

# Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im GmbH-Binnenrecht

LUKAS HANDSCHIN

I. Einleitung .....	329
II. Anforderungen an private Kapitalgesellschaften .....	332
III. Das Bedürfnis, den Kreis der Gesellschafter selber zu bestimmen und allenfalls einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen .....	333
1. Zustimmungserfordernis für neue Gesellschafter .....	333
2. Ausschluss des Gesellschafters .....	335
IV. Flexibilität in der internen Willensbildung .....	336
1. Modifiziertes Paritätsprinzip im GmbH-Recht .....	336
2. Starres Paritätsprinzip im Aktienrecht .....	339
3. Stimmrechtsaktien/-anteilsscheine .....	340
V. Pflichten unter den Gesellschaftern .....	341
VI. Minderheitenschutz/Kontrollrechte .....	343
1. Grundlagen .....	343
2. Informationsrechte .....	343
3. Austrittsrecht des Gesellschafters .....	345
4. Auflösung aus wichtigem Grund als Alternative zum Austritt im Aktienrecht .....	347
VII. Fazit .....	348

*Auch die Schweiz ist eine Seefahrernation. Sie verfügt über eine Flotte von hunderttausenden kleinen Booten. Im Unterschied zu Österreich stellt aber der Kapitän, wenn er vom Mast herunter geklettert ist fest, dass er im falschen Boot sitzt.*

## I. Einleitung

Aus der Übersicht über die Vortragsthemen ist erkennbar, dass für das Schweizer Recht eine Auseinandersetzung mit der privaten Aktiengesellschaft fehlt, während an deren Stelle eine Auseinandersetzung mit der GmbH erfolgen soll. Diese Fokussierung auf die GmbH ist aus deut-

scher oder österreichischer Optik verständlich, weil die GmbH dort die dominierende Gesellschaftsform für private Gesellschaften ist, während die Aktiengesellschaft praktisch ausschließlich für Großunternehmen reserviert ist.

In der Schweiz ist die praktische Realität eine völlig andere. Die Aktiengesellschaft ist bis auf wenige Ausnahmen eine Einheitsgesellschaft und wird auf Kleinstgesellschaften, wie auch auf den internationalen Großkonzern angewendet. Größenbezogene Vorschriften gibt es für börsennotierte Gesellschaften sowie, geplant, für die Rechnungslegung.

Aus diesem Grunde werden die Vorschriften sowohl für die GmbH, wie auch für die (private) Aktiengesellschaft erläutert. Dabei wird deutlich, und der Blick von außen zeigt dies noch viel klarer, dass die vergleichsweise geringe Verbreitung der GmbH in der Schweiz sachlich nicht gerechtfertigt ist und die Dominanz der Aktiengesellschaft auch im Bereich der kleinen Gesellschaften weitgehend historische oder allenfalls psychologische Gründe hat. Die meisten Kapitane der schweizerischen Kleinboote sitzen im falschen Boot.

Die alte Aktiengesellschaft vor der Revision von 1991 war als Gesellschaftsform für alle Gesellschaften konzipiert, also auch für Kleinstunternehmen. Ein vergleichsweise tiefes Minimalkapital von CHF 50.000, praktisch unbegrenzte Möglichkeiten zur Bildung von stillen Reserven, eine intransparente Rechnungslegung und schließlich die Möglichkeit, Aktien so auszugestalten, dass die Gesellschaft das Recht hatte, neue Aktionäre ohne Angabe von Gründen abzulehnen, führte dazu, dass die alte Aktiengesellschaft auch für kleine, insbesondere für Familienunternehmen, geeignet war. Die Revision von 1991 hat die Aktiengesellschaft als Gesellschaftsform für kleinste Verhältnisse etwas unattraktiver gemacht: es wurde das minimale Aktienkapital auf CHF 100.000 erhöht, einigermaßen transparente Rechnungslegungsvorschriften eingeführt (insbesondere die Gesellschaft verpflichtet, die Auflösung stiller Reserven offen zu legen,<sup>1</sup> und es wurde die bisherige Möglichkeit, die Aktionäre ohne Angabe von Gründen abzulehnen, abgeschafft. Die Aktienrechtsreform von 1991 hat dazu geführt, dass die GmbH, die in der schweizerischen Praxis vorher praktisch inexistent war, als Gesellschaftsform für kleinste Gesellschaften Beachtung fand.<sup>2</sup> Die Gründe, die GmbH zu wählen, lagen im damaligen Zeitpunkt allerdings weniger in den größeren inhaltlichen Gestaltungsspielräumen des GmbH-Rechts, sondern im Umstand, dass die GmbH „billiger“ war. Das minimale Gesellschaftskapital von CHF 20.000, davon

<sup>1</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 1 Rn. 290.

