



**Pascal Montavon**

Dr. iur., Direktor  
AMC Alpha Conseils S.A.,  
Lausanne

# Das neue Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

## Grundzüge und Übergangsrecht

Am 16. Dezember 2005 wurde das neue Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Recht) durch die eidgenössischen Räte verabschiedet. Das Gesetz ändert in einigen Punkten ebenfalls das Aktien- und das Genossenschaftsrecht. Parallel dazu wurden das neue Revisionsrecht sowie das Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (s. BBl 2005, S. 7289 ff. sowie 7349 ff.) verabschiedet. Das Inkrafttreten dieser Gesetze ist im zweiten Halbjahr 2007 vorgesehen. Der vorliegende Beitrag legt das neue GmbH-Recht und die Übergangsbestimmungen dar, welche die Anpassung der Statuten der bestehenden GmbH regeln. Die durch das Gesetz festgesetzte Anpassungsfrist beträgt zwei Jahre ab dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Etwa 85 000 bis 90 000 GmbH werden 2007 durch die Übergangsbestimmungen betroffen, aber nicht alle werden zu einer Anpassung ihrer Statuten gezwungen sein.

### I. Allgemeines

#### 1. Definition und Grundlage der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Gemäss dem neuen Recht der GmbH und in deren einfachsten Form, d.h. ohne Nebenpflichten der Gesellschafter, ist diese eine per-

sonenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind, deren Stammkapital – das mindestens Fr. 20 000.– betragen muss – in den Statuten festgelegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet (Art. 772 und 773 neu OR = nOR).

Die GmbH findet ihre Grundlage in einem Gesellschaftsvertrag, d.h. in einer vertragsmässigen Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften (Art. 530 OR). Das neue Recht weicht jedoch von dieser Grundlage ab, indem es die Bildung einer GmbH durch eine einzige Person erlaubt. Die Notwendigkeit, eine Einpersonengesellschaft gründen zu können, wurde ebenfalls für die Aktiengesellschaft (AG) erkannt, was das revidierte Aktienrecht ebenso gestatten wird (Art. 625 und Art. 772 nOR). Diese auf der dogmatischen Ebene bedeutende Innovation steht in Zusammenhang mit der Entwicklung des Gesellschaftsrechts in unseren Nachbarländern und entspricht den Richtlinien der Europäischen Union (EU)<sup>1</sup>.

Dem Anschein nach stellt sich das neue GmbH-Recht mit Merkmalen dar, welche jenen der AG ähnlich sind. Die in ihrer reinsten Form gebildete neue GmbH ist in der Tat mit der AG eng verwandt, was auch der Wunsch des Gesetzgebers war. Zwei grundsätzliche Merkmale dieser Gesellschaftsform unterscheiden

#### → Die Definition der GmbH umfasst die folgenden Schlüsselemente

- eine personenbezogene Kapitalgesellschaft in dem Sinne, dass die Einlagen der Gesellschafter nicht die einzigen Elemente sind, welche die Rechte und Pflichten der Gesellschafter bestimmen – grundsätzlich im Gegensatz zum Aktienrecht;
- an der eine oder mehrere (natürliche oder juristische) Personen oder Handelsgesellschaften (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft) beteiligt sind;
- die ein in den Statuten festgelegtes Mindestkapital von Fr. 20 000.– aufweist;
- und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.

jedoch die GmbH von der AG. Es sind dies die allfällige zusätzliche Pflicht zur Leistung von Nachschüssen und/oder die allfällige Pflicht zur Erbringung von Nebenleistungen der Gesamtheit oder eines Teils der Gesellschafter, falls diese beiden Fälle in den Statuten vorgesehen sind (Art. 795 bis Art. 797 nOR). In Anbetracht von Art. 680 OR verbietet das Aktienrecht die Einführung von ähnlichen Klauseln in die Statuten der AG.

## → GmbH oder GmbHZ

Somit hätte die Definition der GmbH folgendermassen lauten können: «Eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind, welche – wenn die Statuten dies vorsehen – zu Nachschüssen und zu festgesetzten und begrenzten Nebenleistungen verpflichtet werden können, deren Stammkapital – das mindestens Fr. 20 000.– betragen muss – in den Statuten festzulegen ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.»

Kurz gesagt: Die GmbH – oder genauer die «GmbHZ» – ist eine Gesellschaft mit beschränkter Eventual-Zusatzhaftung der Gesellschafter (falls dies die Statuten vorsehen).

## 2. Gründer, Gesellschafter und Stammanteile

Nach dem neuen Recht besteht die GmbH aus einer oder mehreren Personen oder Handelsgesellschaften (Art. 772 Abs. 1 und Art. 775 nOR). Unter Personen versteht man sowohl natürliche Personen – ungeachtet, ob sie handlungsfähig sind oder nicht, und unter Vorbehalt der allfälligen Zustimmung ihres Rechtsvertreters oder der Vormundschaftsbehörde<sup>2</sup> – wie auch juristische Personen. Unter Handelsgesellschaften sind die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaften zu verstehen, welche kraft ihrer Quasi-Persönlichkeit als solche (Art. 562 und Art. 602 OR) Gründungsmitglieder oder Gesellschafter einer GmbH sein können. Einfache Gesellschaften können als solche nicht Mitglieder einer GmbH sein<sup>3</sup>, denn sie sind keine Handelsgesellschaften (das Recht der einfachen Gesellschaft weist keine den Art. 562 und Art. 602 OR ähnlichen Bestimmungen auf). Einzig deren Mitglieder können, wenn sie dies wünschen, einen oder mehrere Stammanteile gemeinsam erwerben sowie einen gemeinsamen Vertreter bezeichnen (Art. 792 nOR).

In Übereinstimmung mit dem neuen Recht ist jeder Gründer und Gesellschafter am Stammkapital mit einem Anteil von mindestens Fr. 100.– beteiligt, welcher im Falle einer Sanierung der Gesellschaft auf Fr. 1.– herabgesetzt werden kann. Die Stammanteile müssen mindestens zu ihrem Nennwert ausgegeben werden (Art. 774 nOR), was die vollständige Liberierung des Stammkapitals voraussetzt. Ein Gesellschafter kann mehr als einen Anteil

besitzen, welcher lediglich eine Beweisurkunde für seine Mitgliedschaft darstellt und in der Form eines auf den Namen lautenden Wertpapiers (Art. 784 nOR) im Sinne von Art. 974 OR ausgegeben werden kann. Dieser Titel kann folglich nur mittels Abtretung übertragen werden (Art. 165 OR und Art. 785 nOR). Der Stammanteil als Anteil am Stammkapital bestimmt unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen in den Statuten den Umfang der Vermögens- und Mitwirkungsrechte und -pflichten des Gesellschafters (vgl. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 5 und 6 nOR). Die Übertragung von Stammanteilen erfordert in dem Sinne eine qualifizierte Schriftform, als im Abtretungsvertrag – wie übrigens auf dem Stammanteil – dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden müssen wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (Art. 785 nOR). Es ist keine öffentliche Beurkundung erforderlich; dies im Gegensatz zum heutigen Recht.

