft zuzulassen und auch der GmbH eine Revisionsstelle vorzuschreiben.

<sup>4</sup> Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 45 und 82 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern; Art.-Nr. 407.020.d).

<sup>5</sup> S. Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997.

## 1.2.2 Vernehmlassungsverfahren

Mit Beschluss vom 28. April 1999 beauftragte der Bundesrat das EJPD, den Vorentwurf für eine Revision des GmbH-Rechts in Vernehmlassung zu geben<sup>6</sup>. Insgesamt wurden 67 Stellungnahmen eingereicht.

Die Mehrzahl der Vernehmlassungsteilnehmer standen dem Vorentwurf positiv gegenüber und bejahten das Bedürfnis nach einer Revision. Mehrere Stellungnahmen lobten insbesondere auch die Qualität der geleisteten Arbeit.

Es wurden aber auch Vorbehalte gegenüber den Revisionsvorschlägen geäussert. Einige Organisationen und eine politische Partei lehnten eine Totalrevision des GmbH-Rechts in der vorgeschlagenen Form grundsätzlich ab. Sie wünschten eine grundlegende Umgestaltung des Vorentwurfes, bevor dieser dem Parlament vorgelegt werde. In andern Stellungnahmen wurde die Notwendigkeit einer schnellen Realisierung der Revision in Frage gestellt.

Hinterfragt wurde u.a. die Annäherung des GmbH-Rechts an das Aktienrecht. Es wurde befürchtet, die GmbH werde zu einer «kleinen Aktiengesellschaft». Die Kritik galt insbesondere der Übernahme von Erfordernissen des revidierten Aktienrechts und den damit verbundenen Kosten. Verschiedentlich wurde moniert, dass eine nicht unbeachtliche Zahl von GmbH nach der Gesetzesrevision verschwinden würde, da diese Gesellschaften nicht über die notwendigen Mittel für die Anpassung an das neue Recht verfügten. Die GmbH sei zum Teil gerade deshalb als Rechtsform gewählt worden, um die administrativen und finanziellen Belastungen der Aktiengesellschaft zu vermeiden. Einige Vernehmlassungsteilnehmer haben hingegen eine stärkere Anlehnung ans Aktienrecht begrüsst.

Gemäss zahlreichen Stellungnahmen soll die GmbH eine Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen bleiben, die eine Zwischenstellung zwischen der Aktiengesellschaft und den Personengesellschaften einnimmt: Sie soll die Vorteile einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung mit einer möglichst grossen Freiheit in der Gestaltung des Innenverhältnisses verbinden. Um kleinere und mittlere Gesellschaften von administrativen Pflichten zu befreien, seien nach der Unternehmensgrösse differenzierende Vorschriften zu schaffen.

## 1.2.3 Erarbeitung des Entwurfs

Der Bundesrat hat die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens mit Entscheid vom 5. Juli 2000 zur Kenntnis genommen<sup>7</sup> und das EJPD mit der Erarbeitung einer Botschaft beauftragt.

Der Vorentwurf zur Revision des GmbH-Rechts wurde in der Folge vom Bundesamt für Justiz (BJ) im Lichte der Vernehmlassungsergebnisse überarbeitet, punktuell ergänzt und anschliessend nochmals unter der Mitwirkung der Professoren Böckli,

<sup>6</sup> Die Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999 (Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Expertenbericht zum Vorentwurf) können bei der Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern, bezogen werden.

<sup>7</sup> Eine Zusammenstellung der Vernehmlassungen kann bei der Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern, bezogen werden.

Forstmoser und Rapp fachlich überprüft. Die Eidgenössische Fachkommission für das Handelsregister nahm zu den Neuerungen im Handelsregisterrecht Stellung. Zur Klärung einzelner Fragen wurden weiter das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht und die Eidgenössische Steuerverwaltung beigezogen.

Wichtigen Kritikpunkten wurde Rechnung getragen. Namentlich setzt der Entwurf das minimale Stammkapital wie bisher bei 20 000 Franken fest, verlangt aber dessen volle Liberierung. Nur grössere Gesellschaften sollen eine Revisionsstelle ernennen müssen. Im Übrigen wird auf die einzelnen im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Einwände und Vorschläge bei der Erläuterung der Grundzüge des Entwurfs (vgl. hinten Ziff. 1.3) sowie im Besonderen Teil der Botschaft näher eingegangen.

Da es sich um eine Totalrevision des GmbH-Rechts handelt, wurden die Artikel neu nummeriert.

## **1.3 Überblick über den Entwurf**

### **1.3.1 Ausgestaltung der GmbH als personenbezogene Kapitalgesellschaft**

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.

Das neue GmbH-Recht orientiert sich an den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Es wurde bewusst auf Regelungen verzichtet, die auf den öffentlichen Kapitalmarkt ausgerichtet sind, da entsprechende Normen für kleinere Betriebe nicht sachgerecht wären oder sich sogar als Belastung auswirken könnten. Für Gesellschaften mit einem grösseren Kreis von Beteiligten und für Gesellschaften, die den Kapitalmarkt in Anspruch nehmen wollen, ist die GmbH als personenbezogene Organisationsform nicht geeignet. Wächst der Kreis der Gesellschafterinnen und Gesellschafter stark an oder strebt das Unternehmen den Schritt an den öffentlichen Kapitalmarkt an, erweist sich die Aktiengesellschaft als die passende Rechtsform. Das zukünftige Fusionsgesetz<sup>8</sup> ermöglicht für diese Fälle die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft. Eine Übertragung der Rechtsbeziehungen ist dabei nicht erforderlich<sup>9</sup>. Der Entwurf des Bundesrates geht also von einem klaren Konzept aus, in welchem die GmbH und die Aktiengesellschaft grundsätzlich auf unterschiedliche Bedürfnisse ausgerichtet sind.

Um eine auf die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse der beteiligten Personen bezogene Ausgestaltung der Gesellschaft in den Statuten zu ermöglichen, ist die vorgeschlagene gesetzliche Ordnung in zahlreichen wichtigen Fragen

<sup>8</sup> Entwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), BBl 2000 4531 ff.

<sup>9</sup> S. Botschaft zum Fusionsgesetz, BBl 2000 4357 f., 4446, 4458.

dispositiver Natur. Zwingend sind demgegenüber namentlich die Bestimmungen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen sowie zur Grundstruktur der GmbH. Im Aussenverhältnis ist die GmbH daher aus sachlichen Gründen im Wesentlichen den gleichen Schutzvorschriften unterworfen wie die anderen Kapitalgesellschaften. Hingegen sind die Gesellschafterinnen und Gesellschafter freier in der Ausgestaltung des Innenverhältnisses. Insbesondere können auch Regelungen in die Statuten aufgenommen werden, denen in der Aktiengesellschaft das Nebenleistungsverbot entgegensteht.

Als Instrumente einer personenbezogenen Organisation der Gesellschaft stehen insbesondere folgende Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung: statutarische Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Regelungen zur Treuepflicht und zu Konkurrenzverboten, die Ausgabe im Stimmrecht privilegierter Stammanteile, Stimmrechtsbeschränkungen, ein Vetorecht, eine strenge Vinkulierung, das Erfordernis der Genehmigung bestimmter Entscheide der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung sowie Austrittsrechte und Ausschlussmöglichkeiten.

### **1.3.2 Zulassung der Gründung von Einpersonengesellschaften**

Die Gründung von Einpersonengesellschaften ist nach geltendem Recht nicht möglich (Art. 775 OR): Das Gesetz schreibt vor, dass zur Gründung einer GmbH mindestens zwei Personen nötig sind. In der Praxis behilft man sich daher häufig mit «Strohleuten», d.h. mit nur treuhänderisch als Gründerinnen oder Gründer auftretenden Personen. Die nachträgliche Vereinigung aller Stammanteile in den Händen derselben Person wird faktisch bereits heute geduldet. Formell könnten aber eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter oder auch eine Gläubigerin oder ein Gläubiger die Auflösung einer Einpersonengesellschaft durch das Gericht verlangen (Art. 775 Abs. 2 OR).

Das Bedürfnis nach einer geeigneten Rechtsform für Einpersonunternehmen ist heute evident. Der Entwurf lässt daher die Gründung von Einpersonengesellschaften zu und schafft dafür klare Rechtsgrundlagen (sowohl für GmbH als auch für Aktiengesellschaften, vgl. Ziff. 2.1.1.5 und 2.2.3). Dieser dogmatisch bedeutende Schritt entspricht der Rechtsentwicklung in unseren Nachbarländern sowie den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft<sup>10</sup>.

### **1.3.3 Obere und untere Begrenzung der Höhe des Stammkapitals**

Das Stammkapital darf nach dem geltendem Recht nicht weniger als 20 000 und nicht mehr als 2 Millionen Franken betragen (Art. 773 OR).

<sup>10</sup> S. Richtlinie 89/667/EWG betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter; ABl Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 40 ff. (12. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).



Mit der Revision soll die obere Begrenzung von 2 Millionen Franken aufgehoben werden, da sie das Wachstum von Gesellschaften beeinträchtigen kann, die auf die Zufuhr von Eigenkapital angewiesen sind, ohne dass ein sachlich überzeugender Grund für eine derartige Beschränkung vorliegt. Insbesondere ist eine obere Limitierung des Stammkapitals für eine Abgrenzung gegenüber der Rechtsform der Aktiengesellschaft weder erforderlich noch sinnvoll. In der Vernehmlassung wurde der Verzicht auf die obere Beschränkung fast einstimmig gutgeheissen.

Der Expertenentwurf schlug vor, das gesetzlich verlangte Mindestkapital von 20 000 Franken mit Blick auf die Geldentwertung<sup>11</sup> seit der Revision des Obligationenrechts von 1936 auf 40 000 Franken zu erhöhen und zugleich die vollständige Liberierung des Stammkapitals zu verlangen (zur Liberierung s. nachfolgend Ziff. 1.3.4). Ein Teil der Stellungnahmen in der Vernehmlassung befürwortete die Anhebung des minimalen Stammkapitals mit dem Hinweis, dass eine verbesserte Kapitalisierung den finanziellen Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger stärke und die Kreditwürdigkeit sowie das Ansehen der GmbH verbessere. Von zahlreichen anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmern an der Vernehmlassung wurde der Vorschlag jedoch kritisiert. Einige befürchteten, dass die Anhebung des Mindestkapitals auf 40 000 Franken in Verbindung mit der Pflicht zur Vollliberierung junge Unternehmerinnen und Unternehmer daran hindern könnte, die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zu wählen. Die Neuregelung zwingt die an einem Unternehmen beteiligten Personen genau besehen dazu, bei der Gründung einer GmbH einen viermal so hohen Betrag einzusetzen wie bisher. Was die minimale Einlage in das Kapital der Gesellschaft betreffe, belaufe sich der Unterschied zur Aktiengesellschaft demnach lediglich noch auf 10 000 Franken. Die Vorzüge der GmbH gegenüber der Aktiengesellschaft würden dadurch erheblich verringert. Einzelne Vernehmlassungen regten an, auf eine Erhöhung des Mindestkapitals zu verzichten, dafür allerdings die vollständige Liberierung vorzusehen oder das Mindestkapital auf 40 000 Franken zu erhöhen, die Möglichkeit einer Teilliberierung aber bestehen zu lassen.

Der Entwurf verzichtet im Interesse von Kleinunternehmen mit geringem Kapitalbedarf (bspw. im Dienstleistungsbereich) auf eine Erhöhung des minimalen Stammkapitals, auch wenn dies im Hinblick auf das knappe Haftungssubstrat nicht als unproblematisch erscheint. Das Mindestkapital bleibt nach dem Entwurf also bei 20 000 Franken (Art. 773 E OR), doch soll das Stammkapital unter Berücksichtigung dieser bescheidenen gesetzlichen Anforderungen an die Kapitalausstattung voll liberiert werden. (Art. 777c Abs. 1 E OR).

### **1.3.4 Leistung der Einlagen auf die Stammanteile (Liberierung)**

Nach geltendem Recht muss bei der Gründung nur die Hälfte des Stammkapitals liberiert werden, sei es in Form der Einzahlung von Geld oder als Sacheinlage (Art. 774 Abs. 2 OR).

<sup>11</sup> Der Landesindex der Konsumentenpreise hat sich gemäss Angabe des Bundesamts für Statistik zwischen 1936 und 2000 um 636,3 Prozent erhöht. Wollte man der aufgelaufenen Inflation Rechnung tragen, müsste das minimale Stammkapital auf ungefähr 147 000 Franken angehoben werden.

Soll die GmbH unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Kleinunternehmen auch zukünftig mit einem – im Vergleich zur Aktiengesellschaft – bescheidenen Mindestkapital gegründet werden können, so muss im Hinblick auf die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger unabdingbar die volle Liberierung der Stammanteile verlangt werden.

Die Pflicht zur vollständigen Leistung der Einlagen ermöglicht zudem eine Vereinfachung der gesetzlichen Regelung und erlaubt es insbesondere, auf die für die beteiligten Personen gefährliche subsidiäre Solidarhaftung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die Liberierung des gesamten Stammkapitals zu verzichten (s. dazu hinten Ziff. 1.3.7). Die Funktion der bisherigen Teilliberierung kann – soweit dafür ein Bedürfnis besteht – durch eine statutarische Nachschusspflicht in sachgerechter Weise erfüllt werden.

Das Erfordernis der vollständigen Liberierung der Stammanteile mag zwar auf den ersten Blick als unerwünscht erscheinen, doch überwiegen klarerweise die Vorteile: Nur so kann ein tiefes Mindestkapital beibehalten, die bisherige subsidiäre Solidarhaftung für die Liberierung aufgegeben und die gesetzliche Regelung in erheblicher Weise vereinfacht werden. Auf Grund des tief angesetzten Mindestkapitals erscheinen die Nachteile demgegenüber gering. Wenn in einem Betrieb nicht zumindest 20 000 Franken aufgebracht werden können, dürfte die GmbH als Kapitalgesellschaft ohnehin nicht die geeignete Rechtsform darstellen; im Vordergrund stehen diesfalls die Organisationsformen des Einzelunternehmens, der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft.

Die tatsächliche Einzahlung des Stammkapitals wird durch die Übernahme der aktienrechtlichen Anforderungen betreffend die Leistung und die Prüfung der Einlagen gesichert (Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 E OR). Die Anwendung der gleichen Vorschriften für Sacheinlagen und Sachübernahmen wie in der Aktiengesellschaft stellt eine Voraussetzung für den Verzicht auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Beteiligten für die Liberierung des Stammkapitals dar. Der Entwurf erlaubt ferner ebenfalls die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 E OR).

### **1.3.5 Erhöhung des Stammkapitals**

Nach dem geltenden Recht braucht es zur Erhöhung des Stammkapitals die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 784 Abs. 3 und 786 i.V.m. 779 Abs. 1 OR)<sup>12</sup>, weil sie subsidiär solidarisch für die Liberierung des gesamten Stammkapitals haften. Der Entwurf verzichtet auf diese Haftung und sieht im Gegenzug die Pflicht zur vollständigen Liberierung vor (Art. 777c Abs. 1 und 793 E OR). Da die bisherige subsidiäre Solidarhaftung bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals entfällt, kann auf die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu einer Kapitalerhöhung verzichtet werden. Dessen ungeachtet stellt der Beschluss über eine Kapitalerhöhung einen wichtigen Entscheid dar. Der Entwurf verlangt daher einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, dem zwei

<sup>12</sup> Statt vieler: Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zürich 1965, Art. 786, N 8; a.M. Gaudenz G. Zindel, Peter R. Isler, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, Art. 786 N 2.

Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals zustimmen müssen (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 E OR).

Das Bezugsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter wird durch eine Verweisung auf die aktienrechtlichen Bestimmungen besser geschützt als im geltenden Recht (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 E OR); es kann nur aus wichtigen Gründen aufgehoben werden.

### **1.3.6 Verzicht auf eine Regelung eigenkapitalersetzender Darlehen**

Der Vorentwurf sah in Anlehnung an das deutsche Recht sowohl für die GmbH als auch für die Aktiengesellschaft eine gesetzliche Regelung eigenkapitalersetzender Darlehen vor. Dabei handelt es sich um Darlehen, die Gesellschafterinnen oder Gesellschafter oder ihnen nahe stehende Personen der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewähren, in welchem Unternehmen Eigenkapital zugeführt werden müsste. Nach dem Vorentwurf sollten entsprechende Darlehen im Konkurs im Rang allen anderen Forderungen nachgehen (Art. 697i bzw. 807c VE OR).

Dieser Vorschlag stiess in der Vernehmlassung überwiegend auf Kritik: Es wurde eingewendet, eine solche Regelung könnte die Sanierung von Gesellschaften erschweren. Weiter wurde auf die zahlreichen Schwierigkeiten bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften in Deutschland hingewiesen.

Diese Einwände sind berechtigt. Der Entwurf verzichtet daher auf die Normierung eigenkapitalersetzender Darlehen. Der Verzicht auf eine zivilrechtliche Regelung berührt die bisherige Praxis der Steuerbehörden zu eigenkapitalersetzenden Darlehen jedoch nicht.

### **1.3.7 Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

Gemäss Artikel 802 OR haften die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der GmbH nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch, dies jedoch nur bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Sie werden von dieser Haftung in dem Masse befreit, als das Stammkapital einbezahlt und nicht durch Rückleistungen oder durch ungerichtfertigte Bezüge vermindert worden ist. Die recht komplizierte gesetzliche Regelung bedeutet im Ergebnis Folgendes: Jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter haftet solidarisch für die Liberierung des gesamten Stammkapitals. Diese solidarische Haftung besteht zudem sogar dann, wenn das Stammkapital an sich vollständig einbezahlt wurde, aber nachträglich ungerechtfertigte Rückleistungen und Bezüge erfolgt sind. Die potenzielle persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ist also nicht etwa wie in der Aktiengesellschaft auf die Liberierung der eigenen Gesellschaftsanteile beschränkt, sondern erstreckt sich auf das gesamte Stammkapital.

Die Ausgestaltung dieser Solidarhaftung gemäss Artikel 802 OR stellt eine Besonderheit des schweizerischen Rechts dar, so namentlich der Verweis auf die Haftung

nach dem Recht der Kollektivgesellschaft. Die Haftung für die Liberierung des gesamten Stammkapitals ist den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in der Praxis oft unbekannt und wird auch in der Rechtsberatung bei der Gründung bisweilen übersehen. Die gesetzliche Ordnung der Haftung birgt erhebliche Gefahren für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer GmbH und kann zu stossenden Ergebnissen führen: So unterliegt eine Gesellschafterin mit einem Stammanteil von nur 1000 Franken einer subsidiären solidarischen Haftung für die Liberierung des gesamten Stammkapitals von beispielsweise 200 000 Franken.

Mit Blick auf die zunehmende Zahl von Gesellschaften mit beschränkter Haftung erscheint es dringend, die heute geltende subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter abzuschaffen. Wenn zugleich aber die Anforderungen an die Kapitalbasis der Gesellschaft mit Rücksicht auf die Interessen kleinerer Unternehmen bewusst tief gehalten werden sollen (vgl. vorne Ziff. 1.3.2), so ist es unerlässlich, den Verzicht auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung durch adäquate Vorkehrungen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger auszugleichen. Nur so kann die GmbH eine verlässliche und kreditwürdige Rechtsform darstellen. Im Konzept des Entwurfs wird der Verzicht auf die bisherige Haftungsregelung insbesondere durch die folgenden Massnahmen ermöglicht:

- Die Stammanteile müssen stets voll liberiert werden.
- Für Sacheinlagen und Sachübernahmen sowie für die Liberierung durch Verrechnung oder durch frei verfügbares Eigenkapital müssen Voraussetzungen statuiert werden, die Missbräuche erschweren (Gründungs- und Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungspflicht dieser Berichte). Damit wird eine effektive Erfüllung der Einlagepflicht besser gewährleistet.
- Zumindest grössere Gesellschaften müssen ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle prüfen lassen.

### **1.3.8 Stammanteile**

Nach dem geltenden Recht darf jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter nur je einen Stammanteil besitzen (Art. 774 Abs. 2 OR). Dies erschwert jedoch die Übertragung der Anteile erheblich: Abgesehen von der Veräusserung eines ganzen Stammanteils an bisher nicht beteiligte Personen macht jede Veränderung der Beteiligung einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters entweder eine Aufteilung oder eine Zusammenlegung von Stammanteilen erforderlich. Eine Modifikation der Stammanteile bedingt jedoch eine Revision der Statuten. Um eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zu erleichtern, kann nach dem Entwurf jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter Eigentum an mehreren Stammanteilen haben.

Auch die Form der Abtretung von Stammanteilen soll vereinfacht werden. Der Entwurf sieht im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 791 Abs. 4 OR) und zum Vorentwurf (Art. 791 Abs. 1 VE OR) vom Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ab. Stattdessen kommt er auf den Vorschlag des ersten Expertenberichts<sup>13</sup> zurück und begnügt sich mit der Schriftform sowie der Eintragung der Gesellschafterinnen

<sup>13</sup> S. Peter Böckli, Peter Forsmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des Rechts der GmbH, Zürich 1997, S. 26 f. und 84 f.

und Gesellschafter ins Handelsregister (Art. 785 Abs. 1 und 791 Abs. 1 E OR). Im Hinblick auf den Schutz der Erwerberinnen und Erwerber von Stammanteilen müssen ferner Hinweise auf bestimmte statutarische Pflichten in den Abtretungsvertrag aufgenommen werden (Art. 785 Abs. 2 i.V.m. Art. 777a Abs. 2 E OR).

Die GmbH ist in ihren Grundzügen für die Bedürfnisse von Gesellschaften mit einem beschränkten Kreis von beteiligten Personen konzipiert. Die gesetzliche Regelung geht in verschiedener Hinsicht von einer engen Bindung der beteiligten Personen an das Unternehmen aus. Sie ermöglicht zudem diverse statutarische Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Im Interesse von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) sieht der Entwurf weiter von Erfordernissen ab, die für Anlagen Dritter ins Eigenkapital der Gesellschaft vorausgesetzt werden müssten. Auf Grund dieser Ausgestaltung der GmbH sind Stammanteile – wie schon im geltenden Recht – nicht kapitalmarktfähig. Sie können nur als Beweisurkunden oder als Namenpapiere verbrieft werden.

Der Entwurf senkt den Mindestnennwert der Stammanteile von bisher 1000 auf neu 100 Franken (Art. 774 Abs. 1 E OR). Auf eine weitergehende Senkung kann und soll im Hinblick auf den starken Personenbezug und die mangelnde Kapitalmarktfähigkeit der GmbH verzichtet werden. Bei einem Nennwert der Stammanteile von 100 Franken und bei einem Stammkapital von nur 20 000 Franken können bereits 200 Gesellschafterinnen und Gesellschafter an einer GmbH beteiligt werden. Für Gesellschaften mit einem noch grösseren Kreis von beteiligten Personen dürfte in aller Regel die Aktiengesellschaft die besser geeignete Rechtsform sein.

### **1.3.9 Vinkulierung der Stammanteile**

Nach dem geltenden Recht ist die Möglichkeit zur Abtretung der Stammanteile von Gesetzes wegen beschränkt, d.h., die Stammanteile sind zwingend vinkuliert: Sie dürfen nur mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafterinnen und Gesellschafter abgetreten werden. Die Abtretung kann in den Statuten von weiteren Bedingungen abhängig gemacht oder – im Gegensatz zum Aktienrecht – gänzlich ausgeschlossen werden (Art. 791 Abs. 2 und 3 OR). Demgegenüber ist es nicht zulässig, die Abtretbarkeit von Stammanteilen zu erleichtern.

Dem Personenbezug der GmbH entsprechend hält der Entwurf an einer starken Vinkulierung fest. Die gesetzliche Regelung soll jedoch flexibler und praktikabler ausgestaltet werden, um den unterschiedlichen Bedürfnissen in der Praxis gerecht zu werden. Sehen die Statuten nichts anderes vor, so bedarf die Abtretung der Stammanteile nach dem Entwurf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Diese soll die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern können (Art. 786 Abs. 1 E OR). Eine entsprechende gesetzliche Vinkulierungsordnung dürfte insbesondere den Bedürfnissen von Kleingesellschaften häufig entsprechen. Eine aufwendige Regelung in den Statuten wird daher meist unterbleiben können.

Abweichende statutarische Ausgestaltungen bleiben aber möglich: Im Hinblick auf die Bedeutung der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften und zur Gewährleistung der erforderlichen Rechtssicherheit hält der Entwurf jedoch abschliessend fest, welche Optionen zur Verfügung stehen (Art. 786 Abs. 2 E OR): Einerseits soll die Möglichkeit zur Abtretung weiterhin gänzlich ausgeschlossen werden dürfen, andererseits wird aber neu auch die freie Abtretbarkeit zugelassen. Weiter sollen

die Statuten bestimmte Gründe festlegen können, welche die Verweigerung der Zustimmung rechtfertigen. Ermöglicht wird auch eine so genannte statutarische Escape-clause (Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung in Verbindung mit einem Angebot zur Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert).

Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich an den Bedürfnissen kleinerer Gesellschaften. Für Personen mit Minderheitsbeteiligungen kann sie allerdings die Unverlässlichkeit ihrer Stammanteile zur Folge haben. Die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen ist zudem rechtlich nur beschränkt überprüfbar. Der Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen wird dadurch gewährleistet, dass ihnen in der GmbH ein Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen zusteht (Art. 786 Abs. 3 und 822 Abs. 1 E OR).

### **1.3.10 Nachschuss- und Nebenleistungspflichten**

Anders als in der Aktiengesellschaft können in der GmbH in den Statuten Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorgesehen werden. Die heutige Regelung der Nachschusspflichten ist jedoch lückenhaft (Art. 803 OR) und sieht keine genügenden Schranken gegen Missbräuche zu Lasten von Personen mit Minderheitsbeteiligungen vor.

Der Entwurf beschränkt die Nachschusspflicht auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils, mit dem sie verbunden ist (Art. 795 Abs. 2 E OR; s. dazu die Ausführungen zu dieser Bestimmung). In Abweichung vom geltenden Recht (Art. 803 Abs. 1 OR) wird die statutarische Nachschusspflicht dem Eigenkapital angeglichen. Die Einzahlung und die Rückerstattung von Nachschüssen unterstehen besonderen Vorschriften. Nachschüsse sollen nicht mehr nur zur Deckung von Bilanzverlusten eingefordert werden können, sondern auch bei Liquiditätsengpässen sowie in Fällen, in denen die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt (Art. 795a Abs. 2 E OR). Durch die Erweiterung der Verwendungszwecke der Nachschusspflicht kann diese zudem die im geltenden Recht vorgesehene Möglichkeit der Teilliberierung weitgehend ersetzen. Anders als bei der Teilliberierung des geltenden Rechts (s. vorne Ziff. 1.3.4) sollen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter aber nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Verpflichtungen haften (Art. 795 Abs. 3 E OR); es besteht keine subsidiäre Solidarhaftung.

Vielseitige Gestaltungsmöglichkeiten sind im Rahmen statutarischer Nebenleistungspflichten gegeben (Art. 796 E OR). Der Begriff der Nebenleistungspflicht ist weit zu verstehen. Die Pflicht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter kann sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen oder in einem Dulden bestehen. Zulässig sollen jedoch nur Nebenleistungspflichten sein, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dienen. Der Gegenstand und der Umfang der Nebenleistungspflichten sind in den Statuten festzulegen. Für die nähere Umschreibung kann aber auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden.

Die nachträgliche Einführung und die Erweiterung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten bedarf stets der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 797 E OR).

### **1.3.11 Treuepflicht und Konkurrenzverbot**

Während die Aktionärinnen und Aktionäre gegenüber der Gesellschaft keiner Treuepflicht unterliegen, sollen in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht nur Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer, sondern sämtliche Gesellschafterinnen und Gesellschafter eine Treuepflicht beachten müssen (Art. 803 Abs. 1 und 812 Abs. 2 E OR). Diese Regelung trägt namentlich den regelmässig engen persönlichen Beziehungen der beteiligten Personen zur Gesellschaft und den bestehenden Auskunfts- und Einsichtsrechten (vgl. Art. 802 E OR) Rechnung.

Für Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sieht der Entwurf neben der Treuepflicht ausdrücklich ein Konkurrenzverbot vor. Die Statuten können dieses jedoch entfallen lassen oder es umgekehrt auch auf nicht geschäftsführende Gesellschafterinnen und Gesellschafter ausdehnen (Art. 803 Abs. 2 und 812 Abs. 3 E OR).

Um eine grösstmögliche Flexibilität zu schaffen, sollen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter zudem im Einzelfall einvernehmlich auf die Beachtung der Treuepflicht oder des Konkurrenzverbots verzichten können (Art. 803 Abs. 3 und 812 Abs. 3 E OR).

### **1.3.12 Aufhebung der jährlichen Meldepflicht beim Handelsregisteramt**

Nach geltendem Recht haben die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer dem Handelsregisteramt zu Beginn jedes Kalenderjahres eine Liste der Namen aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter einzureichen; anzugeben sind auch die Stammanteile und die darauf erfolgten Leistungen (Art. 790 Abs. 2 OR und Art. 91 HRegV). Diese Meldepflicht wird mit der Pflicht zur vollständigen Liberierung der Stammanteile überflüssig; es kann darauf verzichtet werden.

### **1.3.13 Rechnungslegung**

Nach Meinungsverschiedenheiten in der Literatur hat der Bundesrat bereits anlässlich der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage dargelegt, dass im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Verweisungen für die Rechnungslegung der GmbH die neuen Vorschriften des Aktienrechts von 1991 (Art. 662 ff. OR) Anwendung finden. Der Bundesrat hat sich dabei auf eine Erörterung dieser Frage in der vorberatenden Kommission des Nationalrates sowie auf eine Analyse der Verweisungsnormen gestützt<sup>14</sup>. Diese Auffassung entspricht auch der herrschenden Lehre<sup>15</sup>. Sachlich

<sup>14</sup> AB 1995 N, S. 2269 f.

<sup>15</sup> S. insbes. Thomas Bähler, Die massgeschneiderte Gesellschaft, Diss. Bern 1999, S. 37 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 2037a f.; Heinrich Koller/Hanspeter Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, in: Aktienrecht 1992–1997, Versuch einer Bilanz, Festschrift Rolf Bär, Bern 1998, S. 193 ff.; Brigitte Tanner, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in: Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 34 ff.; a.M. insbes. Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M 1997, S. 8 mit Verweisen.

überzeugende Gründe für eine abweichende Regelung der Rechnungslegung in den verschiedenen Formen von Kapitalgesellschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH) bestehen nicht. Insbesondere sei darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts keineswegs – wie vereinzelt behauptet – nur für grössere Gesellschaften geeignet seien; vielmehr orientieren sie sich gerade an den Verhältnissen in Kleinunternehmen<sup>16</sup>; grössere Gesellschaften beachten häufig erheblich weitergehende Regelwerke von Fachorganisationen. Der Entwurf geht deshalb von der Anwendung der heute geltenden aktienrechtlichen Normen zur Rechnungslegung aus (Art. 801 E OR).

### **1.3.14                    Organisation der Gesellschaft; Geschäftsführung und Vertretung**

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zeichnet sich durch einen grossen Frei- raum für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses aus. Die vom Entwurf vorgesehenen Möglichkeiten zur inneren Organisation tragen dem ausgeprägten personen- bezogenen Charakter der GmbH Rechnung..

Die Kompetenzaufteilung zwischen der Gesellschafterversammlung und den Ge- schäftsführerinnen und Geschäftsführern ist im geltenden Recht (Art. 808 ff. OR) nicht hinreichend geregelt. Der Entwurf stellt klar, welche Befugnisse zwingend der Gesellschafterversammlung (Art. 804 Abs. 2 E OR), den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern (Art. 810 Abs. 2 E OR) sowie gegebenenfalls der Revisionsstelle zukommen (Art. 818 Abs. 2 E OR i.V.m. Art. 728 OR). Er belässt jedoch einen hin- reichenden Spielraum für eine bedürfnisbezogene Ausgestaltung im Einzelfall.

Der Entwurf enthält eine wichtige Neuerung, indem er eine beschränkt variable Zu- teilung gewisser Kompetenzen ermöglicht. Die Statuten sollen vorsehen können, dass bestimmte, näher zu umschreibende Entscheide der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung bedürfen. Die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sollen aber auch von sich aus einzel- ne Fragen der Gesellschafterversammlung unterbreiten dürfen, falls die Statuten dies vorsehen (Art. 811 E OR).

Im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse kann die Entscheidungsbildung in der Ge- sellschafterversammlung durch statutarische Stimmrechtsbeschränkungen sowie durch die Ausgabe im Stimmrecht privilegierter Stammanteile beeinflusst werden. Über diese auch dem Aktienrecht bekannten Gestaltungsmöglichkeiten hinaus soll den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in der GmbH zudem ein statutarisches Vetorecht für bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeräumt werden dürfen (Art. 807 E OR).

Im Gegensatz zum Aktienrecht kann die Gesellschafterversammlung nach dem Ent- wurf Beschlüsse auch auf dem Korrespondenzweg fassen, sofern keine Gesellschaf- terin und kein Gesellschafter eine mündliche Beratung verlangt (Art. 805 Abs. 4 E OR).

<sup>16</sup> S. Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 9 und 36 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern; Art.-Nr. 407.020.d).



Der Entwurf sieht eine dispositive Regelung der Geschäftsführung und der Vertretung vor, die auf die Bedürfnisse kleinerer Betriebe ausgerichtet ist: Danach üben alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter die Geschäftsführung grundsätzlich gemeinsam aus (Art. 809 Abs. 1 E OR). Während das geltende Recht zudem von einer gemeinsamen Vertretung der Gesellschaft durch sämtliche Gesellschafterinnen und Gesellschafter ausgeht (Art. 811 OR), soll nach dem Entwurf jede Geschäftsführerin und jeder Geschäftsführer einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein (Art. 814 Abs. 1 E OR). Dies erscheint sachlich angezeigt, weil eine gemeinsame Vertretung der Gesellschaft durch mehrere Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer für die Praxis zu schwerfällig ist. Die Statuten können jedoch sowohl die Geschäftsführung als auch die Vertretung je nach den Bedürfnissen der Gesellschaft abweichend regeln. Insbesondere ist auch eine Übertragung der Geschäftsführung an Dritte (d.h. an Personen, die nicht Gesellschafterinnen oder Gesellschafter sind) möglich; mindestens eine Geschäftsführerin oder ein Geschäftsführer muss aber zur Vertretung befugt sein (Art. 814 Abs. 2 E OR). Ferner soll die Gesellschaft durch eine Geschäftsführerin, einen Geschäftsführer, eine Direktorin oder einen Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können (Art. 814 Abs. 3 E OR).

### **1.3.15 Prüfung der Jahresrechnung**

Das geltende GmbH-Recht kennt keine Pflicht, die Jahresrechnung von einer unabhängigen Revisorin oder einem unabhängigen Revisor prüfen zu lassen (Art. 819 OR). Es steht der Gesellschaft offen, eine Revisionsstelle zu bezeichnen oder davon abzusehen.

Nach dem Vorentwurf der Professoren Peter Böckli, Peter Forstmoser und Jean-Marc Rapp sollte für Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine allgemeine Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung geschaffen werden (Art. 819 VE OR; für kleinere Gesellschaften wurden an die Revisorinnen und Revisoren wie im Aktienrecht keine besonderen fachlichen Anforderungen gestellt). Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung zwar in einigen Stellungnahmen begrüsst, stiess aber andernorts teilweise auf heftige Kritik, dies hauptsächlich auf Grund der Kosten, die der Gesellschaft aus einer Revisionspflicht entstehen. Es wurde angeregt, eine Lösung zu treffen, die nach der Grösse des Unternehmens differenziert, wie dies im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG<sup>17</sup>) vorgesehen wurde.

In der Sicht des Gesellschaftsrechts stellt die Revisionsstelle in Verbindung mit den Vorschriften zur Rechnungslegung ein Korrelat zur Haftungsbeschränkung juristischer Personen dar. Sie dient sowohl einer verlässlichen Geschäftsführung als auch dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie von Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Gesetzliche Vorgaben zur Prüfung der Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle sind namentlich für den Schutz kleinerer Gläubigerinnen und Gläubiger (bspw. von Lieferanten) von Bedeutung, während sich andere Kreditgeberinnen und Kreditgeber (wie insbesondere Banken) selber zu schützen vermögen.

<sup>17</sup> S. Art. 43 VE RRG, in: Revision des Rechnungslegungsrechtes, Vorentwürfe und Begleitbericht vom 29.6.1998 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern).

Zu berücksichtigen sind weiter ebenfalls die Entscheidungen des Gesetzgebers in der Aktienrechtsrevision, da sachliche Gründe für eine Differenzierung zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH in der Frage der Revisionspflicht weitgehend fehlen. Einerseits gilt es, den legitimen Interessen von Kleinbetrieben Rechnung zu tragen, andererseits darf aber nicht übersehen werden, dass die Rechtsform der GmbH mit der Streichung der oberen Begrenzung des Stammkapitals (dazu vorne Ziff. 1.3.3) auch für grössere Unternehmen geöffnet wird.

Auf Grund dieser verschiedenen Gesichtspunkte schlägt der Entwurf eine nuancierte Regelung vor. Gesellschaften mit beschränkter Haftung sollen mit Rücksicht auf kleinere Unternehmen nicht generell eine Revisionsstelle bezeichnen müssen, sondern nur dann, wenn bestimmte Qualifikationen gegeben sind, so wenn:

- eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter, die oder der einer Nachschusspflicht unterliegt, dies verlangt oder
- das Stammkapital 100 000 Franken beträgt oder diesen Betrag übersteigt oder
- zwei der drei nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden:
  - Bilanzsumme von 5 Millionen Franken;
  - Umsatzerlös von 10 Millionen Franken;
  - 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Ferner soll auch eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter, die oder der aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, die Bezeichnung einer Revisionsstelle verlangen können, solange die auszurichtende Abfindung nicht vollständig ausbezahlt worden ist (Art. 825a Abs. 4 E OR).

Mit diesem Regelungsvorschlag versucht der Entwurf, den sich entgegenstehenden Interessen in billiger Weise Rechnung zu tragen.

### **1.3.16 Austritt und Ausschliessung**

Der starken Personenbezogenheit der Gesellschafterstellung in der GmbH entspricht die Möglichkeit des Austritts oder des Ausschlusses einzelner Gesellschafterinnen oder Gesellschafter (s. Art. 822 OR; im Unterschied dazu ist ein Ausscheiden aus einer Aktiengesellschaft nur durch die Übertragung der Aktien möglich). Der Entwurf schliesst die Regelungslücken des geltenden Rechts und erleichtert damit die Abwicklung des sachlich komplexen Ausscheidens aus einer Kapitalgesellschaft.

Unverändert kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter aus wichtigen Gründen jederzeit beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen. Über diese gesetzlich zwingend vorgegebene Austrittsmöglichkeit hinaus steht es den Gesellschaften offen, in den Statuten ein weitergehendes Recht auf Austritt vorzusehen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen (Art. 822 E OR, bzw. Art. 822 Abs. 1 und 2 OR). Da der Austritt einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters sich für die übrigen beteiligten Personen als nachteilig erweisen kann, sieht der Entwurf im Interesse der Gleichbehandlung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter eine Regelung für einen so genannten Anschlussaustritt vor (Art. 822a E OR).

Als Gegenstück zum Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen wird der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt, beim Gericht auf Ausschluss einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters zu klagen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Neu erlaubt der Entwurf zudem, in den Statuten vorzusehen, dass die Gesellschafterversammlung Gesellschafterinnen und Gesellschafter ausschliessen darf, wenn bestimmte, statutarisch klar zu umschreibende Gründe vorliegen (Art. 823 E OR; vgl. Art. 822 Abs. 3 OR).

Während eines Verfahrens betreffend den Austritt oder den Ausschluss einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters können sich vorsorgliche Massnahmen aufdrängen: Das Gericht soll insbesondere anordnen können, dass einzelne oder alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der betroffenen Personen ruhen (Art. 824 E OR).

Der Entwurf stellt klar, dass ausscheidenden Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ein Anspruch auf eine Abfindung in der Höhe des wirklichen Werts ihrer Stammanteile zusteht (Art. 825 E OR). Ein solcher Anspruch ist nicht nur beim Austritt gegeben, sondern auch bei einem Ausschluss, da diesem keine enteignende Funktion zukommen darf.

Keineswegs als einfach erweist sich die Frage der Auszahlung von Abfindungen. Es gilt dabei, einen sachlich vertretbaren Ausgleich zwischen den sich entgegenstehenden Interessen aller beteiligten oder betroffenen Personen zu finden. Der Entwurf zielt einerseits darauf hin, die effektive Auszahlung von Abfindungen sicherzustellen, andererseits darf aber die Erfüllung der Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger dadurch nicht in erheblicher Weise gefährdet werden (s. Art. 825a E OR).

### **1.3.17 Anpassungen im Aktien- und Genossenschaftsrecht**

Das Gesellschaftsrecht bietet eine Reihe verschiedener Rechtsformen an, deren Grundstrukturen auf unterschiedliche Bedürfnisse ausgerichtet sind. Soweit sich aus den daraus folgenden wesensmässigen Unterschieden nichts anderes ergibt, sind dieselben Fragestellungen in den verschiedenen Rechtsformen grundsätzlich in Übereinstimmung zu regeln; nur so lassen sich sachwidrige Abweichungen im Interesse der Konsistenz und der inneren Stimmigkeit des Gesellschaftsrechts vermeiden. Wird eine Rechtsform revidiert, so sind die Neuerungen auch für andere Rechtsformen zu übernehmen, wenn deren rechtliche Konzeption nicht eine abweichende Regelung nahe legt.

Der Entwurf sieht eine Harmonisierung der gesetzlichen Regelung der Aktiengesellschaft, der GmbH und der Genossenschaft namentlich in folgenden Punkten vor:

- die Möglichkeit der Gründung von Einpersonengesellschaften (für die GmbH und die AG, nicht aber für die Genossenschaft, vgl. Ziff. 2.2.5);
- die Nationalitäten- und Wohnsitzerfordernisse für die Mitglieder der Gesellschaftsorgane;
- die Regelung des Abschlusses von Verträgen zwischen der Gesellschaft und der Person, durch die sie vertreten wird;
- das Vorgehen bei Mängeln in der Organisation einer juristischen Person und
- die Vorschriften zur Firmenbildung und zum Firmenschutz.