<sup>2</sup> Böckli, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, 2006, S. 1, 3.

CHF 10.000 einbezahlt, entsprach einem Fünftel des entsprechenden Wertes bei der Aktiengesellschaft.

Eine Verbreitung der GmbH auch in Größenordnungen, in denen vom Gesellschaftskapital her betrachtet auch eine Aktiengesellschaft in Frage käme, fand als Folge der Revision 1991 nicht statt, weil verschiedene Vorschriften des alten GmbH-Rechts durch die Praxis als nachteilig empfunden worden sind: Im alten GmbH-Recht gab es eine Beschränkung des maximalen Stammkapitals auf den Betrag von CHF zwei Millionen.<sup>3</sup> In Verbindung mit einer unklaren Rechtslage in Bezug auf den Rechtsformwechsel von der GmbH zur AG<sup>4</sup> wurde in dieser Beschränkung eine störende Wachstumsbremse erkannt. Als großes Hindernis wirkte auch die subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden.<sup>5</sup> Diese persönliche subsidiäre Haftung der Gesellschafter war zwar in zweierlei Hinsicht eingeschränkt, zum einen auf die maximale Summe des Stammkapitals und zum anderen griff diese Haftung nur dann, wenn das Stammkapital nicht vollständig einbezahlt oder später der Gesellschaft wieder entzogen wurde. Weil die Haftung verschuldensunabhängig ausgestaltet und betraglich durch das gesamte Stammkapital und nicht durch den Stammkapitalanteil des belangten Gesellschafters begrenzt war, riskierten Gesellschafter, die sich korrekt verhielten, für das Fehlverhalten ihrer Mitgesellschafter haftbar zu werden.<sup>6</sup> Insbesondere bei der GmbH mit eher hohem Stammkapital lag in dieser subsidiären Gesellschafterhaftung ein schwerwiegender Nachteil, den die Praxis auf sich zu nehmen nicht bereit war.

Das neue GmbH-Recht von 2007 hat diese Unzulänglichkeiten des alten GmbH-Rechts weitgehend beseitigt. Die GmbH wurde zwar, vor allem in Bezug auf den Kapitalschutz, dem Aktienrecht angenähert,<sup>7</sup> doch blieben die Gestaltungsmöglichkeiten im Innenverhältnis weitgehend erhalten. Die von der Praxis nie angenommene subsidiäre Gesellschafterhaftung wurde

<sup>3</sup> Siffert/Fischer/Petrin, Handkommentar zum GmbH-Recht, 2008, Art. 773 OR Rn. 4; Forstmoser/Peyer/Schott, Das neue Recht der GmbH, 2006, Rn. 43; Böckli, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), vorige Fn., S. 1, 11.

<sup>4</sup> Handschin, Die GmbH ein Grundriss, 1996, § 25 N 2 ff., N 27 ff.

<sup>5</sup> Amstutz, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., 2002, Art. 802 Rn. 2.

<sup>6</sup> Handschin, Fn. 4, § 19 Rn. 8 ff.

<sup>7</sup> Art. 772 OR, A. Begriff:

<sup>1</sup> Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Ihr Stammkapital ist in den Statuten festgelegt. Für ihre Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen.

<sup>2</sup> Die Gesellschafter sind mindestens mit je einem Stammanteil am Stammkapital beteiligt. Die Statuten können für sie Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorsehen.

abgeschafft. Aus rechtsvergleichender Sichtweise ist das GmbH-Recht 2007 besonders interessant, weil es gleichsam „auf der grünen Wiese“ entstanden ist, ohne die Sachzwänge, die sich ergeben, wenn Normen zu stark verbreiteten Gesellschaften überarbeitet werden. Die bis 2007 marginale Verbreitung der GmbH war auch die Chance zu einem in sich schlüssigen Entwurf, weitgehend frei von Widersprüchen als Folge politischer Kompromisse.

## II. Anforderungen an private Kapitalgesellschaften

Im Außenrecht oder Außenverhältnis braucht es klare Verhältnisse mit einer sauberen Trennung von Gesellschafter- und Gesellschaftsinteresse. Beide, GmbH und private Aktiengesellschaften, sind juristische Personen und sind zu allen Rechten und Rechtsbeziehungen fähig. Die Gesellschafter haften nicht (ohne weiteres<sup>8</sup>) für Gesellschaftsschulden.