## 3. Merkmal der hybriden Natur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Gemäss Art. 772 Abs. 1 nOR haftet – wie in einer Kapitalgesellschaft – nur das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH. Im Gegensatz zum heutigen Recht werden somit die Gesellschafter nicht mehr bis zur Höhe des nicht einbezahlten Stammkapitals solidarisch haften (vgl. Art. 802 OR). Einzig für die effektive Liberierung der gezeichneten Anteile sowie für die Nachschüsse und Nebenleistungen, welche allenfalls in den Statuten vorgesehen sind und von ihnen individuell verlangt werden können, werden sie einzeln haften (Art. 795 bis Art. 797 nOR).

Das charakteristische Element der hybriden Natur der GmbH, d. h. einer personenbezogenen Kapitalgesellschaft, bilden die statutarischen Nebenleistungen und Nachschüsse, die im Recht der Gesellschaften kapitalistischer Art nur für die GmbH möglich sind. Nach Art. 772 Abs. 2 und Art. 776a Ziff. 1 nOR können die Gesellschafter (allesamt oder einige davon) nämlich statutarisch zu Nachschüssen oder zu Nebenleistungen verpflichtet werden, welche innerhalb der durch das Gesetz umschriebenen Schranken über ihre Stammanteile hinausgehen (Art. 795 ff. nOR). Die Genossenschaft sieht ebenfalls Nebenleistungen vor, aber diese Gesellschaft ist nicht kapitalistischer Art. Das allfällige Konkurrenzverbot für die Gesellschafter gegenüber der Entität, d. h. der Gesellschaft – falls dies die Statuten vorsehen – gehört ebenfalls zur persönlichen Natur der Gesellschaft (vgl. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 3 nOR).

«Nebenleistungen» können aus einer (materiellen oder persönlichen) Pflicht zu einem Tun oder zu einem Unterlassen bestehen und müssen dem Zweck der Gesellschaft dienen und darauf abzielen, die Aufrechterhaltung ihrer Unabhängigkeit oder der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises sicherzustellen (Art. 796 nOR).

«Nachschüsse» dürfen nur dann eingefordert werden, wenn die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht mehr ordnungsgemäss weiterführen kann oder wenn die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt (Art. 795a nOR). Zudem darf der Betrag, der eingefordert werden kann, das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen (Art. 795 Abs. 2 nOR). Wie erwähnt, besteht keine Solidarhaftung der Gesellschafter für die Ausführung der Nachschüsse (Art. 795 Abs. 3 nOR).

## 4. Entscheidung für die GmbH mit Rücksicht auf das Aktienrecht

Die Hauptmotivation, sich für eine GmbH anstelle einer AG zu entscheiden, sollte der Wille der Gründer sein, eine personenbezogene Kapitalgesellschaft zu bilden, d. h. eine Gesellschaft, die nicht nur mittels einer ursprünglichen Einlage von Kapital errichtet wird, sondern auch durch persönliche, in den Statuten festgehaltene Pflichten der Gesellschafter zur Erbringung von Nebenleistungen und zur Vornahme von Nachschüssen mit Verpflichtungen zum Konkurrenzverzicht und mit der Möglichkeit gekennzeichnet ist, dass die Gesellschafter aus der Gesellschaft austreten können oder allenfalls von dieser ausgeschlossen werden. Das Interesse der Rechtsform besteht somit darin, einen wirklichen Vertrag unter den Gesellschaftern im Rahmen der Statuten zu errichten<sup>4</sup>. Unter diesem rechtlichen Blickwinkel ist die Entscheidung für eine GmbH offensichtlich und begründet.

Wie damals ab dem Jahre 1992 mit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts wird jedoch in 95% der Fälle die Entscheidung zu Gunsten einer GmbH unter dem neuen Recht nicht wegen ihrer rechtlichen Merkmale, sondern – ohne Rücksicht auf ihre besonderen Organe – aus wirtschaftlichen Gründen fallen. Die Attraktivität der Errichtung eines rechtlichen Gebildes – dessen Statuten sich darauf beschränken können, die grundlegenden Elemente einer Kapitalgesellschaft zu übernehmen (vgl. Art. 776 nOR) – mittels einer Einlage von Fr. 20 000.– wird nämlich wesentlich sein, namentlich für Einpersonengesellschaften, die die

se Form beibehalten wollen und in deren Statuten bestimmt keine Pflicht zu Nebenleistungen und Nachschüssen enthalten sein werden.

## 5. Übereinstimmung des neuen Rechts mit den Richtlinien der Europäischen Union

Das neue GmbH-Recht entspricht in seiner Gesamtheit den Standards der Richtlinien der EU über Gesellschaften, nämlich der 1. Richtlinie (Offenlegung, Vertretungsmacht der Organe, Nichtigkeit der Gesellschaft), der 4. Richtlinie (Jahresabschluss), der 7. Richtlinie (konsolidierter Jahresabschluss), der 8. Richtlinie (Anforderungen an Revisorinnen und Revisoren [gegenwärtig in Revision]), der 11. Richtlinie (Offenlegung von Zweigniederlassungen) und der 12. Richtlinie (Einpersonengesellschaften). In einigen Punkten weicht das Gesetz allerdings davon ab<sup>5</sup>.

Zu vermerken sind:

- das Erfordernis, wonach eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz die Gesellschaft vertreten können muss;
- dass das Handelsregister die Einpersonengesellschaft nicht ausdrücklich als solche bezeichnen muss (obwohl sich dies aus der Eintragung eines einzigen Gesellschafters ergeben wird);
- dass die Vertretungsmacht der Geschäftsführer, die auf den Zweck der Gesellschaft beschränkt ist, im schweizerischen Recht enger gefasst ist;
- dass die Anforderungen an die Rechnungslegung, die sich nach jenen für die AG richten, weniger einengend sind als jene in den Richtlinien der EU (Zulässigkeit willkürlich gebildeter stiller Reserven, weniger ausgeprägter Detaillierungsgrad für die Bilanz, keine Konsolidierungs- und Bewertungsregeln für die Konzernrechnung, keine grundsätzliche Offenlegung der Jahresrechnung).

## II. Die wesentlichen Punkte der Revision

Das neue GmbH-Recht und die damit verbundenen Änderungen betreffend die anderen Gesellschaftsformen, die Geschäftsfirmen und das Handelsregister sowie das neue Revisionsrecht mit dem Revisionsaufsichtsgesetz wurden zusammen am 16. Dezember 2005 durch die eidgenössischen Räte verabschiedet.