Aus der gewollten Parallelität der Regelung bestimmter Sachfragen in mehreren Rechtsformen folgt ein Weiteres: Die für das Gesellschaftsrecht typischen Querverweisungen auf das Recht einer andern Rechtsform sind grundsätzlich als so genannt dynamische Verweise zu verstehen<sup>18</sup>: Wird eine Norm, auf die an anderer Stelle verwiesen wird, revidiert, so beziehen sich die entsprechenden Verweisungen auf das jeweils geltende, d.h. das neue Recht. Eine abweichende Ordnung müsste vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen werden.

#### 1.4 **Zur Frage der Schaffung neuer Rechtsformen; Erledigung parlamentarischer Vorstösse**

In der öffentlichen Diskussion im Anschluss an die Revision des Aktienrechts wurde verschiedentlich die Schaffung der Sonderform einer «kleinen» oder «privaten Aktiengesellschaft» als Alternative zu einer Revision des Rechts der GmbH vorgeschlagen<sup>19</sup>. Bereits 1975 wurde ein ähnliches Anliegen in einem Postulat von Herrn Nationalrat Hans Ulrich Baumberger vorgebracht<sup>20</sup>. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates hat den Bundesrat mittels Postulat vom 15. April 1992 eingeladen, die Schaffung einer Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe zu prüfen<sup>21</sup>. Ein parlamentarischer Vorstoss von Herrn Nationalrat Hansueli Raggenbass<sup>22</sup> verlangt weiter die Zulassung juristischer Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafterinnen in der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (vgl. Art. 594 Abs. 2 OR). Dies würde die Bildung der namentlich aus dem deutschen Recht bekannten «GmbH & Co. KG» ermöglichen. Es handelt sich hierbei um eine Kommanditgesellschaft («KG»), deren einzige unbeschränkt haftende Gesellschafterin aus einer GmbH besteht. Der Vorstoss wurde am 9. Oktober 1998 vom Nationalrat als Postulat überwiesen.

Die mit der Erarbeitung eines Vorentwurfs zur Revision des Rechts der GmbH betrauten Experten wurden beauftragt, auch die angesprochenen Handlungsalternativen zu untersuchen. Bereits im Expertenbericht zum Vorentwurf konnte eine eingehende Stellungnahme dazu vorgelegt werden<sup>23</sup>: Die Experten lehnen die Schaffung einer «kleinen» oder «privaten Aktiengesellschaft» klar ab. Die Aktien-

<sup>18</sup> Vgl. Dieter Grauer, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, Diss. Basel 1979, Zürich 1980, S. 64 ff. und 71 ff.; Heinrich Koller/Hanspeter Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, in: Aktienrecht 1992–1997 Versuch einer Bilanz, Festschrift Rolf Bär, Bern 1998, S. 193 ff.; Brigitte Tanner, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 39 ff.

<sup>19</sup> Alain Hirsch/Peter Nobel, Projekt einer Privataktiengesellschaft, in: SZW 69 (1997) 126 ff.; Peter Nobel, L'alternative: SA privée au lieu de Sàrl sowie Jacques-André Reymond, Le projet de «société anonyme privée», beide in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, CEDIDAC n° 37, Lausanne 1998, S. 205 ff. bzw. 227 ff.; Christian J. Meier-Schatz, Die GmbH und die private AG, in: Die GmbH und ihre Reform-Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, S. 111 ff.

<sup>20</sup> N 12.126; AB 1975 N, S. 1493 ff.

<sup>21</sup> S 93.3005; AB 1992 S, S. 1219 f.

<sup>22</sup> N 97.3142; AB 1998 N, S. 2177 ff.

<sup>23</sup> S. Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, S. 68–77 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern).

gesellschaft sei eine sehr anpassungsfähige Rechtsform, die sich (nach wie vor) auch für kleine Unternehmen eigne. Die GmbH und die Aktiengesellschaft sollten sich nicht durch ihre Grösse, sondern vielmehr dadurch unterscheiden, dass die GmbH eine stärker personenbezogene Ausgestaltung erlaube. Umgekehrt sei die GmbH für Verhältnisse, in denen die Persönlichkeit der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht wesentlich ist, unpassend, so namentlich für Publikumsgesellschaften. Das Konzept einer zwiegespaltenen Aktiengesellschaft<sup>24</sup> sei insbesondere auch im Hinblick auf die Verbreitung der GmbH in unseren Nachbarländern abzulehnen. Ein Verzicht auf die GmbH würde eine grosse Anzahl von Unternehmen zu einer Umwandlung der Rechtsform zwingen. Würde eine «kleine Aktiengesellschaft» aber zusätzlich zur GmbH geschaffen, so entstünde eine unnötige Vielfalt ähnlicher Gesellschaftsformen, und das Recht der GmbH müsste dennoch revidiert werden<sup>25</sup>.

Der Vorstoss betreffend die Zulassung der «GmbH & Co. KG» wurde namentlich damit begründet, das geltende Recht ermögliche es nicht, die Rechtsform einer Personengesellschaft zu wählen, wenn man sich nicht dem Risiko der unbeschränkten Haftung aussetzen wolle. Die Rechtsform einer Personengesellschaft vermeide die doppelte steuerliche Belastung der Kapitalgesellschaften und ihrer Eigentümer. Im Expertenbericht zum Vorentwurf wird aufgezeigt, dass die «GmbH & Co. KG» als Verbindung einer Kommanditgesellschaft mit einer GmbH ein ausserordentlich kompliziertes juristisches Konstrukt ist. Eine entsprechende rechtliche Organisation erscheint – entgegen ihren Zielsetzungen – gerade für kleinere Unternehmen als ungeeignet, weil sie die Anforderungen an eine einfache und klare Regelung, die an eine Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) zu stellen sind, nicht zu erfüllen vermag<sup>26</sup>.

Eine mögliche Alternative zur «GmbH & Co. KG» wurde im Expertenbericht in der Schaffung einer so genannten «Personengesellschaft mit beschränkter Haftung» gesehen. Dieser Vorschlag für eine neue Rechtsform baut auf dem Modell der Kommanditgesellschaft auf, wobei aber alle Gesellschafter nur beschränkt bis zum Betrag einer im Handelsregister eingetragenen Summe haften würden. Die Haftungssummen der Gesellschafter sollten mindestens 40 000 Franken betragen. Der Kapital- und Gläubigerschutz wäre durch Normen zur Rechnungslegung und eine obligatorische externe Revision zu gewährleisten<sup>27</sup>.

Im Rahmen der Vernehmlassung wurden unterschiedliche Optionen vertreten. Ein wirklich wesentliches Bedürfnis für eine Ergänzung der herkömmlichen Rechtsformen vermochte aber nicht überzeugend dargelegt zu werden. Umgekehrt unterstreicht der Anstieg der Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf mehr als 50 000 (s. vorne Ziff. 1.1) die Dringlichkeit einer Aktualisierung des GmbH-Rechts. Folgt man dem Konzept des Entwurfs für eine akzentuiert personenbezogene Kapitalgesellschaft mit nur einem tief angesetzten, aber voll zu liberierenden Mindestkapital, so dürfte der Bedarf nach ergänzenden zusätzlichen Rechts-

<sup>24</sup> Dass im Rahmen des Aktienrechts nur sehr beschränkte Möglichkeiten für Erleichterungen für Kleingesellschaften bestehen, wurde bereits im Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» aufgezeigt. S. Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 27–40 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern).

<sup>25</sup> Expertenbericht, S. 69 f.

<sup>26</sup> S. dazu Expertenbericht, S. 74 ff.

<sup>27</sup> Expertenbericht, S. 77.

formen weitgehend entfallen. Es ist auch zu beachten, dass eine zu grosse Normenvielfalt den Bedürfnissen namentlich der kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) nach einer möglichst einfachen Rechtsordnung nicht entspricht und zudem in einer zunehmend internationalisierten Wirtschaft Schwierigkeiten bereitet.

**2** **Besonderer Teil:**  
**Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen**

**2.1** **Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

**2.1.1** **Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

**2.1.1.1** **Begriff**

*Art. 772*

Die Legaldefinitionen der Gesellschaftsformen im Obligationenrecht wurden verschiedentlich kritisiert<sup>28</sup>. Sie enthalten teilweise Unwesentliches, erwähnen aber umgekehrt wichtige Strukturelemente nicht. Der Entwurf umschreibt den Begriff der GmbH neu und trägt dabei auch der neuen Konzeption dieser Rechtsform Rechnung. *Absatz 1* charakterisiert die Gesellschaft als solche, während *Absatz 2* der Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und der Gesellschafter gewidmet ist. Die gesetzliche Begriffsbestimmung kann ihrer Natur gemäss nur wenige kennzeichnende Züge der GmbH hervorheben und beansprucht daher keine Vollständigkeit. Ihre Rechtsrelevanz liegt vorab darin, im Hinblick auf die Interpretation des Gesetzes die Paradigmen zu verdeutlichen, die der (Neu-)Regelung der GmbH zu Grunde gelegt wurden.

*Absatz 1* umschreibt die GmbH als eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Wie dies allen Kapitalgesellschaften<sup>29</sup> eigen ist, ist die GmbH eine Körperschaft, d.h. eine Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit. Der GmbH kommt demnach eine eigene, von ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern losgelöste rechtliche Existenz zu. Bereits die Legaldefinition zeigt auf, dass eine GmbH zukünftig auch als blosse Einpersonengesellschaft gegründet werden kann (dazu vorne Ziff. 1.3.2 sowie hinten die Ausführungen zu Art. 775 E OR). Als Kapitalgesellschaft verfügt die GmbH über ein in den Statuten bestimmtes Grundkapital. Die Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter beruht auf einer Beteiligung an diesem so genannten Stammkapital. Der Umfang ihrer finanziellen Beteiligung bestimmt – zumindest im Grundsatz – auch die ihnen zukommenden Rechte. Die GmbH wird aber vom Entwurf klar als personenbezogene<sup>30</sup> Kapitalgesellschaft ausgestaltet (s. dazu auch

<sup>28</sup> S. insbes. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, N 38b; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 1 N 4; zur GmbH vgl. Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zürich 1965, Einleitung, N 40 ff.; Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 9 ff.

<sup>29</sup> Als Kapitalgesellschaften gelten die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditaktiengesellschaft und die GmbH.

<sup>30</sup> Zu den Unterschieden zwischen personenbezogenen und kapitalbezogenen Gesellschaftsformen s. insbes. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998, § 3 N 13.

vorne Ziff. 1.3.1). Dies bedeutet, dass die rechtliche Organisation der Gesellschaft zwar einerseits auf dem Bestehen eines in den Statuten festgelegten Grundkapitals (d.h. des Stammkapitals) aufgebaut ist, dass aber andererseits die Strukturen der Rechtsform erlauben, neben der finanziellen Beteiligung weitgehend auch die Persönlichkeit der Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie weitere konkrete Umstände zu berücksichtigen. Als personenbezogene Elemente des GmbH-Rechts seien hier – als Beispiele – die Möglichkeit statutarischer Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, die strenge Beschränkung der Abtretbarkeit der Anteile (Vinkulierung) sowie die Austritts- und Ausschlussmöglichkeiten erwähnt.

Der Entwurf unterstreicht die personenbezogenen Elemente der GmbH und zielt auf eine klare Ausrichtung dieser Rechtsform auf die Bedürfnisse von Unternehmen mit einem eher kleinen Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Er stellt die GmbH der stärker kapitalbezogenen<sup>31</sup> Aktiengesellschaft als Alternative für Gesellschaften mit einem engen Personenbezug zur Seite (dies können durchaus auch grössere Gesellschaften sein). Im Ergebnis erscheinen die beiden Rechtsformen deutlicher auf bestimmte Bedürfnisse ausgerichtet als unter dem Recht von 1936, und sie ergänzen einander gegenseitig. Das Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)<sup>32</sup> wird zudem zukünftig einen Wechsel von einer Rechtsform in die andere erleichtern, wenn ein solcher auf Grund veränderter Bedürfnisse wünschenswert erscheint (so bspw. wegen des Wachstums eines Unternehmens).

Der Entwurf hebt in der Definition der GmbH weiter hervor, dass die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf deren Vermögen beschränkt bleibt. Diese konsequente Haftungsbeschränkung stellt insofern eine wichtige Neuerung dar, als der Entwurf auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter in der Höhe des nicht (oder nicht mehr) liberierten Stammkapitals verzichtet (vgl. Art. 802 OR; s. dazu vorne Ziff. 1.3.7 sowie hinten den Kommentar zu Art. 794 E OR).

*Absatz 2* hält fest, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit mindestens je einem Stammanteil am Stammkapital beteiligt sind. Der Ausgestaltung der GmbH als Kapitalgesellschaft entsprechend, beruht die Mitgliedschaft also zwingend auf einer Beteiligung am Stammkapital. Während aber im geltenden Recht die gesamte Beteiligung einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters in nur einem Stammanteil zusammengefasst werden musste (s. Art. 774 Abs. 2 OR), soll jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter nach dem Entwurf neu über mehrere Anteile verfügen können (s. dazu vorne Ziff. 1.3.8).

*Absatz 2* weist weiter darauf hin, dass die Statuten für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorsehen können (s. Art. 795 ff. E OR). Erwähnt werden damit nur zwei bedeutende Pflichten. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter unterstehen darüber hinaus einer (dispositiven) gesetzlichen Treuepflicht, und sie können mit einem Konkurrenzverbot belastet

<sup>31</sup> Zur Aktiengesellschaft als grundsätzlich «kapitalbezogene Kapitalgesellschaft» s. etwa Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 2 N 22 f.; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel und Frankfurt a.M. 1982, S. 14; Karl Wieland, Handelsrecht, II. Band, München und Leipzig 1931, S. 2.

<sup>32</sup> Botschaft des Bundesrates zum Fusionsgesetz: BBl 2000 4337 ff.

werden (s. Art. 803 E OR). Die Möglichkeit, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern je nach den konkreten Bedürfnissen bestimmte Pflichten aufzuerlegen, entspricht der personenbezogenen Struktur der GmbH; demgegenüber dürfen den Aktionärinnen und Aktionären in der AG keine Pflichten auferlegt werden, die über die Liberierung ihrer Aktien hinausgehen (s. Art. 680 Abs. 1 OR)

Nach dem geltenden Recht steht die GmbH ausschliesslich für wirtschaftliche Zwecke offen (Art. 772 Abs. 3 OR), während die Aktiengesellschaft auch für ideelle Zielsetzungen verwendet werden kann (s. Art. 620 Abs. 3 OR). Die Einschränkung der GmbH auf wirtschaftliche Vorhaben lässt sich jedoch sachlich nicht begründen. Der Entwurf stellt die GmbH als Rechtsform auch für ideelle und gemeinnützige Zwecke zur Verfügung; der bisherige *Absatz 3* wird gestrichen. Auf eine Bestimmung zu den Verwendungszwecken der GmbH (in Anlehnung an Art. 620 Abs. 3 OR) wird verzichtet, weil einer solchen Vorschrift kein normativer Gehalt zukäme.

### **2.1.1.2 Stammkapital**

#### *Art. 773*

Das Stammkapital darf nach dem geltenden Recht nicht weniger als 20 000 und nicht mehr als zwei Millionen Franken betragen (Art. 773 OR). Gemäss dem Entwurf soll die obere Begrenzung auf zwei Millionen Franken entfallen, da sie das Wachstum einer GmbH beeinträchtigen kann. Im Interesse von Kleinunternehmen wird auf eine Erhöhung des gesetzlich verlangten Mindestkapitals verzichtet, doch soll das Stammkapital zukünftig in jedem Fall voll liberiert werden. Zur Begründung kann auf Ziffern 1.3.3 und 1.3.4 der Botschaft verwiesen werden.

### **2.1.1.3 Stammanteile**

#### *Art. 774*

Nach geltendem Recht beträgt der Mindestnennwert der Stammanteile 1 000 Franken. In *Absatz 1* wird dieser Betrag auf 100 Franken gesenkt. Eine weitergehende Senkung erscheint im Hinblick auf den personenbezogenen Charakter, die Ausgestaltung als Rechtsform für einen beschränkten Kreis von Beteiligten und die fehlende Kapitalmarktfähigkeit der GmbH nicht sachgerecht (dazu vorne Ziff. 1.3.8).

Im Fall einer Sanierung soll der Nennwert jedoch unter den allgemeinen Mindestwert bis auf einen Franken herabgesetzt werden können; es entstehen dadurch Sanierungs-Stammanteile. (s. dazu Art. 732a i.V.m. Art. 782 Abs. 4 E OR sowie die Ausführungen zu Art. 732a E OR).

Nach geltendem Recht kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter nur einen einzigen Stammanteil besitzen (Art. 774 Abs. 2 OR). Bei der Veränderung der Beteiligung einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters (d.h. bei der Veräusserung eines Teils der bisherigen Beteiligung oder bei einem Zuerwerb) muss demzufolge die Grösse der Stammanteile angepasst werden. Dies bedingt jedoch einen öffentlich zu beurkundenden Gesellschafterbeschluss über die Änderung der Statuten. Um Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse zu erleichtern, kann nach dem



Entwurf jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter mehrere Stammanteile besitzen.

*Absatz 2* hält fest, dass die Stammanteile mindestens zum Nennwert ausgegeben werden müssen; eine so genannte Unterprior-Emission ist demnach wie bei den andern Kapitalgesellschaften unzulässig. Die vorliegende Bestimmung betrifft nur die Festsetzung des Ausgabebetrags; die Leistung der Einlagen (Liberierung) ist in Artikel 777c E OR geregelt.

#### **2.1.1.4 Genussscheine**

*Art. 774a (neu)*

Der Entwurf sieht die Möglichkeit der Ausgabe von Genussscheinen vor. Er schliesst damit eine Lücke des geltenden Rechts. Für die Regelung kann auf die aktienrechtlichen Vorschriften verwiesen werden (Art. 657 OR).

#### **2.1.1.5 Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

*Art. 775*

Einpersonengesellschaften sind bereits heute weit verbreitet. Zur Gründung einer GmbH sind allerdings immer noch mindestens zwei Personen erforderlich (Art. 775 Abs. 1 OR); die Praxis behilft sich dabei häufig mit dem Beizug von «Strohleuten».

Werden sämtliche Stammanteile nach der Gründung in der Hand einer einzigen Person vereinigt, kann der Richter nach Artikel 775 Absatz 2 OR auf Antrag einer Gläubigerin oder eines Gläubigers die Gesellschaft auflösen, wenn der gesetzmässige Zustand nicht innerhalb einer angemessenen Frist wieder hergestellt wird.

Der Entwurf sieht vor, diese Klagemöglichkeit zu streichen und die Gründung einer GmbH durch eine einzige Person zuzulassen. Diese Neuerung bringt für die Praxis eine massgebliche Vereinfachung und entspricht überdies der 12. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts<sup>33</sup>.

Die Gründung von Einpersonengesellschaften soll zugleich auch für die Rechtsform der Aktiengesellschaft ermöglicht werden (s. Art. 625 E OR; vgl. dazu Ziff. 1.3.17; zur Genossenschaft s. die Ausführungen zu Art. 831 E OR).

Neben der Zulassung der Gründung von Einpersonengesellschaften in der Rechtsform der GmbH stellt *Artikel 775* des Entwurfs auch klar, wer Gesellschafterin bzw. Gesellschafter sein kann: Die Mitgliedschaft steht natürlichen und juristischen Personen sowie anderen Handelsgesellschaften (d.h. Kollektiv- und Kommanditgesell-

<sup>33</sup> Richtlinie 89/667/EWG; AB1 N°L 395 vom 30.12.1989, S. 40 ff.

schaften) offen. Dies entspricht sowohl der Lehre als auch der bereits 1934 im Parlament vertretenen Auffassung<sup>34</sup>.

### 2.1.1.6 Statuten

*Art. 776* Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt

Diese Bestimmung legt den so genannt «absolut notwendigen Inhalt» der Statuten fest. *Ziffer 1* und *4* werden unverändert aus dem geltenden Recht übernommen, während *Ziffer 2* redaktionell modifiziert wird (der «Gegenstand des Unternehmens» wird durch den «Zweck der Gesellschaft» ersetzt). In *Ziffer 3* nimmt der Entwurf ebenfalls eine terminologische Anpassung vor («Nennwert» statt «Betrag der Stammeinlage»). Da jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter neu mehrere Stammanteile besitzen darf (vgl. die Ausführungen zu Art. 774 E OR), wird zusätzlich die Angabe der Anzahl der Stammanteile verlangt.

*Art. 776a (neu)* Bedingt notwendiger Inhalt

Die gesetzliche Ordnung des GmbH-Rechts ist in wichtigen Fragen dispositiver Natur. Dies ermöglicht, eine auf die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse bezogene Ausgestaltung der Gesellschaft zu schaffen. Die in Artikel 776a E OR aufgezählten wesentlichen Gestaltungselemente müssen gegebenenfalls zwingend in den Statuten vorgesehen werden. Die Bestimmung zeigt auf, in welchen Punkten von der gesetzlichen Ordnung der GmbH abgewichen werden kann. Der Normgehalt bleibt jedoch auf die Aufzählung des bedingt notwendigen Inhalts der Statuten beschränkt; die materielle Regelung der einzelnen Optionen erfolgt stets in andern Bestimmungen.

Die Aufzählung von *Absatz 1* entspricht teilweise dem geltenden Recht (vgl. Art. 777 OR); sie wurde aber vervollständigt und den Neuerungen des Entwurfs angepasst. Sie umfasst die folgenden Punkte:

- *Ziffer 1*: Bestimmungen betreffend die Begründung und die Ausgestaltung von *Nachschuss- und Nebenleistungspflichten* (s. dazu Art. 795 ff. E OR). Für Einzelheiten zu Nebenleistungspflichten kann in den Statuten auf ein Reglement verwiesen werden (s. Art. 796 Abs. 3 E OR).
- *Ziffer 2*: Bestimmungen betreffend (statutarische) *Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte* der Gesellschafterinnen und der Gesellschafter sowie der Gesellschaft an Stammanteilen. Es handelt sich dabei um eine besondere Art von Nebenleistungspflichten (s. dazu Art. 796 f. E OR). Unbenommen bleibt die Vereinbarung vertraglicher Erwerbsvorrechte ausserhalb der Statuten.
- *Ziffer 3*: Bestimmungen betreffend ein *Konkurrenzverbot* für Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Nehmen diese an der Geschäftsführung teil, so

<sup>34</sup> AB 1934 N, S. 733 ff., insbes. S. 740 ff.; statt vieler Carl Baudenbacher, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, Art. 772 N 13; Lukas Handschin, Die GmbH, Ein Grundriss, Zürich 1996, § 4 N 2; Roland Ruedin, Droit des sociétés, Bern 1999, N 428; Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 38.

unterstehen sie dem Konkurrenzverbot für Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (vgl. dazu Abs. 2 Ziff. 8 sowie Art. 803 Abs. 2 und Art. 812 Abs. 3 E OR). Unbenommen bleibt die Vereinbarung vertraglicher Konkurrenzverbote ausserhalb der Statuten.

- *Ziffer 4:* Bestimmungen betreffend *Konventionalstrafen* für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung statutarischer oder gesetzlicher Pflichten (s. dazu Art. 796 E OR betr. Nebenleistungspflichten). Unbenommen bleibt die Vereinbarung vertraglicher Konventionalstrafen ausserhalb der Statuten.
- *Ziffer 5:* Bestimmungen betreffend Vorrechte, die mit einzelnen Kategorien von Stammanteilen verbunden werden (*Vorzugsstammanteile*; s. dazu Art. 654 Abs. 1 und 656 OR i.V.m. Art. 799 E OR).
- *Ziffer 6:* Bestimmungen betreffend *Vetorechte*, die bestimmten Gesellschafterinnen oder Gesellschaftern gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeräumt werden (s. dazu Art. 807 E OR).
- *Ziffer 7:* Bestimmungen betreffend eine *Beschränkung des Stimmrechts* der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (s. dazu Art. 806 Abs. 1 E OR) sowie Bestimmungen betreffend eine *Beschränkung des Rechts, sich in der Gesellschafterversammlung vertreten zu lassen* (s. dazu Art. 689 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 E OR).
- *Ziffer 8:* Bestimmungen betreffend *Genussscheine* (s. dazu Art. 657 OR i.V.m. Art. 774a E OR).
- *Ziffer 9:* Bestimmungen betreffend *statutarische Reserven* (s. Art. 672 f. OR i.V.m. Art. 801 E OR).
- *Ziffer 10:* Bestimmungen betreffend *Befugnisse der Gesellschafterversammlung*, welche dieser über die gesetzlichen Zuständigkeiten hinaus zugewiesen werden (s. Art. 810 Abs. 1 E OR). Ausgeschlossen ist die Übertragung von Aufgaben, die vom Gesetz zwingend einem andern Organ vorbehalten sind (s. insbes. Art. 810 Abs. 2 E OR und Art. 728 ff. OR i.V.m. 818 Abs. 2 E OR).
- *Ziffer 11:* Bestimmungen, die gewisse Entscheide der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer dem Erfordernis der *Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung* unterstellen, sowie Bestimmungen, die den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern die Möglichkeit einräumen, einzelne Fragen der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorzulegen (s. dazu Art. 811 E OR).
- *Ziffer 12* bedarf einer näheren Erläuterung: Wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, sind alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zur *Geschäftsführung* befugt (Art. 809 Abs. 1 E OR). Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer können jedoch nur natürliche Personen sein (Art. 809 Abs. 2 E OR). Für Gesellschafterinnen, die an sich zur Geschäftsführung befugt wären, die aber juristische Personen oder Handelsgesellschaften sind, muss daher eine Sonderregelung getroffen werden: Sie dürfen eine natürliche Person bezeichnen, die an ihrer Stelle das Recht zur Geschäftsführung ausübt. Damit das Interesse der übrigen Beteiligten an einer einvernehmlichen Geschäftsführung gewahrt bleibt, sollen die Statuten nach dem Entwurf vorsehen

können, dass die Bezeichnung von Personen, die für juristische Personen oder Handelsgesellschaften das Recht zur Geschäftsführung ausüben, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf (s. Art. 809 Abs. 2 E OR).

- *Ziffer 13*: Bestimmungen betreffend die Befugnis der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer, *Direktorinnen und Direktoren, Prokuristinnen und Prokuristen sowie Handlungsbevollmächtigte zu ernennen* (s. dazu Art. 804 Abs. 3 E OR).
- *Ziffer 14*: Bestimmungen betreffend die Ausrichtung von *Tantiemen* an die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (s. dazu Art. 677 OR i.V.m. 798b E OR).
- *Ziffer 15*: Bestimmungen betreffend die Zusicherung von *Bauzinsen* (s. dazu Art. 676 OR i.V.m. Art. 798a Abs 2 E OR)
- *Ziffer 16*: Bestimmungen betreffend die Organisation und die Aufgaben der *Revisionsstelle*, sofern die Gesellschaft eine solche hat und sofern über die gesetzlichen Vorschriften hinausgegangen wird (s. dazu Art. 818 E OR i.V.m. Art. 731 Abs. 1 OR).
- *Ziffer 17*: Bestimmungen betreffend die Gewährung eines *statutarischen Austrittsrechts* sowie betreffend die Bedingungen für die Ausübung dieses Rechts und die auszurichtende Abfindung (s. dazu Art. 822 Abs. 2 und 825 E OR)
- *Ziffer 18*: Bestimmungen betreffend besondere *Gründe*, die einen *Ausschluss* von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ermöglichen (s. dazu Art. 823 Abs. 2 E OR). Der Ausschluss aus wichtigen Gründen (Art. 823 Abs. 1 E OR) braucht in den Statuten nicht vorgesehen zu werden; es ist aber auch nicht zulässig, die entsprechende gesetzliche Regelung in den Statuten abzuändern.
- *Ziffer 19*: Bestimmungen betreffend *Auflösungsgründe*, die über die gesetzlich geregelten Fälle der Auflösung hinausgehen (s. dazu Art. 821 Abs. 1 Ziff. 1 E OR).

*Absatz 2* enthält eine Liste der Punkte, in denen die Statuten (und nur die Statuten) eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung treffen können:

- *Ziffer 1*: Regelungen zur Beschlussfassung über die *nachträgliche Schaffung von neuen Vorzugsstammanteilen* (s. dazu Art. 654 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 799 E OR).
- *Ziffer 2*: Regelungen zur *Übertragung der Stammanteile*. Dabei handelt es sich um Vinkulierungsvorschriften, die von der dispositiven, gesetzlich vorgegebenen Vinkulierungsordnung abweichen (s. dazu Art. 786 Abs. 2 und 788 Abs. 5 E OR). Die Statuten können hingegen weder auf die Formvorschriften für die Abtretung (s. Art. 785) noch auf Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Handelsregister (s. dazu Art. 791 E OR) verzichten; es ist indessen zulässig, die Abtretung der Form der öffentlichen Beurkundung zu unterstellen.
- *Ziffer 3*: Regelungen zur *Einberufung der Gesellschafterversammlung* (s. dazu Art. 805 Abs. 2 und 3 E OR).

- *Ziffer 4*: Regelungen zur *Bemessung des Stimmrechts* (Ausgabe im Stimmrecht privilegierter Stammanteile; s. Art. 806 2 E OR)
- *Ziffer 5*: Regelungen zur *Beschlussfassung* in der Gesellschafterversammlung (erforderliche Mehrheit, einschliesslich Anwesenheitsanfordernisse; Stichentscheid; s. dazu Art. 808, 808a und 808b Abs. 2 E OR).
- *Ziffer 6*: Regelungen zur *Beschlussfassung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer* (zur Beschlussfassung erforderliche Mehrheit, einschliesslich Anwesenheitsanfordernisse; Stichentscheid; s. dazu Art. 809 Abs. 4 E OR).
- *Ziffer 7*: Regelungen zur *Geschäftsführung* (s. dazu Art. 809 Abs. 1 E OR) und zur *Vertretung* (s. dazu Art. 814 Abs. 2 E OR). Für Einzelheiten zur Vertretung kann auf ein Reglement der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer verwiesen werden.
- *Ziffer 8*: Regelungen betreffend das *Konkurrenzverbot* für Personen, die mit der Geschäftsführung befasst sind (s. dazu Art. 812 Abs. 3 E OR).

### 2.1.1.7 Gründung

*Art. 777* Errichtungsakt

Die vorliegende Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 779 Absatz 1 und 2 OR, übernimmt jedoch den 1991 überarbeiteten und verbesserten Wortlaut sowie die Struktur der entsprechenden Regelung des Aktienrechts (Art. 629 OR).

*Absatz 1* regelt die Errichtung der Gesellschaft durch die Gründerinnen und Gründer. Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem geltenden Recht.

*Absatz 2* führt den Inhalt des öffentlich zu beurkundenden Errichtungsaktes auf. Es handelt sich dabei um die gleichen Punkte wie bei der Gründung einer Aktiengesellschaft. Zusätzlich haben die Gründerinnen und Gründer in der GmbH gegebenenfalls festzuhalten, dass sie die vorgesehenen statutarischen Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten übernehmen (*Ziff. 4*).

*Art. 777a (neu)* Zeichnung der Stammanteile

Nach *Absatz 1* bedarf die Zeichnung der Stammanteile zu ihrer Gültigkeit der Angabe von Anzahl, Nennwert und Ausgabebetrag der Stammanteile; bestehen mehrere Kategorien von Stammanteilen, so ist auch die Kategorie anzugeben. Anders als bei der Zeichnung von Aktien (s. Art. 630 *Ziff. 1* OR) ist die Angabe der Art der Anteile nicht erforderlich, da Stammanteile nur als Beweisurkunden oder Namenpapiere ausgestaltet werden können (s. Art. 784 Abs. 1 E OR).

*Absatz 2* sieht vor, dass in der Urkunde über die Zeichnung zum Schutz der Gründerinnen und Gründer ausdrücklich darauf hingewiesen werden muss, wenn die Statuten Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für Gesellschafterinnen und Gesellschafter (keiner Erwähnung bedarf das gesetzlich vorgesehene Konkurrenzverbot für Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer), Vorhand-

Vorkaufs-, und Kaufrechte an Stammanteilen sowie Konventionalstrafen zur Sicherung der Erfüllung gesetzlicher oder statutarischer Pflichten enthalten.

#### Art. 777b (neu) Belege

Wie der geltende Artikel 779 Absatz 3 OR verlangt *Absatz 1*, dass die Urkundsperson die Belege über die Gründung im Errichtungsakt einzeln nennen muss. Sie hat weiter zu bestätigen, dass diese Belege den Gründerinnen und Gründern sowie der Urkundsperson vorgelegen haben.

*Absatz 2* führt die dem Errichtungsakt beizulegenden Belege auf. Es sind dies die Statuten, der Gründungsbericht, die Prüfungsbestätigung, die Bestätigung über die Hinterlegung von Einlagen in Geld, allfällige Verträge betreffend Sacheinlagen sowie bereits vorliegende Verträge betreffend Sachübernahmen.

#### Art. 777c (neu) Einlagen

Diese Bestimmung enthält sämtliche Vorschriften betreffend die Einlagen für Stammanteile. Sie findet sowohl bei der Gründung als auch (durch Verweisung) bei Kapitalerhöhungen Anwendung (s. Art. 781 Abs. 3 E OR).

Nach *Absatz 1* ist für jeden Stammanteil bei der Gründung eine dem Ausgabebetrag (dazu vgl. Art. 774 Abs. 2 E OR) entsprechende Einlage vollständig zu leisten (Liberierung der Stammanteile). Nach geltendem Recht brauchen im Zeitpunkt der Gründung demgegenüber lediglich 50 Prozent der Einlagen geleistet zu werden (Art. 774 Abs. 2 OR); es besteht jedoch eine subsidiäre Solidarhaftung jeder Gesellschafterin und jedes Gesellschafters für den nicht liberierten Teil des gesamten Stammkapitals (Art. 802 OR). Der Entwurf schlägt einerseits vor, das bisherige Mindestkapital ungeachtet der seit 1936 eingetretenen Inflation auf bloss 20 000 Franken zu belassen, dies im Interesse kleinerer Unternehmen mit geringem Kapitalbedarf (dazu vorne Ziff. 1.3.3). Andererseits erscheint auch ein Verzicht auf die nicht ungefährliche subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter dringend (dazu vorne Ziff. 1.3.7). Beides ist allerdings im Hinblick auf den Schutz Dritter sachlich nur vertretbar, wenn dennoch stets gewährleistet bleibt, dass zumindest ein minimales Haftungssubstrat vorliegt. Der Entwurf verlangt daher eine vollständige Einbezahlung (s. dazu auch Ziff. 1.3.4) des Ausgabebetrags für die Stammanteile bei der Gründung beziehungsweise anlässlich einer Kapitalerhöhung. Angesichts des geringen Mindestkapitals ergeben sich daraus selbst für kleine Unternehmen im Allgemeinen keine wirklich wesentlichen Erschwernisse. Das Erfordernis einer stets vollständigen Liberierung der Stammanteile ermöglicht ferner verschiedene Vereinfachungen der Regelung der GmbH im Interesse der Praxis. Die Funktion der bisherigen Teilliberierung kann durch statutarische Nachschusspflichten (Art. 795 ff. E OR) erfüllt werden; dadurch lassen sich Doppelspurigkeiten im Gesetz vermeiden.

*Absatz 2* verweist in drei Punkten auf das Aktienrecht, die für alle Formen von Kapitalgesellschaften übereinstimmend geregelt werden sollen, da sachliche Gründe für eine Differenzierung fehlen (zu den Querverweisungen innerhalb des Gesellschaftsrechts s. vorne Ziff. 1.3.17):

- *Ziffer 1:* Für die *Angabe von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen in den Statuten* verweist der Entwurf auf Artikel 628 OR. Die weniger präzise und unvollständige Regelung für die GmbH (Art. 778 OR) kann demzufolge entfallen.
- *Ziffer 2:* Für die *Eintragung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen in das Handelsregister* soll ebenfalls das Gleiche gelten wie in der Aktiengesellschaft (Art. 642 E OR; dazu hinten). Im Vergleich zum geltenden GmbH-Recht (Art. 781 Ziff. 6 OR) wird zusätzlich die Einräumung besonderer Vorteile erfasst.
- *Ziffer 3:* Das Konzept des geltenden GmbH-Rechts zur Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals beruht vorab auf der subsidiären Solidarhaftung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter in der Höhe des gesamten Stammkapitals, soweit dieses nicht oder nicht gehörig liberiert wurde oder aus der Liberierung Rückleistungen und Bezüge erfolgten (s. Art. 802 OR). Die aus dem Aktienrecht bekannten Massnahmen zur Gewährleistung einer effektiven Liberierung des Grundkapitals fehlen jedoch (Hinterlegung von Bareinlagen; Gründungsbericht und Prüfungsbestätigung; Art. 633, 635 und 635a OR). Die Aufbringung des Kapitals ist nicht deshalb sichergestellt. Zudem ist die Regelung für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit kaum zumutbaren Haftungsrisiken verbunden. Wie bereits erläutert, verzichtet der Entwurf auf die subsidiäre Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die Liberierung des Stammkapitals (dazu Ziff. 1.3.7). Die Aufbringung des Stammkapitals muss daher durch dieselben Vorkehren gewährleistet werden wie in der Aktiengesellschaft. Die Durchsetzung einer einigermaßen verlässlichen Liberierung erscheint zudem auch im Hinblick auf die geringen Anforderungen an das Mindestkapital (20 000 Franken, s. Ziff. 1.3.3) unerlässlich. Für die Leistung der Einlagen verweist der Entwurf daher auf die Artikel 633 und 634 OR (nicht anwendbar ist Art. 634a OR; die Liberierung durch Verrechnung ist jedoch zulässig): Bareinlagen sind bei einer Depositenstelle zu hinterlegen, und für Sacheinlagen sind ebenfalls die Voraussetzungen des Aktienrechts zu beachten (unter Einschluss der durch die Literatur und Praxis entwickelten Kriterien zur Zulässigkeit von Sacheinlagen<sup>35</sup>). Entsprechend Artikel 635 OR haben die Gründerinnen und Gründer in einem Bericht Rechenschaft zu geben über Sacheinlagen, Sachübernahmen, Liberierungen durch Verrechnung und die Einräumung besonderer Vorteile. Dieser Gründungsbericht ist durch einen Revisor zu prüfen (Art. 635a OR), und zwar auch in Gesellschaften, die über keine Revisionsstelle verfügen (vgl. Art. 818 E OR). In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass kaum ein anderes Institut des Gesellschaftsrechts für Missbräuche derart anfällig ist, wie die so genannt qualifizierte Gründung<sup>36</sup> (d.h. die Gründung unter Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnung oder Einräumung besonderer Vorteile); die Erfahrungen der Handelsregisterbehörden bestätigen dies. Die vorgesehenen Massnahmen zum Schutz Dritter erscheinen daher unabdingbar (dies auch für Kleingesellschaften). Für die Unternehmen ergeben sich daraus genau besehen nur

<sup>35</sup> S. dazu die Mitteilung des Eidg. Amts für das Handelsregister vom 15. August 2001, REPRAX 2/01, S. 59 ff. (mit Hinweisen auf die Literatur).

<sup>36</sup> Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 26.

geringe Belastungen, da es sich um einmalige Aufwendungen handelt und weil sich die entsprechenden Kosten dadurch vermeiden lassen, dass auf Sacheinlagen und Sachübernahmen verzichtet wird.

### **2.1.1.8 Eintragung ins Handelsregister**

*Art. 778* Gesellschaft

Nach dieser Bestimmung ist eine GmbH in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie ihren statutarischen Sitz hat (im geltenden Recht Abs. 1 von Art. 780 OR). Die Unterzeichnung der Anmeldung zur Eintragung wird vom Entwurf für alle juristischen Personen gemeinsam geregelt, ebenso das Verfahren zur Eintragung und die einzureichenden Belege (s. Art. 929 und 931a E OR); die entsprechenden Bestimmungen des GmbH-Rechts können daher gestrichen werden (Art. 780 Abs. 2 bis 4 OR).

*Art. 778a (neu)* Zweigniederlassungen

Diese Bestimmung übernimmt den bisherigen Artikel 782 Absatz 1 OR, wonach Zweigniederlassungen unter Bezugnahme auf die Eintragung der Hauptniederlassung in das Handelsregister des Ortes einzutragen sind, an dem sie sich befinden (der vorliegende Artikel betrifft nur die Eintragungspflicht; zum Inhalt der Eintragung s. die Delegationsnorm in Art. 929 E OR; zur Art der Eintragung s. Art. 935 OR).

### **2.1.1.9 Erwerb der Persönlichkeit**

*Art. 779* Zeitpunkt; mangelnde Voraussetzungen

Die Regelung des Erwerbs der Persönlichkeit durch die Gesellschaft entspricht im Grundsatz dem geltenden Recht (Art. 783 Abs. 1 OR); sie wird jedoch in Anlehnung an das Aktienrecht präzisiert und vervollständigt (vgl. Art. 643 OR). Nach *Absatz 1* erlangt die Gesellschaft das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung ins Handelsregister (wie bisher, s. Art. 783 Abs. 1 OR; zum genauen Zeitpunkt s. Art. 932 OR). Auf Grund der so genannt heilenden Wirkung der Eintragung wird die Gesellschaft nach *Absatz 2* auch dann rechtsfähig, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung tatsächlich nicht erfüllt sind. *Absatz 3* räumt in diesem Fall jedoch den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie den Gläubigerinnen und Gläubigern das Recht ein, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen. Dieses Recht erlischt gemäss *Absatz 4* nach drei Monaten.

*Art. 779a (neu)* Vor der Eintragung eingegangene Verpflichtungen

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich den heutigen Artikeln 783 Absätze 2 und 3 OR. Nach *Absatz 1* haften Personen persönlich und solidarisch, wenn sie vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister in deren Namen handeln. Sie



werden jedoch nach *Absatz 2* befreit, sofern die Gesellschaft die in ihrem Namen eingegangenen Verpflichtungen innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung übernimmt.

### **2.1.1.10 Statutenänderung**

#### *Art. 780*

Wie im geltenden Recht ist jeder Beschluss der Gesellschafterversammlung über eine Änderung der Statuten öffentlich zu beurkunden und im Handelsregister einzutragen (vgl. Art. 784 Abs. 1 und 785 Abs. 1 OR). Diese Regelung entspricht derjenigen für die Festsetzung der ursprünglichen Statuten bei der Gründung (vgl. Art. 777 Abs. 1 und 778 E OR).