Im Binnenrecht oder Innenverhältnis sind demgegenüber spezifische Interessenlagen zu berücksichtigen, die für private Gesellschaften typisch sind. Dazu zählen:

- Das Bedürfnis, den Kreis der Gesellschafter selber zu bestimmen und allenfalls einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen;<sup>9</sup>
- Flexibilität in der internen Willensbildung;<sup>10</sup>
- Statutarische Pflichten unter den Gesellschaftern;<sup>11</sup>
- Minderheitenschutz, Kontroll- und Informationsrechte, die Möglichkeit aus der Gesellschaft auszutreten oder deren Auflösung aus wichtigem Grund zu verlangen.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Vgl. Art. 827 und 754 OR, Verantwortlichkeit von Personen die mit der Gründung, der Geschäftsführung, der Revision oder der Liquidation befasst sind.

<sup>9</sup> Vgl. unten, III.

<sup>10</sup> Vgl. unten, IV.

<sup>11</sup> Vgl. unten, V.

<sup>12</sup> Vgl. unten, VI.

## III. Das Bedürfnis, den Kreis der Gesellschafter selber zu bestimmen und allenfalls einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen

### 1. Zustimmungserfordernis für neue Gesellschafter

Gemäß Art. 786 OR<sup>13</sup> bedarf die Abtretung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Diese kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind aber auch andere Lösungen denkbar. Es kann auf das Erfordernis der Zustimmung zur Abtretung verzichtet werden, womit die Stammanteile frei übertragbar werden. Weiter kann festgelegt werden, dass die Verweigerung zur Abtretung von Stammanteilen nur beim Vorliegen bestimmter in den Statuten genannter Gründe möglich ist, oder dass die Zustimmung zur Abtretung nur dann verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft bereit ist, den zu veräußernden Stammanteil zum wirklichen Wert abzunehmen oder indem die Möglichkeit zur Abtretung generell ausgeschlossen wird.<sup>14</sup>

Das GmbH-Recht gibt den Gesellschaftern in Bezug auf die Anforderungen an die Abtretung von Stammanteilen und die Aufnahme neuer Gesellschafter eine praktisch uneingeschränkte Freiheit in der Ausgestaltung der auf diesen Vorgang anzuwendenden Vorschriften. Das bedeutet insbesondere auch, dass weitere, in Art. 786 OR nicht genannte Mög-

<sup>13</sup> Art. 786 OR, b. Zustimmungserfordernisse:

<sup>1</sup> Die Abtretung von Stammanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern.

<sup>2</sup> Von dieser Regelung können die Statuten abweichen, indem sie:

1. auf das Erfordernis der Zustimmung zur Abtretung verzichten;

2. die Gründe festlegen, die die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen;

3. vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft dem Veräußerer die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet;

4. die Abtretung ausschließen;

5. vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.

<sup>3</sup> Schließen die Statuten die Abtretung aus oder verweigert die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung, so bleibt das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund vorbehalten.

<sup>14</sup> *Siffert/Fischer/Petrin*, Fn. 3, Art. 786 OR Rn. 12; *Oertle/Du Pasquier*, in: *Honsell/Vogt/Watter*, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 786 Rn. 8; *Handschin/Truniger*, Die neue GmbH, 2. Aufl., 2006, § 19 Rn. 32 ff.

lichkeiten in Frage kommen, wie beispielsweise die Verknüpfung der Zustimmung an die Gewährung statutarischer Vorkaufs- und Vorhandrechte.<sup>15</sup>

Im Ergebnis ist das Recht hier ausserordentlich liberal. Es lässt den Gesellschaftern die Wahl zwischen einer absoluten Freiheit, indem vorgesehen werden kann, dass Stammanteile ohne Zustimmung der Gesellschaft veräußert werden können bis zur absoluten Restriktion mit der Folge, dass Stammanteile gar nicht übertragbar sind. Zwischen diesen beiden Extremen sind praktisch alle Lösungen zulässig.