Der aus dieser Revision hervorgegangene Gesetzestext ist sehr befriedigend und sollte den Erwartungen der Wirtschaft entsprechen. Er bietet für die GmbH ein attraktives Gebilde

mit relativ einfachen Strukturen, und zwar für all jene, die effektiv nach Einfachheit suchen, und die Wahl einer nötigenfalls komplexen Gliederung. Mangels anderer geeigneter Gesellschaftsformen stellte die GmbH zwischen 1992 und 2005 die Gesellschaft der kleineren Wirtschaftsakteure dar; sie wird diese Funktion beibehalten und auch ein Gebilde für aufgeschlossene Akteure sein, welche darin eine flexible Struktur für die Realisierung von Synergien und Zielsetzungen suchen. Auch wenn sich die Wahl für eine AG wirtschaftlich und rechtlich grundsätzlich aufdrängt, sofern es die verfügbaren Geldmittel gestatten, so kann die Entscheidung zu Gunsten der GmbH auf Grund ihrer strukturellen Vorzüge fallen, was unter dem heutigen Recht sehr wenig vorkommt. Selten werden heute GmbH wegen ihrer rechtlichen Vorteile gegründet.

### 1. Die GmbH – eine personenbezogene Kapitalgesellschaft

Die Revision hat der GmbH eine echte Kapitalgesellschaftsstruktur verliehen, ihr aber gleichzeitig einen persönlichen Charakter belassen. Die GmbH ist für die Bedürfnisse eines Unternehmens konzipiert, dessen Gesellschafterkreis eher begrenzt ist.

Im heutigen Recht weist die GmbH eine subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des gesamten nicht einbezahlten Stammkapitals (Art. 802 OR) auf. Indem es diese solidarische Haftung der Gesellschafter beseitigt, wird das neue GmbH-Recht aus dieser Gesellschaft rechtlich eine attraktivere Gesellschaftsform für kleine und mittelgrosse Unternehmen machen. Ausserdem erlaubt das neue Fusionsgesetz, das den Übergang von der Rechtsform einer GmbH zu jener einer AG vorsieht, eine Anpassung der Gesellschaft an ihre Entwicklung, wenn der Kreis der Gesellschafter stark zunimmt oder das Unternehmen auf dem öffentlichen Kapitalmarkt auftreten will<sup>6</sup>.

### 2. Zulässigkeit der Gründung von Einpersonengesellschaften

Das heutige GmbH-Recht verlangt für die Gesellschaft eine Mindestanzahl von zwei Gründungsmitgliedern. In Wirklichkeit wird oft auf einen «vorgeschiebenen» oder einen «Stroh»-Gesellschafter für einen Anteil von Fr. 1000.– zurückgegriffen, wobei dieser eine bedeutende Verantwortung trägt, falls das ganze Stammkapital nicht liberiert wird oder der aktive Gesellschafter die Gesamtheit oder

einen Teil seines Stammanteils auf ungerechtfertigte Weise sich selbst zurückbezahlt hat (vgl. Art. 802 OR). Zudem wird der spätere Rückkauf der gesamten Stammanteile durch einen einzigen Gesellschafter lediglich geduldet. Das neue Gesetz passt sich somit der heutigen Praxis an und gestattet die Gründung von Einpersonen-GmbH (Art. 772 nOR). Parallel zur Revision der GmbH wurde das Aktienrecht ebenfalls in diesem Sinne revidiert und ermöglicht folglich die Errichtung von Einpersonen-AG (Art. 625 nOR).

### 3. Höhe des Stammkapitals

Das heutige Recht legt für das Stammkapital einen Mindestbetrag von Fr. 20 000.– und einen Höchstbetrag von Fr. 2 000 000.– fest. Das neue Recht behält den Mindestbetrag von Fr. 20 000.– bei (Art. 773 nOR), hebt jedoch die obere Grenze auf.

In Anbetracht der seit der Einführung der GmbH im Jahre 1936 eingetretenen Teuerung hatte der Vorentwurf für das Gesetz eine Verdoppelung des Mindestbetrags mit der Pflicht zu dessen vollständiger Liberierung vorgeschlagen. Der Vorschlag eines Mindestbetrags von Fr. 40 000.– wurde aufgegeben, da die Gefahr bestand, dass die Attraktivität der GmbH gegenüber der AG geschmälert würde, namentlich in Bezug auf kleine Dienstleistungsunternehmen, deren Bedarf an Eigenmitteln gering sein kann. Der Mindestbetrag von Fr. 20 000.– wurde somit beibehalten, jedoch mit der Pflicht, diesen bei der Gründung der Gesellschaft vollständig zu liberieren (Art. 773 und Art. 777c Abs. 1 nOR).

Zu vermerken ist, dass die Väter des Vorentwurfs der Revision hervorgehoben hatten, dass ein Betrag von Fr. 40 000.– ein absolutes Minimum darstelle, da es offensichtlich sei, dass eine kleines Gebilde mit einem Stammkapital von Fr. 20 000.– in der Regel nach einem Betriebsjahr dieses Kapital aufgebraucht habe und sogar mit einem Anfangskapital von Fr. 40 000.– sich erfahrungsgemäss ziemlich häufig mit Art. 725 Abs. 1 OR, d.h. mit einem qualifizierten Kapitalverlust, konfrontiert sehe<sup>7</sup>. Es wird somit Sache des Treuhänders und des Notars sein, noch vor der Errichtung der GmbH (!) deren Gründer auf die Verlockung aufmerksam zu machen, die eine rechtliche Struktur mit einem Stammkapital von Fr. 20 000.– darstellt, wenn diese nicht auch mit sehr geringen Lasten verbunden ist. Es trifft hingegen zu, dass eine Gesellschaft mit leichten Strukturen ohne (oder mit nur geringen) Miet- und Lohnnebenkosten, deren Gründer einzig reelle Gewinne zu erzielen wünschen, sehr wohl auf der Grundlage eines Stammkapitals von

Fr. 20 000.– errichtet und sich wird entwickeln können.

#### 4. Liberierung der Einlagen

Im Gegensatz zu Art. 774 Abs. 2 OR verlangt das neue Recht, dass die Gesamtheit des im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals bei der Gründung der Gesellschaft liberiert wird, und zwar mittels Einlagen in Geld oder Sacheinlagen (Art. 777c Abs. 1 nOR). Diese vollständige Liberierung drängt sich im Namen der Sicherheit im Geschäftsbereich auf, da die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur noch durch deren Vermögen garantiert sind (Art. 772 Abs. 1 nOR).

Die Aufhebung der solidarischen und subsidiären Haftung der Gesellschafter für die Liberierung des Stammkapitals – welche in der Praxis lediglich eine relative Wirksamkeit entfaltet<sup>9</sup>, und zwar häufig wegen der beschränkten persönlichen Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter – hat es notwendig gemacht, dass eine Regelung für Sacheinlagen oder Einlagen mittels Verrechnung sowie für Sachübernahmen vorgesehen wird. Das neue Recht verweist somit dafür auf die bereits bestehenden Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 777c nOR). Die eingengenden – auf Sacheinlagen, Sachübernahmen usw. anwendbaren – Formalitäten des Aktienrechts werden folglich auch für die GmbH Geltung haben.