Das geltende Recht sah in Artikel 785 Absatz 2 OR vor, dass der Beschluss über eine Änderung der Statuten auch Dritten gegenüber (d.h. nicht nur gesellschaftsintern) unmittelbar mit der Eintragung in das Handelsregister rechtswirksam wird (der französische Gesetzestext lautet allerdings anders). Diese Vorschrift weicht von der allgemeinen Ordnung des Beginns der Wirksamkeit von Eintragungen im Handelsregister ab (s. Art. 932 OR). Sachlich überzeugende Gründe für eine Sonderregelung liegen jedoch nicht vor<sup>37</sup>; vielmehr sollen auch Statutenänderungen Dritten erst entgegengehalten werden können, sobald sie auf Grund der Eintragung im Handelsregister und der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt überhaupt davon Kenntnis erhalten. Artikel 785 Absatz 2 OR ist daher zu streichen. Das Gleiche gilt für die Parallelnorm im Aktienrecht (Art. 647 Abs. 3 OR).

### **2.1.1.11 Erhöhung des Stammkapitals**

#### *Art. 781*

Die geltende Regelung der Erhöhung des Stammkapitals ist unpräzis (Art. 786 OR). Die Verweisung auf die für die Gründung geltenden Vorschriften bewirkt zudem, dass eine Kapitalerhöhung der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter bedarf<sup>38</sup>. Dieses Zustimmungserfordernis trägt der heutigen subsidiären Solidarhaftung für die Liberierung des gesamten Stammkapitals Rechnung, erschwert aber die Kapitalerhöhung stark. Da der Entwurf auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter verzichtet (dazu vorne Ziff. 1.3.7), kann die Kapitalerhöhung erleichtert werden. Zugleich ist die gesetzliche Regelung praxisgerecht zu vervollständigen.

<sup>37</sup> S. auch die Kritik bei Guillaume Vianin, *L'inscription au registre du commerce*, Diss. Freiburg 2000, S. 212 f. mit Verweisen.

<sup>38</sup> Statt vieler: Werner von Steiger, in: *Zürcher Kommentar V/5c*, Zürich 1965, Art. 786 N 8; a.M. Gaudenz G. Zindel, Peter R. Isler, in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Basel und Frankfurt a.M. 1994, Art. 786 N 2.

*Absatz 1* räumt der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit ein, eine Erhöhung des Stammkapitals zu beschliessen. Die erforderliche Mehrheit beträgt mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals (s. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 E OR). Die Kapitalerhöhung erfolgt in einem zweistufigen Verfahren: Während die Gesellschafterversammlung über den Grundsatz der Erhöhung, den Erhöhungsbetrag und allfällige Besonderheiten (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 – 9 OR) entscheidet, obliegt die Durchführung des weiteren Verfahrens nach *Absatz 2* den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern. Sie haben die notwendigen Schritte zur Aufbringung des Kapitals zu unternehmen und die gesetzlich verlangten Feststellungen zu machen. Kommt die Erhöhung zu Stande, liegt es bei ihnen, die Statuten anzupassen und die Kapitalerhöhung beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden.

Gemäss *Absatz 3* richten sich die Zeichnung und die Leistung der Einlagen nach den Vorschriften über die Gründung (d.h. nach Art. 777a und 777c E OR). Weiter sind die aktienrechtlichen Bestimmungen betreffend den Zeichnungsschein (Art. 652 OR) entsprechend anwendbar.

*Absatz 3* schliesst ferner ein öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile aus. Dies entspricht dem personenbezogenen und eher geschlossenen Charakter der GmbH sowie der Tatsache, dass die Stammanteile nie kapitalmarktfähig sind (s. dazu Ziff. 1.3.8). Die Suche nach einzelnen zusätzlichen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in Fachblättern und Zeitungen gilt nicht als unzulässiges öffentliches Zeichnungsangebot im Sinne dieser Bestimmung. Auf Grund der fehlenden Kapitalmarktfähigkeit werden weiter auch die Möglichkeiten der genehmigten und der bedingten Kapitalerhöhung nicht in das GmbH-Recht übernommen.

*Absatz 4* sieht für die Durchführung der Kapitalerhöhung eine Frist von drei Monaten vor (ebenso das Aktienrecht, s. Art. 650 Abs. 3 OR). Diese Befristung will – so weit wie möglich – vermeiden, dass sich die Bedingungen und Umstände, die für den Entscheid der Gesellschafterversammlung von Bedeutung waren, bis zur effektiven Durchführung der Kapitalerhöhung wesentlich verändern. Massgebend für die Wahrung der Frist ist der Eingang der Anmeldung beim Handelsregister.

*Absatz 5* bringt im Weiteren die Bestimmungen des Aktienrechts zur ordentlichen Kapitalerhöhung entsprechend zur Anwendung. Diese Verweisung ermöglicht es, auf eine Wiederholung der Regelung der Einzelheiten des Kapitalerhöhungsverfahrens zu verzichten. Sie umfasst die folgenden Punkte:

- *Ziffer 1* verweist für die *Form und den Inhalt* des Beschlusses der Gesellschafterversammlung auf Artikel 650 Absatz 2 OR. Der Beschluss ist demnach aus Gründen der Rechtssicherheit öffentlich zu beurkunden.
- *Ziffer 2* verweist für das *Bezugsrecht* der Gesellschafterinnen und Gesellschafter auf Artikel 652b OR. Weil die Kapitalerhöhung im Interesse der Praktikabilität zukünftig nicht mehr der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter bedarf, sind für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen die aktienrechtlichen Bestimmungen zum Bezugsrecht zur Anwendung zu bringen. Dadurch werden zudem die Lücken der geltenden Regelung (Art. 787 OR) geschlossen.
- *Ziffer 3* verweist für die Erhöhung des Stammkapitals aus *Eigenkapital* auf Artikel 652d OR.

- *Ziffer 4* verweist für den *Kapitalerhöhungsbericht* und die *Prüfungsbestätigung* auf Artikel 652e und 652f OR.  
Die Prüfungsbestätigung einer Revisorin oder eines Revisors ist nicht erforderlich, wenn in bar liberiert wird und weder Sachübernahmen vorgesehen sind noch das Bezugsrecht eingeschränkt oder aufgehoben wird (s. Art. 652f Abs. 2 OR). Auf eine Prüfungsbestätigung wird daher insbesondere in kleinen Unternehmen meist verzichtet werden können. Ist jedoch eine Prüfungsbestätigung erforderlich, so muss zum Schutz aller Beteiligten und Betroffenen auch dann eine solche eingeholt werden, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt (es braucht jedoch keine eigentliche Revisionsstelle geschaffen zu werden).
- *Ziffer 5* verweist für die *Statutenänderung* und die erforderlichen *Feststellungen* auf Artikel 652g OR. Die im Aktienrecht dem Verwaltungsrat zugewiesenen Aufgaben obliegen in der GmbH den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern.
- *Ziffer 6* verweist für die *Eintragung im Handelsregister* und die *Nichtigkeit von Urkunden*, die vor der *Eintragung ausgegeben* werden, auf Artikel 652h OR (zur Anmeldung beim Handelsregister, s. Art. 931a E OR).

### 2.1.1.12 Herabsetzung des Stammkapitals

#### Art. 782

Wie bereits die geltende Regelung (Art. 788 OR) verweist der Entwurf zur Herabsetzung des Stammkapitals weitgehend auf das Aktienrecht. Neu wird auch für die GmbH eine erleichterte Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken ermöglicht (Art. 735 OR i.V.m. Art. 782 Abs. 4 E OR).

*Absatz 1* hält den Grundsatz fest, wonach die Gesellschafterversammlung die Herabsetzung des Stammkapitals beschliessen kann. Dabei ist stets das gesetzliche Mindestkapital zu beachten (Art. 773 E OR): Das Stammkapital darf nach *Absatz 2* in keinem Fall unter 20 000 Franken herabgesetzt werden.

Für die erleichterte Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken (s. Art. 735 OR i.V.m. Art. 782 Abs. 4 E OR) gilt nach *Absatz 3* eine Besonderheit: Liegt eine durch Verluste entstandene Unterbilanz<sup>39</sup> vor, so darf das Stammkapital zu deren Beseitigung nur herabgesetzt werden, wenn alle in den Statuten vorgesehenen Nachschüsse bereits voll geleistet wurden. Abgesehen von dieser Besonderheit geht die erleichterte Herabsetzung des Stammkapitals gleich von statten wie bei der Aktiengesellschaft.

Für alles Weitere verweist *Absatz 4* auf die Artikel 732 ff. OR. Das Erfordernis, wonach eine Kapitalherabsetzung nur beschlossen werden darf, wenn ein Revisionsbericht die Deckung der Forderungen bestätigt, muss auch von Gesellschaften beachtet werden, die keine Revisionsstelle haben.

<sup>39</sup> Zum Begriff der Unterbilanz s. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, N 1684g.

Im geltenden Recht regelt Artikel 782 OR der Eintragung von Zweigniederlassungen ins Handelsregister. Diese Bestimmung wird aufgehoben, wobei Absatz 1 teilweise in Artikel 778a E OR integriert wird. Die Anmeldung zur Eintragung (Art. 782 Abs. 2 OR) soll neu für alle Rechtsformen einheitlich in Artikel 931a E OR geordnet werden.

### 2.1.1.13 Erwerb eigener Stammanteile

#### Art. 783

Der Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft vermindert deren Haftungssubstrat und kann den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger erheblich beeinträchtigen. Die geltende Regelung des Erwerbs und der Pfandnahme eigener Anteile (Art. 807 OR) ist ungenügend; insbesondere fehlt eine klare Begrenzung. Der Entwurf lehnt sich an die Ordnung des Aktienrechts an (Art. 659 OR), wobei es aber die Eigenheiten der GmbH zu berücksichtigen gilt.

Nach *Absatz 1* darf die Gesellschaft eigene Stammanteile nur erwerben, wenn sie über das dafür erforderliche frei verwendbare Eigenkapital verfügt. Der Erwerb wird zudem auf 10 Prozent des Stammkapitals begrenzt (in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht; s. Art. 659 Abs. 1 OR). In bestimmten Fällen kann sich diese Schranke jedoch als zu restriktiv erweisen. *Absatz 2* sieht daher eine Höchstgrenze von 35 Prozent vor, sofern die Stammanteile im Zusammenhang mit einem Austritt, einem Ausschluss oder einer Übertragbarkeitsbeschränkung (Vinkulierung) erworben werden. Diese Sondertatbestände sind abschliessend. Der Vorentwurf legte – wie im Aktienrecht (vgl. Art. 659 Abs. 2 OR) – die Höchstgrenze noch bei 20 Prozent fest. Der Entwurf trägt der in der Vernehmlassung geäusserten Kritik Rechnung und hebt die Schranke auf 35 Prozent an, um den Bedürfnissen von Unternehmen mit nur wenigen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Rechnung zu tragen. So soll namentlich auch der Austritt einer Person erleichtert werden, die über einen Drittel des Stammkapitals verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Kapitalschutzes erscheint die vorgesehene Grenze allerdings als hoch angesetzt. Damit eine Gefährdung der Gläubigerinnen und Gläubiger soweit wie möglich vermieden werden kann, müssen die über 10 Prozent des Stammkapitals hinaus erworbenen eigenen Stammanteile innerhalb von zwei Jahren wieder veräussert oder durch eine Kapitalherabsetzung (Art. 782 E OR) vernichtet werden.

Würde eine Gesellschaft Stammanteile erwerben, mit denen eine Nachschusspflicht verbunden ist, so würde sie selber zur Schuldnerin dieser Nachschusspflicht. Die Nachschüsse wären demzufolge uneinbringlich. Ähnliches gilt für Nebenleistungspflichten. *Absatz 3* setzt daher für den Erwerb eigener Stammanteile voraus, dass allfällige Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten vor dem Erwerb aufgehoben werden.

Für alles Weitere verweist *Absatz 4* auf die Regelung des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659a und 659b OR). Die Pfandnahme an eigenen Stammanteilen gilt, wie dort, nicht als Erwerb eigener Stammanteile.

Die Zuständigkeit zum Entscheid über den Erwerb eigener Stammanteile liegt grundsätzlich bei der Gesellschafterversammlung, doch kann diese die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer damit betrauen (s. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 E OR).

## 2.1.2                    **Zweiter Abschnitt: Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

### 2.1.2.1                **Stammanteile**

#### *Art. 784*                Urkunde

Nach *Absatz 1* darf die Ausstellung einer Urkunde über Stammanteile nur in Form einer Beweisurkunde oder eines Namenpapiers im Sinne von Artikel 974 ff. OR erfolgen. Auf Grund der Personenbezogenheit der Rechtsform der GmbH sind deren Anteile nicht kapitalmarktfähig (s. dazu auch vorne Ziff. 1.3.8): Die Stammanteile sind in der Regel nicht ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung übertragbar (s. Art. 786 E OR). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter können einerseits mit Treuepflichten, Konkurrenzverboten sowie mit Nachschuss- und Nebenleistungspflichten belastet sein; andererseits sind sie zur Geschäftsführung zuständig, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (s. Art. 809 E OR). Eine derart ausgestaltete Mitgliedschaft eignet sich grundsätzlich nicht für eine Verbriefung in Wertpapieren. Der herrschenden Lehrmeinung zum geltenden Recht<sup>40</sup> folgend, soll jedoch die Ausgabe von Namenpapieren ermöglicht werden (demgegenüber untersagt das französische Recht die Ausgabe von Wertpapieren gänzlich<sup>41</sup>).

*Absatz 2* verlangt, dass die selben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten in die Urkunde aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (s. Art. 777a Abs. 2 E OR).

#### *Art. 785*                Abtretung der Stammanteile; Form

Unter dem geltenden Recht bedarf die Abtretung von Stammanteilen der öffentlichen Beurkundung (Art. 791 Abs. 4 OR). Diese Formvorschrift soll die Rechtssicherheit bei der Abtretung von Stammanteilen gewährleisten, dies insbesondere im Hinblick auf allfällige Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Es soll aber auch sichergestellt werden, dass die Erwerberinnen und Erwerber von Stammanteilen über ihre subsidiäre Solidarhaftung in der GmbH (s. Art. 802 OR) informiert werden.

Während der erste Expertenentwurf von 1996 auf eine öffentliche Beurkundung der Abtretung von Stammanteilen verzichtete<sup>42</sup>, sah der Vorentwurf von 1999 dieses Erfordernis wiederum vor (Art. 791 Abs. 1 VE)<sup>43</sup>. Im Vernehmlassungsverfahren wurde die Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung allerdings bestritten; es wurde eingewendet, dass den damit verbundenen Kosten kein relevanter Vorteil gegenüber stehe.

<sup>40</sup> S. insbes. Peter Jäggi, in: Zürcher Kommentar V/7a, Zürich 1959, Artikel 965 N 283; Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zürich 1965, Artikel 789 N 16; nuanciert: A. Janggen, H. Becker, in: Berner Kommentar VII/3, Bern 1939, Artikel 789 N 7.

<sup>41</sup> S. Art. L 223-11 und L 223-12 Code de Commerce.

<sup>42</sup> Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997, S. 26 und 84 ff.

<sup>43</sup> S. dazu Expertenbericht zum Vorentwurf, S. 52 ff.

Der Entwurf verzichtet auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung: Nach *Absatz 1* bedürfen die Abtretung von Stammanteilen sowie die Verpflichtung zur Abtretung lediglich der schriftlichen Form (vgl. Art. 165 OR). Der Verzicht auf die öffentliche Beurkundung erscheint namentlich deshalb vertretbar, weil die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter entfällt und sich demzufolge eine entsprechende Rechtsbelehrung beim Erwerb von Stammanteilen erübrigt (s. dazu vorne Ziff. 1.3.8). Im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter muss bei der Abtretung von Stammanteilen jedoch die Sicherheit und Transparenz der Rechtsnachfolge gewährleistet werden. In Anlehnung an den ersten Expertenentwurf kann die erforderliche Rechts- und Verkehrssicherheit durch die Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister (Art. 791 E OR) geschaffen werden. Eine entsprechende Eintragung wird zwar schon im geltenden Recht verlangt (Art. 781 Ziff. 4 und 5 OR); sie ersetzt aber neu auch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung der Abtretung von Stammanteilen. Bei der Eintragung von Erwerberinnen oder Erwerbern von Stammanteilen prüft das Handelsregisteramt die Abtretung allerdings nur in formellrechtlicher Hinsicht.

Nach *Absatz 2* müssen die selben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten in den Abtretungsvertrag aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (Art. 777a Abs. 2 E OR). Es mag als Doppelspurigkeit erscheinen, wenn der Entwurf die Angabe eines Hinweises auf statutarische Rechte und Pflichten sowohl in der Urkunde über die Stammanteile (Art. 784 Abs. 2 E OR) als auch im Abtretungsvertrag verlangt. Eine entsprechende Regelung erscheint indessen sinnvoll, weil einerseits in der Praxis häufig keine Urkunden für Stammanteile ausgestellt werden und andererseits ausgestellte Urkunden bei besonderen Erwerbsarten auch ohne Abtretungsvertrag übertragen werden (so beim Erbgang oder bei einer Fusion). In beiden Fällen sollen die Erwerberinnen und Erwerber in zweckmässiger Weise auf statutarische Rechte und Pflichten hingewiesen werden.

#### *Art. 786* Abtretung der Stammanteile; Zustimmungserfordernisse

Weitgehende Möglichkeiten, die Abtretung von Stammanteilen zu beschränken, sind für die GmbH charakteristisch; sie entsprechen deren Personenbezogenheit sowie der grossen Bedeutung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises in kleineren Gesellschaften. Da ein Ausscheiden – anders als in der Aktiengesellschaft – nicht nur durch die Veräusserung der Anteile, sondern auch durch Austritt aus wichtigen oder aus in den Statuten vorgesehenen Gründen (Art. 822 E OR) möglich ist, kann die Zulässigkeit der Beschränkung der Abtretbarkeit erheblich weiter gefasst werden als im Aktienrecht<sup>44</sup>. Der Entwurf bringt eine auf Praktikabilität und Klarheit bedachte Neuregelung, die den Gesellschaften einen breiten Gestaltungsfreiraum belässt, es aber erlaubt, auf eine eingehende Ordnung der Vinkulierung in den Statuten zu verzichten.

Nach *Absatz 1* bedarf die Abtretung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dieses Zustimmungserfordernis wird als Vinkulierung bezeichnet. Im Gegensatz zum Aktienrecht (Art. 684 Abs. 1 OR) sieht der Entwurf von Gesetzes wegen eine dispositive Vinkulierung vor, die keiner Konkretisierung in

<sup>44</sup> Umfassend zur Vinkulierung im Aktienrecht s. Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Diss. Basel, Basel und Frankfurt a.M. 1997.

den Statuten bedarf. Wird nichts anderes vorgesehen, kann die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen verweigern, ohne dafür Gründe angeben zu müssen.

Die Zuständigkeit zum Entscheid über die Zustimmung wird zwingend der Gesellschafterversammlung zugewiesen (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 E OR). Dies entspricht der Personenbezogenheit der GmbH: Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sollen selber entscheiden, wer in ihren Kreis aufgenommen wird. Der Entscheid stellt einen wichtigen Beschluss dar, der mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals gefasst werden muss (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 E OR; das erforderliche Quorum wird gegenüber dem geltenden Recht leicht gesenkt; vgl. Art. 791 Abs. 2 OR). Dabei ist zu beachten, dass sich der Beschluss der Gesellschafterversammlung auf die Zustimmung zur Abtretung bezieht – nicht etwa auf deren Verweigerung (s. die Formulierung von Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 E OR). Erreicht der Beschluss nicht die erforderliche Mehrheit, gilt die Zustimmung als verweigert (vgl. aber Art. 787 Abs. 2 E OR).

In den Statuten kann eine abweichende Ordnung der Vinkulierung getroffen werden. Die Möglichkeiten, die dafür zur Verfügung stehen, werden in *Absatz 2* abschliessend aufgeführt. Der Entwurf gewährleistet damit die erforderliche Rechtssicherheit bei der Abtretung der Stammanteile und erleichtert die konkrete Ausgestaltung der Statuten. Als Alternative zur gesetzlich vorgegebenen Vinkulierung (Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen) stehen die folgenden Varianten zur Verfügung, die zudem teilweise miteinander kombiniert werden können:

- Nach *Ziffer 1* kann auf das Erfordernis der *Zustimmung* zur Abtretung von Stammanteilen *verzichtet* werden. Dies erlaubt, Wechsel im Kreis der Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu erleichtern, wenn dies auf Grund eines geringen Personenbezugs der Gesellschaft erwünscht ist.
- Nach *Ziffer 2* können die Statuten *Gründe* definieren, welche die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen. Im Rahmen dieser Umschreibung bestehen zahlreiche verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten: Die Statuten können bestimmte Gründe mehr oder weniger konkret umschreiben, so beispielsweise Konkurrenten- und Familienklauseln. Sie dürfen auch festlegen, dass keine Gesellschafterin und kein Gesellschafter eine Beteiligung von mehr als 20 Prozent am gesamten Stammkapitals erwerben kann (Prozentklausel). Es ist ausserdem möglich vorzusehen, dass die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden kann. Während in der Aktiengesellschaft die Statuten die Vinkulierungsgründe klar und bestimmt umschreiben müssen<sup>45</sup>, sind in der GmbH auch inhaltlich offenere Formulierungen zulässig, da bei einer Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung nicht zwingend ein Grund anzugeben ist (vgl. Abs. 1).
- Nach *Ziffer 3* können die Statuten vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden darf, wenn die Gesellschaft der Veräusserin oder dem Veräusserer die *Übernahme* der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet. Eine entsprechende Regelung wird als Escape-clause bezeichnet. Sie

<sup>45</sup> S. AB NR 1990, S. 1365 f.

bietet den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Gewähr dafür, dass sie aus der Gesellschaft ausscheiden können, wenn sie eine Erwerberin oder einen Erwerber für ihre Stammanteile finden.

- Nach *Ziffer 4* ist es zulässig, die Abtretung von Stammanteilen gänzlich *auszuschliessen*. Diese Möglichkeit besteht bereits nach geltendem Recht (Art. 791 Abs. 3 OR). Ein Ausschluss der Abtretung der Stammanteile ist im Hinblick auf den Rechtsschutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter allerdings nur darum vertretbar, weil in der GmbH ein Recht zum Austritt aus wichtigen Gründen gegeben ist (Art. 822 E OR). Die Zulässigkeit einer strikten Bindung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter an die Gesellschaft kann jedoch in bestimmten, besonderen Fällen einem Bedürfnis entsprechen und interessante Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, so insbesondere für Konsortien und Joint Ventures.
- Nach *Ziffer 5* können die Statuten vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen verweigern kann, wenn die Erfüllung statutarischer *Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten* zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird. Dieser Vinkulierungsgrund entspricht funktional der gesetzlichen Vinkulierung nicht voll liberierter Aktien (Art. 685 Abs. 1 OR). In der GmbH muss eine solche Regelung nur dann in den Statuten aufgenommen werden, wenn Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten bestehen und die Gesellschaft die dispositive gesetzliche Vinkulierung (Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen; Abs. 1) ausgeschlossen hat.

Die strenge Vinkulierung der Stammanteile in der GmbH ist für den Rechtsschutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht unproblematisch, weil sie ein Ausscheiden aus der Gesellschaft auf dem Weg der Abtretung der Anteile unter Umständen unterbindet. Die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen zeichnet sich zwar durch den Vorteil einer einfachen Anwendung in der Praxis aus, doch lässt sich eine rechtsmissbräuchliche Verwendung nicht verhindern und zudem meist nicht nachweisen. Ein Ausschluss der Abtretbarkeit dürfte namentlich für Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die natürliche Personen sind, oft mit einschneidenden Folgen verbunden sein. Wie bereits angesprochen wurde, können in der GmbH (im Unterschied zur Aktiengesellschaft) nur darum derart weitgehende Vinkulierungsmöglichkeiten eingeräumt werden, weil den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern erforderlichenfalls ein Recht zum Austritt aus wichtigen Gründen zusteht (Art. 822 E OR). *Absatz 3* stellt klar, dass bei der Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen stets ein Austritt aus wichtigen Gründen vorbehalten bleibt. Die vorliegende Bestimmung ist namentlich auch für die Interpretation von Artikel 822 E OR von Bedeutung. Ist die Abtretung von Anteilen in einer Gesellschaft übermässig erschwert, so kann dies – je nach den persönlichen und sachlichen Gegebenheiten – einen wichtigen Grund für einen Austritt darstellen.



Art. 787 Abtretung der Stammanteile; Rechtsübergang

Bedarf die Abtretung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, so wird die Abtretung nach *Absatz 1* erst mit dieser Zustimmung rechtswirksam. Die Vinkulierung der Stammanteile der GmbH ist demnach als eigentliche Übertragbarkeitsbeschränkung konzipiert, wie dies auch für nicht börsennotierte Aktien der Fall ist (vgl. Art. 685c Abs. 1 OR): Ohne die erforderliche Zustimmung bleibt die Abtretung unwirksam (dies im Unterschied zur früheren «Spaltungstheorie» zur Übertragung von Aktien; vgl. insbes. BGE 90 II 235 ff.).

Im Interesse der betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter legt *Absatz 2* einen zeitlichen Rahmen fest, innerhalb dessen die Gesellschafterversammlung über ein Gesuch um Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen entscheiden muss. Lehnt die Gesellschafterversammlung ein Gesuch nicht binnen sechs Monaten nach dessen Eingang ab, so gilt die Zustimmung als erteilt. Für die Wahrung der Frist ist der Zugang des Entscheids an die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller massgebend. Mit sechs Monaten ist die Frist recht grosszügig bemessen, um der Gesellschaft für allenfalls erforderliche Abklärungen (bspw. zur Ausübung statutarischer Erwerbsvorrechte) genügend Zeit einzuräumen (das Aktienrecht sieht für nicht börsennotierte Aktien eine Frist von drei Monaten vor; Art. 685c Abs. 3 OR).

Art. 788 Besondere Erwerbsarten

Für bestimmte Erwerbsarten ist die allgemeine Ordnung sowohl der Zustimmungserfordernisse (Art. 786 E OR) als auch des Rechtsübergangs (Art. 787 E OR) nicht geeignet. Artikel 788 E OR sieht daher eine Sonderregelung für besondere Erwerbsarten<sup>46</sup> vor.

Werden Stammanteile durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben, so gehen nach *Absatz 1* sämtliche Rechte und Pflichten, die damit verbunden sind, ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung von Gesetzes wegen auf die Erwerberin oder den Erwerber über. Diese Regelung ist erforderlich, da bei den erwähnten Erwerbsarten die mit den Stammanteilen verbundenen Rechte aus sachlichen Gründen nicht mehr dem bisherigen Eigentümer oder der bisherigen Eigentümerin zugeschrieben werden können oder sollen. Es wird dadurch verhindert, dass die Rechte und Pflichten «herrenlos» werden.

Die Aufzählung der besonderen Erwerbsarten in *Absatz 1* ist nicht abschliessend zu verstehen. Vielmehr sind die in diesem Artikel vorgesehenen Sonderregelungen auch auf ähnliche Sachverhalte anzuwenden, sofern die Umstände und die Interessenlage einem der im Gesetz aufgezählten Fälle entsprechen<sup>47</sup>.

*Absatz 2* umschreibt die Rechtswirkungen der Vinkulierung für besondere Erwerbsarten. Da hier der Rechtsübergang als solcher nie der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung bedarf, beschränkt sich die Vinkulierung darauf, dass für die Ausübung des Stimmrechts und der damit zusammenhängenden Rechte die Anerkennung der erwerbenden Person als stimmberechtigte Gesellschafterin oder als stimmberechtigter Gesellschafter vorausgesetzt wird.

<sup>46</sup> Der Begriff der «besonderen Erwerbsarten» ist übernommen aus: Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Diss. Basel, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 205 (zum Aktienrecht).

<sup>47</sup> S. Hanspeter Kläy, a.a.O., S. 205 ff., insbes. 207; Peter Lutz, Vinkulierte Namenaktien, Diss. Zürich 1988, S. 171 f. (beide zum Aktienrecht).

Nach *Absatz 3* darf die Gesellschafterversammlung ein Anerkennungsgesuch bei den erwähnten besonderen Erwerbsarten nur dann ablehnen, wenn die Gesellschaft der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet. Diese Regelung ist erforderlich, weil die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller die Stammanteile bereits erworben hat. Wird der neuen Eigentümerin oder dem neuen Eigentümer die Ausübung der Stimmrechte verweigert, so muss der betroffenen Person die Möglichkeit geboten werden, die erworbenen Stammanteile zum wirklichen Wert wieder zu veräussern.

Das Angebot der Gesellschaft zur Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert kann auf eigene Rechnung, auf Rechnung anderer Gesellschafterinnen und Gesellschafter oder auf Rechnung Dritter erfolgen. Ein Angebot zur Übernahme durch die Gesellschaft setzt allerdings voraus, dass die Vorschriften über den Erwerb eigener Stammanteile erfüllt sind (Art. 783 E OR).

Macht die Gesellschaft ein Angebot zur Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert, wird dessen Annahme vermutet, wenn das Angebot nicht innerhalb eines Monats nach Kenntnis vom wirklichen Wert abgelehnt wird (ebenso Art. 685b Abs. 6 OR). Der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller steht es jedoch frei, die Übernahme abzulehnen und die Stammanteile zu behalten. Die berechtigte Person darf diesfalls nur diejenigen Rechte ausüben, die nicht mit dem Stimmrecht zusammenhängen (zur Eintragung im Aktienbuch s. Art. 790 Abs. 3 E OR). Allfällige Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter müssen erfüllt werden.

*Absatz 4* räumt der Gesellschaft für den Entscheid über ein Gesuch um Anerkennung eine Frist von sechs Monaten ein. Diese Frist entspricht derjenigen von Artikel 787 Absatz 2 E OR. Geht der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller innerhalb von sechs Monaten kein Entscheid zu, so gilt die Anerkennung als erteilt.

Nach *Absatz 5* kann in den Statuten für besondere Erwerbsarten auf das Erfordernis der Anerkennung der erwerbenden Person als stimmberechtigt verzichtet werden. Es ist auch möglich, nur einzelne besondere Erwerbsarten von diesem Erfordernis auszunehmen, so beispielsweise den erbrechtlichen Erwerb. Schliessen die Statuten die dispositive gesetzliche Vinkulierung aus (d.h. die Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung ohne Angabe von Gründen; s. Art. 786 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 E OR), so gilt ohne Weiteres auch die Vinkulierung für besondere Erwerbsarten als aufgehoben.

#### *Art. 789* Bestimmung des wirklichen Werts

Beim Erwerb von Stammanteilen durch besondere Erwerbsarten setzt die Verweigerung der Anerkennung der Erwerblerin oder des Erwerbers voraus, dass die Gesellschaft anbietet, die Stammanteile zum wirklichen Wert zu übernehmen (Art. 788 Abs. 3 E OR). Eine gleiche Regelung kann in den Statuten auch generell für die Abtretung von Stammanteilen vorgesehen werden (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 3 E OR). Scheitert die Verständigung unter den beteiligten Parteien, so steht es ihnen nach

*Absatz 1* stets offen, die Festsetzung des wirklichen Werts<sup>48</sup> durch das Gericht zu verlangen (vgl. Art. 685b Abs. 5 OR im Aktienrecht).

*Absatz 2* räumt dem Gericht für die Verteilung der Kosten des Verfahrens und der Bewertung einen gewissen Freiraum ein, damit allen relevanten Umständen Rechnung getragen werden kann. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass das Interesse für das Fernhalten unerwünschter Erwerberinnen und Erwerber bei der Gesellschaft liegt. Sie hat es auch zu vertreten, wenn sich die Bewertung ihrer Anteile als schwierig erweist. Sofern keine Gründe eine andere Zuteilung der Kosten rechtfertigen, sind diese daher grundsätzlich der Gesellschaft aufzuerlegen, wie dies im Aktienrecht der Fall ist (s. Art. 685b Abs. 5 Satz 2 OR). Eine andere Zuweisung kann namentlich dann angezeigt sein, wenn das Gericht angerufen wird, obschon die Gesellschaft eine seriöse und zutreffende Ermittlung des wirklichen Wertes durch neutrale Experten hat vornehmen lassen.

#### *Art. 789a* Nutzniessung

Nach *Absatz 1* finden für die Bestellung einer Nutzniessung an einem Stammanteil die Vorschriften zur Übertragung der Stammanteile entsprechende Anwendung. Diese Verweisung betrifft die Form, die Zustimmungserfordernisse, den Rechtsübergang, die Regelung für besondere Erwerbsarten sowie gegebenenfalls die Bestimmung des wirklichen Werts (Art. 785–789 E OR; zur Ausübung des Stimmrechts durch den Nutzniesser s. Art. 806b).

Schliessen die Statuten die Abtretung von Stammanteilen aus (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 4 E OR), so ist nach *Absatz 2* ebenfalls die Bestellung einer Nutzniessung daran ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem Recht der Nutzniessung (s. Art. 745 ff. ZGB) und verhindert auch, dass der Ausschluss der Abtretbarkeit durch die Bestellung einer Nutzniessung umgangen wird. Es ist aber auch möglich, die Abtretung der Stammanteile zwar zuzulassen, die Einräumung einer Nutzniessung daran aber statutarisch auszuschliessen (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 4 i.V.m. Art. 789a Abs. 1 E OR). Dies dürfte namentlich dann einem Bedürfnis entsprechen, wenn die Statuten Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten vorsehen: Sind mit Stammanteilen statutarische Pflichten verbunden, kann dies im Falle der Begründung einer Nutzniessung schwerwiegende Probleme zur Folge haben, die mit der Zuordnung der Rechte und Pflichten an die Nutzniesserin oder den Nutzniesser beziehungsweise die Eigentümerin oder den Eigentümer zusammenhängen.

#### *Art. 789b* Pfandrecht

Die Bestellung eines Pfandrechts an einem Stammanteil ist nicht mit der Abtretung des Eigentums an den Pfandgläubiger gleichzusetzen. Dieser kann lediglich die Verwertung des Stammanteiles verlangen, falls der Pfandschuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte. Der Pfandgläubiger kann keine mit dem

<sup>48</sup> Zur Bestimmung des wirklichen Wertes s. insbes. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 699 ff.; ders., Neun Regeln der «Best Practice» für den Rückkauf nicht kotierter eigener Aktien, in: Der Schweizer Treuhänder 2001, S. 575 ff., insbes. 579 ff.; Peter Lutz, Vinkulierte Namenaktien, Diss. Zürich 1988, S. 271 ff. (alle zum Aktienrecht).

Stammanteil verbundenen Rechte ausüben. Das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte verbleiben somit beim Pfandschuldner (Art. 905 Abs. 2 E ZGB).

*Absatz 1* sieht daher vor, dass die Bestellung eines Pfandrechts an Stammanteilen nur dann der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung bedarf, wenn die Statuten dies ausdrücklich verlangen. Wird die Zustimmung vorbehalten, darf die Gesellschafterversammlung diese nur aus wichtigen Gründen verweigern. Der Entwurf will mit dieser Regelung ein Minimum an wirtschaftlicher Verfügbarkeit von Gesellschaftsanteilen gewährleisten. So soll es beispielsweise möglich sein, dass eine Gesellschafterin ihren Stammanteil für den Erwerb einer Eigentumswohnung verpfänden kann.

*Absatz 2* entspricht Artikel 899 Absatz 1 ZGB, wonach ein Recht nur dann verpfändet werden kann, wenn es übertragbar ist. Sofern die Statuten die Abtretung von Stammanteilen untersagen, fehlt es an dieser Voraussetzung. Die Bestellung eines Pfandrechts an einem unübertragbaren Stammanteil ist daher ausgeschlossen.

#### Art. 790      Anteilbuch

*Absatz 1* auferlegt der Gesellschaft die Pflicht, ein Anteilbuch zu führen. Die Verantwortung für die korrekte Führung des Anteilbuches liegt (sofern die Statuten nichts anderes vorsehen) bei den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern (s. Art. 810 Abs. 1 E OR).

*Absatz 2* legt den Inhalt des Anteilbuches fest. Einzutragen sind die Namen und die Adressen sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter (*Ziff. 1*). Steht ein Stammanteil in gemeinschaftlichem Eigentum, so ist jede der daran berechtigten Personen als Gesellschafterin respektive als Gesellschafter einzutragen; weiter ist ein gemeinsamer Vertreter anzugeben (vgl. Art. 792 E OR). Im Anteilbuch zu verzeichnen sind ebenfalls die Anzahl und der Nennwert sowie allenfalls die Kategorien der Stammanteile jeder Gesellschafterin und jedes Gesellschafters (*Ziff. 2*). Demgegenüber ist die Auflistung der Beträge der von den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern auf ihre Stammanteile eingebrachten Leistungen im Allgemeinen nicht mehr erforderlich, da der Entwurf von einer vollen Liberierung der Stammanteile ausgeht (Art. 777c Abs. 1 E OR). Falls Stammanteile gestützt auf die Regelung des Übergangsrechts (noch) nicht voll liberiert wurden (vgl. Art. 3 UeB), müssen im Aktienbuch aber auch die erfolgten Einlagen angegeben werden (entsprechend dem bisherigen Recht; Art. 790 Abs. 1 OR). Ins Anteilbuch aufzunehmen sind ferner ebenfalls die Nutziesserinnen und Nutziesser sowie die Pfandgläubigerinnen und Pfandgläubiger (*Ziff. 3 und 4*).

Die Aufzählung der einzutragenden Tatbestände in Absatz 2 ist nicht abschliessender Natur. Es steht der Gesellschaft offen, weitere relevante Umstände einzutragen, so insbesondere bestehende Nachschuss- und Nebenleistungspflichten.

*Absatz 3* stellt die Art der Eintragung von Personen klar, die ihre Stammanteile auf Grund besonderer Erwerbsarten nach Artikel 788 E OR erworben haben und von der Gesellschaft nicht als stimmberechtigte Gesellschafterinnen oder Gesellschafter anerkannt wurden: Behalten sie ihre Stammanteile, so sind sie als Gesellschafterinnen ohne Stimmrecht beziehungsweise als Gesellschafter ohne Stimmrecht im Anteilbuch einzutragen.

Nach *Absatz 4* sind die Gesellschafterinnen und Gesellschafter berechtigt, Einblick in das Anteilbuch zu nehmen. Sie haben einen Anspruch darauf, in Erfahrung bringen zu können, mit wem zusammen sie eine Gesellschaft bilden.

Das Aktienrecht sieht vor, dass Eintragungen «im Aktienbuch gestrichen<sup>49</sup>» werden können, wenn sie durch falsche Angaben zu Stande gekommen sind (Art. 686a OR). Diese Regelung findet nach dem Entwurf für die GmbH keine Anwendung, weil hier die Möglichkeit offen steht, Gesellschafterinnen und Gesellschaftern aus wichtigen Gründen auszuschliessen (Art. 823 Abs. 1 E OR). Die Angabe falscher Informationen anlässlich eines Gesuches um Zustimmung zur Abtretung kann durchaus einen Grund darstellen, der einen Ausschluss zu rechtfertigen vermag. Eine Sonderregelung für eine Streichung aus dem Anteilbuch erscheint daher nicht sinnvoll.

#### *Art. 791* Eintragung ins Handelsregister

Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sind bereits nach dem geltenden Recht ins Handelsregister einzutragen (Art. 781 Ziff. 4 OR). Die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer müssen zudem dem Handelsregisteramt jedes Jahr eine Liste der Gesellschafterinnen und Gesellschafter einreichen und insbesondere die auf die Stammanteile erfolgten Leistungen angeben (Art. 790 Abs. 2 OR).

Der Entwurf verzichtet auf die Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste. An der Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister ist dagegen aus folgenden Gründen festzuhalten: In Abkehr vom geltenden Recht (Art. 791 Abs. 4 OR) sieht der Entwurf für die Abtretung von Gesellschaftsanteilen vom Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ab (Art. 785 Abs. 1 E OR; vgl. Kommentar zu dieser Bestimmung sowie Ziff. 1.3.8). Damit dennoch eine genügende Rechtssicherheit gewährleistet werden kann, muss vorausgesetzt werden, dass die Abtretung von Stammanteilen durch die Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister erfasst und zumindest formal geprüft wird (vgl. Art. 940 Abs. 1 OR). Die Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister ist aber insbesondere auch darum erforderlich, weil mit der Gesellschafterstellung in der GmbH verschiedene Pflichten verbunden sein können, die auch für Dritte teilweise von Bedeutung sind; zu denken ist an die Treuepflicht, ein Konkurrenzverbot sowie an Nachschuss- und Nebenleistungspflichten. Einerseits liegt es im Interesse der Gesellschaft selbst, dass die verpflichteten Personen klar im Handelsregister festgehalten werden; andererseits sollen beispielsweise Gläubigerinnen und Gläubiger oder potenzielle Vertragspartnerinnen und Vertragspartner durch eine Einsichtnahme ins Handelsregister die für sie relevanten Informationen in Erfahrung bringen können. Es ist zu beachten, dass in der GmbH Wechsel im Kreis der Gesellschafterinnen und Gesellschafter eher selten sind; der Aufwand, der mit der Eintragung ins Handelsregister verbunden ist, dürfte daher gering sein und etwa demjenigen bei der Eintragung von Prokuristinnen und Prokuristen entsprechen.

*Absatz 1* sieht die Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister vor und präzisiert die einzutragenden Angaben (Name, Wohnsitz, Heimatort, Anzahl und Nennwert der Stammanteile).

<sup>49</sup> Mit dem ungenauen Begriff der «Streichung im Aktienbuch» ist gemeint, dass die Anerkennung als Aktionärin oder als Aktionär nachträglich wieder aufgehoben werden kann.

Nach *Absatz 2* ist es Aufgabe der Gesellschaft, die erforderlichen Eintragungen beim Handelsregisteramt anzumelden. Es obliegt der Person, die den Vorsitz über die Geschäftsführung innehat, die Anmeldung sicherzustellen (s. Art. 810 Abs. 3 Ziff. 3 und 931a E OR).

#### *Art. 792*      Gemeinschaftliches Eigentum

Die Regelung betreffend gemeinschaftliches Eigentum an Stammanteilen gilt sowohl für Miteigentum als auch für Gesamteigentum. Ein gemeinschaftliches Eigentum kann sich insbesondere ergeben, wenn Stammanteile durch eine einfache Gesellschaft, eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft gehalten werden; erwähnt sei auch der Erwerb eines Stammanteils durch eine Erbgemeinschaft.

Wenn ein Stammanteil im gemeinschaftlichen Eigentum mehrerer Personen steht, haben diese nach *Absatz 1* eine gemeinsame Vertreterin oder einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen. Die Rechte aus dem Stammanteil können nur durch diese Person ausgeübt werden (so auch im geltenden Recht; s. Art. 797 OR).

*Absatz 2* sieht vor, dass mehrere an einem Stammanteil berechnigte Personen solidarisch für statutarische Nachschuss- und Nebenleistungspflichten haften, die mit dem Stammanteil verbunden sind.