Im Aktienrecht ist die Zielsetzung der Kontrolle des Gesellschafterkreises viel schwieriger zu erreichen, weil statutarische Veräußerungsbeschränkungen nur beim Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen möglich sind.<sup>16</sup> Das bedeutet, dass ein neuer Aktionär nur abgelehnt werden kann, wenn gegen seine Aufnahme in den Gesellschaftsstatuten genannte wichtige Gründe sprechen,<sup>17</sup> wenn er sich weigert zu erklären, dass er kein Treuhänder ist, sondern die Aktien auf eigene Rechnung erwerben möchte, oder wenn die Gesellschaft bereit ist, dem Veräußerer die Aktien zum wirklichen Wert abzunehmen. Diese sogenannte „escape clause“ gilt von Gesetzes wegen im Erbfall, kann aber auch als statutarische Bestimmung ganz allgemein vorgesehen werden. Trotz dieser Einschränkungen ist faktisch auch im Aktienrecht die Möglichkeit zur Veräußerung oft gleichermaßen reduziert, wenn es darum geht, einen Minderheitsanteil zu verkauf-

fen, der aufgrund der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft keine Aussicht auf Mitwirkung oder Gewinnbeteiligung vermittelt. Die rechtliche Möglichkeit, einen Gesellschaftsanteil zu veräußern ist das eine, einen Käufer zu finden, der bereit ist, dafür einen angemessenen Preis zu bezahlen, das andere. Weiter besteht bei der Aktiengesellschaft die Möglichkeit, die Beschränkung der Veräußerung von Anteilen durch einen Aktionärsbindungsvertrag<sup>18</sup> zu schaffen. Der Aktionärsbindungsvertrag hat den Nachteil, dass er in der Umsetzung und in der Vollstreckung unsicher ist.<sup>19</sup> Diese Unsicherheit besteht insbesondere beim Tod des Aktionärs, der dazu führt, dass die Aktien ohne weiteres auf die Erben übergehen, die Pflichten aus dem Aktionärsbindungsvertrag jedoch nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres.<sup>20</sup>

## 2. Ausschluss des Gesellschafters

Zum Bedürfnis des privaten Unternehmens, den Kreis der Gesellschafter selber zu bestimmen gehört auch die Möglichkeit, einen Gesellschafter auszuschließen. Gemäß Art. 823 OR<sup>21</sup> kann die Gesellschaft beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung kann in den Statuten als gestalterische Variante vorgesehen werden, dass nicht die Gesellschaft an den Richter gelangt, sondern dass diese Frage der Gesellschafterversammlung vorzulegen ist, die beim Vorliegen in den Statuten festgelegter Gründe den Gesellschafter ausschließen kann. Diese Möglichkeit gemäß Art. 823 Abs. 2 OR ändert gegenüber dem Normalfall (Abs. 1) die Rollen von Kläger und Beklagten mit der Folge, dass der gestützt auf Abs. 2 ausgeschlossene Gesellschafter, der die Voraussetzungen für seinen Ausschluss bestreitet, den Richter anrufen muss. Die Bestimmung ist aber auch deshalb bemerkenswert, weil der Ausschluss des Gesellschafters nicht zwingend an „wichtige Gründe“ anknüpft, sondern an andere Gründe, welche die Gesellschafter in ihren Statuten frei bestimmen können. Als Ausschlussgründe können beispielsweise auch das Vorliegen oder Fehlen bestimmter Arbeitsverhältnisse, hoheitlicher Bewilligungen, etc. bezeich-

<sup>18</sup> Auch Gesellschaftervertrag, Poolvertrag, Konsortialvertrag, Syndikatsvertrag, Stimmbindungsvertrag oder Schutzgemeinschaftsvertrag.

<sup>19</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 39 Rn. 191 ff.; Handschin/Truniger, Fn. 14, § 2 Rn. 15 ff.

<sup>20</sup> Handschin/Truniger, Fn. 14, § 2 Rn. 22 ff.

<sup>21</sup> Art. 823 OR, III. Ausschluss:

<sup>1</sup> Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen.

<sup>2</sup> Die Statuten können vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschließen darf, wenn bestimmte Gründe vorliegen.

<sup>3</sup> Die Vorschriften über den Anschlussaustritt sind nicht anwendbar.

<sup>15</sup> Handschin/Truniger, vorige Fn., § 19 Rn. 40 ff.

<sup>16</sup> Art. 685b OR, a. Voraussetzungen der Ablehnung:

<sup>1</sup> Die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt oder wenn sie dem Veräußerer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen.

<sup>2</sup> Als wichtige Gründe gelten Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen.

<sup>3</sup> Die Gesellschaft kann überdies die Eintragung in das Aktienbuch verweigern, wenn der Erwerber nicht ausdrücklich erklärt, dass er die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben hat.

<sup>4</sup> Sind die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben worden, so kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet.

<sup>5</sup> Der Erwerber kann verlangen, dass der Richter am Sitz der Gesellschaft den wirklichen Wert bestimmt. Die Kosten der Bewertung trägt die Gesellschaft.

<sup>6</sup> Lehnt der Erwerber das Übernahmeangebot nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Wertes ab, so gilt es als angenommen.