#### 5. Erhöhung des Stammkapitals

Die Aufhebung der solidarischen und subsidiären Haftung der Gesellschafter für die Liberierung des Stammkapitals gemäss dem heutigen Art. 802 OR wird nicht mehr deren Einstimmigkeit zur Erhöhung des Stammkapitals erfordern. Ein Beschluss, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals auf sich vereinigt, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist, wird ausreichen (Art. 808b Abs. 1 nOR). Ausserdem führt das neue Recht durch einen Verweis auf das Aktienrecht (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 nOR) einen verbesserten Schutz des Bezugsrechts der Gesellschafter ein.

#### 6. Verzicht auf eine Regelung für Darlehen der Gesellschafter als Ersatz für das Eigenkapital

Der Vorentwurf der Revision hatte eine Übernahme des deutschen Systems der Darlehen der Gesellschafter zu Kapitalisierungszwecken

vorgeschlagen, d.h. den Rangrücktritt dieser Darlehen nach allen anderen Forderungen im Falle eines Konkurses der Gesellschaft<sup>9</sup>. Dieser Vorschlag wurde jedoch schon in der Botschaft des Bundesrats aufgegeben, denn der Wirtschaftssektor machte geltend, dass diese Regelung die Sanierung von Gesellschaften erschwert hätte und dass in Deutschland Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Normen (namentlich über die Qualifizierung der Darlehen) aufgetreten seien. In steuerlicher Hinsicht bestehen die Auswirkungen solcher Darlehen jedoch weiter<sup>10</sup>.

#### 7. Aufhebung der solidarischen und subsidiären Haftung der Gesellschafter

Das heutige GmbH-Recht birgt für die Gesellschafter ein Risiko, indem es sie subsidiär und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haftbar macht (Art. 802 OR). Theoretisch kann dieses System dazu führen, dass ein Gesellschafter, der Inhaber eines Stammanteils von Fr. 1000.– ist, für ein auf Fr. 2 000 000.– festgesetztes Stammkapital haftet, wenn Stammkapital ohne sein Wissen den anderen Gesellschaftern auf ungerechtfertigte Weise zurückbezahlt oder gar nicht liberiert wurde.

Das neue Recht beseitigt also diese Haftung (Art. 772 Abs. 1 nOR), sorgt jedoch mittels neuer Pflichten für die Sicherheit im Geschäftsbereich: Vollständige Liberierung der Stammanteile ab dem Zeitpunkt der Gründung (Art. 777c Abs. 1 nOR), Verfahren zur Überprüfung der Effektivität der Sacheinlagen oder der Einlagen mittels Verrechnung sowie der Sachübernahmen (Art. 777c Abs. 2 nOR), grundsätzliche Notwendigkeit einer Revisionsstelle für die GmbH (Art. 818 nOR). Die GmbH werden einer ordentlichen Revision unterstehen, wenn es sich um grössere Gesellschaften handelt, welche den Kriterien von Art. 727 nOR entsprechen, oder allgemeiner einer eingeschränkten Kontrolle, unter Vorbehalt eines anders lautenden Beschlusses, wenn es sich um kleinere Gesellschaften handelt, welche im Durchschnitt höchstens zehn Vollzeitangestellte zählen und in der alle Gesellschafter beschlossen haben, auf die eingeschränkte Revision der Rechnung zu verzichten (Art. 727a nOR, BBI 2004 S. 3969 ff.). Zum letzteren Fall ist anzumerken, dass grundsätzlich nur jene GmbH effektiv betroffen sein werden, welche nicht auf Bankanleihen zurückgreifen, denn Bankinstitute, die Darlehen gewähren, werden in der Regel mindestens die regelmässige Vornahme einer eingeschränkten Revision verlangen.

#### 8. Stammanteile

Um die Übertragung der Stammanteile zu erleichtern und Änderungen bei der Beteiligung der Gesellschafter zu vereinfachen, erlaubt das neue Recht den Gesellschaftern, mehrere Anteile zu besitzen. Unter dem heutigen Recht ist nämlich eine Änderung der Statuten notwendig, wenn ein Gesellschafter seine Beteiligung ändern will, denn diese müssen den Betrag jedes ausgegebenen Anteils erwähnen. Die Form der Abtretung von Stammanteilen wurde ebenfalls durch die Aufgabe der öffentlichen Beurkundung vereinfacht. Der Abtretungsvertrag hat dennoch ausdrücklich bestimmte statutarische Pflichten zu erwähnen, und die Gesellschafter müssen im Handelsregister eingetragen sein (Art. 785 und Art. 791 Abs. 1 nOR). Gemäss Art. 785 Abs. 2 nOR müssen in den Abtretungsvertrag dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile. Das neue Recht setzt den Nennwert der Stammanteile von Fr. 1000.– auf Fr. 100.– herab (Art. 774 Abs. 1 nOR).

#### 9. Einschränkung der Übertragbarkeit von Stammanteilen

Wegen des stark personenbezogenen Charakters der GmbH behält das neue Recht eine Einschränkung der Übertragbarkeit der Stammanteile bei (Art. 786 nOR). Die in Art. 808b nOR vorgesehene qualifizierte doppelte Mehrheit wird jedoch im Vergleich zum heutigen Recht gemildert, um Abtretungen leichter durchführen zu können und die unterschiedlichen konkreten Bedürfnisse zu berücksichtigen. Ausserdem können die Statuten Abtretungen verunmöglichen oder diese vollständig freistellen (Art. 776a Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 786 Abs. 2 nOR). Sie können ebenfalls Gründe vorsehen, welche die Verweigerung einer Abtretung rechtfertigen.

#### 10. Pflicht zur Leistung von Nachschüssen oder zur Erbringung von Nebenleistungen

Die Pflicht zur Leistung von Nachschüssen und/oder zur Erbringung von Nebenleistungen (Art. 795 bis Art. 797 nOR) sind für die personenbezogene Dimension der GmbH charakteristisch. Das heutige Recht bietet jedoch den Minderheitsgesellschaftern der GmbH keinen ausreichenden Schutz gegen Missbräuche in diesem Bereich. In der Tat besteht keine Be-

grenzung für Nachschussbeträge. Das neue Recht begrenzt diese Einzahlungen auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils. Hingegen werden die Gründe, die diese Beträge fällig machen, ausgedehnt. Was die Nebenleistungen anbelangt, so müssen sie mit dem Zweck der Gesellschaft in Zusammenhang stehen oder darauf abzielen, ihre Selbstständigkeit sicherzustellen. Die nachträgliche Einführung von Nachschüssen oder von Nebenleistungen bedarf der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter (Art. 797 nOR).