### **2.1.2.2                    Leistung der Einlagen**

#### *Art. 793*

*Absatz 1* auferlegt den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern die Pflicht, eine dem Ausgabebetrag ihrer Stammanteile entsprechende Einlage zu leisten (Liberierungspflicht). Nach Artikel 777c Absatz 1 E OR muss diese Einlage bei der Gründung vollständig geleistet werden (s. dazu die Ausführungen zu Art. 777c Abs. 1 E OR sowie vorne Ziff. 1.3.4; zur Art der Liberierung s. die Erläuterungen zu Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 E OR).

*Absatz 2* untersagt jede Rückerstattung von Einlagen (ebenso, wenn auch unklar formuliert, Art. 680 Abs. 2 OR im Aktienrecht). Zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger ist eine Rückleistung nur auf dem Weg einer Kapitalherabsetzung (Art. 782 E OR) zulässig.

### **2.1.2.3                    Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

#### *Art. 794*

Nach dem geltenden Recht unterliegen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer subsidiären Solidarhaftung im Umfang des gesamten Stammkapitals, sofern dieses nicht voll einbezahlt oder durch Rückleistungen oder ungerechtfertigte Bezüge vermindert wurde (s. Art. 802 OR).

Dieses Haftungsmodell vermag sachlich nicht zu befriedigen: Die subsidiäre solidarische Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter soll die effektive Liberierung der Stammanteile sowie die Kapitalerhaltung gewährleisten. Eine Haftung für

fremde Liberierungsschulden oder ungerechtfertigte Kapitalentnahmen durch andere Personen kann sich aber als stossend erweisen, so zum Beispiel, wenn eine Gesellschafterin, die ihren Stammanteil in bar liberiert hat, zur Verantwortung gezogen wird für eine nicht werthaltige Sacheinlage eines andern Gesellschafters. Auf Grund der subsidiären Solidarhaftung kann eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter zudem für das gesamte Stammkapital von beispielsweise 200 000 Franken haften müssen, obschon sie oder er einen Stammanteil von bloss 1000 Franken gezeichnet hat. Die subsidiäre Solidarhaftung ist für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit Gefahren verbunden, die in der Praxis häufig verkannt werden, da oft zu Unrecht davon ausgegangen wird, dass in der GmbH dieselbe Haftungsbeschränkung besteht wie in der Aktiengesellschaft. Eine Neuregelung der Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter erscheint daher dringend (s. dazu auch vorne Ziff. 1.3.7).

Der Entwurf verzichtet auf die subsidiäre Solidarhaftung. Nach Artikel 794 E OR soll für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur noch das Gesellschaftsvermögen haften. Die effektive Liberierung des Stammkapitals sowie die Kapitalerhaltung kann durch die Anwendung der entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts dennoch gewährleistet werden. Von Bedeutung ist dabei namentlich die Prüfung von Sacheinlagen und Sachübernahmen sowie von Verrechnungstatbeständen (s. Art. 635 und 635a OR i.V.m. Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 E OR). Im Hinblick auf das geringe Mindestkapital (20 000 Franken; Art. 773 E OR) ist weiter eine vollständige Liberierung vorauszusetzen (Art. 777c Abs. 1 E OR). Die Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen für Sacheinlagen, Sachübernahmen und die Liberierung durch Verrechnung mag zwar auf den ersten Blick als Belastung erscheinen, ist aber aus sachlichen Gründen notwendig und ermöglicht, auf die problematische subsidiäre Solidarhaftung des bisherigen Rechts zu verzichten.

Der Entwurf sieht vor, dass die Stammanteile stets vollständig zu liberieren sind (Art. 777c Abs. 1 E OR). Die bisherigen *Artikel 799 bis 801 OR* können gestrichen werden, da sie sich auf nur teilweise einbezahlte Stammanteile beziehen (Entrichtung von Verzugszinsen; Ausschluss säumiger Gesellschafterinnen und Gesellschafter; Verwertung von Anteilen; Haftung für den Ausfall).

#### **2.1.2.4 Nachschüsse und Nebenleistungen**

*Art. 795* Nachschüsse; Grundsatz und Betrag

*Absatz 1* hält als Grundsatz fest, dass die Statuten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten können (s. dazu auch vorne Ziff. 1.3.10). Nachschusspflichtig sind die jeweiligen Gesellschafterinnen und Gesellschafter als solche. Die Nachschusspflicht ist demnach nicht mit bestimmten Personen verbunden, sondern mit den Stammanteilen (vorbehalten bleibt jedoch die Fortdauer der Nachschusspflicht beim Ausscheiden aus der Gesellschaft; s. Art. 795d E OR). Die verpflichteten Personen werden nicht etwa namentlich in den Statuten genannt, sondern bestimmen sich durch das Eigentum an den Stammanteilen, die mit einer Nachschusspflicht belastet sind.

Neben den herkömmlichen Verwendungszwecken der Nachschusspflicht übernimmt diese nach dem Entwurf auch die Funktion der bisherigen Teilliberierung des Stammkapitals. Dadurch lassen sich Doppelspurigkeiten im Gesetz vermeiden.

Nach *Absatz 2* müssen die Statuten den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht festlegen. Sie können eine Nachschusspflicht sowohl für sämtliche als auch nur für einzelne Stammanteile vorsehen oder auf bestimmte Kategorien beschränken. Stets muss aber aus den Statuten klar hervorgehen, welche Stammanteile in welchem Umfang mit einer Nachschusspflicht belastet sind.

Während das geltende Recht Nachschusspflichten in beliebiger Höhe zulies (Art. 803 Abs. 2 OR), beschränkt der Entwurf Nachschusspflichten auf das Doppelte des Nennwertes der Stammanteile, mit denen sie verbunden sind. Die gesetzliche Begrenzung will die Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Hinblick auf sich ändernde Umstände vor einer übermässigen Bindung schützen. Dies erscheint notwendig, weil die Folgen einer Nachschusspflicht für die belasteten Personen denjenigen einer Bürgschaft nahe kommen können, ohne dass aber die Kautelen des Bürgschaftsrechts beachtet werden müssen<sup>50</sup>. Eine Limitierung ist namentlich auch im Interesse von Erwerberinnen und Erwerbern von Stammanteilen auf Grund des Erbrechtes erforderlich.

Die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für den nicht liberierten Teil des Stammkapitals (Art. 802 OR) soll mit der Revision aufgehoben werden. In Entsprechung dazu sieht *Absatz 3* vor, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter nur für diejenigen Nachschüsse haften, die mit den eigenen Stammanteilen der verpflichteten Person verbunden sind.

In steuerrechtlicher Hinsicht ist bedeutsam, dass die GmbH für Zuwendungen ihrer Gesellschafter die Emissionsabgabe zu entrichten hat, ausser in jenen Sanierungsfällen, in denen die Emissionsabgabe erlassen werden kann. Werden solche Zuwendungen später zurückgegeben, unterliegen sie der Verrechnungssteuer und gegebenenfalls der Einkommenssteuer. Die steuerliche Situation ist somit dieselbe wie bei der Leistung und der Rückzahlung von Zuschüssen an Aktiengesellschaften.

#### *Art. 795a (neu)* Nachschüsse; Einforderung

Nach geltendem Recht werden Nachschüsse durch die Gesellschafterversammlung eingefordert (Art. 810 Abs. 1 Ziff. 7 OR). Der Entwurf überträgt die Befugnis zur Einforderung in *Absatz 1* den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern, da es sich um eine Massnahme zur Abwendung eines Kapitalverlustes oder des Konkurses handelt, die im Rahmen der Geschäftsführung zu ergreifen ist.

*Absatz 2* legt die Voraussetzungen fest, unter denen Nachschüsse eingefordert werden dürfen. Da die statutarische Nachschusspflicht neben den angestammten Funktionen auch jene der bisherigen Teilliberierung erfüllen kann (s. vorne Ziff. 1.3.4 und 1.3.10), werden die Gründe, die eine Einforderung ermöglichen, gegenüber dem geltenden Recht erweitert.

- Nach *Ziffer 1* können Nachschüsse eingefordert werden, wenn die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Die

<sup>50</sup> S. Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997, S. 100.



Einforderung von Nachschüssen ermöglicht es, beim Eintreten eines Kapitalverlustes die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft zu verbessern (vgl. Art. 725 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 820 Abs. 1 E OR).

- *Nach Ziffer 2* sollen Nachschüsse neu ebenfalls dann eingefordert werden können, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss weiterführen kann. Als Beurteilungsmassstab wird derjenige einer sorgfältigen Geschäftsführerin oder eines sorgfältigen Geschäftsführers vorausgesetzt. Die Nachschüsse dienen hier der Überwindung von Liquiditätsengpässen, doch darf mit Blick auf den Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht jeder beliebige Bedarf an finanziellen Mitteln die Einforderung rechtfertigen. Für die Beurteilung der Zulässigkeit, Nachschüsse einzufordern, können etwa die folgenden Kriterien dienen:
  - Die liquiden Mittel gehen so rasch verloren, dass kurzfristig die Zahlungsunfähigkeit bevorsteht.
  - Die Gesellschaft bedarf liquider Mittel, hat aber grosse Schwierigkeiten, diese in erforderlicher Masse zu beschaffen. Sie hat ihre Kreditlimiten ausgeschöpft, und es sind keine neuen Kredite zu üblichen Bedingungen erhältlich. Die Verbindlichkeiten werden so spät wie möglich beglichen, und die Gläubigerinnen und Gläubiger sind nicht bereit, die Zahlungsfristen zu erstrecken. Sachwerte, die für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft nicht erforderlich sind, wurden schon veräussert oder sind nicht innert nützlicher Frist veräusserlich.
- *Ziffer 3* räumt die Möglichkeit ein, in den Statuten weitere Fälle zu umschreiben, in denen die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer ausstehende Nachschüsse einfordern können. Die Voraussetzungen sind dabei in den Statuten klar zu umschreiben. Es kann beispielsweise vorgesehen werden, dass Nachschüsse einverlangt werden dürfen, wenn dies zum Erwerb einer zusätzlichen Geschäftsliegenschaft erforderlich ist (dabei wäre klarzustellen, wie weit eine Finanzierung durch Fremdkapital erfolgen soll). Es ist auch zulässig, die Anforderungen für das Einverlangen von Nachschüssen zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen weniger streng zu fassen, als dies aus *Ziffer 2* hervorgeht. *Ziffer 1* und *Ziffer 2* sind jedoch in dem Sinne als einseitig zwingend zu verstehen, als die Statuten die Anforderungen für das Einverlangen von Nachschüssen nicht erhöhen dürfen, da dadurch sowohl der Zweck von Nachschüssen als auch Interessen Dritter beeinträchtigt werden könnten.

Nach *Absatz 3* werden noch ausstehende Nachschüsse mit Eintritt des Konkurses fällig. Von diesem Zeitpunkt an sind nicht mehr die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer zur Einforderung zuständig, sondern die Konkursverwaltung.

#### *Art. 795b (neu)* Nachschüsse; Rückzahlung

Geleistete Nachschüsse dürfen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger nur dann zurückbezahlt werden, wenn die Rückzahlung zu Lasten von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgt und eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor dies schriftlich bestätigt. Die Anforderungen an die Revisorinnen und Revisoren müssen aus sachlichen Gründen denjenigen bei der Kapitalherabsetzung entsprechen. (vgl. Art. 732 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 782 Abs. 4 E OR).

Nach dem Vorentwurf sollten bereits geleistete Nachschüsse frühestens im dritten auf die Einzahlung folgenden Geschäftsjahr zurückbezahlt werden dürfen (Art. 803b VE OR). Der Entwurf verzichtet auf eine entsprechende Karenzfrist, da sie für den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht zwingend erforderlich erscheint.

Werden die Nachschüsse zurückbezahlt, so können sie erneut eingefordert werden, sofern die Voraussetzungen dafür (Art. 795a E OR) erfüllt sind. Soll eine erneute Einforderung ausgeschlossen werden, muss durch eine Änderung der Statuten die Nachschusspflicht aufgehoben werden (s. dazu Art. 795c E OR).

#### *Art. 795c (neu)* Nachschüsse; Herabsetzung

Nach *Absatz 1* darf eine statutarische Nachschusspflicht nur dann herabgesetzt oder aufgehoben werden, wenn das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind. Diese Bestimmung will zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger verhindern, dass eine Nachschusspflicht in einem Zeitpunkt aufgehoben wird, in dem auf Grund eines Kapitalverlustes die Voraussetzungen der Einforderung der Nachschüsse nach Artikel 795a Absatz 2 Ziffer 1 E OR erfüllt sind.

Für die Herabsetzung oder Aufhebung statutarischer Nachschusspflichten kommen nach *Absatz 2* die Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals entsprechend zur Anwendung (s. Art. 782 E OR sowie Art. 732 ff. OR).

#### *Art. 795d (neu)* Nachschüsse; Fortdauer

Bestehen statutarische Nachschusspflichten, so kann die Erfüllung von Forderungen dadurch gefährdet werden, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter, auf deren Solvenz sich die Gläubigerinnen und Gläubiger verlassen haben, aus der Gesellschaft ausscheiden. *Absatz 1* sieht daher eine zeitlich beschränkte Fortdauer der Nachschusspflicht ausscheidender Personen vor. Die *Absätze 2 bis 4* dienen demgegenüber dem Schutz der Verpflichteten, da diese nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft ohne Einfluss auf deren Geschäftsführung bleiben. Die Nachschusspflicht wird so weit eingegrenzt, wie dies mit dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger vereinbar ist. Im Hinblick auf diese beidseitigen Schutzziele der gesetzlichen Ordnung müssen abweichende statutarische Regelungen als ausgeschlossen gelten.

Nach *Absatz 1* besteht die Nachschusspflicht ausscheidender Gesellschafterinnen und Gesellschafter unter Vorbehalt der nachfolgend vorgesehenen Einschränkungen während dreier Jahre fort. Im Hinblick auf den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger muss der Grund des Ausscheidens dabei ohne Bedeutung bleiben; d.h., die Fortdauer der Nachschusspflicht greift sowohl bei der Abtretung eines Stammanteils als auch bei einem Austritt oder einem Ausschluss Platz.

Die Frist von drei Jahren wird gleich angesetzt wie die Frist, die der Entwurf des Bundesrates zum Fusionsgesetz in Artikel 181 Absatz 2 E OR (betreffend die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes)<sup>51</sup> vorsieht. Sie beginnt mit der Eintragung des Ausscheidens einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters ins

<sup>51</sup> S. BBl 2000 4493 und 4568.

Handelsregister zu laufen (massgebend ist der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt; (s. Art. 932 Abs. 2 OR).

Nach *Absatz 2* müssen ausgeschiedene Gesellschafterinnen und Gesellschafter Nachschüsse nur dann leisten, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt. Die Nachschusspflicht kann also nicht mehr zur Sanierung der Gesellschaft geltend gemacht werden (vgl. Art. 795a E OR), sondern nur noch zur Befriedigung der Gläubigerinnen und Gläubiger.

Die Nachschusspflicht ist an die Stammanteile gebunden und geht bei deren Veräusserung auf die Erwerberinnen oder Erwerber über (vgl. die Ausführungen zu Art. 795 E OR). Sie ist grundsätzlich durch die jeweiligen Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu erfüllen. Nur falls eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter die Nachschüsse nicht zu leisten vermag, sollen ihre beziehungsweise seine Rechtsvorgängerinnen oder Rechtsvorgänger herangezogen werden können. *Absatz 3* sieht daher vor, dass die Nachschusspflicht entfällt, soweit sie von einer Rechtsnachfolgerin oder einem Rechtsnachfolger erfüllt wurde. Falls Stammanteile während der Frist von drei Jahren (Abs. 1) mehrmals veräussert wurden, sind gemäss dem Wortlaut der vorliegenden Bestimmung spätere Gesellschafterinnen und Gesellschafter vor früher ausgeschiedenen Personen zu erfassen. Die Nachschüsse, die gestützt auf Artikel 795d E OR geleistet wurden, sind steuerlich gleich zu behandeln wie diejenigen nach Artikel 795a E OR.

*Absatz 4* stellt klar, dass die Nachschusspflicht ausgeschiedener Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht mehr erhöht werden darf. Erhöht die Gesellschafterversammlung die Nachschusspflicht, so wird der Umfang der Verpflichtung ausgeschiedener Gesellschafterinnen und Gesellschafter dadurch nicht berührt. Umgekehrt muss eine Herabsetzung oder Aufhebung der Nachschusspflicht auch ausgeschiedenen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zugute kommen.

#### Art. 796 Nebenleistungen

Die Möglichkeit statutarischer Nebenleistungspflichten gilt zwar als eines der Kennzeichen der GmbH (vgl. Art. 772 Abs. 2 E OR), wird jedoch im geltenden Recht nur fragmentarisch erfasst (vgl. Art. 777 Ziff. 2 OR). Der Entwurf füllt bestehende Regelungslücken und will einen hinreichenden Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter sicherstellen.

*Absatz 1* hält den Grundsatz fest, wonach die Statuten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu Nebenleistungen verpflichten können. Als Pflichtinhalt ist sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen oder ein Dulden zulässig. Wie die Pflicht zu Nachschüssen können Nebenleistungspflichten mit sämtlichen oder nur mit bestimmten Stammanteilen verbunden werden.

Zum Schutz der betroffenen Personen ist die gesetzliche Regelung statutarischer Nebenleistungspflichten als zwingend zu verstehen. Dies steht jedoch der Vereinbarung rein vertraglicher Leistungspflichten nicht entgegen. Anders als bei vertraglichen Abmachungen zwischen den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ist bei statutarischen Nebenleistungspflichten die Gesellschaft selbst zur Durchsetzung befugt.

Nach *Absatz 2* dürfen in den Statuten nur Nebenleistungspflichten vorgesehen werden, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der

Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafterinnen und der Gesellschafter dienen. Die vorliegende Bestimmung will sachfremde Verpflichtungen ausschliessen, so etwa Pflichten, die gar nicht der Gesellschaft selbst, sondern den Partikularinteressen einzelner Personen dienen. Zulässig sind beispielsweise Belieferungs- oder Abnahmepflichten, das Recht zur Benutzung von Parkplätzen sowie Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte an Stammanteilen. Während die Berechtigung aus Nebenleistungspflichten im Allgemeinen der Gesellschaft zusteht, können statutarische Erwerbsvorrechte an Stammanteilen zu Gunsten der Gesellschaft (s. aber Art. 783 E OR), der Gesellschafterinnen und Gesellschafter oder gewisser Dritter begründet werden, solange sie dem Zweck der Wahrung einer bestimmten Zusammensetzung des Kreises der an einem Unternehmen beteiligten Personen dienen.

Nebenleistungspflichten müssen in den Statuten klar und eindeutig umschrieben werden; zu bestimmen sind nach *Absatz 3* der Gegenstand und der Umfang der vorgesehenen Pflichten. In die Statuten aufzunehmen sind aber auch weitere Punkte, die nach den konkreten Umständen von wesentlicher Bedeutung sind (so bspw. Befristungen und Bedingungen). Soweit jedoch eine detaillierte Regelung erforderlich ist, soll für die nähere Umschreibung auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden können.

Sämtliche statutarischen Bestimmungen, die funktional einer Nachschusspflicht gleichkommen, unterstehen nach *Absatz 4* von Gesetzes wegen den Artikeln 795 bis 795d E OR. Diese Regelung will eine Umgehung der Vorschriften für Nachschusspflichten verhindern.

#### *Art. 797* Nachträgliche Einführung

Werden nach erfolgter Gründung Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten neu in die Statuten aufgenommen oder erweitert, so ist dafür die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter notwendig. Personen, die der entsprechenden Änderung der Statuten nicht zustimmen, können keine zusätzlichen oder erweiterten Pflichten auferlegt werden.

### **2.1.2.5 Dividenden, Zinse, Tantiemen**

#### *Art. 798* Dividenden

Nach *Absatz 1* dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Vor der Festsetzung der Dividenden müssen dem Bilanzgewinn nach *Absatz 2* die erforderlichen Zuweisungen an die gesetzlichen und statutarischen Reserven entnommen werden. Diese Regelung entspricht Artikel 675 Absatz 2 und Artikel 674 Absatz 1 OR.

Anders als im Vorentwurf wird in *Absatz 3* eine Regelung zur Verteilung der Dividenden vorgegeben. Der Entwurf will damit vermeiden, dass die Gesellschaften in den Statuten zwingend eigene Lösungen schaffen müssen. Im Unterschied zu den beiden vorangehenden Absätzen ist die Ordnung der Zuweisung der Dividenden aber dispositiver Natur: Sehen die Statuten nichts anderes vor (vgl. Art. 654 und 656 OR i.V.m. Art. 799 E OR), so sind die Dividenden im Verhältnis des Nennwerts

der Stammanteile festzusetzen. Falls bereits Nachschüsse an die Gesellschaft geleistet wurden, so muss deren Betrag für die Berechnung der Dividenden dem Nennwert hinzugerechnet werden. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber nicht eingeforderte, ausstehende oder zurückbezahlte Nachschüsse.

#### *Art. 798a (neu) Zinse*

*Absatz 1* untersagt die Zahlung von Zinsen für das Stammkapital und geleistete Nachschüsse. Die Verzinsung von Eigenkapital stellt einen Verstoss gegen die Grundstruktur jeder Kapitalgesellschaft dar. Eine Ausrichtung von Zinsen ohne Rücksicht auf den Erfolg des Unternehmens könnte zu einer verpönten Rückerstattung der Einlagen führen (s. Art. 793 Abs. 2 E OR). Sie stünde auch im Widerspruch mit der Regelung der Rückzahlung geleisteter Nachschüsse (Art. 795b E OR).

Eine Ausnahme vom Verzinsungsverbot gilt nach *Absatz 2* einzig für so genannte Bauzinsen, die während des Aufbaus des Unternehmens bis zur Aufnahme des vollen Betriebes ausgerichtet werden. Wie nach geltendem Recht (Art. 804 Abs. 2 OR) sollen dazu die Vorschriften des Aktienrechts Anwendung finden (s. Art. 676 OR). Bauzinsen kommen allerdings in der Praxis ausserordentlich selten vor.

#### *Art. 798b (neu) Tantiemen*

Das geltende Recht regelt die Ausrichtung von Gewinnanteilen an die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer nicht. Der Entwurf erlaubt die Ausrichtung von Tantiemen ausdrücklich und verweist dazu auf die entsprechende Vorschrift des Aktienrechts (s. Art. 677 OR).

### **2.1.2.6 Vorzugsstammanteile**

#### *Art. 799*

Das geltende Recht enthält keine Regelung von Vorzugsstammanteilen. Der Entwurf schliesst diese Lücke durch eine Verweisung auf das Aktienrecht (s. Art. 654 und 656 OR).

### **2.1.2.7 Rückerstattung von Leistungen**

#### *Art. 800*

Die Rückerstattung von Gewinnanteilen, die Gesellschafterinnen, Gesellschafter, Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer ungerechtfertigterweise bezogen haben, ist im geltenden Recht unvollständig und teilweise abweichend vom Aktienrecht geregelt. Da Gründe für eine unterschiedliche Ordnung fehlen, verweist der Entwurf auf die aktienrechtlichen Bestimmungen (s. Art. 678 f. OR).

## 2.1.2.8                    **Geschäftsbericht, Reserven und Offenlegung**

*Art. 801*

Die Anforderungen an die Rechnungslegung sind auf der Grundlage der wirtschaftlichen Gegebenheiten eines Unternehmens zu bestimmen; sie sind namentlich vom Umfang der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft abhängig. Die Rechtsform bleibt demgegenüber weitgehend ohne Relevanz, was mit der Aufhebung der oberen Begrenzung des Stammkapitals (s. vorne Ziff. 1.3.3) noch verdeutlicht wird. Die Rechnungslegung muss demnach aus sachlichen Gründen für wirtschaftlich tätige Körperschaften unabhängig von ihrer Rechtsform möglichst einheitlich geregelt werden<sup>52</sup> (vgl. dazu auch Ziff. 1.3.17).

Entsprechend dem materiellen Erfordernis einer übereinstimmenden Ordnung verweist das geltende GmbH-Recht (Art. 805 OR) für die Bilanz und die Reservefonds auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Wie der Bundesrat bereits anlässlich der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage dargelegt hat<sup>53</sup>, beziehen sich diese Verweisungen seit der Revision des Aktienrechts auf die Vorschriften von 1991 (s. dazu vorne Ziff. 1.3.13 sowie die dort angegebenen Fundstellen).

Der Entwurf formuliert die Verweisungsnorm neu. Für den Geschäftsbericht und die Reserven sind die Vorschriften des (geltenden) Aktienrechts entsprechend anwendbar (s. Art. 662 bis 670 OR bzw. Art. 671 bis 674 OR). Die aktienrechtlichen Bestimmungen sollen zudem auch für die Offenlegung herangezogen werden (s. Art. 697h OR). Diese zusätzliche Verweisung ist allerdings nur von beschränkter Tragweite, da die spezifischen Offenlegungsvorschriften für Publikumsgesellschaften infolge der mangelnden Kapitalmarktfähigkeit der GmbH belanglos bleiben. Auf Grund der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sollen GmbH aber Gläubigerinnen und Gläubigern, die ein schützwürdiges Interesse nachweisen, dasselbe Einsichtsrecht gewähren wie Aktiengesellschaften (vgl. Art. 697h Abs. 2 OR).

## 2.1.2.9                    **Zustellung des Geschäftsberichts**

*Art. 801a (neu)*

Nach *Absatz 1* hat die Gesellschaft ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern den Geschäfts- und den Revisionsbericht spätestens zusammen mit der Einladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung zuzustellen, um allen Beteiligten eine sachgerechte Vorbereitung zu ermöglichen (zur Frist für die Einberufung der Gesellschafterversammlung s. Art. 805 Abs. 3 E OR).

<sup>52</sup> S. Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 12 und 81 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern; Art.-Nr. 407.020.d); Begleitbericht zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Rechnungslegung und die Revision [VE RRG], S. 69 und 98; Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997, S. 92 f.

<sup>53</sup> AB 1995 N, S. 2269 f.

Nach *Absatz 2* ist den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern auf Wunsch die von der Gesellschafterversammlung genehmigte Fassung des Geschäftsberichts zuzustellen.

### **2.1.2.10                    Auskunfts- und Einsichtsrecht**

*Art. 802*

Der Umfang des Auskunfts- und Einsichtsrechts ist im geltenden Recht von der Einsetzung einer «Kontrollstelle» (d.h. einer Revisionsstelle) abhängig und wird durch Verweisungen auf das Recht der einfachen Gesellschaft sowie der Aktiengesellschaft bestimmt (s. Art. 819 OR). Die Informationsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter und die Aufgaben der Revisionsstelle sind jedoch grundsätzlich unterschiedlich ausgerichtet und können einander nicht ersetzen. Die vorgesehenen Verweisungen sind zudem auch materiell unzulänglich<sup>54</sup>.

Der Entwurf schlägt eine Neukonzeption vor, die den engen persönlichen Beziehungen in der GmbH Rechnung trägt und sich an den Vorschriften für die Mitglieder des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft orientiert (vgl. Art. 715a OR); eine ähnliche Ordnung kennt auch das deutsche Recht (vgl. § 51a GmbHG). Die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden verbessert. Entsprechend der in der GmbH meist starken persönlichen Bindung der Beteiligten an das Unternehmen sollen die Informationsrechte weiter gehen als diejeniger der Aktionärinnen und Aktionäre. Dies steht in Übereinstimmung damit, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter in der GmbH im Unterschied zu den Aktionärinnen und Aktionären einer Treuepflicht unterstehen (s. Art. 803 E OR).

Nach *Absatz 1* kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter von den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern Auskunft über sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Ob die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt oder nicht, bleibt dabei ohne Belang. Das Auskunftsrecht kann jederzeit ausgeübt werden. Es liegt bei den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern, eine sachgerechte Art der Auskunftserteilung zu wählen: Je nach den Umständen können sie eine Gesellschafterversammlung einberufen oder die gewünschten Auskünfte schriftlich erteilen. Bei mündlichen Anfragen ist auch eine mündliche Beantwortung möglich. Stets ist aber das Gebot der Gleichbehandlung zu beachten (s. Art. 813 E OR). Informationen, die für alle relevant sind, müssen daher im Allgemeinen sämtlichen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zugänglich gemacht werden (vorbehalten bleibt aber *Abs. 3*).

*Absatz 2* regelt das Recht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, in die Bücher und Akten der Gesellschaft Einsicht zu nehmen. Fehlt eine Revisionsstelle, so wird die Einsichtnahme zum Schutz der Beteiligten erleichtert: Während ein Recht zur Einsichtnahme grundsätzlich nur unter der Voraussetzung gegeben ist, dass ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird, entfällt dieses Erfordernis, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt.

*Absatz 3* sieht im Interesse der Gesellschaft eine Schranke vor, die sowohl für das Auskunftsrecht als auch für das Einsichtsrecht massgebend ist: Besteht die Gefahr,

<sup>54</sup> Zu allem eingehend: Expertenbericht zum Vorentwurf vom April 1999, S. 32.

dass eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter die erlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet, so darf die Auskunft beziehungsweise die Einsichtnahme soweit verweigert werden, als dies erforderlich ist. Verweigern die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer die Auskunft oder Einsichtnahme, steht es der betroffenen Gesellschafterin oder dem betroffenen Gesellschafter offen, das Begehren der Gesellschafterversammlung zum Entscheid zu unterbreiten. Verweigert die Gesellschafterversammlung die Auskunft oder Einsichtnahme ebenfalls, so kann sie nach *Absatz 4* auf Klage hin durch das Gericht angeordnet werden, falls die Verweigerung nicht gerechtfertigt erscheint.

### **2.1.2.11 Treuepflicht und Konkurrenzverbot**

#### *Art. 803*

Die personenbezogene Konzeption der GmbH erfordert gemäss den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem kleineren Kreis von Beteiligten zumindest für den Regelfall eine Treuepflicht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Das geltende Recht erwähnt die Treuepflicht als solche nicht, ordnet jedoch das Konkurrenzverbot als wohl wichtigste Konkretisierung der Treuepflicht (s. Art. 818 OR). Der Entwurf sieht eine flexible Regelung der Treuepflicht vor. Diese trägt den meist engen persönlichen Bindungen aller Beteiligten an das Unternehmen Rechnung und ist auch ein notwendiges Gegenstück zum Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (vgl. Art. 802 E OR sowie vorne die Ausführungen zu dieser Bestimmung).

Nach *Absatz 1* sind alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet. Sie müssen zudem nach *Absatz 2* alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt, und dürfen insbesondere keine Geschäfte betreiben, die dem Zweck der Gesellschaft abträglich sind. Der Treuepflicht unterstehen auch nicht zur Geschäftsführung befugte Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Der Entwurf ermöglicht jedoch, im Einzelfall eine andere Lösung zu treffen (s. dazu *Abs. 3*). Während einerseits der Kreis der treuepflichtigen Personen weit gefasst ist, wird andererseits die Tragweite der Treuepflicht im Interesse der Betroffenen dadurch beschränkt, dass für das Konkurrenzverbot eine Sonderregelung vorgesehen wird.

Im Gegensatz zur allgemeinen Treuepflicht besteht für Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die nicht an der Geschäftsführung teilhaben, nach *Absatz 2* nur dann ein Konkurrenzverbot, wenn dies die Statuten ausdrücklich vorsehen (vgl. aber Art. 812 Abs. 3 E OR). Es ist unter anderem möglich, in den Statuten bloss einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ein Konkurrenzverbot aufzuerlegen.

Zur Vermeidung von Unsicherheiten sollte der sachliche und räumliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots in den Statuten klar bestimmt werden. Wird nichts Genaueres vorgesehen, bleibt das Konkurrenzverbot auf Tätigkeiten beschränkt, die zweifelsfrei im Bereich des statutarischen Gesellschaftszwecks liegen und die sich örtlich mit den bisherigen Aktivitäten der Gesellschaft überschneiden. Da es sich um ein Konkurrenzverbot gesellschaftsrechtlicher Natur handelt, kann das Verbot nur die jeweiligen Gesellschafterinnen und Gesellschafter erfassen. Es ist daher unzulässig, das Konkurrenzverbot in den Statuten über das Ausscheiden aus der Gesell-



schaft hinaus zu erstrecken. Diese Begrenzung statutarischer Konkurrenzverbote schützt das wirtschaftliche Fortkommen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach ihrem Ausscheiden. Sind weiter gehende Konkurrenzverbote erwünscht, so können diese nur auf vertraglicher Grundlage im Rahmen der bestehenden rechtlichen Schranken vereinbart werden (s. insbes. Art. 340 ff. OR).

Im Interesse einer möglichst grossen Flexibilität der Treuepflicht und des Konkurrenzverbots sieht *Absatz 3* vor, dass Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verstossen, dennoch ausgeübt werden dürfen, sofern die übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter damit einverstanden sind. Um Streitigkeiten und Unsicherheiten vorzubeugen, wird die Zustimmung in Schriftform verlangt. Es soll aber auch offen stehen, statt der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter einen Mehrheitsentscheid genügen zu lassen. Die Statuten sollen daher festlegen können, dass die Gesellschafterversammlung über die Erteilung der Zustimmung entscheidet (dabei ist eine qualifizierte Mehrheit erforderlich; (s. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 E OR).

Die vorliegende Bestimmung regelt die Treuepflicht und das Konkurrenzverbot für Gesellschafterinnen und Gesellschafter. *Absatz 4* behält *Artikel 812 E OR* vor, der eine Sonderregelung für alle Personen vorsieht, die mit der Geschäftsführung befasst sind.

## **2.1.3                   Dritter Abschnitt: Organisation der Gesellschaft**

### **2.1.3.1               Gesellschafterversammlung**

#### *Art. 804               Aufgaben*

*Absatz 1* bezeichnet die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft (im geltenden Recht Art. 808 Abs. 1 OR; vgl. Art. 698 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft). Dies ist jedoch nicht im Sinne einer hierarchischen Überordnung über die andern Organe zu verstehen; vielmehr werden damit die der Gesellschafterversammlung zugewiesenen Aufgaben angesprochen: Als Versammlung der Anteilseigner und damit der Träger des wirtschaftlichen Risikos bleibt es ihr vorbehalten, die wichtigsten Grundsatzentscheide selbst zu treffen (s. die Auflistung in Abs. 2). Sie ist es auch, die die andern Organe der Gesellschaft bestellt und abberufen kann. Im Übrigen bestimmt sich das Verhältnis der Gesellschaftsorgane nach der so genannten Paritätstheorie<sup>55,56</sup>, d.h., jedem Organ sind gemäss seiner Funktion spezifische Aufgaben zugewiesen, die ihm durch die andern Organe nicht entzogen werden können; die Organe sind einander insofern gleichgeordnet. Der Entwurf sieht – im Unterschied zum Aktienrecht – die Möglichkeit vor, durch Statuten-

<sup>55</sup> S. dazu insbes. Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zürich 1965, Vorbemerkungen zu Art. 808–819 N 5; Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, § 18 N 69; eher im Sinne einer eingeschränkten Omnipotenztheorie Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 95 f.

<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hat sich bereits bei der Aktienrechtsrevision von 1991 ausdrücklich für das Paritätsprinzip ausgesprochen: s. BB1 1983 II 841 f.; Protokoll der Kommission des Ständerates, Beratungen 1985–1988, S. 320 f.; Protokoll der Kommission des Nationalrates, Beratungen 1989–1990, S. 193 ff.

bestimmungen einzelne wichtige Entscheide der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer dem Erfordernis der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung zu unterstellen (s. Art. 811 E OR). Es versteht sich von selbst, dass die Paritäts- theorie von begrenzter Bedeutung bleibt, wenn zwischen der Gesellschafter- versammlung und der Geschäftsführung personelle Identität besteht. Ist dies (namentlich in grösseren Gesellschaften) nicht der Fall, so erhält eine klare gesetzliche Zuteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten auch in der GmbH grosse Bedeutung.

*Absatz 2* enthält eine Liste der unübertragbaren Befugnisse der Gesellschafter- versammlung:

- Nach *Ziffer 1* liegt die Zuständigkeit zur Änderung der Statuten bei der Ge- sellschafterversammlung (vorbehalten bleibt die Anpassung der Statuten anlässlich einer Kapitalerhöhung durch die Geschäftsführerinnen und Ge- schäftsführer (s. Art. 652g OR i.V.m. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 5 E OR).
- Nach *Ziffer 2* ist die Gesellschafterversammlung zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer zuständig. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht als solche ohne weiteres zur Geschäftsführung befugt sind (vgl. Art. 809 Abs. 1 E OR).
- Nach *Ziffer 3* ist die Gesellschafterversammlung zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder der Revisionsstelle zuständig. Dies gilt auch dann, wenn freiwillig eine Revisionsstelle bezeichnet wird (vgl. Art. 818 E OR). Die Bestellung und Abberufung der Konzernrechnungsprüferinnen und Konzernrechnungsprüfer liegt bei der Gesellschafterversammlung der Mut- tergesellschaft.
- Nach *Ziffer 4* genehmigt die Gesellschafterversammlung den Jahresbericht und gegebenenfalls die Konzernrechnung.
- Nach *Ziffer 5* genehmigt die Gesellschafterversammlung die Jahresrechnung und befindet über die Verwendung des Bilanzgewinnes; sie setzt insbeson- dere die Dividenden und gegebenenfalls die Tantiemen fest.
- Nach *Ziffer 6* liegt es bei der Gesellschafterversammlung, die Entschädigung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer zu bestimmen.
- Nach *Ziffer 7* liegt es in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung, die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer zu entlasten.
- Nach *Ziffer 8* ist die Gesellschafterversammlung zuständig für den Entscheid über die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen sowie – bei beson- deren Erwerbsarten (s. Art. 788 E OR) – für die Anerkennung der Erwerb- erinnen und Erwerber als stimmberechtigte Gesellschafterinnen beziehungs- weise stimmberechtigte Gesellschafter.
- Sehen die Statuten vor, dass die Bestellung eines Pfandrechts an Stamman- teilen der Zustimmung der Gesellschaft bedarf, so ist nach *Ziffer 9* die Ge- sellschafterversammlung zum Entscheid zuständig.
- Nach *Ziffer 10* entscheidet die Gesellschafterversammlung über die Aus- übung statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte durch die Ge- sellschaft.

- Nach *Ziffer 11* bedürfen die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer für den Erwerb eigener Stammanteile einer Ermächtigung durch die Gesellschafterversammlung. Wurden eigene Stammanteile ohne entsprechende Ermächtigung erworben, kann die Gesellschafterversammlung nachträglich ihre Genehmigung erteilen. Die Befugnisse von *Ziffer 10* und *Ziffer 11* bleiben namentlich deswegen der Gesellschafterversammlung vorbehalten, weil sich aus einem Erwerb eigener Stammanteile unter Umständen eine wesentliche Verschiebung der Beherrschungsverhältnisse ergibt (nach Art. 783 Abs. 2 E OR können bis zu 35 Prozent des Stammkapitals erworben werden). Erteilt die Gesellschafterversammlung eine Ermächtigung oder Genehmigung für den Erwerb eigener Stammanteile, so ist darin sachnotwendigerweise auch die Zustimmung zur Abtretung der Stammanteile an die Gesellschaft eingeschlossen (dies, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, auch ohne dass Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 E OR beachtet werden muss<sup>57</sup>)
- Verweisen die Statuten für die nähere Regelung der Nebenleistungspflichten auf ein Reglement (s. Art. 796 Abs. 3 E OR), so bedarf dieses nach *Ziffer 12* der Genehmigung der Gesellschafterversammlung.
- Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer bedürfen für Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verstossen, grundsätzlich der Zustimmung aller übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 803 Abs. 3 und 812 Abs. 2 und 3 E OR). Falls die Statuten dies vorsehen, ist nach *Ziffer 13* stattdessen die Gesellschafterversammlung zur Erteilung der Zustimmung zuständig.
- Nach *Ziffer 14* hat allein die Gesellschafterversammlung darüber zu befinden, ob gegen eine Gesellschafterin oder einen Gesellschafter eine Klage auf Ausschluss aus wichtigem Grund eingereicht werden soll (vgl. Art. 823 Abs. 1 E OR).
- Sehen die Statuten vor, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus bestimmten Gründen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können (Art. 823 Abs. 2 E OR), so entscheidet nach *Ziffer 15* die Gesellschafterversammlung über den Ausschluss.
- Nach *Ziffer 16* liegt der Entscheid über die Auflösung der Gesellschaft bei der Gesellschafterversammlung (vorbehalten bleibt die Auflösung durch den Entscheid einer Behörde; vgl. Art. 731b i.V.m. Art. 819 sowie 821 E OR).
- Nach *Ziffer 17* ist die Gesellschafterversammlung zuständig zur Genehmigung von Geschäften der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer, soweit die Statuten ein entsprechendes Genehmigungserfordernis vorsehen.
- *Ziffer 18* sieht eine residuale Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für alle weiteren Fragen vor, die ihr vom Gesetz oder von den Statuten vorbehalten werden. Die Aufzählung der Kompetenzen in Artikel 804 E OR ist also nicht abschliessender Natur. Der Entwurf erlaubt zudem, den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern in den Statuten die Möglichkeit einzuräumen, einzelne Fragen der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorzulegen (Art. 811 Abs. 1 E OR).

<sup>57</sup> S. dazu Anmerkung 58.

Nach *Absatz 3* ernennt die Gesellschafterversammlung die Direktorinnen und Direktoren, die Prokuristinnen und Prokuristen sowie die Handlungsbevollmächtigten. Die Statuten können diese Befugnis auch den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern einräumen.

#### Art. 805 Einberufung und Durchführung

Der Entwurf folgt inhaltlich weitgehend der geltenden Regelung (Art. 809 OR). Nach *Absatz 1* ist die Gesellschafterversammlung grundsätzlich durch die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer einzuberufen. Wird die Geschäftsführung durch mehrere Personen ausgeübt, so obliegt die Einberufung der Person, die den Vorsitz der Geschäftsführung innehat (Art. 810 Abs. 3 Ziff. 1 E OR). Bleiben die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer untätig, so ist die Gesellschafterversammlung, nötigenfalls durch die Revisionsstelle, einzuberufen, falls die Gesellschaft über eine solche verfügt. Weiter sind auch Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die zusammen mindestens 10% des Stammkapitals vertreten, berechtigt, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 E OR). Wird ihrem Begehren nicht innerhalb einer angemessenen Frist entsprochen, so können sie die Einberufung durch das Gericht verlangen. Nach der Auflösung der Gesellschaft steht das Einberufungsrecht den Liquidatorinnen und Liquidatoren zu.