<sup>7</sup> Die Statuten dürfen die Voraussetzungen der Übertragbarkeit nicht erschweren.

<sup>17</sup> Böckli, Fn. 1, § 6 Rn. 257 ff.

net werden. Unzulässig sind Generalklauseln; die statutarischen Gründe sind bestimmt zu formulieren.<sup>22</sup>

Neben dem Ausschlussrecht besteht reziprok letztlich als Norm des Minderheitenschutzes ein Austrittsrecht. In beiden Fällen, Austritt und Ausschluss ist dem austretenden Gesellschafter eine Abfindung auszubehalten, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht.<sup>23</sup>

Im Aktienrecht gibt es keine Möglichkeit, einen Gesellschafter auszuschließen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass das Interesse eines solchen Ausschlusses bei der Aktiengesellschaft geringer ist als bei der GmbH, denn der Aktionär genießt nur wenige Informationsrechte und eine Beschränkung seiner Rolle auf die eines reinen Kapitalgebers ist ohne weiteres möglich. Existentiell bedrohlich kann ein für die Gesellschaft nicht mehr tragbarer Minderheitsaktionär dann werden, wenn die Beschlussfähigkeit der Aktiengesellschaft gefährdet ist. Das ist denkbar, wenn statutarische Quoren verschärft worden sind<sup>24</sup> und der Minderheitsaktionär notwendige Beschlüsse verhindert. In diesem Fall bleibt nur die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund.<sup>25</sup>

#### IV. Flexibilität in der internen Willensbildung

##### 1. Modifiziertes Paritätsprinzip im GmbH-Recht

In kleinen Gesellschaften gibt es das Bedürfnis, die Form und das Verfahren der internen Willensbildung individuell auszugestalten. Das kann bedeuten, dass alle Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sind oder dass gewisse Gesellschafter stärker in die Entscheide der Gesellschaft eingebunden werden sollen, ohne dass sie Geschäftsführer sein sollen. Es gibt weiter ein Bedürfnis, bestimmten einzelnen Gesellschaftern in spezifischen

<sup>22</sup> Botschaft GmbH: Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister – und Firmenrecht vom 19. Dezember 2001, BBl. 2002, S. 3222; *Stäubli*, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 823 Rn. 1 ff.; *Handschin/Truniger*, Fn. 14, § 19 Rn. 6.

<sup>23</sup> Vgl. unten, VI.3.

<sup>24</sup> *Böckli*, Fn. 1, § 12 Rn. 397; Petrifizierungsklauseln.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Art. 736 Ziff. 4 OR, A. Auflösung im Allgemeinen:

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

(...)

4. durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemäße und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen;

(...)

Fragen ein Vetorecht zu gewähren. Das kann beispielsweise dann sachlich sinnvoll sein, wenn eine Person sich nur unter dieser Voraussetzung zur Mitfinanzierung der Gesellschaft bereit erklärt.

Das GmbH-Recht ist in Bezug auf die Ausgestaltung der internen Willensbildung sehr flexibel. Formal ist es zwar der aktienrechtlichen Gewaltenteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat nachgebildet, mit der Generalversammlung, deren Zuständigkeit sich im Wesentlichen auf die Wahl von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, die Abnahme der Jahresrechnung und des Revisionsberichts, den Entscheid über die Auflösung der Gesellschaft und auf alle Entscheide im Zusammenhang mit dem Eigenkapital der Gesellschaft beschränkt und einem Verwaltungsrat, dem gemäß Art. 716a OR insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation und die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle obliegt.<sup>26</sup> Die Grenzen zwischen den beiden Organen sind bei der GmbH viel durchlässiger. Beispielsweise ist es möglich, dass die Statuten vorsehen, dass die Geschäftsführung bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorlegen soll.<sup>27</sup> Weiter ist es möglich vorzusehen, dass bestimmte Gesellschafter ein Vetorecht gegen definierte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung erhalten.<sup>28</sup>

Die Lehre zum GmbH-Recht beurteilte diese Handlungsspielräume uneinheitlich: Ein Teil stützte sich auf die Systematik des Gesetzes und erkannte in der Möglichkeit des Genehmigungsvorbehalts und des Veto-

<sup>26</sup> Art. 716a OR, 2. Unübertragbare Aufgaben:

<sup>1</sup> Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;

2. die Festlegung der Organisation;

3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;

(...)

<sup>27</sup> Art. 811 OR, III. Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung:

<sup>1</sup> Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:

1. Bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen;

2. Einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können.

<sup>2</sup> Die Genehmigung der Gesellschafterversammlung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein.