### 11. Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Das heutige Recht regelt diese Frage nur ungenau. Es legt fest, dass sämtliche Gesellschafter, auch die nicht geschäftsführenden, gegenüber der GmbH eine Treuepflicht haben (Art. 803 nOR). Während sich die geschäftsführenden Gesellschafter stets an das Konkurrenzverbot halten müssen (Art. 812 Abs. 3 nOR), kann eine solche Beschränkung in den Statuten auch den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern auferlegt werden (Art. 803 Abs. 2 nOR). Eine schriftliche Zustimmung aller Gesellschafter ermöglicht es, von Fall zu Fall diese Pflichten aufzuheben; die Statuten können ebenfalls einen anderen Zustimmungsmodus vorsehen, zum Beispiel eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung (Art. 803 Abs. 3 nOR).

### 12. Aufhebung der Pflicht zur jährlichen Einreichung der Liste der Gesellschafter beim Handelsregisteramt

Im heutigen Recht haben die Geschäftsführer der GmbH dem Handelsregisteramt eine Liste der Namen aller Gesellschafter sowie der Einlagen und Leistungen, die sie bereits vorgenommen haben, einzureichen (Art. 790 Abs. 2 OR). Diese Liste wird nutzlos sein, da die Einlagen bei der Gründung und bei jeder Kapitalerhöhung vollständig zu liberieren sind. Zu vermerken ist, dass diese Liste – für die sich niemand interessiert – im heutigen Recht durch die Handelsregisterämter als unnötig betrachtet wird<sup>11</sup>.

### 13. Erstellung der Jahresrechnung

Das heutige Recht enthält lediglich für das Erstellen der Bilanz und die Reserven einen Verweis auf das Aktienrecht im Bereich des

Rechnungswesens. Es stellte sich folglich die Frage, ob die neuen Bestimmungen des im Jahre 1991 revidierten Aktienrechts auf das Erstellen der Rechnung der GmbH anwendbar seien. In der Tat erwähnt der heutige Verweis den Jahresbericht im Sinne des neuen Aktienrechts nicht. Das revidierte GmbH-Recht verweist allgemein auf die geltenden aktienrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf den Geschäftsbericht, die Reserven sowie die Offenlegung der Jahres- und der Konzernrechnung (Art. 801 nOR). Die Assimilierung an das Aktienrecht ist so klar erstellt.

### 14. Organisation der Gesellschaft, Geschäftsführung und Vertretung

Im Gegensatz zu den ungenauen Bestimmungen des heutigen Rechts legt das neue Recht die unübertragbaren Aufgaben der Gesellschafterversammlung (Art. 804 Abs. 2 nOR), der Geschäftsführer (Art. 810 Abs. 2 nOR) und allenfalls der Revisionsstelle (Art. 818 Abs. 1 nOR mit Verweis auf Art. 728a und Art. 729a nOR) eindeutig dar. Im Übrigen ist den Gesellschaftern unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken die Gestaltung ihrer Organisation freigestellt.

Im Bereich der Geschäftsführung und der Vertretung der GmbH stellen die neuen Bestimmungen dispositiven Rechts den Grundsatz der gemeinsamen Geschäftsführung auf, wobei jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist (Art. 809 Abs. 1 und Art. 814 Abs. 1 nOR).

### 15. Prüfung der Jahresrechnung

Das heutige Recht auferlegt den GmbH keine Prüfung ihrer Rechnung durch einen unabhängigen Revisor; es ist den Mitgliedern der Gesellschaft freigestellt, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Nach dem neuen Recht wird nur das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH haften (Art. 772 Abs. 1 nOR); um sowohl die Gläubiger wie auch die Minderheitsgesellschafter zu schützen, war es somit wichtig, grundsätzlich eine Revision der Rechnung aufzuerlegen, d.h. – in seltenen Fällen – eine ordentliche Revision, wenn es sich um grössere Gesellschaften handelt, welche den Kriterien von Art. 727 nOR entsprechen, oder eine eingeschränkte Kontrolle, wenn es sich um andere Gesellschaften handelt, es sei denn dass die Gesellschafter auf eine solche Revision verzichten, sofern das Gebilde höchstens zehn Vollzeitstellen zählt (Art. 727a nOR). Anzumerken ist, dass gemäss Art. 818 Abs. 2

nOR ein einer Nachschusspflicht unterstehender Gesellschafter stets eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen kann.

### 16. In der Gesellschafterversammlung erforderliche Mehrheiten

Im heutigen Recht werden Beschlüsse grundsätzlich – unter Vorbehalt anders lautender Vorschriften im Gesetz oder in den Statuten – mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (Art. 808 Abs. 3 OR). Das neue Recht übernimmt das generelle Prinzip der AG (Art. 703 OR), d.h. die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen (Art. 808 nOR). Die neue Regel bewirkt, dass die anwesenden oder vertretenen Gesellschafter, die sich der Stimme enthalten, ihren Stimmen wie im heutigen Aktienrecht eine negative Geltung verleihen werden. Für die im Gesetz (Art. 808b Abs. 1 nOR) oder in den Statuten aufgeführten Fälle müssen Beschlüsse mit der doppelten Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen, welche die absolute Mehrheit des Stammkapitals darstellen, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist, gefasst werden. Die Regel schreibt somit ein Quorum vor. Eine einengendere statutarische Mehrheit kann einzig mit dieser Mehrheit eingeführt werden (Art. 808b Abs. 2 nOR).

### 17. Austritt und Ausschluss

Das neue Recht übernimmt vom heutigen Recht für einen Gesellschafter die Möglichkeit, jederzeit ein Gericht anzurufen, um aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszutreten, wie auch für die Gesellschaft das Recht, aus wichtigem Grund einen Gesellschafter gerichtlich auszuschliessen. Ausserdem können die Statuten ein allgemeines Recht auf Austritt vorsehen (Art. 822 nOR) sowie für die Gesellschafterversammlung das Recht, beim Vorliegen bestimmter Gründe einen Gesellschafter auszuschliessen (Art. 823 nOR).

## III. Anpassung des Aktien- und des Genossenschaftsrechts

Die Revision der GmbH wurde durch eine gewisse Anzahl von Änderungen begleitet, welche die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts bezwecken. Die hauptsächlichsten Änderungen betreffen die AG und die Genossenschaft.

## 1. Aktienrecht

In Bezug auf die AG sind insbesondere folgende Punkte festzuhalten:

- die Möglichkeit, eine Einpersonengesellschaft zu gründen (Art. 625 nOR);
- der Wegfall der Anforderungen der schweizerischen Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes in der Schweiz für die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats (aufgehobener Art. 708 OR, und Art. 718 Abs. 3 nOR, der vorsieht, dass die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können muss, welche Wohnsitz in der Schweiz hat, wobei dieses Erfordernis durch ein Mitglied des Verwaltungsrates oder einen Direktor erfüllt werden kann);
- das Erfordernis eines schriftlichen Vertrags zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter, wenn der Gegenstand der Transaktion Fr. 1000.– übersteigt (Art. 718b nOR);
- das zu befolgende Verfahren im Falle von Mängeln in der Organisation (Art. 731b nOR);
- der Wegfall der Mitgliedschaftsrechte in Verbindung mit Aktien, die auf null herabgesetzt wurden (Art. 732a nOR);
- Die Rechtsform hat der Geschäftsfirma zu folgen (Art. 950 nOR).