Nach *Absatz 2* ist die ordentliche Gesellschafterversammlung wie bisher zwingend innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres durchzuführen. Ausserordentliche Versammlungen werden nach Massgabe der Statuten und bei Bedarf einberufen.

Für die Einberufung der Gesellschafterversammlung ist nach dem geltenden Recht (Art. 809 Abs. 4 OR) eine Frist von nur fünf Tagen zu beachten. Gestützt auf die Vernehmlassungsergebnisse sieht der Entwurf in *Absatz 3* in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht (Art. 700 Abs. 1 OR) eine Einberufungsfrist von 20 Tagen vor. Die bisherige Frist ist für eine seriöse Vorbereitung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter oft zu kurz. Damit den konkreten Bedürfnissen aber Rechnung getragen werden kann, ist es möglich, die Einberufungsfrist in den Statuten zu verlängern oder bis auf zehn Tage zu verkürzen. Aus den gesetzlich vorgegebenen Einberufungsfristen ergeben sich auch für Unternehmen mit nur wenigen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern keinerlei Nachteile, weil im Allgemeinen die Möglichkeit einer Universalversammlung gegeben ist. Eine Gesellschafterversammlung kann ohne Beachtung der Einberufungsfrist durchgeführt werden, wenn alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter teilnehmen und damit einverstanden sind (s. Art. 701 OR i.V.m. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 E OR). Dies wird bei kleineren Unternehmen regelmässig der Fall sein.

In Anlehnung an die aktienrechtliche Regelung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat (Art. 713 Abs. 2 OR) ermöglicht *Absatz 4*, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auch schriftlich gefasst werden können (allenfalls ist ein Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors erforderlich, vgl. Art. 729c OR i.V.m. 818 Abs. 2 E OR). Da auf dem Zirkularweg keine Diskussion der Traktanden möglich ist, muss jeder Gesellschafterin und jedem Gesellschafter das Recht zustehen, eine mündliche Beratung zu verlangen.

*Absatz 5* verweist für verschiedene Einzelheiten der Einberufung und Durchführung der Gesellschafterversammlung auf die Bestimmungen des Aktienrechts.

*Art. 806* Bemessung des Stimmrechts

Entsprechend dem Modell der Kapitalgesellschaft verhält sich das Stimmrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter grundsätzlich proportional zu ihrer Beteiligung am Grundkapital. Nach *Absatz 1* ist das Stimmrecht nach dem Nennwert der Stammanteile der Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu bemessen, wobei jeder beteiligten Person zumindest eine Stimme zukommt. Die Statuten können jedoch die Stimmzahl der Besitzerinnen und Besitzer mehrerer Stammanteile beschränken (statutarische Stimmrechtsbeschränkung).

Von der Proportionalität des Stimmrechts zum Umfang der Beteiligung am Stammkapital kann nach *Absatz 2* weiter dadurch abgewichen werden, dass Stammanteile mit unterschiedlichen Nennwerten ausgegeben werden, wobei die Statuten das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert so festsetzen dürfen, dass auf jeden Stammanteil eine Stimme entfällt. Die Stammanteile mit einem tieferen Nennwert werden dadurch in ihrer Stimmkraft privilegiert. Um eine gänzliche Loslösung der Mitwirkungsrechte von der Beteiligung am Risiko-kapital auszuschliessen, sieht der Entwurf vor, dass unterschiedliche Nennwerte das Verhältnis 1 zu 10 nicht überschreiten dürfen (so auch Art. 693 Abs. 2 OR für die Aktiengesellschaft). Dieses Verhältnis muss jedoch nur dann beachtet werden, wenn die Statuten von der Bemessung des Stimmrechts nach dem Nennwert der Stammanteile abweichen.

Zur Sicherung der gesellschaftsinternen Kontrolle nimmt *Absatz 3* einzelne Beschlüsse der Gesellschafterversammlung von der Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile aus, so insbesondere die Wahl der Revisionsstelle.

*Art. 806a (neu)* Ausschluss vom Stimmrecht

Die vorliegende Bestimmung regelt den Ausstand von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern für bestimmte Beschlüsse, bei denen sich typischerweise Interessensgegensätze zwischen der Gesellschaft und den Betroffenen ergeben können. So bleiben Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei der Entlastung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer vom Stimmrecht ausgeschlossen (*Abs. 1*). Bei Beschlüssen über den Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft kommt den Veräussererinnen und Veräusserern kein Stimmrecht zu (*Abs. 2*). Weiter sind die betroffenen Personen bei Beschlüssen über die Zustimmung zu Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein Konkurrenzverbot verstossen (s. Art. 803 Abs. 3 und 812 Abs. 3 E OR), ebenfalls vom Stimmrecht ausgeschlossen (*Abs. 3*).

*Art. 806b (neu)* Nutzniessung

In Übereinstimmung mit der Ordnung des Zivilgesetzbuches (s. Art. 755 Abs. 2 ZGB) weist der Entwurf im Falle der Nutzniessung an Stammanteilen das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte den Nutzniesserinnen und Nutzniessern zu (ebenso Art. 690 Abs. 2 OR im Aktienrecht). Diese werden den Eigentümerinnen und Eigentümern aber ersatzpflichtig, wenn sie bei der Ausübung ihrer Rechte nicht in billiger Weise auf deren Interessen Rücksicht nehmen (zur Nutzniessung an Stammanteilen vgl. auch die Ausführungen zu Art. 789a E OR).

Im Unterschied zum geltenden Recht enthält der Entwurf eine Bestimmung zum Vetorecht, da diesem sowohl in kleineren Unternehmen als beispielsweise auch in Konsortien eine erhebliche Bedeutung für eine bedürfnisbezogene Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse zukommen dürfte. Nach *Absatz 1* können die Statuten allen oder einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ein Vetorecht gegen sämtliche oder bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen. Die erfassten Beschlüsse sind in den Statuten klar zu umschreiben. Aus Praktikabilitätsgründen ausgeschlossen ist ein direktes Vetorecht gegenüber den Entscheiden der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer. Weil die Statuten aber bestimmte Entscheide der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Genehmigung der Gesellschafterversammlung unterstellen können (s. Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 E OR), lässt sich indirekt dennoch ein Vetorecht realisieren, das bestimmte Entscheide im Rahmen der Geschäftsführung erfasst.

Die Zulässigkeit eines Vetorechts mag den Bedürfnissen der Praxis in vielen Fällen entsprechen; dennoch darf nicht übersehen werden, dass die Gesellschaft durch Vetorechte unter Umständen blockiert wird. Sollen statutarische Vetorechte nicht gerade in denjenigen Fällen derogiert werden, für die sie vorgesehen sind, müssen gesellschaftsrechtliche Interventionsmöglichkeiten auf Situationen beschränkt bleiben, in denen die vorgeschriebenen Organe nicht mehr rechtskonform bestellt werden können (dazu Art. 731b i.V.m. Art. 819 E OR).

Nach *Absatz 2* bedarf die nachträgliche Einführung eines Vetorechts der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter (falls ein Vetorecht bereits bei der Gründung vorgesehen wird, ist ohnehin ein Konsens erforderlich; s. Art. 777 Abs. 1 E OR). Diese Voraussetzung erscheint unabdingbar, weil durch Vetorechte die Willensbildung der Gesellschaft in einschneidender Weise verändert wird.

Auf Grund der Tragweite eines Vetorechts für alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter und weil die Einräumung entsprechender Rechte regelmässig auf den persönlichen Verhältnissen beruht, sieht *Absatz 3* vor, dass statutarische Vetorechte nicht übertragen werden können. Es handelt sich demnach um persönliche Rechte, die nicht mit dem Stammanteil verbunden sind und die mit dem Ausscheiden oder dem Tod der berechtigten Personen erlöschen. Soll der Rechtsnachfolgerin oder dem Rechtsnachfolger ebenfalls ein Vetorecht eingeräumt werden, so kann ein solches durch einvernehmliches Handeln (gemäss *Abs. 2*) erneut in die Statuten aufgenommen werden. Zudem besteht die Möglichkeit, ein Vetorecht zeitlich unbegrenzt einer juristischen Person zuzuteilen. Im Hinblick auf die Gefahren, die mit der personell wechselnden Berechtigung zur Ausübung eines Vetorechts verbunden sind, dürfte das Bedürfnis nach entsprechenden Lösungen aber gering sein.

Während das geltende Recht für die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung im Allgemeinen die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangt (Art. 808 Abs. 3 OR), stellt der Entwurf für die Ermittlung der Mehrheit auf die an der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmen ab. Der Unterschied wirkt sich dahingehend aus, dass Enthaltungen und ungültige Stimmzettel für die

Berechnung der erforderlichen Mehrheit neu einzubeziehen sind. Mit dieser Ände-

zung wird die Regelung mit jener des Aktienrechts in Übereinstimmung gebracht (vgl. Art. 703 OR), da keine Gründe für eine unterschiedliche Ordnung vorliegen.

#### *Art. 808a (neu)* Stichentscheid

Diese Bestimmung sieht vor, dass der Vorsitzenden oder dem Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung bei Stimmgleichheit der Stichentscheid zusteht. Es ist jedoch möglich, in den Statuten eine andere Regelung zu treffen und namentlich den Stichentscheid auszuschliessen.

#### *Art. 808b (neu)* Wichtige Beschlüsse

Die im geltenden Recht an verschiedenen Stellen vorgesehenen Vorschriften über besondere Mehrheiten für wichtige Beschlüsse (Art. 784 Abs. 2, Art. 791 Abs. 2, Art. 795, Art. 822 Abs. 3 OR) sollen in einer einzigen Bestimmung zusammengeführt werden. Nach *Absatz 1* ist für die aufgeführten wichtigen Beschlüsse die Zustimmung von mindestens zwei Drittel der an der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals erforderlich. Diese Regelung ist in dem Sinne einseitig zwingend, als die Statuten die Anforderungen an die Beschlussfassung wohl erhöhen (dazu *Abs. 2*), nicht aber herabsetzen dürfen. Anders als im Aktienrecht (vgl. Art. 704 Abs. 1 OR) wird die erforderliche Kapitalmehrheit nicht auf die an der Gesellschafterversammlung vertretenen Nennwerte bezogen, sondern auf das gesamte stimmberechtigte Stammkapital. Im Hinblick auf die Bedürfnisse von Unternehmen mit nur wenigen Beteiligten wird dadurch die Beschlussfassung in Abwesenheit einzelner Gesellschafterinnen oder Gesellschafter erschwert, um Missbräuche zu verhindern.

Als wichtige Beschlüsse, die nur mit der vorgesehenen qualifizierten Mehrheit gefasst werden können, gelten nach dem Entwurf die folgenden:

- die Änderung des Gesellschaftszwecks (*Ziff. 1*);
- die Einführung im Stimmrecht privilegierter Stammanteile (*Ziff. 2*);
- sämtliche Abweichungen von der dispositiven gesetzlichen Beschränkung der Abtretung von Stammanteilen (*Ziff. 3*);
- die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen beziehungsweise (bei besonderen Erwerbarten) die Anerkennung des Erwerbers als stimmberechtigte Gesellschafterin oder stimmberechtigter Gesellschafter (*Ziff. 4*)<sup>58</sup>;
- die Erhöhung des Stammkapitals (*Ziff. 5*; das bisherige Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter kann aufgegeben werden, da die subsidiäre Solidarhaftung bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals entfällt; s. vorne *Ziff. 1.3.5* und *1.3.7*);

<sup>58</sup> Der Beschluss der Gesellschafterversammlung über eine Ermächtigung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer zum Erwerb eigener Stammanteile (Art. 804 Abs. 2 *Ziff. 11 E OR*) schliesst sachnotwendigerweise die Zustimmung zur Übertragung der erworbenen Stammanteile an die Gesellschaft in sich. Da der Entwurf für diese Ermächtigung keine qualifizierte Mehrheit verlangt, ergibt sich eine Ausnahme von Art. 808b Abs. 1 *Ziff. 4 E OR*. Es ist aber möglich, in den Statuten die Ermächtigung zum Erwerb eigener Stammanteile ebenfalls dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zu unterstellen.

- die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts (*Ziff. 6*);
- die Zustimmung zu Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein Konkurrenzverbot verstossen (*Ziff. 7*; s. dazu Art. 803 Abs. 3, 812 Abs. 2 und 3 E OR sowie 804 Abs. 2 *Ziff. 13 E OR*);
- der Ausschluss einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen sowie der Entscheid über die Einreichung eine Klage auf Ausschluss aus wichtigem Grund (*Ziff. 8*);
- die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (*Ziff. 9*);
- die Auflösung der Gesellschaft (*Ziff. 10*); soweit ein Widerruf des Auflösungsbeschlusses zulässig ist<sup>59</sup>, müssen dafür dieselben Mehrheitserfordernisse erfüllt werden wie für den Auflösungsbeschluss<sup>60</sup>.

Nach *Absatz 2* können die Statuten für die Fassung bestimmter Beschlüsse grössere Mehrheiten festlegen als von Gesetzes wegen vorgeschrieben. Um zu verhindern, dass statutarisch Mehrheiten festgeschrieben werden, die sich später gar nicht erreichen lassen, wird für die Fassung entsprechender Beschlüsse diejenige Mehrheit verlangt, die eingeführt werden soll (ebenso Art. 704 Abs. 2 OR).

#### *Art. 808c (neu)* Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung

Für die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung wird wie bisher (Art. 808 Abs. 6 OR) auf das Aktienrecht verweisen (s. Art. 706 bis 706b OR).

### **2.1.3.2 Geschäftsführung und Vertretung**

#### *Art. 809* Bezeichnung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer; Organisation

Nach dem Vorentwurf musste die Geschäftsführung und die Vertretung in den Statuten geordnet werden (Art. 811 VE OR). Der Entwurf will die Möglichkeiten einer bedürfnisbezogenen Gestaltung nicht einschränken, sieht aber im Unterschied zum Vorentwurf dispositive gesetzliche Normen für die Geschäftsführung und Vertretung vor, um den Aufwand für die Rechtsberatung bei der Gründung von Kleinunternehmen möglichst gering zu halten. Diese gesetzliche Regelung orientiert sich dementsprechend an den typischen Umständen und Bedürfnissen in kleineren Unternehmen mit nur wenigen beteiligten Personen. Das Gesetz lässt jedoch einen weiten Raum für eine geeignete Organisation in den Statuten, so namentlich für Gesellschaften mit einer grösseren Anzahl von Beteiligten.

Nach *Absatz 1* üben alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus. Sie treffen die hierfür notwendigen Entscheide im Rahmen ihrer Zusammenarbeit (vgl. *Abs. 4*), wie dies in Kleinunternehmen in der Praxis üblich ist. Soweit diese Regelung den konkreten Bedürfnissen nicht entspricht, können die

<sup>59</sup> S. BGE 123 III 473 ff., 126 III 283 ff. (beide Entscheide zum Aktienrecht, aber auch für die GmbH zutreffend).

<sup>60</sup> Vgl. dazu die unterschiedlichen Erwägungen bei: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 1955d; Peter Forstmoser, Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, in: SZW 70 (1998) S. 155.



Statuten die Geschäftsführung abweichend ordnen. Es ist namentlich möglich, die Geschäftsführung auf einzelne Gesellschafterinnen oder Gesellschafter zu beschränken oder an Dritte zu übertragen (im geltenden Recht s. Art. 811 Abs. 2 und Art. 812 Abs. 1 OR).

Eine persönlich zu verantwortende Mitwirkung bei der Willensbildung der Gesellschaft ist nur durch natürliche Personen möglich. *Absatz 2* hält daher fest, dass nur natürliche Personen als Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer eingesetzt werden können, wie dies sinngemäss auch in allen andern Rechtsformen der Fall ist (vgl. insbes. Art. 707 Abs. 3 und 894 Abs. 2 OR)<sup>61</sup>. Für Gesellschafterinnen, die als solche nach *Absatz 1* oder nach der Ordnung der Statuten an sich zur Geschäftsführung berechtigt sind, die aber juristische Personen oder Handelsgesellschaften sind, muss eine Sonderregelung getroffen werden: Sie können eine natürliche Person bezeichnen, welche die Funktion einer Geschäftsführerin oder eines Geschäftsführers an ihrer Stelle ausübt. Damit sich die andern Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht mit Personen konfrontiert sehen, die für eine einvernehmliche Geschäftsführung aus irgendwelchen Gründen nicht geeignet erscheinen, können die Statuten vorsehen, dass für die Bezeichnung von Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern durch juristische Personen oder Handelsgesellschaften die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist (s. auch Art. 776a Abs. 1 Ziff. 12 E OR).

Obliegt die Geschäftsführung mehreren Personen, so muss die Gesellschafterversammlung nach *Absatz 3* eine von ihnen mit dem Vorsitz betrauen. Im Hinblick auf die Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Organisation der Gesellschaft ist diese Vorgabe zwingender Natur. Der Vorsitz kann sowohl einer Gesellschafterin oder einem Gesellschafter als auch einer anderen Geschäftsführerin oder einem andern Geschäftsführer zugewiesen werden. Da die Bezeichnung der Person, welcher der Vorsitz zukommt, nicht zu den unübertragbaren Aufgaben der Gesellschafterversammlung gehört (vgl. Art. 804 Abs. 2 E OR), können die Statuten die Wahl den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern überlassen.

*Absatz 4* regelt die Beschlussfassung durch eine Mehrzahl von Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern. Sehen die Statuten nichts anderes vor, entscheiden die an der Geschäftsführung beteiligten Personen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei der Vorsitzenden oder dem Vorsitzenden der Stichentscheid zukommt. Die Statuten können beispielsweise Anwesenheitsquoren für bestimmte Beschlüsse festlegen oder auf den Stichentscheid verzichten.

#### *Art. 810* Aufgaben der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer

Nach *Absatz 1* sind die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer in allen Angelegenheiten zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung (oder gegebenenfalls der Revisionsstelle) zugewiesen sind (subsidiäre Generalkompetenz; sinngemäss ebenso Art. 716 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft). Durch diese Regelung werden negative Kompetenzkonflikte verhindert.

*Absatz 2* listet die Aufgaben der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer auf, die unter Vorbehalt von *Artikel 811* E OR als unübertragbar und unentziehbar gelten

<sup>61</sup> A.M. Hans Michael Riemer, Die Vereine, Berner Kommentar I/3/2, Bern 1990, Art. 69 N 14 f.; der Gleiche, Die Stiftungen, Berner Kommentar I/3/3, Bern 1975, Art. 83 N 6. Diese Ansicht entspricht jedoch nicht der Praxis der Handelsregisterbehörden.

(vgl. Art. 716a Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft). Die Geschäftsführer tragen namentlich die Verantwortung für die Oberleitung der Gesellschaft (Ziff. 1 und 4), die Festlegung der Organisation (Ziff. 2), die Ausgestaltung des Rechnungs- und Finanzwesens und die Erstellung des Geschäftsberichts (Ziff. 3 und 5), die Vorbereitung der Gesellschafterversammlung (Ziff. 6) sowie die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung (Ziff. 7).

*Absatz 3* nennt die besonderen Aufgaben der Person, die mit dem Vorsitz über die Geschäftsführung betraut ist. Hat die Gesellschaft nur eine einzige Geschäftsführerin oder einen einzigen Geschäftsführer, so obliegen die entsprechenden Pflichten dieser Person. Es handelt sich dabei um die Einberufung und Leitung der Gesellschafterversammlung, die Anordnung der erforderlichen Bekanntmachungen gegenüber den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie die Sicherstellung der Anmeldungen beim Handelsregister.

#### Art. 811 Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung

In der Aktiengesellschaft sind die Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates konsequent aufgeteilt, und die Generalversammlung vermag im Bereich der Geschäftsführung (aus Gründen der Verantwortlichkeit) keinerlei Aufgaben an sich zu ziehen (vgl. Art. 716a OR). Demgegenüber sieht der Entwurf für die GmbH zwei verschiedene Arten einer Genehmigungskompetenz der Gesellschafterversammlung vor: Die Statuten sollen bestimmen können, dass die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen (obligatorischer Genehmigungsvorbehalt; *Abs. 1 Ziff. 1*). Es soll aber auch offen stehen, in den Statuten anzuordnen, dass die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung einzelne Fragen freiwillig zur Genehmigung vorlegen dürfen (fakultativer Genehmigungsvorbehalt; *Abs. 1 Ziff. 2*). Diese Gestaltungsmöglichkeiten sind Ausdruck der flexiblen, personenbezogenen Organisationsstruktur der GmbH und entsprechen namentlich den Bedürfnissen kleiner und mittlerer Unternehmen.

So sehr ein Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten der Gesellschafterversammlung den Bedürfnissen der Praxis entgegenkommen mag, so heikel kann er sich rechtlich betrachtet erweisen: Während die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer einer gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen (s. Art. 754 OR i.V.m. Art. 827 E OR), fehlt für Entscheide der Gesellschafterversammlung jede entsprechende Haftung. Es gilt daher zu vermeiden, dass potenziell haftungsrelevante Entscheide zum Schaden Dritter an die Gesellschafterversammlung überstellt werden. Der Entwurf sieht keine eigentliche Verschiebung der Zuständigkeiten vor, sondern die Möglichkeit fakultativer oder obligatorischer Genehmigungskompetenzen. Die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer haben demnach stets selbst einen Entscheid zu treffen, den sie der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung unterbreiten müssen beziehungsweise können. *Absatz 2* stellt klar, dass die Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer grundsätzlich nicht berühren darf. Gesellschaftsintern kann die Genehmigung je nach den Umständen aber dennoch einer Entlastung gleichkommen (vgl. Art. 758 OR i.V.m. Art. 827 E OR).

Das statutarische Erfordernis der Genehmigung eines bestimmten Entscheids der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung

bleibt ohne Einfluss auf die Vertretungsmacht der zeichnungsberechtigten Personen. Verträge, die ohne Genehmigung abgeschlossen werden, sind rechtsbeständig, solange die andere Vertragspartei nicht um das Fehlen einer erforderlichen Genehmigung wusste oder hätte wissen sollen.

#### *Art. 812*                    Sorgfalts- und Treuepflicht; Konkurrenzverbot

Nach *Absatz 1* müssen die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Dies gilt auch für andere Personen, die mit der Geschäftsführung befasst sind (ebenso Art. 717 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft).

*Absatz 2* dehnt die Treuepflicht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (s. Art. 803 E OR) auf Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer aus, die selbst nicht an der Gesellschaft beteiligt sind.

Während für Gesellschafterinnen und Gesellschafter nur dann ein Konkurrenzverbot besteht, wenn die Statuten dies vorsehen (s. Art. 803 Abs. 2 E OR), gilt für Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie für Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, gerade die umgekehrte Regelung: Sie unterstehen nach *Absatz 3* grundsätzlich einem Konkurrenzverbot, doch ist es möglich, dieses in den Statuten auszuschliessen. Es steht zudem offen, im Einzelfall eine Dispensation durch die schriftliche Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu erwirken. Die Statuten können bestimmen, dass die Zustimmung zu konkurrenzierenden Tätigkeiten stattdessen durch die Gesellschafterversammlung erteilt wird (vgl. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 E OR). Im Weiteren wird auf die Ausführungen zu Artikel 803 Absatz 2 und 3 E OR hingewiesen.

Konkurrenzierende Tätigkeiten von Geschäftsführern und Gesellschaftern können zu steuerlichen Folgen bei der Gesellschaft und den Betroffenen führen. Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine Aktiengesellschaft natürlichen Personen eine geldwerte Leistung erbringt, soweit diese für sie tätig sind und gleichzeitig einzelne in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallende Geschäfte auf eigene Rechnung abschliessen. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft – namentlich einem geschäftsführenden Allein- oder Hauptaktionär<sup>62</sup> – eine konkurrenzierende Tätigkeit erlaubt und darauf verzichtet, die Gewinne aus Geschäften herauszuverlangen, die ihrer Natur nach der Gesellschaft zukommen. Solche Überlegungen müssen auch bei konkurrenzierenden Tätigkeiten von Geschäftsführern und Gesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten.

#### *Art. 813*                    Gleichbehandlung

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist allgemein als wegleitendes Prinzip des Gesellschaftsrechts anerkannt<sup>63</sup>. Er ist auf zwei verschiedenen Ebenen von unterschiedlicher Tragweite:

<sup>62</sup> Vgl. BGE vom 27.10.1997 in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht Bd. 67, S. 216 ff.

<sup>63</sup> S. bspw. Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, S. 5; Werner von Steiger, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S. 298 ff.; Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, S. 40.

– *Im Verhältnis zwischen den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern:*

Bei der Normsetzung in den ursprünglichen Statuten sind Ungleichbehandlungen grundsätzlich zulässig, soweit sie mit den zwingenden gesetzlichen Vorschriften und den Strukturen der Rechtsform vereinbar sind. In diesem Rahmen erscheinen asymmetrische Ausgestaltungen im Allgemeinen als unproblematisch, da sämtliche Gründerinnen und Gründer den Statuten zustimmen müssen (vgl. Art. 777 Abs. 1 E OR). Die Möglichkeit einer Differenzierung der mit den einzelnen Stammanteilen verbundenen Rechte und Pflichten entspricht der personenbezogenen Struktur der GmbH (bspw. kann eine Nachschusspflicht mit einem Vetorecht kombiniert werden).

Als heikler erweist sich die nachträgliche Ungleichbehandlung durch eine Statutenänderung und durch andere Beschlüsse der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden diesbezüglich durch besondere Zustimmungserfordernisse für bestimmte Beschlüsse geschützt (vgl. Art. 797 E OR betr. die nachträgliche Einführung statutarischer Nachschuss- und Nebenleistungspflichten; Art. 807 Abs. 2 E OR für die nachträgliche Einführung eines Vetorechts). Darüber hinaus müssen Beschlüsse als anfechtbar gelten, wenn sie eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Benachteiligung einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters bewirken, ohne dass die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt (s. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 808c E OR).

– *Im Rahmen der Geschäftsführung:*

*Artikel 813* sieht zwingend vor, dass die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie alle andern Personen, die mit der Geschäftsführung befasst sind, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln müssen (s. auch Art. 717 Abs. 2 und 854 OR). Dieses Gebot einer relativen Gleichbehandlung kann sowohl im Innenverhältnis der Gesellschaft als auch da, wo Gesellschafterinnen oder Gesellschafter der Gesellschaft als Dritte (bspw. als Käufer) gegenüberreten, von Bedeutung sein<sup>64</sup>. Es handelt sich dabei um eine zentrale Schutzbestimmung für Personen mit Minderheitsbeteiligungen.

Die Relativisierung des Gleichbehandlungsgebots durch den Vorbehalt gleicher Voraussetzungen gewährt den erforderlichen Handlungsspielraum, um den konkreten personenbezogenen Beteiligungsverhältnissen Rechnung zu tragen. Entsprechend dem Konzept der Kapitalgesellschaft richtet sich die Gleichbehandlung zudem weitgehend nach dem Umfang der Beteiligung am Stammkapital.

#### *Art. 814* Vertretung

Das geltende Recht geht von der gemeinsamen Vertretung der Gesellschaft durch alle Gründungsgesellschafterinnen und Gründungsgesellschafter aus (Art. 811 Abs. 1 und 3 OR); diese Regelung erwies sich jedoch als schwerfällig und nicht praxisgerecht. Nach dem Vorentwurf sollte die Vertretung zwingend in den Statuten

<sup>64</sup> S. dazu Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 42 ff.; Rolf Watter, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, Art. 717 N 27 (beide zum Aktienrecht).

bestimmt werden müssen (Art. 811 Abs. 1 VE OR). Um den Aufwand für die Rechtsberatung bei der Gründung gering zu halten, sieht der Entwurf demgegenüber eine dispositive Anordnung vor, die sich an den Bedürfnissen kleinerer Unternehmen orientiert (s. dazu auch die Ausführungen zu Art. 809 E OR): Nach *Absatz 1* ist jede Geschäftsführerin und jeder Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Entsprechend den Bedürfnissen der Praxis werden für die Geschäftsführung und die Vertretung somit abweichende Regelungen getroffen (vgl. Art. 809 Abs. 1 E OR).

Nach *Absatz 2* steht es offen, die Vertretung in den Statuten abweichend zu regeln. Indessen muss mindestens eine Geschäftsführerin oder ein Geschäftsführer zur Vertretung befugt sein, damit gewährleistet bleibt, dass die Gesellschaft auf der Ebene der Geschäftsführung vertreten werden kann. Dieses Erfordernis gilt auch dann als erfüllt, wenn zwei Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer gemeinsam die Gesellschaft vertreten (mit Kollektivunterschrift zu zweien). Wird die Vertretung in den Statuten abweichend von den dispositiven gesetzlichen Vorschriften geregelt, so kann für die Einzelheiten auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung oder der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer verwiesen werden.

*Absatz 3* verlangt, dass die Gesellschaft durch eine der Personen vertreten werden kann, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Anders als nach geltendem Recht (s. Art. 813 Abs. 1 OR) muss es sich dabei nicht zwingend um eine Geschäftsführerin oder einen Geschäftsführer handeln; es genügt auch eine Direktorin oder ein Direktor. Verfügt keine in der Schweiz wohnhafte Person über eine Einzelzeichnungsberechtigung, so kann das Wohnsitzerfordernis auch durch das Zusammenwirken mehrerer Personen erfüllt werden. Durch diese Regelung soll im Interesse der Transparenz der Unternehmensverhältnisse und zur Sicherung einer rechtsverbindlichen Kommunikation mit der Gesellschaft ein personeller Anknüpfungspunkt in der Schweiz gewährleistet werden, ohne dass sich daraus für die Praxis signifikante Einschränkungen ergeben.

Für den Umfang und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis verweist *Absatz 4* (wie bereits Art. 814 Abs. 1 OR) auf das Aktienrecht (s. Art. 718a OR). Die Verweisung erfasst zudem auch die neue Regelung betreffend Verträge zwischen der Gesellschaft und der Person, durch die sie vertreten wird (s. Art. 718b E OR).

Nach *Absatz 5* haben die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen (wie bisher) in der Weise zu zeichnen, dass sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen (vgl. Art. 815 Abs. 1 OR).

Die zur Vertretung befugten Personen müssen nach *Absatz 6* in das Handelsregister eingetragen werden (ebenso Art. 720 OR). Die Unterschrift ist beim Handelsregisteramt zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

#### *Art. 815* Abberufung von Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern; Entziehung der Vertretungsbefugnis

Nach *Absatz 1* kann die Gesellschafterversammlung von ihrer gewählten Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer jederzeit abberufen – unabhängig davon, ob es sich um Gesellschafterinnen oder Gesellschafter oder um Dritte handelt. Soweit den an der Gesellschaft beteiligten Personen die Befugnis zur Geschäftsführung ohne Wahl durch die Gesellschafterversammlung zusteht (sei es nach Art. 809 Abs. 1 E OR

oder nach den Statuten), ist eine Abberufung nur auf dem Weg einer statutarischen Neuregelung der Geschäftsführung möglich.

*Absatz 2* enthält eine Sicherheitsklausel für Problemfälle: Liegen wichtige Gründe vor, so kann das Gericht einer Geschäftsführerin oder einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entziehen oder beschränken. Antragsberechtigt ist jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter. Ein Grund für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis liegt insbesondere dann vor, wenn die betreffende Person ihre Pflichten grob verletzt oder die Fähigkeiten zu einer guten Geschäftsführung verloren hat.

Um eine rasche Reaktion auf Probleme zu ermöglichen, räumt *Absatz 3* den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern das Recht ein, Direktorinnen und Direktoren, Prokuristinnen und Prokuristen sowie Handlungsbevollmächtigte jederzeit in ihrer Funktion einzustellen (durch einen Entscheid gemäss Art. 809 Abs. 3 E OR). Dies muss aus Sicherheitsgründen auch dann gelten, wenn es sich um Personen handelt, die durch die Gesellschafterversammlung ernannt wurden (vgl. Art. 804 Abs. 3 E OR). In diesem Fall muss jedoch nach *Absatz 4* unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einberufen werden (vgl. Art. 726 Abs. 1 und 2 OR für die Aktiengesellschaft). Allfällige Entschädigungsansprüche der Betroffenen bleiben gemäss *Absatz 5* vorbehalten.

Die Vorschriften zur Abberufung von Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern sowie zur Entziehung der Vertretungsbefugnis sind in dem Sinne als zwingend zu verstehen, als die vorgesehenen Vorkehren durch die Statuten nicht erschwert werden dürfen, da sie der Erhaltung der Funktionstauglichkeit der Gesellschaftsorgane dienen.

#### *Art. 816*      Nichtigkeit von Beschlüssen

Für die Beschlüsse der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sollen sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe gelten wie für die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft (s. Art. 706b und 714 OR).

#### *Art. 817*      Haftung

Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht (ebenso Art. 814 Abs. 4 OR im geltenden Recht sowie Art. 722 OR für die Aktiengesellschaft).

### **2.1.3.3                      Rechnungsprüfung**

#### *Art. 818*      Revisionsstelle

Der Entwurf sieht eine differenzierende Regelung der Rechnungsprüfung durch eine Revisionsstelle vor. Zu den Erwägungen, die diesem Vorschlag zu Grunde liegen, wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1.3.15 (vorne) verwiesen.

Nach *Absatz 1* sollen Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen nur dann zwingend eine Revisionsstelle bezeichnen müssen, wenn einer der folgenden Fälle vorliegt:

- Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die einer Nachschusspflicht unterliegen, können nach *Ziffer 1* die Einsetzung einer Revisionsstelle verlangen. Dies rechtfertigt sich durch das Risiko, das die betreffenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit der Übernahme einer Nachschusspflicht eingehen. Die vorgesehene Lösung ermöglicht aber auch, ungeachtet bestehender Nachschusspflichten auf eine Revisionsstelle zu verzichten, so etwa wenn die Verpflichteten selber für die Geschäftsführung verantwortlich sind.
- Gesellschaften, deren Stammkapital mindestens 100 000 Franken beträgt, haben nach *Ziffer 2* stets eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Diese Bestimmung gewährleistet die nötige Parallelität zur Aktiengesellschaft: Eine entsprechende Harmonisierung der Regelung der beiden Rechtsformen ist auf Grund der übereinstimmenden Interessenlage sachlich angezeigt (vgl. dazu Ziff. 1.3.17). Es gilt ferner auszuschliessen, dass die Rechtsform der GmbH nur auf Grund der unterschiedlichen Ordnung der Revisionspflicht gewählt wird, obschon nach den konkreten Umständen die Aktiengesellschaft besser geeignet wäre. Eine Abstimmung der zu schaffenden Neuregelung mit dem Aktienrecht wird auch deswegen vorgeschlagen, weil sich daraus – entgegen anderen Erwartungen – für Kleingesellschaften kaum Nachteile ergeben: Von rund 8300 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen GmbH weisen weniger als 5 Prozent ein Stammkapital von mindestens 100 000 Franken auf (Zahlen per 31. Dez. 2000; Zahlen für die gesamte Schweiz sind nicht erhältlich).
- Wirtschaftlich bedeutendere Gesellschaften sollen nach *Ziffer 3* dann eine Revisionsstelle bezeichnen müssen, wenn zwei von drei Kennziffern in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden. Als Schwellenwerte gelten eine Bilanzsumme von 5 Millionen Franken, ein Umsatzerlös von 10 Millionen Franken sowie 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Die vorgesehenen Grössenkriterien werden im Entwurf an sich in Übereinstimmung mit der einschlägigen EG-Richtlinie definiert (vgl. dazu auch hinten Ziff. 5)<sup>65</sup>. Im Unterschied zum Entwurf müssen nach dem Gemeinschaftsrecht jedoch sämtliche Gesellschaften, welche die aufgeführten Grenzwerte überschreiten, eine besonders qualifizierte Revisionsstelle bezeichnen<sup>66</sup> (entsprechend etwa den besonders befähigten Revisorinnen und Revisoren des schweizerischen Rechts<sup>67</sup>).

<sup>65</sup> S. Art. 11 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 2 der 4. Richtlinie im Gesellschaftsrecht (78/660/EWG; ABI Nr. L 222 vom 14.8.1978, S. 11). Heute gelten die folgenden Grenzwerte: eine Bilanzsumme von 3 125 000 Euro; Nettoumsatzerlöse von 6 250 000 Euro sowie eine durchschnittliche Anzahl der während des Geschäftsjahres Beschäftigten von 50 (Beträge gemäss Art. 1 der Richtlinie 1999/60/EG; ABI EG Nr. L 162 vom 26.6.1999, S. 65). Für die Umrechnung ist der Kurs vom 4. Januar 1999 massgebend (s. Art. 2 der Richtlinie 1999/60/EG; 1 Euro = 1,615 Schweizer Franken).

<sup>66</sup> S. Art. 51 Abs. 1 Bst. a der 4. Richtlinie. Die Anforderungen werden in der 8. Richtlinie umschrieben (84/253/EWG; ABI Nr. L 126 vom 12.05.1984, S. 20 ff.).

<sup>67</sup> S. dazu die Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren; SR 221.302.

- Nach Artikel 825a Absatz 4 E OR können Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die aus der Gesellschaft ausgeschieden sind, zum Schutz ihrer Ansprüche die Bezeichnung einer Revisionsstelle verlangen, solange ihre Abfindung noch nicht vollständig ausbezahlt worden ist.

Ist nach der gesetzlichen Regelung eine Revisionsstelle erforderlich, so sind nach *Absatz 2* die diesbezüglichen Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 727 ff. OR). Dies betrifft namentlich die Aufgaben der Revisionsstelle, die fachlichen Anforderungen und die Unabhängigkeit. Grössere Gesellschaften haben unter denselben Voraussetzungen wie Aktiengesellschaften eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor beizuziehen (s. Art. 727b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Die aktienrechtlichen Vorschriften über die Revisionsstelle müssen aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn eine Gesellschaft zwar nicht verpflichtet ist, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, aber dennoch freiwillig eine solche ins Handelsregister eintragen lässt. Aus der Eintragung einer Revisionsstelle sollen Dritte auf deren fachliche Befähigung und Unabhängigkeit vertrauen dürfen, da die Nennung im Handelsregister sonst zu Täuschungen Anlass geben kann.

#### **2.1.3.4 Mängel in der Organisation der Gesellschaft**

*Art. 819*

Die neue Regelung von Mängeln in der Organisation der Aktiengesellschaft kann auch für die GmbH herangezogen werden. Es wird dazu auf den Kommentar zu Artikel 731b E OR verwiesen.

#### **2.1.3.5 Kapitalverlust und Überschuldung**

*Art. 820*

*Absatz 1* verweist für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung der Gesellschaft sowie für die Eröffnung und den Aufschub des Konkurses auf die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts (s. Art. 725 f. OR). Die bisherige Verweisungsnorm (Art. 817 Abs. 1 OR) wird durch die Neuformulierung vervollständigt und mit der aktienrechtlichen Umschreibung des Kapitalverlustes in Übereinstimmung gebracht. Die Pflichten des Verwaltungsrates obliegen in der GmbH den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern. Muss eine Zwischenbilanz erstellt werden, ist diese in der GmbH nur dann der Revisionsstelle vorzulegen, wenn die Gesellschaft eine solche bezeichnen muss oder freiwillig eine solche bezeichnet hat.

Nach *Absatz 2* kann das Gericht den Konkurs auf Antrag der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer oder auf Antrag einer Gläubigerin oder eines Gläubigers aufschieben, so namentlich wenn ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht. Diese Bestimmung trägt der Möglichkeit statutarischer Nachschüsse in der GmbH-Rechnung (s. Art. 795 ff. E OR).



## 2.1.4 **Vierter Abschnitt: Auflösung und Ausscheiden**

### 2.1.4.1 **Auflösung**

#### *Art. 821* Gründe

*Absatz 1* führt die verschiedenen Gründe auf, die zur Auflösung der Gesellschaft führen (im geltenden Recht Art. 820 OR):

- Die Statuten dürfen Sachverhalte vorsehen, welche die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben (*Ziff. 1*).
- Die Gesellschafterversammlung kann mit qualifizierter Mehrheit die Auflösung beschliessen (*Ziff. 2*; s. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 10 E OR). Der Beschluss ist öffentlich zu beurkunden (*Abs. 2*).
- Die Eröffnung des Konkurses hat die Auflösung zur Folge (*Ziff. 3*).
- Vorbehalten bleiben weitere Fälle der Auflösung, soweit dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (*Ziff. 4*), so insbesondere die Auflösung aus wichtigen Gründen (nachfolgend Abs. 3), die Auflösung wegen Mängeln in der Organisation (Art. 731b i.V.m. 819 E OR), die Auflösung wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke (Art. 57 Abs. 3 ZGB) und die Tatbestände der Auflösung ohne Liquidation nach dem zukünftigen Fusionsgesetz<sup>68</sup>.

Nach *Absatz 3* kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter wie schon im geltenden Recht (Art. 820 Ziff. 4 und Art. 822 Abs. 2 OR) beim Gericht die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund verlangen. Neu wird dem Gericht in Anlehnung an das neue Aktienrecht (s. Art. 736 Ziff. 4 OR) die Möglichkeit eingeräumt, statt auf Auflösung auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung zu erkennen. Ein derartiger Handlungsspielraum erscheint im Hinblick auf die Folgen einer Auflösung der Gesellschaft für die Beteiligten und Dritte gerechtfertigt. Es soll dem Gericht ermöglicht werden, eine nach den Umständen angemessene Lösung zu erwirken, wobei den Interessen aller Betroffenen Rechnung zu tragen ist.

#### *Art. 821a (neu)* Folgen

Für die Rechtsfolgen der Auflösung verweist *Absatz 1* auf die Vorschriften des Aktienrechts (s. Art. 738 OR). Unter Vorbehalt der Fälle der Fusion, der Aufspaltung sowie der Übertragung ihres Vermögens auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts tritt die Gesellschaft mit der Auflösung in Liquidation<sup>69</sup>.

Nach *Absatz 2* muss die Auflösung ins Handelsregister eingetragen werden. Die Meldung oder Anmeldung beim Handelsregister erfolgt bei der Auflösung durch Urteil durch das Gericht, in allen andern Fällen durch die Gesellschaft.

<sup>68</sup> S. Art. 3 Abs. 2 und 29 Bst. a E FusG; BBl 2000 4533 und 4543.

<sup>69</sup> So gemäss der Neufassung von Art. 738 im Anhang zum Fusionsgesetz; BBl 2000 4494 und 4568.