<sup>28</sup> Art. 807 OR, IV. Vetorecht:

<sup>1</sup> Die Statuten können Gesellschaftern ein Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen. Sie müssen die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt.

<sup>2</sup> Die nachträgliche Einführung eines Vetorechts bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.

<sup>3</sup> Das Vetorecht kann nicht übertragen werden.

rechts nur eine Ausgestaltung eines grundsätzlich auch im GmbH-Recht maßgeblichen Paritätsprinzips.<sup>29</sup> Ein anderer Teil der Lehre,<sup>30</sup> der sich durchsetzte und wohl auch richtig ist, ging weiter und sah in dieser Möglichkeit eine effektive Durchbrechung des Paritätsprinzips und eine weitgehende Gestaltungsfreiheit der Statuten in Bezug auf die Zuweisung von materiellen Geschäftsführungskompetenzen an die Gesellschafterversammlung. Übertragbar sind demnach auch die unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen, denn Art. 810 Abs. 2 OR<sup>31</sup> stellt die Unentziehbarkeit der Geschäftsführerkompetenzen unter den „Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen“ mit dem unmittelbar folgenden Art. 811 OR<sup>32</sup> als die erste Ausnahmeregelung. Der Einleitungssatz von Art. 810 Abs. 2 OR kann demnach nur so ausgelegt werden, dass sowohl entziehbare und übertragbare, als auch unentziehbare und unübertragbare Aufgaben unter den Genehmigungsvorbehalt gestellt werden können. Ein Kompetenztransfer von der Geschäftsführung zur Gesellschafterversammlung, die jene insbesondere auch befähigen würde, unabhängig von einem Vorgehen der Geschäftsführung Geschäftsführungskompetenzen auszuüben, liegt im Genehmigungsvorbehalt aber nicht.<sup>33</sup> Der Kompetenztransfer an die Gesellschafterversammlung ist nur halbseitig. Eine Regel, welche der Gesellschafterversammlung erlauben würde von sich aus und ohne Mitwirkung der Geschäftsführer Geschäftsführungskompetenzen auszuüben, bleibt unzulässig.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> *Olivar/Roth*, ST 81 (2007), 470, 472; *Handschin/Truniger*, Fn. 14, § 13 Rn. 52.

<sup>30</sup> *Wohlmann*, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Fn. 2, S. 125, 132; *Forstmoser/Peyer*, SJZ 103 (2007), 397, 401.

<sup>31</sup> Art. 810 OR, II. Aufgaben der Geschäftsführer:

<sup>1</sup> Die Geschäftsführer sind zuständig in allen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung zugewiesen sind.

<sup>2</sup> Unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen haben die Geschäftsführer folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation im Rahmen von Gesetz und Statuten;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;

(...)

<sup>32</sup> Art. 811 OR, III. Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung:

<sup>1</sup> Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:

1. Bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen;
2. Einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können.

<sup>2</sup> Die Genehmigung der Gesellschafterversammlung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein.

<sup>33</sup> *Siffert/Fischer/Petrin*, Fn. 3, Art. 811 OR Rn. 2.

<sup>34</sup> *Meier*, FS Forstmoser, 2008, S. 297, 306 ff.

Die Auswirkungen dieser Möglichkeit auf die praktischen Gestaltungsmöglichkeiten sind enorm: Diese Vorschriften führen beispielsweise dazu, dass eine Person, die sich in der GmbH engagieren will, nicht unbedingt Geschäftsführer sein muss, sondern es ist möglich, die Gesellschafterversammlung mit derartigen Kompetenzen auszustatten, dass sie praktisch auf die materielle Geschäftsführung einwirken kann. Tatsächlich kann die Gesellschafterversammlung so ausgestaltet werden, dass sie sich funktional einem kombinierten Gremium von Generalversammlung und Verwaltungsrat nach dem Modell des Aktienrechts annähert und dann, ähnlich wie ein Verwaltungsrat, nicht nur einmal, sondern mehrmals pro Jahr tagt.

## 2. Starres Paritätsprinzip im Aktienrecht

Das Aktienrecht kennt diese Flexibilität nicht und sieht eine klare und zwingende Trennung zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat vor.<sup>35</sup> Das bedeutet, dass eine Person, die sich in der Aktiengesellschaft im Unternehmen engagieren will, praktisch gezwungen ist, Verwaltungsrat zu sein. Soll einer Person die Einflussmöglichkeit innerhalb der Gesellschaft gewährt werden, die nicht Verwaltungsrat sein kann oder will, kann dies ausschließlich gestützt auf obligatorische Verträge, insbesondere einen Aktionärbindungsvertrag erfolgen. Im Rahmen solcher Verträge ist es möglich, dass sich Aktionäre verpflichten, im Vorfeld bestimmter (auch Verwaltungsrats-) Entscheide unter den Aktionären den Konsens zu suchen oder nach definierten Mehrheiten abzustimmen.