## 2. Genossenschaftsrecht

In Bezug auf die Genossenschaft sind insbesondere folgende Punkte festzuhalten:

- der Verweis auf die aktienrechtlichen Bestimmungen im Falle von Mängeln in der Organisation der Genossenschaft (Art. 831 Abs. 2 und Art. 908 nOR);
- die Einreichung der Verzeichnisse der persönlich haftenden oder nachschusspflichtigen Mitglieder der Genossenschaft beim Handelsregisteramt (Art. 837 nOR);

- der Wegfall der Anforderungen der schweizerischen Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes in der Schweiz für die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung (aufgehobener Art. 895 OR, und Art. 898 Abs. 2 nOR, der vorsieht, dass die Genossenschaft durch eine Person vertreten werden können muss, welche Wohnsitz in der Schweiz hat, wobei dieses Erfordernis durch ein Mitglied der Verwaltung, einen Geschäftsführer oder einen Direktor erfüllt werden kann);
- die grundsätzliche Möglichkeit, die Gesamtheit oder einen Teil der Geschäftsführung und der Vertretung an Geschäftsführer oder Direktoren zu übertragen (Art. 898 nOR);
- die Notwendigkeit eines schriftlichen Vertrags zwischen der Genossenschaft und ihrem Vertreter, wenn der Gegenstand der Transaktion Fr. 1000.– übersteigt (Art. 899a nOR);
- der Verweis auf die aktienrechtlichen Vorschriften in Bezug auf die Revisionsstelle, unter Vorbehalt der Möglichkeit für die Mitglieder der Genossenschaft, unter bestimmten Voraussetzungen eine ordentliche Revision zu verlangen (Art. 906 nOR);
- Die Rechtsform hat der Geschäftsfirma zu folgen (Art. 950 nOR).

## IV. Übergangsrecht und Weitergeltung des bisherigen Rechts

### 1. Allgemeines

Die Schlussbestimmungen des neuen Gesetzes umfassen das Übergangsrecht (Art. 1 bis 11), und ein Anhang führt die durch die Revision bedingten Änderungen weiterer Bun-

desgesetze (ZGB, SchKG usw.) auf. Was das Übergangsrecht anbelangt, so sind die Bestimmungen des Schlusstitels des ZGB ebenfalls anwendbar, da die besonderen Schlussbestimmungen des Gesetzes vom 16. Dezember 2005 ergänzt werden müssen.

## 2. Anpassungen an das neue Recht im Allgemeinen

Die Revision des Aktienrechts von 1991 sah eine Anpassungsfrist von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes per 1. Juli 1992 vor. Die Praxis hat gezeigt, dass diese Frist viel zu lang war, insofern als es recht viele AG trotz angedrohter Sanktionen bei Fristablauf (gerichtliche Auflösung) unterlassen haben, den neuen Vorschriften nachzukommen. Das neue GmbH-Recht enthält keine Auflösungsanktion im Falle einer Nichtanpassung der Statuten in der angesetzten Frist. Die vorliegende Revision sieht in der Tat keine Erhöhung des Mindeststammkapitals vor; da zudem die meisten Normen über die GmbH dispositiver Natur sind, ist die Anpassung der Statuten relativ zwingend. Die Frist, die den im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes bereits im Handelsregister eingetragenen GmbH gewährt wird, um ihre Statuten allenfalls den Anforderungen der neuen Gesetzgebung anzupassen, beträgt zwei Jahre (Art. 2 Abs. 1 ÜbBest. des Gesetzes vom 16. Dezember 2005). Es sei in Erinnerung gerufen, dass 2007 etwa 85 000 bis 90 000 GmbH von der Prüfung der allfälligen Notwendigkeit einer Anpassung ihrer Statuten betroffen sein werden.

### 3. Anpassungen an das neue Recht im Besonderen

Art. 2 Abs. 2 ÜbBest. schiebt die Inkraftsetzung bestimmter Vorschriften des neuen Gesetzes für GmbHs, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes bereits errichtet waren, bis zu deren Anpassung, jedoch höchstens um zwei Jahre auf.

#### 3.1. Stichentscheid des Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung und des Vorsitzenden der Geschäftsführer

Art. 808a und Art. 809 Abs. 4, 2. Satz, nOR führen den – im heutigen Recht unbekannt – Grundsatz des Stichentscheids des Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung und des Vorsitzenden der Geschäftsführer ein. Art. 2 Abs. 3 ÜbBest. legt eine Frist von zwei Jahren fest, um es den GmbH, deren Statuten diese Frage nicht regeln, zu ermöglichen, das gesetzliche Prinzip dieser Stichentscheide auszuschliessen, wenn sie dies wünschen.

#### 3.2. Geschäftsfirmen (Aktiengesellschaft, Genossenschaft und GmbH)

Die Revision bringt keine Neuerungen für die Geschäftsfirmen von GmbH mit sich. Art. 950 nOR sieht jedoch die Pflicht zur Angabe der Rechtsform in der Geschäftsfirma vor. Art. 2 Abs. 4 ÜbBest. gewährt den durch diese Änderung betroffenen AG und Genossenschaften eine Frist von zwei Jahren, um unaufgefordert der neuen Vorschrift nachzukommen. Nach Ablauf dieser Frist ergänzt das Handelsregisteramt deren Geschäftsfirma von Amtes wegen. Dies wird eine Änderung der Statuten erfordern. Die durch das Handelsregisteramt solchermaßen ergänzte Geschäftsfirma wird die für Art. 954a nOR massgebende Bezeichnung sein (Firmengebrauchspflicht).

Zu vermerken ist, dass sich gemäss Art. 951 Abs. 2 nOR die Firmen der Aktiengesellschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Genossenschaften von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen von Gesellschaften in einer dieser Rechtsformen deutlich unterscheiden müssen. Mit dem neuen Recht erhält die Gesellschaftsfirma von GmbH, welche einen oder mehrere Familiennamen umfasst, ein absolutes Recht auf Ausschliesslichkeit (das Bestehen einer «H.-P. Meier GmbH» verbietet die Errichtung einer anderen «H.-P. Meier GmbH» oder «H.-P. Meier AG», und zwar auch dann, wenn letztere Gesellschaft ihren Sitz an einem anderen, weit entfernten Ort hat; grundsätzlich wird aber der Errichtung eines «Unternehmen Meier GmbH» nichts entgegenstehen). Im heutigen System ist nämlich das Recht auf Ausschliesslichkeit dieser Gesellschaftsfirmen auf die

Einzelfirmen anwendbar (Art. 951 Abs. 1 OR mit Verweis auf Art. 946 OR, der die Ausschliesslichkeit auf den Ort im weiten Sinne beschränkt<sup>12</sup>).