## 2.1.4.2

### Ausscheiden von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern

Art. 822 Austritt

*Absatz 1* sieht vor, dass eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter aus wichtigem Grund beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen kann (im geltenden Recht Art. 822 Abs. 2 OR). Während in der Aktiengesellschaft ein Ausscheiden grundsätzlich nur auf dem Weg der Übertragung der Aktien möglich ist, vermag die Abtretbarkeit der Stammanteile in der GmbH nicht zu genügen. Im Hinblick auf den engen Personenbezug der Gesellschafterstellung darf die Zulässigkeit der Abtretung durch die Statuten stark eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (s. Art. 786 E OR). In Kleingesellschaften ist die Abtretung von Stammanteilen zudem meist auch faktisch schwierig, da der Kreis potentieller Erwerber eng begrenzt ist. Das Recht der GmbH sichert ein Ausscheiden aus wichtigen Gründen daher durch ein entsprechendes Austrittsrecht. Relevante wichtige Gründe können sowohl in der Sphäre der Gesellschaft als auch im persönlichen Bereich einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters vorliegen. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung den Interessen aller betroffenen Personen Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen ist auch, ob die Abtretung der Stammanteile aus rechtlichen oder faktischen Gründen erschwert ist.

Die Möglichkeit zum Austritt aus wichtigen Gründen darf durch die Statuten nicht eingeschränkt werden. *Absatz 2* erlaubt aber, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in den Statuten ein weitergehendes Austrittsrecht einzuräumen und die Bedingungen dafür festzulegen (im geltenden Recht Art. 822 Abs. 1 OR). Der Austritt aus statutarischen Gründen erfolgt durch Erklärung an die Gesellschaft, es sei denn, die Statuten treffen eine andere Regelung.

Art. 822a (neu) Anschlussaustritt

Wird eine Klage auf Austritt aus wichtigem Grund eingereicht oder ein statutarisches Austrittsrecht geltend gemacht, so müssen die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer die übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter unverzüglich informieren (*Abs. 1*). Diese haben dann die Möglichkeit, sich die Gleichbehandlung mit der austretenden Gesellschafterin oder dem austretenden Gesellschafter zu sichern, wenn sie sich innerhalb von drei Monaten dem Austritt anschließen (*Abs. 2*). Eine Überlegungsfrist von drei Monaten erscheint erforderlich, weil in kleineren Unternehmen die Beteiligung an der Gesellschaft häufig mit dem Arbeitserwerb der beteiligten Personen verbunden ist. Die vorliegende Regelung will die Gleichbehandlung mehrerer austretender Personen gewährleisten und zudem vermeiden, dass sich aus den Umständen ein gewisser Druck zum Austritt ergibt, weil ein möglichst rascher Austritt eine Privilegierung namentlich in Bezug auf die Ausbezahlung der Abfindung zur Folge haben könnte (vgl. Art. 825a E OR). Die Gleichbehandlung erfolgt im Verhältnis der Nennwerte der Stammanteile unter Einschluss bereits geleisteter Nachschüsse.

#### Art. 823      Ausschluss

Nach *Absatz 1* kann die Gesellschaft beim Gericht auf Ausschluss einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters klagen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Diese Ausschlussmöglichkeit trägt den meist engen persönlichen Beziehungen in der GmbH Rechnung und bietet eine Lösung für Fälle, in denen das Zusammenwirken mit einer Gesellschafterin oder einem Gesellschafter unzumutbar geworden ist. Zur Klage legitimiert ist nur die Gesellschaft, nicht aber die Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Die Anhebung der Klage setzt einen Beschluss der Gesellschafterversammlung voraus, der einer qualifizierten Mehrheit bedarf (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 E OR).

*Absatz 2* räumt die Möglichkeit ein, in den Statuten besondere Ausschlussgründe vorzusehen. Zum Schutze aller Beteiligten müssen die Gründe in den Statuten bestimmt umschrieben werden. Generalklauseln sind demnach nicht zulässig und unklare Formulierungen im Zweifelsfalle eng auszulegen. Liegt ein statutarisch genannter Grund vor, so entscheidet die Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit über den Ausschluss (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 15 und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 E OR; der Rechtsweg bleibt vorbehalten).

*Absatz 3* stellt klar, dass die Vorschriften über den Anschlussaustritt (Art. 822a E OR) beim Ausschluss einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters nicht anwendbar sind. Ein analoges Verfahren erscheint nicht erforderlich: Das Ausscheiden erfolgt hier unfreiwillig, und die Information der übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter ist ohnehin gewährleistet, weil der Ausschluss stets einen Beschluss der Gesellschafterversammlung voraussetzt.

#### Art. 824      Vorsorgliche Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen sind im Allgemeinen Sache des kantonalen Zivilprozessrechts, zumindest was Massnahmen zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes betrifft (sog. Sicherungsmassnahmen). *Artikel 824* dient jedoch auch dazu, das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft für die Dauer des Prozesses zu regeln (sog. Regelungsmassnahmen). Solche bedürfen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung einer bundesrechtlichen Grundlage, die mit der vorliegenden Bestimmung geliefert wird. Mit Blick auf die Mitwirkungsrechte einerseits und verschiedene statutarische Pflichten andererseits (so insbes. Nachschusspflichten, Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote) kann eine entsprechende vorsorgliche Massnahme sowohl zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft als auch jeder der ausscheidenden Person erforderlich sein. Entsprechend den konkreten Umständen sollen sowohl einzelne Rechte oder Pflichten als auch deren Gesamtheit suspendiert werden können.

#### Art. 825      Abfindung; Anspruch und Höhe

Das geltende Recht bestimmt die Ansprüche ausscheidender Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht näher. Die Schliessung dieser Gesetzeslücke erscheint sowohl im Interesse der Rechtssicherheit als auch für den Rechtsschutz ausscheidender Personen dringend (vgl. Art. 822 Abs. 4 OR). Nach *Absatz 1* steht ausscheidenden Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ein Anspruch auf eine Abfindung zu, die dem wirklichen Wert ihrer Stammanteile entspricht. Dieser Anspruch besteht nicht nur beim Austritt sowie beim Ausscheiden im Rahmen einer Klage auf Auflösung

der Gesellschaft (vgl. Art. 821 Abs. 3 E OR), sondern ebenfalls beim Ausschluss aus wichtigen oder in den Statuten vorgesehenen Gründen. Dem Ausschluss darf keinerlei konfiskatorischer Charakter zukommen. Bei der Ausrichtung der Abfindung geht es ohne Rücksicht auf den Grund des Ausscheidens lediglich darum, den wirtschaftlichen Gegenwert einer aufzugebenden Beteiligung an der Gesellschaft zu vergüten.

*Absatz 2* räumt die Möglichkeit ein, für statutarische Austrittsrechte in den Statuten eine vom wirklichen Wert der Stammanteile abweichende Abfindung festzulegen. Es soll insbesondere zulässig sein, einerseits die Voraussetzungen für einen Austritt herabzusetzen, dafür aber andererseits eine vom wirklichen Wert abweichende Abfindung vorzusehen. Der Raum für individuelle Gestaltungen bleibt freilich durch die relevanten allgemeinen Rechtsgrundsätze begrenzt. Die Abfindung darf demnach nicht willkürlich bemessen werden. Es ist aber beispielsweise möglich, aus Praktikabilitätsgründen auf den Steuerwert (kantonale Bewertung der Stammanteile für die Zwecke der Vermögenssteuer) oder auf den Substanzwert abzustellen. Es steht zudem offen, in den Statuten besondere Modalitäten der Abfindung vorzusehen; so kann die Ausrichtung der Abfindung gestaffelt oder an Stelle einer Barabfindung eine andere Art der Entschädigung bestimmt werden.

Ein entsprechender Freiraum zur Festsetzung der Abfindung wird nur für den Austritt, nicht aber für den Ausschluss vorgesehen, weil beim Ausschluss eine einvernehmliche Grundlage fehlt und statutarische Regelungen zu enteignungsähnlichen Tatbeständen führen könnten.

#### *Art. 825a (neu)*    Auszahlung der Abfindung

Die Regelung der Auszahlung macht deutlich, wie ausserordentlich komplex sich das Ausscheiden einzelner Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus einer Kapitalgesellschaft gestaltet. Es gilt dabei eine Schädigung der Gläubigerinnen und Gläubiger auszuschliessen und die Interessen der Gesellschaft sowie der ausscheidenden und der verbleibenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter gegeneinander abzugrenzen.

*Absatz 1* regelt die Fälligkeit der Abfindung:

- Die Abfindung wird grundsätzlich mit dem Ausscheiden einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters fällig, aber nur soweit die Gesellschaft über verwendbares Eigenkapital verfügt (*Ziff. 1*). Im Rahmen der Vorschriften zum Erwerb eigener Stammanteile steht es der Gesellschaft offen, die Anteile der ausscheidenden Person bis zur Höchstgrenze von 35 Prozent des Stammkapitals zu übernehmen. Anders als bei den Voraussetzungen für den Erwerb eigener Stammanteile (s. Art. 783 Abs. 1 E OR) wird für die Fälligkeit der Abfindung nicht auf «frei verwendbares Eigenkapital» abgestellt, sondern auf «verwendbares Eigenkapital»: Für die Auszahlung der Abfindung sollen alle über das Stammkapital, die Reserve für eigene Stammanteile, gegebenenfalls die Aufwertungsreserve und den gesperrten Teil der Allgemeinen Reserven hinausgehenden Teile des Eigenkapitals verwendet werden können. Für besondere Zwecke vorgesehene Reserven – wie insbesondere Dividenden- und Wiederbeschaffungsreserven – sind demnach für die Auszahlung von Abfindungen heranzuziehen, obschon es sich dabei um Eigenkapital handelt, das nicht frei verwendbar ist. Auf diese Weise wird

vermieden, dass die Auszahlung einer Abfindung durch die Bildung besonderer Reserven vereitelt werden kann.

- Nach *Ziffer 2* wird die Abfindung fällig, soweit die Gesellschaft die Stammanteile der ausscheidenden Person veräußern kann. Diese Regelung schliesst eine Berufung auf die Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen ohne Angabe von Gründen (vgl. Art. 786 E OR) sachlich aus. Die Gelegenheit zur Veräußerung der Stammanteile bewirkt ohne weiteres die Fälligkeit der Abfindung.
- Nach *Ziffer 3* wird die Abfindung fällig, soweit die Gesellschaft ihr Stammkapital unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften herabsetzen darf (vgl. Art. 782 E OR).

Der Entscheid darüber, ob für die Auszahlung der Abfindung genügend verwendbares Eigenkapital vorhanden ist, kann nicht den Geschäftsführerinnen und Geschäftsführern bzw. den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern allein überlassen bleiben; nach *Absatz 2* muss daher eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor die Höhe des verwendbaren Eigenkapitals feststellen (vgl. Abs. 1 Ziff. 1). Reicht dieses zur Auszahlung der Abfindung nicht aus, so muss die Revisorin oder der Revisor zudem zur Frage Stellung nehmen, wie weit das Stammkapital unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften herabgesetzt werden darf (vgl. Abs. 1 Ziff. 3; das Erfordernis einer besonders befähigten Revisorin oder eines besonders befähigten Revisors entspricht Art. 732 Abs. 2 i.V.m. 782 Abs. 4 E OR).

Falls die Abfindung im Zeitpunkt des Ausscheidens nicht vollständig ausbezahlt wird, steht der ausgeschiedenen Gesellschafterin oder dem ausgeschiedenen Gesellschafter nach *Absatz 3* eine unverzinsliche nachrangige Forderung in der Höhe des nicht ausbezahlten Teils zu. Das Guthaben für die Abfindung soll den übrigen Forderungen im Rang nachgehen, weil es sich um die Rückleistung einer Beteiligung am Eigenkapital handelt.

Der nicht ausbezahlte Teil der Abfindung wird fällig, soweit im jährlichen Geschäftsbericht verwendbares Eigenkapital (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1 Ziff. 1) festgestellt wird. Die Ausrichtung einer geschuldeten Abfindung geht somit der Ausschüttung von Dividenden vor. Dadurch wird ein gewisser Druck für eine rasche Abwicklung des Ausscheidens geschaffen. Es ist zudem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Abfindung nicht verzinst werden muss.

So lange ihre Abfindung noch nicht vollständig ausbezahlt ist, können ausgeschiedene Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach *Absatz 4* verlangen, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle bezeichnen muss. Diese optionale Revisionspflicht dient dazu, die Zuverlässigkeit des Geschäftsberichts im Hinblick auf die Regelung von *Absatz 3* zu gewährleisten.

In steuerlicher Hinsicht ist der durch die GmbH abzugeltende Abfindungsanspruch sowohl bei der direkten Bundessteuer als auch bei der Verrechnungssteuer Beteiligungsertrag.

### **2.1.4.3 Liquidation**

*Art. 826*

*Absatz 1* räumt jeder Gesellschafterin und jedem Gesellschafter einen Anspruch auf einen Anteil am Liquidationsergebnis ein. Die Aufteilung erfolgt im Verhältnis der Nennwerte der Stammanteile, wobei geleistete Nachschüsse dem Nennwert zuzurechnen sind. Die Regelung der Aufteilung ist dispositiver Natur: Die Statuten können auf die Berücksichtigung geleisteter Nachschüsse verzichten oder so genannte Vorzugsstammanteile vorsehen, die Vorrechte betreffend den Liquidationsanteil vermitteln (Art. 776a Abs. 1 Ziff. 5 und 799 E OR sowie Art. 654 und 656 OR). Für die Auflösung der Gesellschaft mit Liquidation finden nach *Absatz 2* im Übrigen die Vorschriften des Aktienrechts entsprechende Anwendung (s. Art. 739 ff. OR).

### **2.1.5 Fünfter Abschnitt: Verantwortlichkeit**

*Art. 827*

Für die Verantwortlichkeit von Personen, die bei der Gründung mitwirken oder mit der Geschäftsführung, der Revision oder der Liquidation befasst sind, wird (wie bisher) auf die entsprechenden Bestimmungen des Aktienrechts verwiesen. Für die Verantwortlichkeit soll auch in der GmbH ein materieller Organbegriff massgebend sein. Eine Verweisung auf die Haftung für den Emissionsprospekt fehlt (vgl. Art. 752 OR), da in der GmbH ein öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile nicht möglich ist (s. Art. 781 Abs. 3 E OR).

## **2.2 Änderung anderer Bestimmungen des Obligationenrechts**

### **2.2.1 Recht der Kollektivgesellschaft**

*Art. 554*      Registereintrag

Der Inhalt der Eintragung ins Handelsregister soll neu für alle Gesellschaftsformen in der Handelsregisterverordnung geregelt werden, da es sich dabei um Einzelheiten eher technischer Natur handelt. Eine entsprechende Delegation wird im Handelsregisterrecht in Artikel 929 Absatz 1 E OR vorgesehen (s. dazu die Ausführungen zu dieser Bestimmung). Der bisherige Absatz 2 von Artikel 554 OR kann demnach entfallen. Die Bestimmung bleibt im Übrigen unverändert (abgesehen von einer redaktionellen Änderung in der französischen Fassung).

## 2.2.2 Recht der Kommanditgesellschaft

Art. 596 Randtitel, Abs. 1 und 2  
Registereintrag

*Absatz 2* kann gestrichen werden, da der Inhalt des Handelsregisters neu in der Handelsregisterverordnung geregelt werden soll (s. dazu die Ausführungen zu Art. 929 Abs. 1 E OR). *Absatz 3* ist beizubehalten, weil die Eintragung ins Handelsregister für Sacheinlagen eine materielle Gültigkeitsvoraussetzung darstellt (s. auch Art. 642 E OR).

## 2.2.3 Aktienrecht

Art. 625 Aktionärinnen und Aktionäre

Nach geltendem Recht muss die Aktiengesellschaft bei der Gründung mindestens drei Aktionärinnen oder Aktionäre zählen. Wie in der GmbH will der Entwurf neu die Gründung von Einpersonenaktiengesellschaften ermöglichen (s. dazu vorne Ziff. 1.3.2 sowie die Ausführungen zu Art. 775 E OR). Mit der Neuformulierung wird überdies klargestellt, wer Aktionärin oder Aktionär sein kann (s. dazu die Ausführungen zu Art. 775 E OR). Die bisher in *Absatz 2* vorgesehene Sanktion kann entfallen; das Vorgehen beim Fehlen der vorgeschriebenen Organe wird künftig in Artikel 731b E OR geregelt.

Die Zulassung von Einpersonengesellschaften in Artikel 625 E OR findet ungeachtet der allgemeinen Verweisungsnorm in Artikel 764 Abs. 2 OR keine Anwendung für *Kommanditaktiengesellschaften*, da für diese Rechtsform begriffsnotwendigerweise zwei Arten von Aktionären (gewöhnliche und unbeschränkt haftende Aktionäre) gegeben sein müssen<sup>70</sup>. Für die Gründung und den Bestand einer Kommanditaktiengesellschaft sind daher aus sachlichen Gründen stets zumindest zwei Aktionäre erforderlich.

Art. 628 Abs. 4 *zweiter Satz* Aufhebung von Statutenbestimmungen über  
beabsichtigte Sachübernahmen

Mit einer Ergänzung von Absatz 4 wird klargestellt, dass statutarische Bestimmungen über Sachübernahmen auch vor Ablauf der allgemeinen Frist von 10 Jahren gestrichen werden dürfen, wenn die Gesellschaft endgültig auf entsprechende Sachübernahme verzichtet.

Art. 631 Belege

Die Regelung der Belege zum Errichtungsakt wird mit derjenigen des GmbH-Rechts in Übereinstimmung gebracht (s. dazu die Ausführungen zu Art. 777b E OR).

<sup>70</sup> Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, § 17 N 2 und 22 ff.

*Art. 640* Eintragung in das Handelsregister; Gesellschaft

Neben dem Grundsatz der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister am Ort ihres Sitzes (Abs. 1) regelt das geltende Recht in dieser Bestimmung auch die Anmeldung beim Handelsregister, deren Unterzeichnung sowie die Anmeldung der Personen, welche die Gesellschaft vertreten (Abs. 2 bis 4). Der Entwurf sieht dazu im Handelsregisterrecht eine einheitliche Regelung für alle Rechtsformen vor, wobei teilweise eine Ordnung auf Verordnungsstufe ermöglicht wird (s. Art. 929 Abs. 1 und 931a E OR sowie die Ausführungen zu diesen Bestimmungen). Die bisherigen *Absätze 2 bis 4* können daher gestrichen werden.

*Art. 641* Eintragung in das Handelsregister;  
Zweigniederlassungen

Diese Bestimmung umschreibt im geltenden Recht den Inhalt der Eintragungen von Aktiengesellschaften im Handelsregister. Weil es sich dabei um Einzelheiten eher technischer Natur handelt, sieht der Entwurf eine Delegation zur Regelung in der Handelsregisterverordnung vor (s. dazu Art. 929 Abs. 1 E OR sowie die Ausführungen zu dieser Bestimmung).

Im neuen Artikel wird die Eintragung von Zweigniederlassungen ins Handelsregister geregelt (bisher Art. 642 OR). Zu Gunsten einer einheitlichen Ordnung im Handelsregisterrecht kann dabei auf eine Vorschrift zur Anmeldung (bisher Art. 642 Abs. 2 OR) verzichtet werden. (s. Art. 929 Abs. 1 und 931a E OR sowie die Ausführungen zu diesen Bestimmungen; ebenso Art. 778a E OR).

*Art. 642* Eintragung in das Handelsregister;  
Sacheinlagen, Sachübernahmen, besondere Vorteile

Der Inhalt der Eintragung im Handelsregister soll neu grundsätzlich in der Handelsregisterverordnung festgehalten werden (s. Art. 929 Abs. 1 E OR). Das Erfordernis der Eintragung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen ist jedoch materiellrechtlicher Natur. Die entsprechende Eintragungspflicht muss daher weiterhin auf Gesetzesstufe vorgesehen bleiben. Für die Rechtsfolgen der Verletzung der Eintragungspflicht sind die Umstände zu berücksichtigen, wie dies in der Literatur betreffend das Erfordernis der Angabe von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen in den Statuten aufgezeigt wurde<sup>71</sup> (die Eintagung im Handelsregister unterbleibt meist dann, wenn auch in den Statuten eine entsprechende Angabe fehlt, da die Statuten als Beleg für die Eintragung dienen).

*Art. 643 Abs. 3 zweiter Satz* Erwerb der Persönlichkeit; Zeitpunkt;  
mangelnde Voraussetzungen

*Absatz 3* regelt die Auflösung der Gesellschaft durch den Richter bei Gründungsmängeln. Der letzte Satz sieht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor und macht diese davon abhängig, ob bereits eine Klage in der Hauptsache rechtshängig ist. Da je nach den Regelungen des kantonalen Zivilprozessrechts vorsorgliche Massnahmen bereits vor diesem Zeitpunkt beantragt werden können, führt

<sup>71</sup> S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 103 ff.



dies zu einer ungewollten Einschränkung. Der entsprechende Satz ist daher zu streichen.

*Art. 647 Statutenänderung*

Auf Grund der einheitlichen Neuregelung der Eintragung ins Handelsregister im Handelsregisterrecht ist die vorliegende Bestimmung derjenigen im GmbH-Recht anzugleichen (es wird auf die Ausführungen zu Art. 780 E OR verwiesen; s. auch Art. 929 Abs. 1 und 931a E OR sowie Art. 932 OR).

*Art. 662 Randtitel Geschäftsbericht*

Diese Änderung betrifft nur den französischen Gesetzestext.

*Art. 698 Abs. 2 Einführungssatz Befugnisse der Generalversammlung*

Diese Änderung betrifft nur den französischen und den italienischen Gesetzestext.

*Art. 702a (neu) Teilnahme der Mitglieder des Verwaltungsrates an der Generalversammlung*

Der Entwurf sieht vom Erfordernis ab, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates mindestens eine Aktie halten müssen («Pflichtaktie»; s. Art. 707 Abs. 1 E OR). Auch wenn sie nicht Aktionärinnen oder Aktionäre sind, müssen sie dennoch an der Generalversammlung teilnehmen und Anträge stellen können.

*Art. 703 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung des Randtitels.

*Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 Wichtige Beschlüsse*

Nach dem bisherigen Recht gilt nur die Auflösung einer Aktiengesellschaft ohne Liquidation als wichtiger Beschluss, nicht aber die Auflösung mit Liquidation. Da die Auflösung jedoch in jedem Fall für alle an einer Gesellschaft beteiligten Personen von grösster Bedeutung sein kann, sollen für den Auflösungsbeschluss in Übereinstimmung mit dem GmbH-Recht stets die Anforderungen an wichtige Beschlüsse beachtet werden (vgl. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 10 E OR). Die so genannte Auflösung ohne Liquidation (so insbesondere durch Fusion) wird zukünftig im Fusionsgesetz geregelt<sup>72</sup>.

*Art. 705, 706 und 706b Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

*Art. 707 Abs. 1 und 2 Wählbarkeit des Verwaltungsrates*

Nach dem geltenden Recht müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates Aktionärinnen oder Aktionäre sein (*Abs. 1*). Werden andere Personen in den Verwaltungsrat

<sup>72</sup> S. Art. 18 und Art. 43 Abs. 2 E FusG; BBl 2000 4539 und 4548.

gewählt, so dürfen sie ihr Amt erst antreten, nachdem sie Aktionärinnen beziehungsweise Aktionäre geworden sind (*Abs. 2*). Zwar erscheint der Gedanke, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates an der Gesellschaft beteiligt sein sollten, um das wirtschaftliche Risiko mitzutragen, grundsätzlich nach wie vor zutreffend. Für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzung der Aktionärsenschaft genügt allerdings das Eigentum an einer einzigen Aktie, die zudem treuhänderisch gehalten werden darf. Das Erfordernis einer «Pflichtaktie» kommt demzufolge einer blossen Formalie gleich und wurde daher in der Literatur zu Recht hinterfragt<sup>73</sup>. Anders als im Aktienrecht kann die Geschäftsführung in der GmbH sowohl nach dem geltenden Recht als auch nach dem Entwurf an Personen übertragen werden, die nicht Gesellschafterinnen oder Gesellschafter zu sein brauchen (s. Art. 812 OR; Art. 809 Abs. 1 E OR). Es wird vorgeschlagen, die Wahlvoraussetzungen für Mitglieder des Verwaltungsrates mit dem GmbH-Recht zu harmonisieren und auf das Erfordernis einer «Pflichtaktie» zu verzichten. In der Folge muss die Teilnahme der Mitglieder des Verwaltungsrats an der Generalversammlung klargestellt werden (s. Art. 702a E OR).

#### *Art. 708* Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder des Verwaltungsrates

Nach Artikel 708 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats mehrheitlich Personen sein, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen. Für Holdinggesellschaften mit Beteiligungen im Ausland können Ausnahmen von dieser Regel bewilligt werden, wobei stets ein zur Vertretung der Gesellschaft befugtes Mitglied des Verwaltungsrates in der Schweiz wohnhaft sein muss. Diese Regelung erscheint in einer zunehmend internationalen Wirtschaft nicht mehr sachgerecht: Sie schafft einen Standortnachteil und kann Diskriminierungen von in der Schweiz lebenden Personen mit ausländischem Bürgerrecht bewirken. Der Entwurf schlägt daher vor, für die GmbH und die Aktiengesellschaft eine einheitliche Neuregelung zu schaffen (vgl. Art. 814 E OR). Es soll nur noch verlangt werden, dass eine der Personen, welche die Gesellschaft vertreten können, in der Schweiz Wohnsitz hat. Dabei kann es sich um ein Mitglied des Verwaltungsrates, aber auch um eine Direktorin oder einen Direktor handeln (Art. 718 Abs. 3 E OR; es wird auf die Ausführungen zu Art. 814 E OR verwiesen).

#### *Art. 709 und 710 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

#### *Art. 711* Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat

Das geltende Recht regelt in diesem Artikel die Anmeldung des Ausscheidens von Mitgliedern des Verwaltungsrates beim Handelsregister. Der Entwurf sieht in Bezug auf die Löschung von Personen, die als Mitglied eines Organs im Handelsregister eingetragen sind, eine einheitliche Ordnung für alle juristischen Personen vor (s. Art. 938b E OR). Die vorliegende Bestimmung kann daher aufgehoben werden.

<sup>73</sup> S. insbes. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1467 ff.; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 27 N 2 ff.; Martin Wehrli, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, Art. 707 N 6 ff.

*Art. 716a Abs. 1 Einleitungssatz*

Diese Änderung betrifft nur den italienischen Gesetzestext.

*Art. 718 Abs. 3 (neu)* Vertretung der Gesellschaft durch eine  
Person mit Wohnsitz in der Schweiz

Der neue Absatz 3 tritt an die Stelle von Artikel 708 OR und stimmt mit Artikel 814 E OR im GmbH-Recht überein. Es kann auf die Ausführungen zu diesen beiden Bestimmungen verwiesen werden.

*Art. 718b (neu)* Verträge zwischen der Gesellschaft und  
ihrer Vertreterin oder ihrem Vertreter

Der Vorentwurf sah in Anlehnung an das Recht der Europäischen Gemeinschaft<sup>74</sup> vor, dass Verträge zwischen einer Alleinaktionärin oder einem Alleinaktionär und der von dieser Person vertretenen Gesellschaft schriftlich abzuschliessen sind. Ausgenommen blieben Verträge des laufenden Geschäfts zu Marktbedingungen (Art. 717 Abs. 3 VE OR). Diese Regelung wurde in der Vernehmlassung überwiegend begrüsst, da sie der Rechtsklarheit und damit den Interessen aller Betroffenen diene. Es wurde jedoch eingewendet, es sei nicht einzusehen, wieso diese Bestimmung nur für Einpersonengesellschaften gelten solle. Auch sei die Einschränkung auf Verträge, die nicht zu Marktbedingungen abgeschlossen werden, zu wenig klar.

Der Entwurf nimmt diese Kritik auf und verlangt für Verträge zwischen der Gesellschaft und derjenigen Person, durch welche die Gesellschaft beim Vertragsschluss vertreten wird, allgemein die Schriftform<sup>75</sup>. Dabei muss ohne Belang bleiben, ob es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt. Um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden, soll im Rahmen des laufenden Geschäfts bis zum Betrag von 1000 Franken auf die Schriftlichkeit verzichtet werden dürfen. Ohne besondere Form gültig sind demnach Kleinverträge im Bereich des üblichen Geschäfts der Gesellschaft. Die Freigrenze bezieht sich auf Preise, wie sie Dritten verrechnet werden. Der Wert der Leistung innerlich zusammenhängender Verträge ist zusammenzurechnen. Verträge, die Leistungen beinhalten, die sich nicht in Geld beziffern lassen, sind stets schriftlich abzufassen. Die vorgesehene Formvorschrift findet auch für die GmbH und die Genossenschaft Anwendung (Art. 814 Abs. 4 und 899a E OR).

*Art. 719, 720 und 721 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

*Art. 722 Randtitel*

Der Randtitel wird rein redaktionell modifiziert.

<sup>74</sup> S. Art. 5 der 12. Richtlinie; 89/667/EWG; AB1 Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 40 ff.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 11 ff. OR. Vorbehalten bleiben weitergehende andere gesetzliche Formvorschriften.

*Art. 727c Abs. 1 Ziff. 3 Bst. c*      Besonders befähigte Revisorinnen und Revisoren

Die vorliegende Bestimmung legt fest, unter welchen Voraussetzungen Gesellschaften eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor beiziehen müssen. Zur Vereinheitlichung der Gesetzessprache und zur Klarstellung soll der Begriff der «Arbeitnehmer» durch denjenigen der «Vollzeitleisten» ersetzt werden (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 Bst. c E OR sowie Art. 2 Bst. e Ziff. 3 E FusG<sup>76</sup>). Eine materielle Änderung ergibt sich daraus nicht.

*Art. 727e Abs. 4*      Löschung im Handelsregister

Der Entwurf regelt die Löschung der als Organ im Handelsregister eingetragenen Personen für alle Rechtsformen mit juristischer Persönlichkeit gemeinsam (s. Art. 938b E OR). *Absatz 4* kann daher aufgehoben werden.

*Art. 727f*      Einsetzung einer Revisorin oder eines Revisors durch das Gericht

Das geltende Recht sieht ein Verfahren zur Bestimmung der Revisionsstelle durch das Gericht vor. Auf Grund einer Neuordnung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft (s. Art. 731b E OR) kann Artikel 727f OR entfallen.

*Art. 731b (neu)*      Mängel in der Organisation der Gesellschaft

Der Entwurf sieht eine vollständige Neuordnung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft vor. Eine Neuregelung erscheint aus den folgenden Gründen erforderlich:

- Bezeichnet eine Aktiengesellschaft selbst keine Revisionsstelle, so bestimmt der Richter nach Artikel 727f OR eine Revisorin oder einen Revisor. Diese Vorschrift erwies sich jedoch in der Praxis als unzulänglich, da Revisorinnen und Revisoren ein Mandat meist nur gegen einen Kostenvorschuss annehmen und sich zudem die Möglichkeiten richterlicher Zwangsmassnahmen als unklar und ungenügend herausstellten.
- Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts sollen vormundschaftliche Massnahmen auf natürliche Personen beschränkt werden. Die Möglichkeit der Ernennung eines Beistandes für juristische Personen nach Artikel 393 Ziffer 4 ZGB ist daher zu ersetzen.
- Die bisherigen rechtlichen Grundlagen für das Vorgehen bei Mängeln in der Organisation von Gesellschaften sind zahlreich und unübersichtlich und zudem ungenügend aufeinander abgestimmt<sup>77</sup>.

Die vorliegende Bestimmung will eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft schaffen. Erfasst werden sowohl das Fehlen als auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung obligatorischer Organe. Die Fälle der Durchsetzung zwingender Vorgaben werden gegenüber dem geltenden Recht nicht erweitert,

<sup>76</sup> S. BBl 2000 4532.

<sup>77</sup> S. Art. 625 Abs. 2, Art. 708 Abs. 4, Art. 727e Abs. 3, Art. 727f und Art. 740 Abs. 3 OR; Art. 393 Ziff. 4 ZGB; Art. 86 Abs. 1<sup>bis</sup> bis 3 HRegV.

sondern nur einheitlich geregelt. Unter diese Vorschrift fallen insbesondere die folgenden Tatbestände: Die Handlungsunfähigkeit eines Gesellschaftsorgans, das Fehlen eines Verwaltungsrates (Art. 707 OR), das Fehlen eines Präsidenten des Verwaltungsrates (Art. 711 OR), das Fehlen einer Revisionsstelle (Art. 727 OR), das Verletzen der Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 727a ff. OR) sowie die Verletzung von Wohnsitzerfordernissen (Art. 718 Abs. 3 E OR und Art. 727 Abs. 2 OR).

Ähnlich wie bei der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (s. Art. 736 Ziff. 4 OR) muss dem Gericht ein hinreichender Handlungsspielraum gewährt werden, weil es die konkreten Umstände zu berücksichtigen gilt und weil sowohl vom Fehlen eines Organs als auch von Zwangsmassnahmen nicht nur die Gesellschaft und deren Aktionärinnen und Aktionäre, sondern auch Dritte berührt werden können (insbes. Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer).

Fehlt einer Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtsgenügend zusammengesetzt, so soll eine Aktionärin oder ein Aktionär, eine Gläubigerin oder ein Gläubiger sowie die Handelsregisterführerin oder der Handelsregisterführer (vgl. Art. 941a E OR) dem Gericht beantragen können, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (*Abs. 1*). Es liegt daraufhin beim Gericht, die Anordnungen zu treffen, die nach den Umständen zur Durchsetzung der zwingenden gesetzlichen Vorgaben geeignet erscheinen. Auf Grund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit besteht keine Bindung an auffällige spezifizierte Anträge der Parteien. Die Richterin oder der Richter kann insbesondere:

- der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine *Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* ansetzen (*Ziff. 1*);
- *das fehlende Organ ernennen* (*Ziff. 2*), so beispielsweise in andauernden Pattsituationen oder bei Handlungsunfähigkeit der einzigen Aktionärin oder des einzigen Aktionärs;
- als befristete Massnahme *eine Sachwalterin oder einen Sachwalter ernennen* (*Ziff. 2*)<sup>78</sup>, wobei die Kompetenzen im Urteil zu bestimmen sind (bspw. die Führung der Geschäfte oder die Behebung eines Mangels);
- die *Gesellschaft auflösen* und ihre *Liquidation* nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (*Ziff. 3*).

Wird eine zwangsweise Liquidation angeordnet, so gelangen die Vorschriften über den Konkurs auch dann sinngemäss zur Anwendung, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Eine entsprechende Zwangsmassnahme ist erforderlich, da sich in der Praxis gezeigt hat, dass Gesellschaften, die nach Artikel 625 Absatz 2 OR durch das Gericht aufgelöst wurden, ihre Geschäftstätigkeit ungehindert fortsetzen.

Soweit dies sachlich notwendig ist, hat das Gericht die Dauer der getroffenen Massnahme festzusetzen (so insbesondere bei der Bestellung eines Organs und der Ernennung eines Sachwalters; *Abs. 2*). Es versteht sich von selbst, dass richterliche Anordnungen von der Generalversammlung weder widerrufen noch durch andere Beschlüsse derogiert werden dürfen<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Die Ernennung eines Sachwalters wird bereits in Art. 725a OR vorgesehen.

<sup>79</sup> Vgl. BGE 126 III 283 ff.

Die Kosten sämtlicher Massnahmen sind durch die Gesellschaft zu tragen. Das Gericht kann diese auch verpflichten, den ernannten Personen (so der Revisionsstelle oder dem Sachwalter) einen Vorschuss zu leisten (*Abs. 2*).

*Absatz 3* sieht zum Schutz der Gesellschaft vor, dass diese vom Gericht die Abberufung gerichtlich eingesetzter Personen verlangen kann, sofern dafür ein wichtiger Grund vorliegt.

Durch gesetzliche Verweisungen gelangt Artikel 731*b* E OR auch für die GmbH und die Genossenschaft zur Anwendung (s. Art. 819 und 910*a* E OR). Für den Verein und die Stiftung sind auf Grund der Besonderheiten dieser Rechtsformen differenzierte Vorschriften zu schaffen (s. Art. 69*a* bzw. 83 E ZGB).

#### *Art. 732 Abs. 5* Herabsetzung des Aktienkapitals im Fall einer Sanierung

Nach dem geltenden Recht darf das Aktienkapital in keinem Fall unter 100 000 Franken herabgesetzt werden. Dieser Wortlaut steht im Widerspruch zur Zulässigkeit der Herabsetzung auf null im Rahmen einer Sanierung, sofern das Kapital verbunden mit der Herabsetzung wieder erhöht wird. Die Wiedererhöhung muss jedoch gemeinsam mit der Herabsetzung erfolgen und die Schranke von 100 000 Franken beachten. Um einen grammatikalischen Widerspruch zur neuen Bestimmung über die Vernichtung von Aktien anlässlich einer Sanierung (Art. 732*a* E OR) zu vermeiden, wird Artikel 732 Absatz 5 OR neu redigiert und damit die einzige Ausnahme von der Vorschrift zum Mindestkapital (Art. 621 OR) klar umschrieben.

#### *Art. 732a (neu)* Vernichtung von Aktien im Fall einer Sanierung

Hat eine Gesellschaft einen Kapitalverlust im Sinne von Artikel 725 Absatz 1 OR erlitten, so kann die Generalversammlung als Sanierungsmassnahme unter anderem einen so genannten «Kapitalschnitt» beschliessen. Ist nach einer objektiven Beurteilung das Aktienkapital vollständig verloren, so ist es möglich, dieses auf null herabzusetzen und zugleich wieder zu erhöhen, wobei die bisherigen Aktien vernichtet werden. In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass die bisherigen Aktionärinnen und Aktionäre ihre Gesellschafterstellung ungeachtet der Vernichtung ihrer Aktien beibehalten und selbst dann, wenn sie sich nicht an der Wiedererhöhung des Kapitals beteiligen, ein minimales Stimmrecht (d.h. zumindest eine Stimme) bewahren<sup>80</sup>.

Auf Grund dieser Rechtsprechung entstehen Aktionärinnen und Aktionäre, die entgegen der Grundstruktur der Aktiengesellschaft nicht mehr am Aktienkapital beteiligt sind. Der Entscheid des Bundesgerichts wurde daher in der Literatur zu Recht kritisiert<sup>81</sup>. Die Gesellschafterstellung ist in der Kapitalgesellschaft zwingend mit einer Beteiligung am Risikokapital verbunden. Geht dieses Risikokapital verloren, muss dementsprechend auch die damit verbundene Beteiligung ein Ende finden. Personen, die weder am Aktienkapital noch am wirtschaftlichen Erfolg der Gesell-

<sup>80</sup> Vgl. BGE 121 III 420 ff., insbes. S. 429 ff., Erwägung 4c.

<sup>81</sup> S. Bernhard Bodmer, Urteil der 1. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 7. Juli 1995 in Sachen T. AG gegen E. AG und M. AG, in: SZW 68 (1996) 285 ff.; Peter Böckli, Kapitalschnitt zwecks Sanierung: Untergang der alten Mitgliedschaftsrechte zufolge Kapitalherabsetzung, in: REPRAX 1/02 S. 1 ff.

schaft teilhaben, weisen kein sachlich begründetes Interesse an der Ausübung des Stimmrechts auf; eine frühere Beteiligung kann dazu nicht ausreichen. Die Einräumung des Stimmrechts an Personen, die über keine Aktien mehr verfügen, lässt eine Art «Phantom-Aktionärinnen» und «Phantom-Aktionäre» entstehen, denen eine gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsstellung zukommt. Dies kann nicht nur eine Erschwerung der Sanierung zur Folge haben, sondern führt zu zahlreichen Rechtsfragen und praktischen Schwierigkeiten während der gesamten weiteren Dauer der Gesellschaft (bspw. bei einer Fusion).

Um diesen Problemen zu begegnen, sieht der Entwurf eine gesetzliche Ordnung der Vernichtung von Aktien im Rahmen einer Sanierung vor. Sämtliche Rechte, die aus der Beteiligung am Aktienkapital fließen, sollen gemäss dessen Charakter als Risikokapital untergehen, wenn das Aktienkapital zufolge eines Kapitalverlustes als vollständig verloren betrachtet werden muss. *Absatz 1* hält demnach fest, dass die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre entfallen, wenn das Aktienkapital zum Zwecke der Sanierung auf null herabgesetzt und sogleich wieder erhöht wird (zum Übergangsrecht s. Art. 10 UeB.). Ausgegebene Aktien sind dabei zu vernichten. Diese Regelung bleibt auf Fälle beschränkt, in denen die Kombination einer Kapitalherabsetzung mit einer Kapitalerhöhung dem Zweck der Sanierung dient.

Der grundsätzlich nicht entziehbaren Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre muss im Falle eines gänzlichen Kapitalverlustes dadurch Rechnung getragen werden, dass ihnen ein unbedingtes und unentziehbares Recht zugestanden wird, sich im Ausmass ihres bisherigen Aktienbesitzes an der Wiedererhöhung des Aktienkapitals zu beteiligen. *Absatz 2* räumt den bisherigen Aktionärinnen und Aktionären demgemäss bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals ein zwingendes und unentziehbares Bezugsrecht ein.

Eine Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken kann nicht nur durch eine Vernichtung von Aktien, sondern auch durch eine Herabsetzung des Nennwerts der Aktien erfolgen. Dabei muss allerdings der Mindestnennwert von einem Rappen beachtet werden (Art. 622 Abs. 4 OR). Die Möglichkeit, den Nennwert im Fall einer Sanierung unter den gesetzlichen Mindestwert herabzusetzen, wurde im Zusammenhang mit der Reduktion des Mindestnennwerts von 10 Franken auf nur einen Rappen richtigerweise aufgegeben<sup>82</sup>. Ist selbst dieser Mindestnennwert nicht mehr durch Aktiven gedeckt, so erweist sich eine Vernichtung der bisherigen Aktien als zwingend. In Ergänzung zur Revision von Artikel 622 OR schafft die vorliegende Bestimmung die nötige Rechtssicherheit für die Vernichtung bisheriger Aktien.

#### *Art. 733, 734 und 735 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

#### *Art. 740 Abs. 3* Bestellung und Abberufung der Liquidatorinnen und Liquidatoren

Das Verfahren zur gerichtlichen Ernennung einer Liquidatorin oder eines Liquidators mit Wohnsitz in der Schweiz wird durch die Regelung von Artikel 731*b* E OR ersetzt. Der zweite Satz von Artikel 740 Absatz 3 E OR ist daher zu streichen.

<sup>82</sup> Zur Revision von Art. 622 Abs. 4 OR, s. BBI 2000 4493, 4568, 5501 ff., 6113; AB 2000 S. 585 und 944, N. S. 1317 und 1616; AS 2001 1047.