Die Wirkung solcher Aktionär- oder Gesellschafter-Bindungsverträge ist rein obligatorisch und bindet nur die Aktionäre als Vertragsparteien des Aktionärbindungsvertrags, nicht aber die Gesellschaft selber. Das bedeutet, dass Gesellschaftsbeschlüsse wirksam sind,<sup>36</sup> auch wenn sie gegen vertragliche Pflichten aus den Aktionärbindungsverträgen verstoßen. Wenn die Verletzung einer bestimmten Stimmpflicht nicht mit einer schadensunabhängigen Konventionalstrafe verknüpft ist, bleibt die Vertragsverletzung oft folgenlos, weil es für den „Geschädigten“ oft nicht möglich ist, einen Schaden nachzuweisen.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Art. 716 OR, III. Aufgaben im Allgemeinen:

<sup>1</sup> Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind.

<sup>2</sup> Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.

<sup>36</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Fn. 19, § 2 Rn. 46 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2007, § 3 Rn. 38.

<sup>37</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Fn. 19, § 39 Rn. 191 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, vorige Fn., § 16 Rn. 676.

### 3. Stimmrechtsaktien/-anteilsscheine

Eine weitere Möglichkeit, bestimmten Gesellschaftern stärkere Mitwirkungsrechte zu gewähren liegt in der Möglichkeit von Stimmrechtsaktien, respektive Stimmrechtsanteilsscheinen und besteht sowohl in der Aktiengesellschaft, wie auch in der GmbH. Die Statuten können vorsehen, dass alle Stammanteile respektive Aktien ungeachtet ihres Wertes das gleiche Stimmrecht genießen. Das bedeutet beispielsweise, dass auf diese Weise ein Anteilschein mit einem Nennwert von 1000 die gleiche Stimmkraft haben kann, wie ein Anteilschein mit einem Nennwert von 100, mit der Folge, dass die 100er Anteilscheine gegenüber den 1000er Anteilscheinen pro Nennwert die zehnfache Stimmkraft genießen. In vielen Familienunternehmen ist von diesen Stimmrechtsaktien im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge Gebrauch gemacht worden, um den für das Unternehmen vorgesehenen Erben die Kontrolle über das Unternehmen zu vermitteln, ohne (formal) gegen die Vorschriften über den Pflichtteilschutz zu verstoßen.<sup>38</sup> Immerhin besteht diese Möglichkeit zur Privilegierung einzelner Gesellschafter nicht uneingeschränkt. Gemäß Art. 693 OR<sup>39</sup> (Aktiengesellschaft) respektive Art. 806 OR<sup>40</sup> (GmbH) ist die Bemessung des

<sup>38</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates vom 1. April 2009, Unternehmensbewertung im Erbrecht, S. 23, <[www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2009/2009-04-01/ber-br-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2009/2009-04-01/ber-br-d.pdf)>; *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007, Rn. 13.12 f.

<sup>39</sup> Art. 693 OR, 2. Stimmrechtsaktien:

<sup>1</sup> Die Statuten können das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien festsetzen, so dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt.

<sup>2</sup> In diesem Falle können Aktien, die einen kleineren Nennwert als andere Aktien der Gesellschaft haben, nur als Namenaktien ausgegeben werden und müssen voll libertiert sein. Der Nennwert der übrigen Aktien darf das Zehnfache des Nennwertes der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen.

<sup>3</sup> Die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien ist nicht anwendbar für:

1. die Wahl der Revisionsstelle;
2. die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile;
3. die Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung;
4. die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage.

<sup>40</sup> Art. 806 OR, III. Stimmrecht:

<sup>1</sup> Das Stimmrecht der Gesellschafter bemisst sich nach dem Nennwert ihrer Stammanteile. Die Gesellschafter haben je mindestens eine Stimme. Die Statuten können die Stimmzahl der Besitzer mehrerer Stammanteile beschränken.