#### 3.3. Liberierung der Einlagen

Das heutige GmbH-Recht lässt zu, dass die Gesellschafter nur die Hälfte ihrer Einlagen liberieren; dafür sieht Art. 802 OR eine solidarische und subsidiäre Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals vor. Das neue Gesetz hebt die persönliche subsidiäre Haftung der Gesellschafter auf. Diese Streichung erfordert im Namen der Sicherheit von Transaktionen mit der GmbH eine vollständige Liberierung der Einlagen. Art. 3 Abs. 1 ÜbBest. hält somit fest, dass die Einlagen in bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes im Handelsregister eingetragene Gesellschaften innerhalb einer Frist von zwei Jahren bis zur Höhe des Ausgabepreises der Gesamtheit der Stammanteile zu liberieren sind. Die Nichteinhaltung von Art. 3 Abs. 1 ÜbBest. wird durch dessen Abs. 2 sanktioniert, welcher bloss vorsieht, dass der heutige Art. 802 OR für die ungehorsamen Gesellschaften weiterhin Geltung haben wird: Die Gesellschafter haften somit weiterhin solidarisch und subsidiär für die Liberierung des eingetragenen Stammkapitals bis zu besagter vollständigen Liberierung.

#### 3.4. Partizipationsscheine und Genussscheine

##### 3.4.1. Partizipationsscheine

Das heutige GmbH-Recht enthält keine Regelung der Frage der Partizipationsscheine; ebenso wenig erging je ein Gerichtsentscheid dazu. Die Partizipationsscheine wurden allerdings durch gewisse GmbH verwendet, denn sie gestatten es, ohne Änderung des Stimmrechts innerhalb der Gesellschaft Eigenmittel von Dritten zu verschaffen.

Die GmbH bietet dennoch keine an die Ausgabe von Partizipationsscheinen angepasste Struktur. Um den Schutz der Partizipanten sicherzustellen, ist nämlich eine besondere Organisation wie jene der AG notwendig. Nun besteht die Eigenart der GmbH ja gerade darin, dass sie eine einfache und kostengünstige Struktur für kleine und mittelgrosse Unternehmen bietet. Somit erwähnt das neue GmbH-Recht absichtlich die Partizipationsscheine nicht, was ein qualifiziertes Stillschweigen des Gesetzgebers<sup>13</sup> im Sinne ihres Verbots darstellt. Weil einige GmbH Partizipationsscheine ausgegeben haben, sieht Art. 4 Abs. 1 ÜbBest. nun vor, dass die ausgegebenen Scheine ab dem Ablauf der Frist von zwei Jahren als normale Stammanteile betrachtet werden, es sei denn

dass sie zu ihrem wirklichen Wert (im Gegensatz zum Nennwert) infolge einer Kapitalherabsetzung zurückbezahlt wurden. Art. 4 Abs. 2 ÜbBest. gestattet es, von den statutarischen Regeln über das Stimmrecht abzuweichen, um die Umsetzung der neuen Bestimmungen zu erleichtern. Die Gesellschafterversammlung kann zu diesem Zwecke die sich aufdrängenden Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen fassen.

##### 3.4.2. Genussscheine

Art. 774a nOR erlaubt ausdrücklich die Schaffung von Genussscheinen. Die Bestimmung verweist im Übrigen auf Art. 657 OR im Aktienrecht, welcher entsprechend anwendbar ist. Parallel zur Ablehnung der Partizipationsscheine erforderte diese Neuerung eine Definition des Begriffs des Genussscheins. Es ergibt sich aus Art. 4 Abs. 3 ÜbBest., dass ein Genussschein jener Anteil an einer GmbH ist, welcher nicht in den Passiven der Bilanz aufgeführt ist, und zwar unabhängig von der ihm durch die Gesellschafter gegebenen Qualifizierung. Folglich müssen die Statuten der GmbH innerhalb einer Frist von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts allenfalls angepasst werden.

#### 3.5. Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft

Art. 807 OR setzt keine Schranken für die Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft. Die einzigen Voraussetzungen bestehen darin, dass die Anteile vollständig liberiert sein müssen und dass die Erwerb aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen erfolgen muss. Art. 783 nOR begrenzt den Rückkauf der Stammanteile auf 10% des Stammkapitals (oder gar 35% in gewissen Sonderfällen im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung oder mit dem Austritt oder dem Ausschluss eines Gesellschafters; Art. 783 Abs. 2 nOR).

Art. 5 ÜbBest. gewährt ebenfalls eine Frist von zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen Rechts, um entweder durch Veräusserung der zu viel gehaltenen Anteile oder durch Herabsetzung des Stammkapitals zwecks Vernichtung dieser Anteile diesen neuen Grenzwerten nachzukommen.

#### 3.6. Nachschusspflicht

Das neue Recht legt einen Höchstbetrag für Nachschüsse, zu denen die Gesellschafter gemäss Statuten verpflichtet sind, fest (Art. 795 Abs. 2 nOR). Diese Höchstgrenze wurde auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils, mit dem die Pflicht verbunden ist, festgesetzt. Da Art. 803 OR keine Beschränkung

für Nachschüsse festhält, könnte die neue Grenze die Lage der Gläubiger der GmbH gefährden, wenn der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des neuen Rechts streng befolgt würde. Aus diesem Grunde auferlegt Art. 6 ÜbBest. keine Änderung der Statuten der bereits bestehenden Gesellschaften, welche die neuen Grenzwerte übersteigenden Nachschüsse vorsehen.

Dagegen bietet das neue Recht ein Verfahren zur Herabsetzung der Nachschusspflicht in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals, sofern das Kapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind (Art. 795c nOR). Überdies ist das neue Recht ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens anwendbar, namentlich was die Einforderung der Nachschüsse anbelangt.

### 3.7. Revisionsstelle

Durch Verweis auf das Aktienrecht führt Art. 818 nOR für die grossen GmbH, die den Kriterien von Art. 727 nOR entsprechen, die Pflicht ein, sich einer ordentlichen Revision zu unterziehen, und für die anderen GmbH die Pflicht, sich einer eingeschränkten Revision zu unterziehen, unter Vorbehalt der Möglichkeit für Gebilde mit höchstens zehn Vollzeitstellen im Durchschnitt, dass die Gesellschafter einstimmig beschliessen, die Rechnung der Gesellschaft nicht einer Revisionsstelle zu unterbreiten und somit eine Revisionsstelle zu bezeichnen (Art. 727a nOR, BBl 2004 S. 3969 ff.). Anzumerken ist jedoch, dass die statutarische Nachschusspflicht jedem Gesellschafter die Möglichkeit geben wird, eine Revisionsstelle oder gar eine ordentliche Revision durchzusetzen (Art. 818 Abs. 2 nOR). Gemäss Art. 7 ÜbBest. gilt diese Pflicht vom ersten Geschäftsjahr an, das mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts oder danach beginnt.