## 2.2.4 Recht der Kommanditaktiengesellschaft

*Art. 765 Abs. 2* Bezeichnung und Befugnisse der Verwaltung

Die vorliegende Bestimmung soll in Anlehnung an die unbestrittene Handelsregisterpraxis vervollständigt werden. Die Mitglieder der Verwaltung und die zur Vertretung befugten Personen sind unter Angabe ihres Namens, Wohnsitzes, Heimatortes sowie gegebenenfalls ihrer Funktion ins Handelsregister einzutragen.

## 2.2.5 Recht der Genossenschaft

*Art. 831 Abs. 2* Zahl der Mitglieder

Kennzeichnend für die Rechtsform der Genossenschaft ist die Förderung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe (s. Art. 828 Abs. 1 OR)<sup>83</sup>.<sup>84</sup> Der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe setzt jedoch wesensnotwendigerweise eine Mehrzahl von Personen voraus. Anders als in der GmbH und in der Aktiengesellschaft (s. Ziff. 1.3.2 sowie die Ausführungen zu Art. 625 und 775 E OR) erscheinen die Gründung und der Bestand von Einpersonenunternehmen als Genossenschaften demzufolge nicht sachgerecht. Von der Zulassung von Einpersonengenossenschaften ist daher abzusehen.

Die vorliegende Bestimmung muss aber der Neuregelung für die Behebung von Mängeln in der Organisation angepasst werden (s. Art. 731b i.V.m. 910a E OR). Die Durchsetzung einer Personenmehrheit ist im Hinblick auf den bewusst beschränkten Verwendungszweck der Rechtsform der Genossenschaft unabdingbar.

*Art. 835* Eintragung in das Handelsregister; Genossenschaft

Neben dem Grundsatz der Eintragung der Genossenschaft ins Handelsregister (Abs. 1) regelt das geltende Recht in dieser Bestimmung auch die Anmeldung beim Handelsregister, deren Unterzeichnung (Abs. 3 und 4) sowie die Anmeldung der Mitglieder der Verwaltung und der Personen, welche die Genossenschaft vertreten (Abs. 2). Der Entwurf sieht dazu eine einheitliche Regelung für alle Rechtsformen vor, wobei eine Teilnormierung auf Verordnungsstufe ermöglicht wird (s. Art. 929 Abs. 1 und 931a E OR sowie die Ausführungen zu diesen Bestimmungen). Die bisherigen *Absätze 2 bis 4* können daher gestrichen werden.

*Art. 836* Eintragung in das Handelsregister; Zweigniederlassungen

Im geltenden Recht regelt die vorliegende Bestimmung den Inhalt der Eintragung im Handelsregister, die Veröffentlichung eines Auszugs dieser Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie die Einsichtnahme in das Verzeichnis der

<sup>83</sup> Dazu statt vieler Peter Forstmoser, in: Berner Kommentar VII/4, Bern 1972, Art. 828 N 93 ff. und Art. 831 N 26.

<sup>84</sup> Vorbehalten bleibt die Genossenschaft mit gemeinnützigem Zweck gemäss Art. 92 Abs. 2 HRegV. Für gemeinnützige Ziele stehen aber auch andere Rechtsformen zur Verfügung.



Genossenschafterinnen und Genossenschafter. Die Regelung des Inhalts der Eintragung wird vom Entwurf für alle Rechtsformen in die Handelsregisterverordnung verwiesen (s. Art. 929 Abs. 1 E OR). Die heutige Anordnung einer bloss teilweisen Veröffentlichung der Eintragung weicht ohne überzeugenden Grund von den Vorschriften für andere Rechtsformen ab (vgl. Art. 931 OR) und hat sich als nicht praxistgerecht herausgestellt; der Entwurf verzichtet daher auf eine Sonderregelung. Das Verzeichnis der Genossenschafterinnen und Genossenschafter wird neu in der nachfolgenden Bestimmung vorgesehen (s. Art. 837 E OR).

Da der bisherige Inhalt entfällt, wird im vorliegenden Artikel die Eintragung von Zweigniederlassungen geregelt (bisher Art. 837 OR). Die Regelung der Anmeldung (bisher Art. 837 Abs. 2 OR) erfolgt neu für alle Rechtsformen im Handelsregisterrecht (s. Art. 929 und 931a sowie Art. 778a E OR).

*Art. 837* Verzeichnis der Genossenschafterinnen und Genossenschafter

Wie bisher (s. Art. 836 Abs. 3 OR) haben Genossenschaften dem Handelsregisteramt ein Verzeichnis der Genossenschafterinnen und Genossenschafter einzureichen, sofern die Statuten eine persönliche Haftung oder Nachschusspflicht vorsehen. Dieses wird nicht ins Handelsregister eingetragen, steht aber weiterhin zur Einsicht offen.

*Art. 879 Abs. 2 Einführungssatz*

Diese Änderung betrifft nur den italienischen Gesetzestext.

*Art. 895* Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung

Das Nationalitätserfordernis für Mitglieder der Verwaltung wird aufgehoben (s. dazu die Ausführungen zu Art. 708 E OR) und durch eine Bestimmung bezüglich der Vertretung der Gesellschaft durch eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz ersetzt (Art. 898 E OR).

*Art. 898 Abs. 2* Geschäftsführung und Vertretung

Der neue Absatz 2 tritt an die Stelle der Regelung von Artikel 895 OR und stimmt inhaltlich mit den Vorschriften für die GmbH und die Aktiengesellschaft überein. Es kann auf die Ausführungen zu Artikel 814 Absatz 3 E OR verwiesen werden (vgl. auch Art. 718 Abs. 3 E OR).

*Art. 899a (neu)* Verträge zwischen der Genossenschaft und ihrer Vertreterin oder ihrem Vertreter

Die vorliegende Regelung entspricht Artikel 718b E OR; es kann auf die Ausführungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

*Art. 900 und 901 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

*Art. 910a (neu)* Mängel in der Organisation der Gesellschaft

Diese Bestimmung bringt Artikel 731b E OR auch für die Genossenschaft zur Anwendung; es kann auf die Ausführungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

## **2.2.6 Handelsregisterrecht**

*Art. 929 Abs. 1* Verordnungen des Bundesrates

Das geltende Recht sieht auf Gesetzesstufe Bestimmungen zur Anmeldung beim Handelsregisteramt, zu den einzureichenden Belegen und zum Inhalt des Registerintrags vor. Im Gesetz finden sich entsprechende Listen, die bei den verschiedenen Gesellschaftsformen wiederholt werden (s. Art. 554, 596, 640 f., 780 f., 835 f. OR). Demgegenüber sind der Inhalt der Eintragung und die Belege für den Verein und die Stiftung in der Handelsregisterverordnung vorgesehen (vgl. Art. 61 und 81 Abs. 2 ZGB; Art. 97 ff. und 101 ff. HRegV).

Die aufgeführten Regelungsgegenstände sind materiellrechtlich und politisch nur von beschränkter Bedeutung, wobei selbst für die Bestimmung des Registerinhalts sachlich nur ein enger Entscheidungsspielraum besteht. Es erscheint daher möglich, diese Punkte an den Bundesrat zu delegieren. Eine Verweisung auf Verordnungsebene erlaubt, das Gesetz von eher technischen Listen zu entlasten und die Regelung der Einzelheiten der Eintragung in der Handelsregisterverordnung zusammenzufassen, ohne dass gesetzliche Bestimmungen (wie bisher) in der Verordnung wiederholt werden müssen (vgl. bspw. Art. 836 OR und Art. 93 HRegV).

Die geltende Delegationsnorm in Artikel 929 Absatz 1 OR ist sehr weit gefasst und ermächtigt den Bundesrat unter anderem zum Erlass von Vorschriften über die Einrichtung und die Führung des Handelsregisters sowie über das Verfahren. Gestützt auf diese Aufgabenzuweisung hat der Bundesrat bereits heute die notwendigen Vorschriften zur Anmeldung, zu den Belegen und zum Registerinhalt in der Handelsregisterverordnung vorgesehen, soweit dazu für einzelne Rechtsformen gesetzliche Bestimmungen fehlen. Da diese Sachfragen für die Rechtsformen des Obligationenrechts bisher zumindest zum Teil im Gesetz geregelt wurden, ist es vorzuziehen, die Delegationsnorm entsprechend zu ergänzen. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Klarstellung. Die vorgeschlagenen Modifikationen sollen die bisherige umfassende Delegation in keiner Weise einschränken.

*Art. 931a (neu)* Anmeldung zur Eintragung

Die Unterzeichnung der Anmeldung von Eintragungen ins Handelsregister soll neu für alle juristischen Personen in einer einzigen Bestimmung geregelt werden. Die bisher für die verschiedenen Rechtsformen vorgesehenen, teilweise uneinheitlichen Vorschriften können in der Folge aufgehoben werden (Art. 640 Abs. 2, Art. 642 Abs. 2, Art. 647 Abs. 2, Art. 780 Abs. 2, Art. 782 Abs. 2, Art. 835 Abs. 3, Art. 837 Abs. 2 OR).

Nach *Absatz 1* obliegt die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan. Dieser Begriff wird aus dem Entwurf zum Fusionsgesetz übernommen; es handelt sich dabei in der Aktiengesellschaft um den Verwaltungsrat, in der GmbH um die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer, in

der Genossenschaft und in der Kommanditaktiengesellschaft um die Verwaltung, im Verein um den Vorstand und in der Stiftung um den Stiftungsrat<sup>85</sup>. Spezialgesetzliche Vorschriften zur Anmeldung beim Handelsregister betreffend öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten bleiben vorbehalten.

Nach *Absatz 2* muss die Anmeldung von zwei Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder von einem Mitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung unterschrieben werden. Wie im geltenden Recht ist die Anmeldung entweder beim Handelsregisteramt zu unterzeichnen oder mit den beglaubigten Unterschriften einzureichen.

#### *Art. 932 und 933 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

#### *Art. 934* Eintragung ins Handelsregister; Recht und Pflicht

Der Randtitel und der Gesetzestext dieser Bestimmung werden rein redaktionell umformuliert, um eine missverständliche Verwendung des Begriffs der «Firma» zu vermeiden (zum Begriff der Firma im Rechtssinn vgl. Art. 944 ff. OR).

#### *Art. 937 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung des Randtitels.

#### *Art. 938* Pflicht zur Löschung

Die Bestimmung wird rein redaktionell umformuliert, um eine missverständliche Verwendung des Begriffs «Firma» zu vermeiden.

#### *Art. 938a (neu)* Löschung von Amtes wegen

Es kommt in der Praxis vor, dass Gesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben haben und die faktisch liquidiert wurden, im Handelsregister nicht gelöscht werden. Die Handelsregisterverordnung sieht daher in Artikel 89 seit langem die Möglichkeit der Löschung von Amtes wegen vor. Die entsprechende Regelung hat sich grundsätzlich bewährt, soll aber auf Grund ihrer materiellrechtlichen Bedeutung ins Gesetz aufgenommen werden. Sie wird nicht in die Bestimmung über die Mängel in der Organisation der Gesellschaft integriert (Art. 731b E OR), weil meist kein gerichtliches Verfahren notwendig ist.

Eine Löschung von Amtes wegen setzt stets kumulativ voraus, dass die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit vollumfänglich eingestellt hat, dass – nach den Umständen zu schliessen – keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden sind und dass ein dreimaliger Rechnungsruf ergebnislos geblieben ist (*Abs. 1*). Falls eine Gläubigerin, ein Gläubiger oder eine an der Gesellschaft beteiligte Person ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend macht, soll nicht wie bisher die Aufsichts-

<sup>85</sup> BBl 2000 4406 und 4470.

behörde in Handelsregistersachen, sondern das Zivilgericht über die Löschung entscheiden (*Abs. 2*).

In Ergänzung der neuen gesetzlichen Grundlagen wird der Bundesrat mit der Regelung der Einzelheiten der Löschung von Amtes wegen beauftragt (*Abs. 3*). Er kann dabei insbesondere auch die Verfahrenskosten Personen auferlegen, die ihre Pflicht zur Löschung der Gesellschaft nach Artikel 938 OR verletzt haben (dies auch dann, wenn sie inzwischen aus den Organen der Gesellschaft ausgeschieden sind).

#### *Art. 938b (neu)*    Löschung; Organe und Vertretungsbefugnisse

Der Entwurf sieht eine Neuregelung der Löschung von Organmitgliedern und Vertretungsbefugnissen vor, die an die Stelle der uneinheitlichen Vorschriften für die verschiedenen Rechtsformen tritt. Grundsätzlich obliegt es der Gesellschaft, im Handelsregister als Organ eingetragene Personen unverzüglich löschen zu lassen, wenn diese aus ihrem Amt ausscheiden (*Abs. 1*). Weil das Mandat von Organen in jedem Fall zwingend mit ihrer rechtsgenügenden Demission beendet wird, haben sowohl die ausscheidenden Personen als auch Dritte ein grosses Interesse an einer umgehenden Bereinigung des Handelsregistereintrags, da unrichtig gewordene Eintragungen zu Täuschungen führen können. Ausgeschiedene Personen müssen daher ihre Löschung auch selbst erwirken können (*Abs. 2*). Es gibt keinen überzeugenden Grund, ihnen dieses Recht wie bisher erst zuzugestehen, wenn die Gesellschaft 30 Tage untätig geblieben ist (vgl. Art. 711 Abs. 2 OR; Art. 25a HRegV); vielmehr kann eine möglichst rasche Löschung in Problemfällen auch im Interesse Dritter von erheblicher Bedeutung sein. Der betroffenen Gesellschaft ist die Löschung jedoch unverzüglich mitzuteilen.

Die Regelung der Löschung von Organmitgliedern kann auch für die Löschung von im Handelsregister eingetragenen Zeichnungsberechtigungen Anwendung finden (*Abs. 3*). Dabei bleibt unbeachtlich, ob es sich um eine Zeichnungsberechtigung für eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine Einzelfirma handelt.

#### *Art. 939 und 940 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

#### *Art. 941a (neu)*    Überweisung an das Gericht bei Mängeln in der Organisation einer Gesellschaft

Der Entwurf enthält eine Neuregelung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation von Gesellschaften (s. Art. 731b, Art. 819, Art. 910a E OR und auch Art. 69a E ZGB; es wird dazu insbesondere auf die Ausführungen zu Art. 731b E OR verwiesen). Die vorliegende Bestimmung knüpft an diese Regelung an und macht es der Handelsregisterführerin oder dem Handelsregisterführer zur Aufgabe, bei Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation das Gericht zu benachrichtigen und diesem zu beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Diese Pflicht bleibt auf Verletzungen zwingender gesetzlicher Vorschriften beschränkt, die sich aus dem Handelsregistereintrag und den einzureichenden Belegen ergeben. Sie betrifft insbesondere die Verletzung der Pflicht zur Bestellung einer Revisionsstelle und die Missachtung von Wohnsitzerfordernissen. Demgegenüber ist es nicht Sache der Handelsregisterbehörden, rein statutarische Vorschriften

durchzusetzen. Die rechtmässige Organisation von Stiftungen ist durch die Aufsichtsbehörde zu gewährleisten (s. Art. 83 E ZGB); erforderlichenfalls hat die Handelsregisterführerin oder der Handelsregisterführer der Aufsichtsbehörde Mängel zur Kenntnis zu bringen.

*Art. 942 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung des Randtitels.

## **2.2.7 Firmenrecht**

*Art. 945 Randtitel* Einzelunternehmen

Im Randtitel wird der Begriff «Einzelfirma» durch «Einzelunternehmen» ersetzt, um eine missverständliche Verwendung des Begriffs der «Firma» zu vermeiden.

*Art. 946 Randtitel*

Diese Änderung betrifft nur den italienischen Gesetzestext.

*Art. 949* Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Diese Bestimmung wird aufgehoben, weil die Firmenbildung für die GmbH, die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft in Artikel 950 E OR einheitlich geregelt werden soll.

*Art. 950* Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft

Im geltenden Recht ist die Firmenbildung für die GmbH anders geregelt als für die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft. Während diese die Bezeichnung der Rechtsform nur beifügen müssen, wenn die Firma Personennamen enthält, ist die Angabe der Rechtsform für die GmbH stets erforderlich (vgl. Art. 949 f. OR). Da abweichende Vorschriften zur Firma nicht plausibel erscheinen, gilt es im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts eine einheitliche Ordnung zu schaffen.

Wie bisher sollen die Aktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft ihre Firma unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze zur Firmenbildung frei wählen dürfen. Weil das Firmenrecht nur beschränkt kodifiziert ist, sei hier darauf hingewiesen, dass die allgemeinen Grundsätze neben den Vorschriften des Obligationenrechts und der Handelsregisterverordnung auch die Kriterien umfassen, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in der Praxis der Handelsregisterbehörden herausgebildet wurden<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) hat die in der Rechtsprechung und Praxis seit langer Zeit entwickelten Regeln zur Firmenbildung 1998 liberalisiert und in der Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen zusammengestellt (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern, Art.-Nr. 401.020 d).

Ein selbstverständliches und daher im Gesetz nicht erwähntes Erfordernis der Firmenbildung liegt in der Erkennbarkeit als Firma: Die Firma dient als Zeichen für ein Rechtssubjekt oder einen andern Rechtsträger; sie kann dieser Zeichenfunktion aber nur gerecht werden, wenn sie im Rechtsverkehr ohne weiteres als Firma erkannt wird. Ausdrücke, die nach dem Sprachgebrauch nicht zweifelsfrei als Firma verstanden werden (so bspw. blosse Buchstabenkombinationen wie «WBR») können nicht als Firma dienen, weil ihnen keine firmenspezifische Zeichenfunktion zukommt und sie daher keine Firma im Rechtssinne darstellen. 1998 hat das Eidgenössische Amt für das Handelsregister eine Liberalisierung der früheren strengen Praxis im Firmenrecht realisiert. Dabei zeigte sich, dass die Angabe der Rechtsform eine Voraussetzung für eine liberale Praxis im Firmenrecht darstellt, weil dadurch die Erkennbarkeit eines Zeichens als Firma sichergestellt wird (Bsp. «WBR AG»). Die Angabe der Rechtsform in der Firma entspricht zudem den Informationserfordernissen der Praxis im Rechtsverkehr und aus diesem Grund auch der internationalen Rechtsentwicklung<sup>87</sup>.

Der Entwurf sieht deshalb vor, dass die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft in gleicher Weise wie bisher die GmbH generell die Rechtsform in der Firma angeben müssen. Wirklich relevante Nachteile ergeben sich daraus keine: Nach wie vor dürfen Logos und andere Schriftzüge verwendet werden, die keinen Rechtsformzusatz enthalten. Die obligatorische Angabe der Rechtsform bleibt von vornherein auf den Rahmen der Firmengebrauchspflicht (s. Art. 954a E OR) beschränkt. Erforderlich ist demnach nur, dass im formellen Geschäftsverkehr irgendwo auf dem Briefpapier die Firma samt Rechtsformzusatz verwendet wird. Dies kann beispielsweise bei der Unterschrift oder in einer Fusszeile erfolgen; eine Abänderung des Briefpapiers erübrigt sich daher (zum Übergangsrecht s. die Ausführungen zu Art. 2 Abs. 4 UeB).

#### *Art. 951* Ausschliesslichkeit der eingetragenen Firma

In der Praxis ist wenig bekannt, dass nach dem geltenden Recht für die Firma der GmbH eine andere Regelung der Ausschliesslichkeit gilt als für die Aktiengesellschaft: Enthält die Firma einer GmbH Personennamen, so bleibt ihre Ausschliesslichkeit auf den Ort des Sitzes beschränkt (Art. 951 Abs. 1 i.V.m. 946 Abs. 1 OR). Daraus können sich jedoch Verwechslungen mit der Firma anderer GmbH ergeben. Eine Harmonisierung der Vorschriften für die GmbH mit denjenigen für die Aktiengesellschaft ist daher geboten. Ungeachtet ihrer Zusammensetzung soll die Firma der GmbH zukünftig wie die Firma der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft für die ganze Schweiz das Recht der Ausschliesslichkeit geniessen.

Die Revision der vorliegenden Bestimmung muss weiter klarstellen, wie sich die Ausschlusswirkungen der Firmen von Unternehmen mit unterschiedlicher Rechtsform zueinander verhalten. Dies ist erforderlich, weil der Rechtsformzusatz nach der Rechtsprechung nicht als unterscheidungskräftig gilt<sup>88</sup>. Der Entwurf definiert zwei Kategorien von Rechtsformen, denen unterschiedliche räumliche Schutzkreise

<sup>87</sup> Art. 4 der 1. Richtlinie (68/151/EWG; ABl. Nr. L 065 vom 14.03.1968, S.8 ff.) verlangt die Angabe der Rechtsform im Rechtsverkehr. Diese Vorgabe wird durch das Landesrecht am einfachsten im Rahmen der Vorschriften zur Firmenbildung umgesetzt.

<sup>88</sup> Vgl. das in der Amtlichen Sammlung nicht veröffentlichte Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11.9.1998, in: REPRAX 2/99, S. 69 ff., insb. S. 75.

zugeordnet werden, wobei eine Ausschliesslichkeit nur innerhalb der beiden Kategorien beachtet werden muss<sup>89</sup>: Die Firmen von Einzelunternehmen, Personengesellschaften und Kommanditaktengesellschaften haben sich von den eingetragenen Firmen von Unternehmen deutlich zu unterscheiden, die am selben Orte ansässig sind und eine der erwähnten Rechtsformen aufweisen (Art. 951 Abs. 1 E OR i.V.m. 946 Abs. 1 OR). Die Firmen von Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften müssen sich von allen Firmen von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz deutlich unterscheiden, die eine dieser drei Rechtsformen aufweisen (Art. 951 Abs. 2 E OR). Ist in der Schweiz bereits eine «Muster AG» im Handelsregister eingetragen, darf demzufolge keine «Muster GmbH» eingetragen werden. Hingegen steht der Eintragung einer «Gertrud Muster GmbH» grundsätzlich nicht entgegen, dass bereits ein Einzelunternehmen unter der Firma «Gertrud Muster» eingetragen ist (dies selbst dann nicht, wenn beide Unternehmen am gleichen Ort ansässig sind); vorbehalten bleiben jedoch firmen- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche von Unternehmen mit ähnlichen Firmen.

#### *Art. 954a (neu) Firmengebrauchspflicht*

Artikel 326<sup>ter</sup> des Strafgesetzbuches sanktioniert die Verwendung von Firmen, die nicht mit dem im Handelsregister eingetragenen Wortlaut übereinstimmen und die irreführen können. Die zivilrechtliche Firmengebrauchspflicht ist jedoch im geltenden Obligationenrecht nicht ausdrücklich festgehalten, da sie wohl als selbstverständlich erachtet wurde. Im nur unvollständig kodifizierten, alten Rechtsbereich des Firmenrechts ist der Firmengebrauchspflicht bisher gewohnheitsrechtlicher Charakter beizumessen. Mit Blick auf die Strafnorm wurde sie vor wenigen Jahren in der Handelsregisterverordnung erwähnt (s. Art. 47 HRegV). Es erscheint aber angezeigt, die Firmengebrauchspflicht im Gesetz inhaltlich klar zu umschreiben.

Nach *Absatz 1* der vorliegenden Bestimmung muss die im Handelsregister eingetragene Firma in der Geschäftskorrespondenz, auf Bestellscheinen und Rechnungen sowie in öffentlichen Bekanntmachungen vollständig und unverändert angegeben werden. Der Form der Korrespondenz kann für die Massgeblichkeit der Firmengebrauchspflicht keine Relevanz zukommen; die eingetragene Firma muss insbesondere auch im Internet in rechtskonformer Weise verwendet werden.

Aus der Firmengebrauchspflicht ergeben sich für die Praxis im Rahmen einer seriösen Geschäftstätigkeit kaum Einschränkungen: Der Entwurf stellt in *Absatz 2* klar, dass Kurzbezeichnungen, Logos, Geschäftsbezeichnungen, Enseignes und ähnliche Angaben selbstverständlich auch zukünftig verwendet werden dürfen. Einzige Voraussetzung ist, dass in den von *Absatz 1* umschriebenen Texten zugleich die im Handelsregister eingetragene Firma angegeben wird.

#### *Art. 955 und 956 Randtitel*

Geändert wird nur die Nummerierung der Randtitel.

<sup>89</sup> Im geltenden Recht ist das Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 951 OR unklar.

## 2.3 Änderung bisherigen Rechts

### 2.3.1 Zivilgesetzbuch

#### Art. 56 Sitz juristischer Personen

Der Randtitel und der bisherige Gesetzestext sprechen vom «Wohnsitz» juristischer Personen. Es wird vorgeschlagen, stattdessen den üblichen Begriff «Sitz» zu verwenden.

#### Art. 69a (neu) Mängel in der Organisation eines Vereins

Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts sollen vormundschaftliche Massnahmen auf natürliche Personen beschränkt werden. Die Möglichkeit der Ernennung eines Beistandes für juristische Personen nach Artikel 393 Ziffer 4 ZGB muss daher ersetzt werden. Die vorliegende Bestimmung lehnt sich an Artikel 731b E OR an, trägt aber den Besonderheiten des Vereins Rechnung (für die allgemeine Erläuterung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation wird auf die Ausführungen zu Art. 731b E OR verwiesen).

Das Gesetz gewährt für die Organisation von Vereinen einen grossen Gestaltungsfreiraum. Der Durchsetzung der gesetzlichen Vorgaben kommt zudem bei Vereinen im Hinblick auf den Schutz Dritter und unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen nicht die selbe Bedeutung zu wie bei den wirtschaftlich tätigen Körperschaften des Obligationenrechts. So kann es sich beispielsweise als problemlos erweisen, wenn ein Dorfverein über mehrere Jahre keinen Vorstand ernennt. Vereine müssen zudem nicht notwendigerweise im Handelsregister eingetragen werden (vgl. Art. 61 ZGB). Anders als bei den juristischen Personen des Obligationenrechts wird im Entwurf daher auf eine Durchsetzung der gesetzlichen Organisationsvorschriften durch die Handelsregisterführerin oder den Handelsregisterführer verzichtet. Bei Organisationsmängeln soll aber nach *Absatz 1* jedes Vereinsmitglied, jede Gläubigerin und jeder Gläubiger dem Gericht beantragen können, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.

Nach *Absatz 2* kann das Gericht insbesondere dem Verein eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen oder einen Sachwalter ernennen. Möglich sind aber auch andere geeignete Massnahmen, so namentlich die in Artikel 731b E OR vorgesehenen. Die daraus entstehenden Kosten sind nach *Absatz 3* stets dem Verein aufzuerlegen; erforderlichenfalls ist der Verein auch zur Leistung eines Vorschusses zu verpflichten.

*Absatz 4* sieht zum Schutz der Betroffenen vor, dass der Verein vom Gericht die Abberufung gerichtlich eingesetzter Personen verlangen kann, sofern dafür ein wichtiger Grund vorliegt.

#### Art. 83 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 und 5 (neu) Organisation der Stiftung

Da die Möglichkeit der Ernennung eines Beistandes für juristische Personen entfallen soll (Art. 393 Ziff. 4 ZGB), ist die geltende Regelung der Organisation der Stiftung in Anlehnung an Artikel 731b E OR zu ergänzen (es wird dazu auf die Ausführungen zu dieser Bestimmung verwiesen; s. auch Art. 69a E ZGB für den Verein).



Dabei gilt es, den Besonderheiten der Stiftung Rechnung zu tragen. Im Unterschied zu den andern juristischen Personen untersteht die Stiftung einer Aufsichtsbehörde. Diese hat bereits im geltenden Recht eine sachgerechte Organisation der Stiftung sicherzustellen, wenn die in der Stiftungsurkunde vorgesehenen Anordnungen nicht genügen (s. Art. 83 Abs. 2 ZGB). Damit Kompetenzüberschneidungen vermieden werden, muss die Zuständigkeit zum Ergreifen der erforderlichen Massnahmen bei späteren Mängeln in der Organisation ebenfalls der Aufsichtsbehörde zugewiesen werden, während sie beim Verein und bei den Körperschaften des Obligationenrechts beim Gericht liegt.

Der Entwurf sieht eine entsprechende Ergänzung von *Absatz 2* vor: Sowohl wenn die in der Stiftungsurkunde vorgesehene Organisation nicht genügt als auch wenn der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder ein Organ nicht rechtmässig zusammengesetzt ist, muss die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Da die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen tätig wird, braucht das Antragsrecht im Unterschied zu den Vorschriften für die anderen juristischen Personen nicht geregelt zu werden. Erhalten die Handelsregisterbehörden Kenntnis von einem Organisationsmangel, so informieren sie die zuständige Aufsichtsbehörde durch eine Aufsichtsanzeige.

Die Aufsichtsbehörde kann insbesondere der Stiftung eine Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen oder das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen. Möglich sind aber auch andere geeignete Massnahmen. Die daraus entstehenden Kosten müssen nach *Absatz 4* von der Stiftung getragen werden; erforderlichenfalls darf auch ein Vorschuss einverlangt werden.

*Absatz 3* wird redaktionell dahingehend angepasst, als auf den ergänzten Inhalt von *Absatz 2* Bezug zu nehmen ist.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Stiftung nach *Absatz 5* von der Aufsichtsbehörde verlangen, dass diese eine von ihr eingesetzte Person abberuft.

#### *Art. 393 Abs. 4* Ernennung eines Beistandes

Der Vorentwurf zur Revision des Vormundschaftsrechts sieht vor, dass vormundschaftliche Massnahmen nur noch auf natürliche Personen Anwendung finden sollen. An Stelle der Ernennung eines Beistandes tritt für juristische Personen die Einsetzung einer Sachwalterin oder eines Sachwalters. Die vorliegende Bestimmung wird durch eine umfassende Neuregelung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation juristischer Personen ersetzt (s. Art. 731b E OR sowie Art. 69a und 83 E ZGB); sie ist daher zu streichen. Zur neuen Regelung wird im Weiteren auf die Ausführungen zu Artikel 731b E OR verwiesen.

#### *Art. 905* Vertretung verpfändeter Aktien und Stammanteile

Das geltende Recht regelt nur die Vertretung verpfändeter Aktien. Die gleiche Ordnung soll auch für verpfändete Stammanteile einer GmbH vorgesehen werden: In der Gesellschafterversammlung sind verpfändete Stammanteile durch die Gesellschafterin oder den Gesellschafter zu vertreten, da den Pfandgläubigerinnen und Pfandgläubigern lediglich ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös der Verwertung der Pfandsache zusteht (s. Art. 891 Abs. 1 i.V.m. 899 Abs. 2 ZGB).

## 2.3.2 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs<sup>90</sup>

*Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5*

Nach dieser Bestimmung werden geschäftsführende Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer GmbH der Konkursbetreibung unterstellt<sup>91</sup>. Demgegenüber unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft oder der Verwaltung einer Genossenschaft der Konkursbetreibung nicht. Überzeugende Gründe für eine abweichende Regelung der Betreibung geschäftsführender Gesellschafterinnen und Gesellschafter der GmbH bestehen jedoch keine. In einer Motion von Herrn Ständerat Toni Dettling wird daher zu Recht die Abschaffung dieser Sondervorschrift verlangt<sup>92</sup>. Der Entwurf sieht die entsprechende Modifikation des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vor. Wie die anderen juristischen Personen bleibt die GmbH als solche selbstverständlich weiterhin der Konkursbetreibung unterstellt (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG).

## 2.3.3 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG)

*Art. 18 Abs. 1 Bst. c und Art. 64 Abs. 1 Bst. c*

Die Vorschriften des zukünftigen Fusionsgesetzes<sup>93</sup> betreffend die Anforderungen an die Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung müssen den neu festgelegten Mehrheitserfordernissen für wichtige Beschlüsse im GmbH-Recht angepasst werden (s. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 10 E OR und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 E OR).

<sup>90</sup> SR 281.1.

<sup>91</sup> Betreibungen gegen Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind, sowie gegen nicht geschäftsführende Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt.

<sup>92</sup> Motion 97.3668, SchKG und geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH.

<sup>93</sup> Botschaft: BBl. 2000, S. 4337 ff.; Entwurf: BBl. 2000, S. 4531 ff.

### **2.3.4 Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG)<sup>94</sup>**

*Art. 1 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 und Bst. b Ziff. 3*

*Art. 5 Abs. 1 Bst. a zweites Lemma und Abs. 2 Bst. b*

*Art. 7 Abs. 1 Bst. a*

*Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2*

*Art. 14 Abs. 1 Bst. a und b*

In allen aufgeführten Bestimmungen wird die Terminologie des Entwurfs zur Revision des GmbH-Rechts übernommen. Insbesondere wird der bisher verwendete Begriff der «Stammeinlagen» durch den neuen Begriff «Stammanteile» ersetzt. Diese redaktionellen Anpassungen sind nur beim deutschen Text notwendig.

### **2.3.5 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG)<sup>95</sup>**

*Art. 4 Abs. 1 Bst. b*

Entsprechend der Terminologie des Entwurfs zur Revision des GmbH-Rechts wird der bisher verwendete Begriff der «Anteile» durch jenen der «Stammanteile» ersetzt. Diese redaktionelle Anpassung betrifft nur den deutschen Text.

*Art. 4a Abs. 1 und 2*

Auch die vorliegende Bestimmung wird terminologisch angeglichen. Zudem wird neu auf Artikel 783 E OR hingewiesen, der den Erwerb eigener Stammanteile durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung regelt.

## **2.4 Übergangsbestimmungen**

*Art. 1* Allgemeine Regel

*Absatz 1* verweist auf den Schlusstitel des Zivilgesetzbuches, soweit in den Übergangsbestimmungen des Entwurfs nichts anderes vorgesehen wird. Nach Artikel 1 SchlT ZGB richten sich die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind, auch nachher nach dem bisherigen Recht. Diese Regel der Nichtrückwirkung für abgeschlossene Sachverhalte erfasst indessen nach allgemein anerkannter Auffassung so genannte Dauertatbestände nicht (d.h. Sachverhalte, die unter dem neuen Recht andauern). Im Gesellschafts-

<sup>94</sup> SR 641.10.

<sup>95</sup> SR 642.21.

recht sind derartige Dauertatbestände von grosser Bedeutung: Sowohl die Organisation der Gesellschaft als auch die Rechtsstellung der beteiligten Personen folgen als Dauertatbestände vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an grundsätzlich dem neuen Recht. *Absatz 2* hält daher fest, dass die Bestimmungen des neuen Gesetzes mit seinem Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften Anwendung finden (vgl. auch Art. 3 SchlT ZGB).

## Art. 2 Anpassungsfrist

Eine unmittelbare Anwendung des neuen Rechts, wie sie Artikel 1 Absatz 2 vorsieht, ist jedoch nur sachgerecht, soweit bisherige Gesetzesbestimmungen durch neue zwingende Regelungen ersetzt werden. Soweit die rechtliche Ausgestaltung von Gesellschaften in den Statuten konkretisiert wurden, muss den Gesellschaften eine adäquate Frist zur Anpassung ihrer rechtlichen Grundordnung an das neue Recht eingeräumt werden.

*Absatz 1* räumt Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits im Handelsregister eingetragen sind, für die Anpassung ihrer Statuten und Reglemente eine Frist von zwei Jahren ein. Bei der Revision des Aktienrechts von 1991 wurde eine Anpassungsfrist von fünf Jahren vorgesehen. Diese Frist hat sich jedoch in der Praxis als erheblich zu lange herausgestellt: Sie hatte zur Folge, dass die nötigen Anpassungen vergessen gingen, und wurde in der Literatur daher zu Recht kritisiert. Bei der vorliegenden Revision des GmbH-Rechts wird im Unterschied zur Aktienrechtsrevision auf eine Anpassung des Mindestkapitals verzichtet. Auch im Übrigen dürfte der Anpassungsbedarf auf Grund der dispositiven Natur zahlreicher gesetzlicher Normen eher gering sein. Eine Anpassungsfrist von zwei Jahren erscheint daher sachgerecht.

Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die den neuen Vorschriften nicht entsprechen, bleiben nach *Absatz 2* höchstens bis zum Ablauf der Anpassungsfrist in Kraft. Werden sie nicht fristgerecht angepasst, fallen sie ersatzlos dahin, soweit nicht dispositive gesetzliche Regelungen an ihre Stelle treten.

Ein Bedarf zur Anpassung der Statuten kann sich auch daraus ergeben, dass eine Gesellschaft die neue dispositive Regelung des Stichtenscheids in der Gesellschafterversammlung ausschliessen will. Wird die Frage des Stichtenscheids in den Statuten bisher nicht geregelt, so muss eine entsprechende Anordnung aufgenommen werden. *Absatz 3* sieht daher vor, dass die neue Bestimmung zum Stichtenscheid (Art. 808a E OR) für Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Rechts im Handelsregister eingetragen sind, erst nach der allgemeinen Frist für die Anpassung der Statuten zur Anwendung gelangt. Es steht den betroffenen Gesellschaften somit offen, während einer Frist von zwei Jahren den Stichtenscheid ausdrücklich auszuschliessen, um eine Änderung der bisherigen Verhältnisse zu vermeiden. Das Gleiche muss auch für die Regelung des Stichtenscheids der Vorsitzenden oder des Vorsitzenden der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer gelten (s. Art. 809 Abs. 4 Satz 2 E OR).

*Absatz 4* enthält eine besondere Übergangsregelung zu Artikel 950 E OR betreffend die Angabe der Rechtsform in der Firma. Aktiengesellschaften und Genossenschaften, deren Firmen keine entsprechende Angabe enthalten, müssen innert zwei Jahren einen Rechtsformzusatz hinzufügen. Der Rechtszwang für diese Anpassung soll

jedoch zurückhaltend ausgestaltet werden<sup>96</sup>: Bleibt eine Gesellschaft untätig, so ergänzt das Handelsregisteramt die Firma von Amtes wegen. Die Statuten müssen in diesem Fall erst mit der nächsten ohnehin durchzuführenden Statutenrevision zwingend der neuen Firma angepasst werden. Für die Firmengebrauchspflicht (Art. 954a E OR) ist nach der amtlich angeordneten Änderung jedoch sofort die neue im Handelsregister eingetragene Firma massgebend.

#### Art. 3 Leistung der Einlagen

Während das neue Recht eine vollständige Liberierung der Stammanteile verlangt (Art. 777c Abs. 1 E OR; s. dazu Ziff. 1.3.4), war es bisher zulässig, nur die Hälfte des Stammkapitals einzubezahlen. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr mit GmbH und weil die Vollliberierung eine Voraussetzung verschiedener Neuerungen der Revision darstellt (insbes. der Aufhebung der bisherigen subsidiären Solidarhaftung; s. Ziff. 1.3.7), ist es unerlässlich, Gesellschaften, deren Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, zur Liberierung des noch ausstehenden Teils anzuhalten. *Absatz 1* verlangt daher die vollständige Leistung des Ausgabebetrages aller Stammanteile innerhalb von zwei Jahren. Von dieser Anpassung wird nur eine beschränkte Minderheit der Gesellschaften betroffen. Da das Mindestkapital auf 20 000 Franken belassen wird, beträgt die zu leistende Liberierung bei Gesellschaften mit minimaler Kapitalausstattung lediglich 10 000 Franken, wobei es sich um die Erfüllung einer ohnehin bestehenden Verbindlichkeit handelt. Die noch zu leistende Einlage des Stammkapitals kann sowohl durch nachträgliche Einzahlung oder Sacheinlage als auch durch die Umwandlung von Reserven in Stammkapital erfolgen.

Das Übergangsrecht zur Revision des Aktienrechts von 1991 sah beim Unterbleiben der Anpassung an die neuen Vorschriften zur Mindesteinlage die Auflösung durch das Gericht vor (Art. 2 Abs. 2 SchlB OR 1991). Der Entwurf verzichtet auf einen derart drakonischen Rechtszwang: *Absatz 2* beschränkt sich darauf, die subsidiäre solidarische Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach Artikel 802 OR bis zur vollständigen Leistung der Einlagen andauern zu lassen. Es liegt somit im Interesse der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, sich durch eine rasche Liberierung des Stammkapitals von dieser Haftung zu befreien. Die Befreiung tritt erst mit der vollständigen Liberierung sämtlicher Stammanteile ein.

Werden nicht vollständig einbezahlte Stammanteile abgetreten, so geht die subsidiäre solidarische Haftung gemäss dem bisherigen Recht auf die Erwerberinnen oder Erwerber über. Es obliegt diesen, zum eigenen Schutz die Liberierung zu überprüfen.

#### Art. 4 Partizipationsscheine und Genussscheine

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist im geltenden Recht nicht geregelt und war bisher auch nie gerichtlich zu beurteilen. Im Handelsregister ist nur in wenigen Einzelfällen ein Partizipationskapital eingetragen, wobei die Eintragung im Rahmen der beschränkten Kognition der Registerbehörden erfolgte.

<sup>96</sup> Die erforderliche Statutenänderung bedingt ein Tätigwerden der Generalversammlung und lässt sich daher nicht auf direktem Weg erzwingen.

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen dient in der Praxis zwei verschiedenen Zielen:

- Sie erlaubt die Beschaffung von Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt, ohne dass dadurch die bisherigen Beherrschungsverhältnisse berührt werden.
- Namentlich im Rahmen einer Unternehmensnachfolge kann sie dazu verwendet werden, die Mehrheitsverhältnisse dadurch zu beeinflussen, dass einer Gruppe von Beteiligten keine Stimmrechte gewährt werden.

Wie im geltenden Recht ist die GmbH als nicht kapitalmarktfähige Rechtsform ausgestaltet, damit mit Rücksicht auf die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen von den strukturellen Anforderungen abgesehen werden kann, die für eine öffentliche Kapitalaufnahme voraussetzen wären (es wird dazu insbes. auf Ziff. 1.3.8 verwiesen). Die GmbH ist demnach für die Aufnahme von nicht stimmberechtigtem Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt nicht geeignet.

Partizipantinnen und Partizipanten sind am Risikokapital der Gesellschaft beteiligt. Ihre Investition ist weder fest verzinslich noch kündbar. Da ihnen kein Stimmrecht zusteht, vermögen sie zudem in keiner relevanten Weise auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und die Bestellung der Organe Einfluss zu nehmen. Die Partizipantinnen und Partizipanten verfügen demzufolge über eine ausserordentlich prekäre Rechtsstellung und sind daher in erheblichem Masse auf allgemeine gesellschaftsrechtliche Schutzvorkehrungen angewiesen. Für einen minimalen Schutz voraussetzen wären insbesondere das Obligatorium einer Revisionsstelle sowie das Rechtsinstitut der Sonderprüfung. Der Entwurf sieht jedoch von einer entsprechenden Ausgestaltung des GmbH-Rechts ab, um kleinen und mittleren Unternehmen eine möglichst einfache und wenig kostenintensive Rechtsform zur Verfügung zu stellen.