### 3.8. Bemessung des Stimmrechts

An die Stelle der sehr knapp gehaltenen Regelung in Art. 808 Abs. 4 OR setzt das neue Recht Normen ein, welche die Freiheit der Gesellschafter bei der Festlegung des Stimmrechts etwas einschränken sollen. Gemäss Art. 806 Abs. 1 nOR bemisst sich das Stimmrecht der Gesellschafter nach dem Nennwert ihrer Stammanteile. Die Gesellschafter haben je mindestens eine Stimme. Die Statuten können die Stimmenzahl der Besitzer mehrerer Stammanteile beschränken. Art. 806 Abs. 2 und 3 nOR ermöglicht es, vom Grundsatz abzuweichen, wobei die Zuteilung einer Stimme pro Stammanteil vom Verhältnis 1 zu 10 zwischen den Nennwerten der Stammanteile abhängt. Das System steht im Geiste des Aktienrechts.

Art. 8 ÜbBest. zwingt die bereits errichteten Gesellschaften nicht zu einer Änderung ihrer Statuten, um den neuen Vorschriften nachzukommen, denn dies würde bewirken, dass die bestehenden Kräfteverhältnisse aufgehoben würden. Nach Art. 8 Abs. 2 ÜbBest. ist bei der Ausgabe neuer Anteile jedoch das neue Recht anwendbar.

### 3.9. Anpassung der in der Gesellschafterversammlung erforderlichen Mehrheiten

Art. 9 ÜbBest. gestattet es den Gesellschaften, welche die heutigen gesetzlichen Bestimmungen betreffend qualifizierte Mehrheiten in ihre Statuten übernommen haben, diese mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen dem neuen Recht anzupassen.

### 3.10. Aufhebung von nicht rekapitalisierten Stammanteilen (GmbH) und von Aktien (AG) infolge einer Sanierung

Das neue Recht führt ebenfalls einige Änderungen im Aktienrecht ein, welche durch Verweis auf die GmbH anwendbar sind, so etwa Art. 732a nOR. Im heutigen Recht behalten die Aktionäre oder Gesellschafter, deren Aktien oder Anteile auf null herabgesetzt wurden – anlässlich eines Bilanzsanierungsverfahrens durch Reduktion, dann sukzessive Erhöhung eines Teils des Stammkapitals – ihre Mitgliedschaftsrechte auf die Aktien und Anteile, die nicht rekapitalisiert wurden<sup>14</sup>. Art. 732a nOR beseitigt diese Bevorzugung; die Mitgliedschaftsrechte gehen zur gleichen Zeit wie die Vermögensrechte unter, welche mit den auf null herabgesetzten Aktien oder Stammanteile verbunden sind. Art. 10 ÜbBest. setzt Art. 732a nOR für jene AG und GmbH sofort in Kraft, welche vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts diese Sanierungsmethode verwendet haben.

### 3.11. Ausschliesslichkeit eingetragener Geschäftsfirmen

Die Revision des GmbH-Rechts bedingte eine Revision gewisser Bestimmungen über die Geschäftsfirmen. Was die Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften anbelangt, so legt Art. 951 Abs. 1 nOR dar, dass die Vorschriften über die Ausschliesslichkeit der eingetragenen Firma von Einzelunternehmen auch für diese gelten. Es handelt sich dabei um einen Verweis auf den auf den Ort beschränkten Grundsatz der Ausschliesslichkeit (Art. 946 OR), wobei der Ort im weiten Sinne eines wirtschaftlichen Raums und nicht einer politischen Gemeinde zu verstehen ist<sup>15</sup>. Während der heutige Art. 951 OR mehreren GmbH ermöglicht, dieselbe Gesellschaftsfirma zu haben, jedoch an unterschiedlichen Orten, wenn

sie einen Familiennamen enthält, stellt die neue Gesetzgebung die Ausschliesslichkeit der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsfirma der AG, der GmbH und der Genossenschaft sicher (Art. 951 Abs. 2 OR). Art. 11 ÜbBest. legt dennoch dar, dass die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision eingetragenen Geschäftsfirmen weiterhin dem alten Recht unterstehen. ■

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats, in: BBl 2002 S. 3258; 12. Richtlinie betreffend Einpersonengesellschaften: Richtlinie 89/667/EWG; ABl. Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989 S. 40 ff.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 1 Nr. 44.

<sup>2</sup> Honsel/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (OR 530–1186), 2. A., Basel 2001 (zitiert BSK- ... gefolgt vom Namen des Autors des Beitrags); BSK-Baudenbacher, Art. 772 Nr. 13.

<sup>3</sup> Contra: BSK-Baudenbacher, Art. 772 Nr. 13.

<sup>4</sup> Böckli, in: Rochat/Ferrari, *Projet de Sàrl révisée et de SA privée*, Lausanne 1998, S. 92, spez. 96 f.

<sup>5</sup> BBl 2002 S. 3259 f.

<sup>6</sup> BBl 2002 S. 3154.

<sup>7</sup> Vgl. Forstmoser, in: Rochat/Ferrari, S. 154; Böckli, in: op. cit., S. 84, 269; Böckli/Forstmoser/Rapp, *Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée*, Bern 1999, S. 101; im Gegensatz dazu verteidigte Schaub, in: *Aspects de la future révision de la Sàrl*, in: ST 1997, S. 779 ff., 781 Ziff. 3, in Anbetracht möglicher Infrastrukturen ohne erhebliche Belastungen die Beibehaltung des Anfangskapitals bei Fr. 20 000.–.

<sup>8</sup> Rapp, in: Rochat/Ferrari, S. 186, vgl. auch Wohlmann, *GmbH-Recht*, Basel 1997, S. 81.

<sup>9</sup> Zu dieser Frage: wohlgesinnt, aber kritisch, s. R. Ruedin, *Prêt d'un associé remplaçant du capital propre dans la société à responsabilité limitée de lege ferenda*, in: SJZ 2000, S. 521 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Ryser/Rolli, *Précis de droit fiscal suisse, Impôts directs*, 4. A., Bern 2002, S. 274 ff.; Oberson, *Précis de droit fiscal suisse*, 2. A., Basel 2002, § 11 Nr. 6 ff.

<sup>11</sup> Rebsamen, in: Rochat/Ferrari, S. 253.

<sup>12</sup> BBl 2002 S. 3241.

<sup>13</sup> BBl 2002 S. 3248.

<sup>14</sup> Vgl. BGE 121 III 420 ff. E. 4c.

<sup>15</sup> BGE 131 III 572 E. 4.4; BSK-Altenpohl, Art. 946 Nr. 5.

## → Links

- [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)
- de → Wirtschaft