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen würde die Übernahme der aktienrechtlichen Schutzmechanismen bedingen. Da in der Praxis jedoch nur ein sehr beschränktes Bedürfnis besteht, erscheint eine entsprechende Regelung für die Zulassung von Partizipationsscheinen in der GmbH nicht als sinnvoll. Soll eine stimmrechtslose Beteiligung am Risikokapital der Gesellschaft geschaffen werden, so ist sachgerechterweise die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu wählen (eine einfache Umwandlung wird vom zukünftigen Fusionsgesetz gewährleistet<sup>97</sup>). Der Entwurf sieht aus diesen Gründen von der Möglichkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen in der GmbH ab (es handelt sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes).

Für die wenigen GmbH, die ein Partizipationskapital aufweisen, ist eine Übergangsregelung zu schaffen. Da die Struktur der GmbH für ein stimmrechtsloses Eigenkapital nicht geeignet ist, sieht *Absatz 1* vor, dass Partizipationsscheine nach Ablauf von zwei Jahren grundsätzlich als Stammanteile gelten. Es wird jedoch nur verlangt, dass die Vermögensrechte der bisherigen Kapitalbeteiligung entsprechen; für die Festsetzung des Stimmrechts stehen die Gestaltungsmöglichkeiten von Artikel 806 E OR zur Verfügung. Die Gesellschaft kann die Umwandlung der Partizipationsscheine in Stammanteile dadurch vermeiden, dass sie die Partizipationsscheine vor Ablauf der Anpassungsfrist durch eine Kapitalherabsetzung vernichtet und den bisherigen Partizipantinnen und Partizipanten eine Abfindung in der Höhe des wirklichen Werts ausrichtet. Eine weitere Möglichkeit besteht in der Umwandlung

<sup>97</sup> S. Art. 53 ff. E FusG; BBI 2000 4446 ff. und 4550 ff.

der GmbH in eine Aktiengesellschaft unter Beibehaltung eines Partizipationskapitals. Es liegt an der Gesellschaft, die nach den konkreten Umständen am besten geeignete Lösung zu treffen.

Zur Erleichterung der nach *Absatz 1* erforderlichen Anpassungen sieht *Absatz 2* vor, dass die notwendigen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gefasst werden können, und zwar auch dann, wenn die Statuten andere Mehrheitserfordernisse vorsehen. Dies gilt jedoch nicht für die im Gesetzestext nicht erwähnte Möglichkeit der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft.

*Absatz 3* stellt die Abgrenzung zwischen Partizipations- und Genussscheinen klar: Anteile, die nicht in den Passiven der Bilanz ausgewiesen werden, unterstehen zwingend den Vorschriften für Genussscheine (s. Art. 774a E OR). Sie dürfen keinen Nennwert angeben und müssen als Genussscheine bezeichnet werden. Die Statuten und allfällige Titel sind innerhalb von zwei Jahren entsprechend anzupassen.

#### Art. 5 Eigene Stammanteile

Das geltende Recht sieht für den Erwerb eigener Stammanteile keine Beschränkung vor (s. Art. 807 OR). Der Entwurf enthält demgegenüber eine Begrenzung auf 10% des Stammkapitals; für besondere Tatbestände gilt eine erhöhte Schwelle von 35% (s. Art. 783 E OR). Über zehn Prozent des Stammkapitals hinaus erworbene eigene Stammanteile sind innerhalb von zwei Jahren zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten (Art. 783 Abs. 2 E OR). Die vorliegende Bestimmung bringt diese Regelung auch für eigene Stammanteile zur Anwendung, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts erworben wurden, wobei die Frist von zwei Jahren mit dem Inkrafttreten beginnt.

#### Art. 6 Nachschusspflicht

Das geltende Recht sieht für statutarische Nachschusspflichten keine gesetzliche Begrenzung vor (s. Art. 803 OR). Der Entwurf beschränkt Nachschusspflichten auf das Doppelte des Nennwerts der Stammanteile, mit denen sie verbunden sind (Art. 795 Abs. 2 E OR).

Unter dem alten Recht begründete Nachschusspflichten, welche die neue gesetzliche Schranke übersteigen, bleiben nach *Absatz 1* rechtsgültig und dürfen nur im Verfahren nach Artikel 795c E OR herabgesetzt werden. Die Fortdauer bestehender Nachschusspflichten in ihrer bisherigen Höhe erscheint zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger unabdingbar. Erwerberinnen und Erwerber von Stammanteilen werden dadurch nicht gefährdet, da sie sich ohnehin in den Statuten über allfällige Nachschusspflichten informieren müssen.

Abgesehen von der neuen gesetzlichen Begrenzung finden für unter dem alten Recht begründete Nachschusspflichten nach dem Inkrafttreten gemäss *Absatz 2* die neuen Vorschriften Anwendung, so namentlich für die Einforderung der Nachschüsse.

Der Entwurf verzichtet auf eine übergangsrechtliche Regelung statutarischer Nebenleistungspflichten. In Abweichung vom bisherigen Recht (vgl. Art. 777 Ziff. 2 OR) werden Nebenleistungspflichten mit der Revision in ihrem Verwendungszweck geringfügig beschränkt (s. Art. 796 Abs. 2 E OR sowie die Ausführungen zu dieser Bestimmung). Da es sich um eine sachlich gebotene Eingrenzung auf

für die Gesellschaft relevante Pflichten handelt, erscheint es angezeigt, unter dem alten Recht begründete Nebenleistungspflichten, die mit der neuen Regelung nicht vereinbar sind, nach Ablauf der Frist zur Anpassung der Statuten entfallen zu lassen (s. Art. 2 ÜBest). In den wenigen Fällen, die von dieser Regelung betroffen sind, steht es offen, bisherige statistarische Anordnungen während der Anpassungsfrist durch vertragliche Vereinbarungen abzulösen.

#### Art. 7 Revisionsstelle

Der Entwurf unterstellt Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter gewissen Voraussetzungen einer Revisionspflicht (Art. 818 E OR). Die Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle gilt für die betroffenen Gesellschaften vom ersten Geschäftsjahr an, das am Tag des Inkrafttretens des revidierten Rechts oder nach diesem Zeitpunkt beginnt.

#### Art. 8 Bemessung des Stimmrechts

Das geltende Recht hält lediglich fest, dass die Statuten das Stimmrecht auch anders ordnen können, als das Gesetz dies vorsieht (Art. 808 Abs. 4 OR). Der Entwurf gibt demgegenüber für die statistarische Regelung des Stimmrechts klarere Konturen vor. Er setzt damit für Abweichungen von der für Kapitalgesellschaften typischen Parallelität zwischen der Beteiligung am Stammkapital und der Stimmkraft gewisse Grenzen (s. Art. 806 Abs. 1 E OR sowie die Ausführungen zu dieser Bestimmung).

Ein Eingriff in bisherige Beherrschungsverhältnisse wäre ausserordentlich problematisch. Gesellschaften, die unter dem geltenden Recht ihr Stimmrecht abweichend von der gesetzlichen Regelung festgelegt haben, sollen daher nach *Absatz 1* die betreffenden Statutenbestimmungen nicht den Anforderungen von Artikel 806 E OR anpassen müssen. Setzen die Statuten das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert auf eine Stimme pro Stammanteil fest, so dürfen *nach Absatz 2* nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts keine zusätzlichen Stammanteile ausgegeben werden, deren Nennwert mehr als das Zehnfache des kleinsten oder weniger als einen Zehntel des grössten Nennwerts der ausstehenden Stammanteile beträgt. Diese Regelung verhindert, dass eine nicht mehr zulässige Ausgestaltung nach dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften noch verstärkt wird (so bereits Art. 5 der Schlussbestimmungen zum neuen Aktienrecht von 1991).

#### Art. 9 Qualifizierte Mehrheiten

Gesellschaften, die durch blosse Wiedergabe von Bestimmungen des bisherigen Rechts Vorschriften in die Statuten aufgenommen haben, welche für bestimmte Beschlüsse qualifizierte Mehrheiten vorsehen (s. Art. 784 Abs. 2 und 3, Art. 791 Abs. 2, Art. 822 Abs. 3 OR), können diese innerhalb von zwei Jahren mit einfachem Mehr an die neuen gesetzlichen Mehrheitserfordernisse anpassen (so bereits Art. 6 der Schlussbestimmungen zum neuen Aktienrecht von 1991). Diese Regelung will die Übernahme der neu festgelegten Mindestanforderungen an die Beschlussfassung erleichtern.



*Art. 10* Vernichtung von Aktien und Stammanteilen im Fall einer Sanierung  
Wird das Aktienkapital zum Zweck der Sanierung unter Vernichtung der Aktien auf null herabgesetzt und zugleich wieder erhöht, so kommt den bisherigen Aktionärinnen und Aktionären nach der Rechtsprechung auch dann noch ein minimales Stimmrecht zu, wenn sie am Aktienkapital nicht mehr beteiligt sind<sup>98</sup>. Der Entwurf lässt demgegenüber das Stimmrecht mit der Vernichtung der Aktien untergehen (es wird auf die Ausführungen zu Art. 732a E OR verwiesen). Da die erwähnte Rechtsprechung in der Praxis zu ernsthaften Problemen führen kann, sieht die vorliegende Bestimmung vor, dass allfällige «nackte» Stimmrechte früherer Aktionäre mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts untergehen. Das Gleiche muss auch für die GmbH gelten.

*Art. 11* Ausschliesslichkeit eingetragener Firmen

Im bisherigen Recht gilt für die Ausschliesslichkeit der Firmen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine unterschiedliche Regelung, je nachdem ob sie einen Personennamen enthalten oder nicht (s. Art. 951 OR). Nach den geltenden Vorschriften können mehrere GmbH die gleiche Firma führen, sofern diese einen Personennamen enthält und der Sitz der betreffenden Gesellschaften nicht am selben Orte liegt. Demgegenüber soll die Firma der GmbH nach dem Entwurf in jedem Fall für die ganze Schweiz das Recht der Ausschliesslichkeit geniessen. Für bereits im Handelsregister eingetragene Firmen darf die Rechtslage aber nicht verändert werden. Im Verhältnis zwischen Firmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts im Handelsregister eingetragen sind, ist die Ausschliesslichkeit daher nach dem bisherigen Recht zu beurteilen.

## **2.5 Referendum und Inkrafttreten**

Die vorliegende Gesetzesrevision untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt ihr Inkrafttreten.

## **3 Auswirkungen**

### **3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen**

#### **3.1.1 Auf den Bund**

Der Entwurf zur Revision des Rechtes der GmbH hat keine personellen Auswirkungen auf den Bund.

Die Herabsetzung des Mindestnennwertes für Stammanteile von 1000 auf 100 Franken könnte allerdings zu einer nicht steuerbaren Rückzahlung von Gesellschaftskapital an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter führen. Diese Mindereinnahmen bei der direkten Bundessteuer und der Verrechnungssteuer sind bezüglich ihrer Höhe schwer abschätzbar.

<sup>98</sup> BGE 121 III 420 ff., insbes. S. 429 ff., Erwägung 4c.

### **3.1.2 Auf die Kantone**

Die Herabsetzung des Mindestnennwertes kann auch bei den kantonalen Steuern gewisse Mindereinnahmen nach sich ziehen.

### **3.2 Auswirkungen auf die Informatik**

Abgesehen von geringfügigen Anpassungen der Software der Handelsregisterbehörden an das neue Recht bleibt der Entwurf ohne Einfluss auf den Bereich der Informatik.

### **3.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen**

#### **3.3.1 Notwendigkeit staatlichen Handelns**

Die gesetzliche Regelung der GmbH wurde seit 1936 nie aktualisiert und weist zahlreiche Mängel und Nachteile auf (s. dazu vorne Ziff. 1.1). Aus ökonomischer Sicht sind namentlich folgende Punkte von Bedeutung:

- Obwohl es sich bei einem grossen Teil der kleineren Unternehmen um Einpersonengesellschaften handelt, ist die Gründung einer GmbH durch eine einzige Person nicht möglich (s. Art. 775 OR); dies hat zur Folge, dass treuhänderische Gründerinnen und Gründer beigezogen werden müssen.
- Das Gesetz begrenzt das Stammkapital der GmbH auf höchstens 2 Millionen Franken (Art. 773). Diese Schranke limitiert die Möglichkeit zur Finanzierung einer Gesellschaft durch Eigenkapital und kann sich dadurch negativ auf die Entwicklung eines Unternehmens auswirken oder eine Umwandlung in eine Aktiengesellschaft erforderlich machen.
- Das Wachstum einer Gesellschaft wird weiter dadurch behindert, dass das geltende Recht für die Erhöhung des Stammkapitals die Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter verlangt (Art. 784 Abs. 3 und 786 i.V.m. 779 Abs. 1 OR).
- Jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft subsidiär solidarisch bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals, soweit dieses nicht oder nicht gehörig liberiert oder durch Bezüge und Entnahmen vermindert wurde (Art. 802 OR; s. dazu vorne Ziff. 1.3.7). Diese Haftung kann den Nennwert der eigenen Stammanteile der beteiligten Personen um ein Vielfaches übersteigen. Die GmbH erweist sich dadurch für ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter möglicherweise als wenig verlässliche Rechtsform. Eine Änderung der Haftungsordnung erscheint umso dringlicher, als die beteiligten Personen in der Praxis nicht selten davon ausgehen, dass sie mit der Gründung einer GmbH die gleiche Haftungsbeschränkung erlangen wie in der Rechtsform der Aktiengesellschaft.
- Das Verfahren zur Abtretung von Stammanteilen ist ausserordentlich schwerfällig und kostenintensiv: Da jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter nur je einen Stammanteil besitzen dürfen (Art. 774 Abs. 2 OR), ist

oft eine Neueinteilung der Stammanteile mittels einer Statutenrevision erforderlich (vgl. Art. 776 Ziff. 3 OR). Ausserdem verlangt das Gesetz die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafterversammlung, die öffentliche Beurkundung der Abtretung sowie die Eintragung der Erwerblerin oder des Erwerbers ins Handelsregister (Art. 781 Abs. 4 sowie 791 Abs. 2 und 4 OR).

- Der Konkurs einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters kann die Auflösung der GmbH zur Folge haben (Art. 793 OR).
- Das geltende GmbH-Recht weist zahlreiche Lücken und Ungenauigkeiten auf. Beispielsweise werden Kompetenzen der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer einerseits und der Gesellschafterversammlung andererseits nicht eindeutig abgegrenzt (Art. 810 OR). Sämtliche Unklarheiten der gesetzlichen Grundlagen können in der Praxis Probleme bewirken und erhöhte Kosten für die Rechtsberatung zur Folge haben.

Im Hinblick auf die stark angestiegene Anzahl der GmbH auf bald 50 000 Gesellschaften (vgl. vorne Ziff. 1.1) erscheint aus diesen Gründen eine rasche Revision des GmbH-Rechts dringend.

### **3.3.2 KMU-Verträglichkeit**

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens wurde der Vorentwurf zur Revision des GmbH-Rechts einem Verträglichkeitstest für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) unterzogen. Bei den sechs zu diesem Zweck befragten Unternehmen handelte es sich um fünf GmbH unterschiedlicher wirtschaftlicher Grösse, die teils vor und teils nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (1991) gegründet wurden, sowie um eine Treuhandgesellschaft, welche zwar die Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufweist, aber zahlreiche GmbH berät und deren Jahresrechnungen revidiert.

Die befragten Gesellschaften zeigten sich grundsätzlich mit der Rechtsform der GmbH zufrieden und begrüßten die Verbesserungen, die vom Vorentwurf vorgeschlagen wurden. Nach Meinung der an der Umfrage teilnehmenden Unternehmen zeichnet sich die GmbH vor allem dadurch aus, dass sie als Kapitalgesellschaft eine Beschränkung des persönlichen Risikos erlaubt und gleichzeitig auf die vergleichsweise schwerfällige und teure Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft verzichtet. Die GmbH scheint besonders von Jungunternehmerinnen und Jungunternehmern geschätzt zu werden, da diese meistens nicht über ein hohes Startkapital verfügen. Der personenbezogene Charakter der GmbH wird sehr begrüßt und zum Teil sogar als unverzichtbare Eigenschaft dieser Rechtsform bezeichnet.

Im Hinblick auf die vom Vorentwurf vorgesehene Erhöhung des Mindestkapitals von 20 000 auf 40 000 Franken waren die befragten Unternehmen geteilter Meinung. Sie begrüßten jedoch einhellig den Vorschlag der vollständigen Liberierung des Stammkapitals. Zur Frage der Revisionspflicht äusserten sich diejenigen drei GmbH positiv, welche ihre Jahresrechnung bereits heute revidieren lassen. Eine Unternehmung lehnte den Vorschlag ab. Eine weitere Gesellschaft wies darauf hin, dass die Qualität der Revision von der fachlichen Kompetenz der Revisorinnen und Revisoren abhängt. Die an der Evaluation teilnehmende Treuhandgesellschaft

erachtete eine Revisionspflicht für ganz kleine Gesellschaften als nicht opportun, weil die Revision zu hohe Kosten zur Folge habe und die GmbH ohnehin eine transparente Rechtsform sei. Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung.

### **3.3.3                    Auswirkungen auf die einzelnen                                   gesellschaftlichen Gruppen**

#### *Bestehende Gesellschaften*

Da der Entwurf das minimale Stammkapital bei 20 000 Franken belässt (s. Art. 773 E OR), entsteht keine Verpflichtung zu einer Erhöhung des Eigenkapitals. Nach Artikel 3 der Übergangsbestimmungen müssen Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts im Handelsregister eingetragen sind, ihr Stammkapital jedoch innerhalb von zwei Jahren voll liberieren, sofern dieses noch nicht voll einbezahlt ist. In einer GmbH mit minimaler Kapitalausstattung (vgl. Art. 773 und 774 Abs. 2 OR) wird demzufolge eine Liberierung von 10 000 Franken erforderlich, wobei es sich aber um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, die bereits vor der Revision des GmbH-Rechts besteht. Da die überwiegende Mehrheit der Gesellschaften über ein voll einbezahltes Stammkapital verfügt, wird wohl nur eine kleine Minderheit von der Pflicht zur Anpassung der Liberierung an das neue Recht betroffen. Es ist weiter zu beachten, dass der Rechtszwang zur Durchsetzung der Anpassung vom Entwurf sehr zurückhaltend ausgestaltet wird: Für nicht einbezahltes Stammkapital besteht bloss die subsidiäre und solidarische Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gemäss dem bisherigen Recht weiter.

Es ist davon auszugehen, dass eine bedeutende Anzahl von Gesellschaften ihre Statuten dem neuen Recht anpassen muss (s. Art. 2 UeB) oder dies zumindest will (in vielen Fällen wird allerdings eine Anpassung nicht zwingend sein). Daraus entstehen Auslagen für die erforderliche Rechtsberatung, die öffentliche Beurkundung des Beschlusses über die Statutenänderung sowie die Eintragung im Handelsregister (vgl. Art. 780 E OR). Die Kosten können nicht in allgemeingültiger Weise beziffert werden und hängen stark von den kantonalen Notariats- und Anwaltstarifen ab.

Der Entwurf verlangt die Bezeichnung einer Revisionsstelle, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind (s. Art. 818 E OR; dazu vorne Ziff. 1.3.15 sowie Ziff. 2.1.3.3). Kleinere Unternehmen bleiben jedoch im Allgemeinen von dieser Pflicht ausgenommen. Da es sich bei GmbH meist eher um kleinere Unternehmen handelt, dürften lediglich ungefähr 10 Prozent der Gesellschaften vom Obligatorium einer Revisionsstelle erfasst werden. Ein wesentlicher Teil dieser grösseren GmbH bezeichnet schon heute eine Revisionsstelle, sei dies freiwillig oder auf Grund von Vereinbarungen mit ihren Kreditgeberinnen und Kreditgebern. Die Tragweite einer beschränkten Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung darf daher nicht überschätzt werden. Umgekehrt ist einzuräumen, dass die Kosten für eine Revisionsstelle durchaus ins Gewicht fallen, dies umso mehr, als es sich um jährlich wiederkehrende Auslagen handelt. Die konkreten Kosten der Pflichtprüfung der Jahresrechnung hängen vom konkreten Arbeitsaufwand, von der Komplexität der Aufgabe und von den anzuwendenden Honoraransätzen ab; sie dürften für eine GmbH durchschnittlich zwischen 3000 und 7000 Franken pro Jahr betragen (für Kleinbetriebe weniger).

Den Kosten einer Anpassung an das revidierte Recht sowie gegebenenfalls einer Revisionsstelle stehen wesentliche Verbesserungen der gesetzlichen Regelung namentlich in den in Ziffer 3.2.1 aufgeführten Punkten gegenüber. Die positiven Auswirkungen der Revision können zwar überwiegend finanziell nicht klar erfasst werden; einige Neuerungen ermöglichen aber Einsparungen, so insbesondere die Vereinfachung der Abtretung von Stammanteilen.

### *Neu zu gründende Gesellschaften*

Da für die Gründung nach dem Entwurf unverändert ein Stammkapital von 20 000 Franken ausreicht, wird die GmbH nach wie vor auch für Kleinbetriebe mit geringem Kapitalbedarf offen stehen, so namentlich für kleinere Unternehmen verschiedener Dienstleistungsbranchen. Weil die obere Beschränkung des Stammkapitals auf 2 Millionen Franken (Art. 773 OR) entfällt, wird die GmbH aber neu ebenfalls als Rechtsform für grosse Unternehmen dienen können, an denen nur wenige Gesellschafterinnen und Gesellschafter beteiligt sind; sie wird insbesondere zu einer geeigneten Gestaltungsmöglichkeit für Konsortien und Joint Ventures<sup>99</sup>. Auf Grund der Beseitigung der Nachteile des geltenden Rechts wird zudem die Attraktivität der GmbH als Alternative zur Aktiengesellschaft erhöht. Bei Neugründungen von Unternehmen dürfte die GmbH demnach durch die Revision noch erheblich an Bedeutung gewinnen.

Anders als im geltenden Recht ist das Stammkapital nach dem Entwurf bereits anlässlich der Gründung voll einzubezahlen (bisher mussten lediglich 50 Prozent liberiert werden; Art. 774 Abs. 2 OR). Dies bewirkt für Gesellschaften mit einer minimalen Kapitalausstattung (vgl. Art. 773 und 774 Abs. 2 OR) einen um 10 000 Franken erhöhten Finanzierungsbedarf. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass durch die Pflicht zur Vollliberierung bei der Gründung (Art. 777c Abs. 1 E OR) die finanzielle Belastung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter an sich nicht erhöht wird: Falls die Stammanteile unter dem geltenden Recht bei der Gründung nicht voll einbezahlt wurden, blieben die Gesellschafterinnen und Gesellschafter zur Begleichung des noch ausstehenden Betrages verpflichtet. Da sie für die Liberierung bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals bisher subsidiär solidarisch hafteten (s. Art. 802 OR; dazu vorne Ziff. 1.3.7), ergibt sich aus dem neuen Recht genau besehen sogar eine Einschränkung des wirtschaftlichen Risikos der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Die Gründung einer GmbH wird aber insofern erschwert, als das gesamte Stammkapital sofort aufzubringen ist. Mit Blick auf die Investitionen, die in der Praxis für die Gründung selbst eines kleinen Unternehmens effektiv erforderlich sind, und unter Berücksichtigung allfälliger Personalkosten sind die beizubringenden Mittel von mindestens 20 000 Franken aber sehr bescheiden bemessen.

Zusätzliche Kosten können sich bei der Gründung daraus ergeben, dass im Fall der Liberierung des Stammkapitals durch Sacheinlagen ein so genannter Gründungsbericht und eine Prüfung dieses Berichts durch einen Revisor verlangt wird (Art. 635 f. OR i.V.m. Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 E OR; zum Sinn und Zweck s. vorne die Ausführungen zu Art. 777c E OR). Das Gleiche gilt bei Sachübernahmen, bei der Liberierung durch Verrechnung und bei der Einräumung besonderer Vorteile an

<sup>99</sup> S. dazu Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1996, S. 109 f.

bestimmte Personen. Während der Gründungsbericht als Rechenschaftsablage der Gründerinnen und Gründer meist mit keinen Auslagen verbunden ist, die wesentlich über die übliche Rechtsberatung bei der Statutenredaktion hinausgehen, entstehen aus der Prüfung des Berichts durch eine Revisorin oder einen Revisor weitere Kosten. Diese dürften jedoch eher gering ausfallen, solange keine umfangreichen und komplexen Liberierungs- oder Übernahmetatbestände vorliegen. Entsprechende Kosten bei der Neugründung von Kleinunternehmen lassen sich aber dadurch vermeiden, dass auf Sacheinlagen und Sachübernahmen verzichtet wird.

### *Gesellschafterinnen und Gesellschafter*

Der Entwurf verzichtet auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gemäss Artikel 802 OR (dazu vorne Ziff. 1.3.7). Er beseitigt damit einen gravierenden Nachteil des geltenden Rechts für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Der Rechtsschutz namentlich von Personen mit Minderheitsbeteiligungen wird in vielen Punkten verbessert, so namentlich betreffend das Bezugsrecht, das Auskunfts- und Einsichtsrecht, das Austrittsrecht, die Regelung der Abfindung beim Ausscheiden aus der Gesellschaft sowie die quantitative beziehungsweise inhaltliche Begrenzung von Nachschuss- und Nebenleistungspflichten. Weiter wird die Abtretung von Stammanteilen vereinfacht (insbes. durch den Verzicht auf eine öffentliche Beurkundung und durch die Möglichkeit, dass jede Person neu mehrere Anteile halten darf; vgl. vorne Ziff 3.2.1).

Die Pflicht zur vollständigen Liberierung der Stammanteile hat demgegenüber zur Folge, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter anlässlich der Gründung einen grösseren Beitrag aufbringen müssen als bei einer Teilliberierung nach geltendem Recht. Die Änderung der Leistungspflicht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter durch den Entwurf betrifft aber nur den Zeitpunkt der geschuldeten Leistung und nicht deren Umfang (s. dazu auch die Ausführungen betreffend neu zu gründende Gesellschaften).

### *Gläubigerinnen und Gläubiger*

Der gesetzliche Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger dient vorab der Wahrung der Interessen kleiner Unternehmen (bspw. von Lieferanten); grössere Kreditgeberinnen und Kreditgeber vermögen sich demgegenüber im Allgemeinen vertraglich recht gut gegen Risiken abzusichern. Der Ausgestaltung des Gläubigerschutzes kommt deshalb insbesondere für KMU eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

Die Gläubigerinnen und Gläubiger gehen nach dem Entwurf der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gemäss Artikel 802 OR verlustig. Im Ausgleich wird jedoch die vollständige Einlage des gesamten Stammkapitals bei der Gründung verlangt und die effektive Liberierung bei Sacheinlagen, Sachübernahmen und Verrechnungen besser sichergestellt (durch den Gründerbericht und eine Prüfungsbestätigung einer Revisorin oder eines Revisors). Die Solidarhaftung für Rückleistungen und ungerechtfertigte Bezüge aus der Liberierung des Stammkapitals (vgl. Art. 802 Abs. 2 OR) entfällt ersatzlos, doch ist eine entsprechende Haftung auch in der Aktiengesellschaft nicht gegeben. Eine Verbesserung des Rechtsschutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger ergibt sich aus der Einführung einer beschränkten Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle. Die Neuregelung des Gläubigerschutzes dürfte sich im Ergebnis als wesentlich effizienter erweisen als die bisherige subsidiäre Solidarhaftung.

Die tief angesetzten Anforderungen an die Kapitalausstattung der GmbH können allerdings bei Neugründungen eine gewisse Überwälzung des Risikos auf die Gläubigerinnen und Gläubiger zur Folge haben. Im Hinblick auf die volkswirtschaftlich erwünschte Förderung von Unternehmensgründungen erscheint dies aber vertretbar. Vorleistungspflichtigen Vertragspartnern steht es gegebenenfalls offen, ihre Ansprüche vertraglich abzusichern.

### **3.3.4 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft**

Die betonte Ausgestaltung der GmbH als Rechtsform für Unternehmen mit einem kleineren Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern verbessert die Möglichkeiten der rechtlichen Organisation von KMU und stellt zudem für Konsortien und Joint Ventures eine in der Schweiz bisher fehlende Form der Ausgestaltung zur Verfügung. Die vorliegende Gesetzesrevision leistet damit einen Beitrag zur steten Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Durch tief angesetzte Anforderungen an die minimale Kapitalausstattung und durch die Zulassung von Einpersonengesellschaften soll die Neugründung von Unternehmen erleichtert und gefördert werden.

### **3.3.5 Alternative Regelungen**

Alternativen zu einer Revision des GmbH-Rechts bestehen auf Grund der Aktualisierungsbedürftigkeit (vgl. vorne Ziff. 3.2.1) der geltenden Vorschriften keine. Wie bereits ausgeführt wurde, vermag insbesondere die Schaffung einer neuen Rechtsform im Sinne einer «kleinen Aktiengesellschaft» keine überzeugende Alternative darzustellen (dazu vorne Ziff. 1.4).

### **3.3.6 Zweckmässigkeit im Vollzug**

Die Revision des GmbH-Rechts beseitigt zahlreiche Unklarheiten des geltenden Rechts und erleichtert dadurch dessen Umsetzung in der Praxis. Unvermeidbar sind jedoch die Unsicherheiten, die sich in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten aus den Neuerungen ergeben. Durch Musterstatuten können Unternehmen, Anwälte und Notare bei der Anwendung der neuen Vorschriften unterstützt werden.

## **4 Legislaturplanung**

Die Vorlage zur Revision des GmbH-Rechts ist im Bericht des Bundesrates vom 1.3.2000 über die Legislaturplanung 1999–2003 unter Punkt 2.2. R 11 «Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit» als Richtliniengeschäft angekündigt<sup>100</sup>. Er wird ebenfalls in den Zielen des Bundesrates für das Jahr 2001 aufgeführt<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> BBl 2000 2276 ff., 2291.

<sup>101</sup> Vgl. «Ziele des Bundesrates 2001», Ziel 7: «Stärkung des Wettbewerbs in der Schweiz», S. 10.

Die Europäische Gemeinschaft hat im Bereich des Gesellschaftsrechts eine Reihe von Richtlinien erlassen, die dem Zweck einer Harmonisierung bestimmter landesrechtlicher Rechtsformen in wichtigen Punkten dienen. Für die landesrechtliche Regelung der GmbH sind die folgenden Richtlinien massgebend:

- die 1. Richtlinie<sup>102</sup> betreffend die Offenlegung (Handelsregister), die Vertretungsmacht der Organe und die Nichtigkeit der Gesellschaft;
- die 4. Richtlinie<sup>103</sup> betreffend den Jahresabschluss (Bilanzrichtlinie);
- die 7. Richtlinie<sup>104</sup> betreffend den konsolidierten Jahresabschluss;
- die 8. Richtlinie<sup>105</sup> betreffend die Anforderungen an Revisorinnen und Revisoren;
- 11. Richtlinie<sup>106</sup> betreffend die Offenlegung von Zweigniederlassungen;
- 12. Richtlinie<sup>107</sup> betreffend Einpersonengesellschaften.

Von punktueller Bedeutung für das Gesellschaftsrecht sind zudem die Grundfreiheiten des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, so insbesondere die Kapitalverkehrsfreiheit, die Freiheit des Personenverkehrs, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit<sup>108</sup>.

Auf Grund des zunehmend grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Handelns auch von KMU erscheint es angezeigt, bei der Neuregelung der GmbH im Allgemeinen den Grundlinien des Rechts der Europäischen Gemeinschaft Rechnung zu tragen<sup>109</sup>. In einigen Punkten weicht der Entwurf allerdings davon ab:

- Das Erfordernis, wonach eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz die Gesellschaft vertreten können muss (s. Art. 814 Abs. 2, 718 Abs. 3 und 898 Abs. 2 E OR), steht zwar in einem Spannungsverhältnis zur Freiheit des Personenverkehrs, kann aber den Bestrebungen der OECD zur Unternehmenstransparenz im Interesse der Bekämpfung der Geldwäscherei dienlich sein.
- Der Entwurf verzichtet darauf zu verlangen, dass Einpersonengesellschaften im Handelsregister ausdrücklich als solche bezeichnet werden (vgl. Art. 3 der 12. Richtlinie; Art. 775 Abs. 2 und 781 Ziff. 6 VE). Was die Aktiengesellschaft betrifft, fehlt zudem eine Pflicht zur Eintragung der einzigen Gesellschafterin oder des einzigen Gesellschafters (in der GmbH werden alle

<sup>102</sup> RL 68/151/EWG; ABl. Nr L 065 vom 14.03.1968, S.8 ff.

<sup>103</sup> RL 78/660/EWG; ABl. Nr L 222 vom 14.08.1978, S.11 ff.

<sup>104</sup> RL 83/349/EWG; ABl. Nr L 193 vom 18.07.1983, S.1 ff.

<sup>105</sup> RL 84/253/EWG; ABl. Nr L 126 vom 12.05.1984, S.20 ff.

<sup>106</sup> RL 89/666/EWG; ABl. Nr L 395 vom 30.12.1989, S.36 ff.

<sup>107</sup> RL 89/667/EWG; ABl. Nr L 395 vom 30.12.1989, S.40 ff.

<sup>108</sup> S. Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957, ergänzt und neu nummeriert durch den am 1.5.1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 (Abl. Nr. C 340 vom 10.11.1997; S. 173 ff.); s. Art. 39 ff. (Freiheit des Personenverkehrs), insb. Art. 43 (Niederlassungsfreiheit); Art. 49 ff. (Dienstleistungsfreiheit), Art. 56 ff. (Kapitalverkehrsfreiheit).

<sup>109</sup> Vgl. dazu Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 19 f. und 80 (Bezugsquelle: Bundesamt für Bauten und Logistik, Vertrieb Publikationen, 3003 Bern; Art.-Nr. 407.020.d).



Gesellschafterinnen und Gesellschafter eingetragen; Art. 791 E OR). Vorschriften zur Kennzeichnung von Einpersonengesellschaften im Handelsregister wären jedoch nur von beschränkter Relevanz und zudem leicht zu umgehen.

- Die Vertretungsmacht der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer wird im schweizerischen Recht etwas enger gefasst: Die vorgesehene Beschränkung auf Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 814 Abs. 4 E OR i.V.m. Art. 718a Abs. 1 OR), entspricht nicht den Vorgaben der 1. Richtlinie (Art. 9), stimmt aber mit der Regelung für andere Rechtsformen überein.
- Für die Anforderungen an die Rechnungslegung und Publizität verweist der Entwurf auf die Vorschriften des Aktienrechts (s. Art. 801 E OR; dazu vorne Ziff. 1.3.13). Die gesetzliche Ordnung entspricht in verschiedener Hinsicht nicht den für die GmbH und die Aktiengesellschaft massgebenden Richtlinien: Es sei namentlich auf die folgenden Punkte hingewiesen<sup>110</sup>:
  - Die Zulässigkeit willkürlich gebildeter stiller Reserven sowie von Gesamtbewertungen (Verrechnung von Mehr- und Minderwerten auf gleichartigen Aktiven) sind nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien der True and Fair View und der Einzelbewertung vereinbar.
  - Der verlangte Detaillierungsgrad für die Bilanz und die Erfolgsrechnung genügt für grosse und mittlere Gesellschaften den Anforderungen der 4. Richtlinie nicht.
  - Es fehlen Konsolidierungs- und Bewertungsregeln für die Konzernrechnung.
  - Anders als nach dem schweizerischen Recht (s. Art. 697h OR) kann die Offenlegung der Jahresrechnung nach der 1. Richtlinie nicht auf Publikumsgesellschaften beschränkt bleiben.
  - Die vorgesehenen Ausnahmen von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle wurden grundsätzlich in Übereinstimmung mit der 8. Richtlinie definiert. Hingegen müssten alle Gesellschaften, die nach Artikel 818 Absatz 1 Ziffer 3 E OR revisionspflichtig sind, eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor<sup>111</sup> beiziehen. Das Gemeinschaftsrecht verlangt zudem ein formelles Zulassungsverfahren für Revisorinnen und Revisoren.

<sup>110</sup> S. dazu den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», S. 8 ff.

<sup>111</sup> Vgl. dazu die Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren; SR 221.302.

## **6 Rechtliche Grundlagen**

### **6.1 Verfassungsmässigkeit**

Die Revision des Rechts der GmbH stützt sich auf die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts (Art. 122 Abs. 1 Bundesverfassung<sup>112</sup>).

### **6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Der Entwurf ergänzt die geltende Delegationsnorm betreffend das Handelsregister (Art. 929 E OR). Die folgenden Einzelheiten sind neu auf Verordnungsstufe zu regeln: die Anmeldung zur Eintragung, die einzureichenden Belege und deren Prüfung sowie der Inhalt der Eintragungen (s. dazu vorne Ziff. 2.2.6). Die Delegation ermöglicht, im Gesetz auf entsprechende Listen zu verzichten. Sowohl die rechtliche als auch die politische Bedeutung der erfassten Gegenstände erscheint gering.

11741

<sup>112</sup> RS 101.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>3149</b>
<b>1 Allgemeiner Teil</b>	<b>3150</b>
1.1 Ausgangslage	3150
1.2 Ergebnisse des Vorverfahrens	3152
1.2.1 Erarbeitung des Vorentwurfs	3152
1.2.2 Vernehmlassungsverfahren	3153
1.2.3 Erarbeitung des Entwurfs	3153
1.3 Überblick über den Entwurf	3154
1.3.1 Ausgestaltung der GmbH als personenbezogene Kapitalgesellschaft	3154
1.3.2 Zulassung der Gründung von Einpersonengesellschaften	3155
1.3.3 Obere und untere Begrenzung der Höhe des Stammkapitals	3155
1.3.4 Leistung der Einlagen auf die Stammanteile (Liberierung)	3156
1.3.5 Erhöhung des Stammkapitals	3157
1.3.6 Verzicht auf eine Regelung eigenkapitalersetzender Darlehen	3158
1.3.7 Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter	3158
1.3.8 Stammanteile	3159
1.3.9 Vinkulierung der Stammanteile	3160
1.3.10 Nachschuss- und Nebenleistungspflichten	3161
1.3.11 Treuepflicht und Konkurrenzverbot	3162
1.3.12 Aufhebung der jährlichen Meldepflicht beim Handelsregisteramt	3162
1.3.13 Rechnungslegung	3162
1.3.14 Organisation der Gesellschaft; Geschäftsführung und Vertretung	3163
1.3.15 Prüfung der Jahresrechnung	3164
1.3.16 Austritt und Ausschliessung	3165
1.3.17 Anpassungen im Aktien- und Genossenschaftsrecht	3166
1.4 Zur Frage der Schaffung neuer Rechtsformen; Erledigung parlamentarischer Vorstösse	3167
<b>2 Besonderer Teil: Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen</b>	<b>3169</b>
2.1 Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	3169
2.1.1 Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	3169
2.1.1.1 Begriff	3169
2.1.1.2 Stammkapital	3171
2.1.1.3 Stammanteile	3171
2.1.1.4 Genussscheine	3172
2.1.1.5 Gesellschafterinnen und Gesellschafter	3172
2.1.1.6 Statuten	3173
2.1.1.7 Gründung	3176
2.1.1.8 Eintragung ins Handelsregister	3179
2.1.1.9 Erwerb der Persönlichkeit	3179
2.1.1.10 Statutenänderung	3180
2.1.1.11 Erhöhung des Stammkapitals	3180

2.1.1.12	Herabsetzung des Stammkapitals	3182
2.1.1.13	Erwerb eigener Stammanteile	3183
2.1.2	Zweiter Abschnitt: Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter	3184
2.1.2.1	Stammanteile	3184
2.1.2.2	Leistung der Einlagen	3193
2.1.2.3	Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter	3193
2.1.2.4	Nachschüsse und Nebenleistungen	3194
2.1.2.5	Dividenden, Zinse, Tantiemen	3199
2.1.2.6	Vorzugsstammanteile	3200
2.1.2.7	Rückerstattung von Leistungen	3200
2.1.2.8	Geschäftsbericht, Reserven und Offenlegung	3201
2.1.2.9	Zustellung des Geschäftsberichts	3201
2.1.2.10	Auskunfts- und Einsichtsrecht	3202
2.1.2.11	Treuepflicht und Konkurrenzverbot	3203
2.1.3	Dritter Abschnitt: Organisation der Gesellschaft	3204
2.1.3.1	Gesellschafterversammlung	3204
2.1.3.2	Geschäftsführung und Vertretung	3211
2.1.3.3	Rechnungsprüfung	3217
2.1.3.4	Mängel in der Organisation der Gesellschaft	3219
2.1.3.5	Kapitalverlust und Überschuldung	3219
2.1.4	Vierter Abschnitt: Auflösung und Ausscheiden	3220
2.1.4.1	Auflösung	3220
2.1.4.2	Ausscheiden von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern	3221
2.1.4.3	Liquidation	3225
2.1.5	Fünfter Abschnitt: Verantwortlichkeit	3225
2.2	Änderung anderer Bestimmungen des Obligationenrechts	3225
2.2.1	Recht der Kollektivgesellschaft	3225
2.2.2	Recht der Kommanditgesellschaft	3226
2.2.3	Aktienrecht	3226
2.2.4	Recht der Kommanditaktiengesellschaft	3235
2.2.5	Recht der Genossenschaft	3235
2.2.6	Handelsregisterrecht	3237
2.2.7	Firmenrecht	3240
2.3	Änderung bisherigen Rechts	3243
2.3.1	Zivilgesetzbuch	3243
2.3.2	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs	3245
2.3.3	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG)	3245
2.3.4	Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG)	3246
2.3.5	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG)	3246
2.4	Übergangsbestimmungen	3246
2.5	Referendum und Inkrafttreten	3252

<b>3 Auswirkungen</b>	<b>3252</b>
3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen	3252
3.1.1 Auf den Bund	3252
3.1.2 Auf die Kantone	3253
3.2 Auswirkungen auf die Informatik	3253
3.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen	3253
3.3.1 Notwendigkeit staatlichen Handelns	3253
3.3.2 KMU-Verträglichkeit	3254
3.3.3 Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen	3255
3.3.4 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft	3258
3.3.5 Alternative Regelungen	3258
3.3.6 Zweckmässigkeit im Vollzug	3258
<b>4 Legislaturplanung</b>	<b>3258</b>
<b>5 Verhältnis zum europäischen Recht</b>	<b>3259</b>
<b>6 Rechtliche Grundlagen</b>	<b>3261</b>
6.1 Verfassungsmässigkeit	3261
6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	3261
<b>Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (Entwurf)</b>	<b>3265</b>