<sup>2</sup> Die Statuten können das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert so festsetzen, dass auf jeden Stammanteil eine Stimme entfällt. In diesem Fall müssen die

Stimmrechts nach der Zahl der Aktien nicht anwendbar insbesondere für die Wahl der Revisionsstelle und für die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen Organe der Gesellschaft.<sup>41</sup> In Gesellschaften mit Stimmrechtsaktien ist es also praktisch denkbar, dass die Generalversammlung beschließt, gegen den von ihr (aber mit anderen Stimmrechtsvorschriften) gewählten Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsklage zu erheben.<sup>42</sup>

## V. Pflichten unter den Gesellschaftern

Das Aktienrecht ist in dieser Beziehung streng und erlaubt als einzige aktienrechtlich begründete Pflicht des Aktionärs, die Pflicht zur Libertierung der gezeichneten Aktien.<sup>43</sup> Weitere Pflichten, insbesondere Nachschuss- oder Treuepflichten können im Aktienrecht nicht begründet werden. Auch hier hilft sich die Praxis mit dem Aktionärbindungsvertrag, der unter den Aktionären vorsehen kann, dass diese sich beispielsweise verpflichten, zusätzliche Finanzierungen zu Gunsten der Aktiengesellschaft zu erbringen.<sup>44</sup>

Ganz besonders bei diesem Thema, der Vereinbarung einer Nachschusspflicht gestützt auf einen Aktionärbindungsvertrag, stellt sich die Frage, ob es sich bei diesen Aktionärbindungsverträgen nicht um Umgehungen handelt, denn sie führen zu schuldrechtlichen Beziehungen unter den Parteien, wie sie von Gesetzes wegen nicht bestehen oder zulässig

Stammanteile mit dem tiefsten Nennwert mindestens einen Zehntel des Nennwerts der übrigen Stammanteile aufweisen.

<sup>3</sup> Die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile ist nicht anwendbar für:

1. die Wahl der Mitglieder der Revisionsstelle;
2. die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile davon;
3. die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage.

<sup>41</sup> Dazu *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Fn. 36, § 16 Rn. 273 ff.; *Handschin/Truniger*, Fn. 14, § 13 Rn. 64 ff.; *Siffert/Fischer/Petrin*, Fn. 3, Art. 806 OR Rn. 1 ff.

<sup>42</sup> Vgl. dazu *Handschin*, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 238, 243 ff.; BGE 132 III 707.

<sup>43</sup> Art. 680 OR, F. Leistungspflicht des Aktionärs:

<sup>1</sup> Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.

<sup>2</sup> Ein Recht, den eingezahlten Betrag, zurückzufordern steht den Aktionär nicht zu.

<sup>44</sup> *Böckli*, Fn. 1, § 1 Rn. 15; *Kurer*, in: *Honsell/Vogt/Watter*, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 680 Rn. 5; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Fn. 19, § 39 Rn. 146.

sind.<sup>45</sup> Eigentlich sind es Umgehungen. Das Recht hat aber in Bezug auf diese Frage zu Recht vor der Praxis kapituliert und das weit verbreitete Phänomen der Aktionärbindungsverträge auch dann anerkannt, wenn diese im Ergebnis dazu führen, dass sich Aktionäre zu Leistungen verpflichten, die im Aktienrecht nicht möglich sind. Gerechtfertigt wird die Zulassung dieser Aktionärbindungsverträge mit dem Argument, dass die Bindung nur obligatorisch ist und sie insbesondere nicht mit dem Gesellschaftsanteil verknüpft ist. Das bedeutet, dass insbesondere gegenüber Rechtsnachfolgern (auch durch Erbfall) die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags unsicher ist.<sup>46</sup>

Die GmbH kennt diese Beschränkungen nicht. Grundsätzlich ist es im GmbH-Recht möglich, den Gesellschaftern zusätzliche Pflichten aufzuerlegen, sowohl gegenüber der Gesellschaft, wie auch gegenüber den Gesellschaftern. Reglementiert ist lediglich die Möglichkeit einer Nachschusspflicht; diese darf das Doppelte des Nennwerts des Anteils, mit dem sie verbunden ist, nicht übersteigen.<sup>47</sup>

Die Treuepflicht im GmbH-Recht führt auch insbesondere dazu, dass die Gesellschafter verpflichtet werden können, das Geschäftsgeheimnis zu wahren. Die Pflicht, das Geschäftsgeheimnis zu wahren ist oft Voraussetzung dafür, dem Gesellschafter überhaupt Geschäftsgeheimnisse anzuvertrauen. Das kann weiter dazu führen, dass dem Gesellschafter auch das Recht eingeräumt werden kann, Einsicht in die Bücher zu nehmen und auf diese Weise auf eine Revision verzichtet werden kann.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Böckli, Fn. 1, § 12 Rn. 578 ff.; Länzlinger, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 692 Rn. 10 ff.

<sup>46</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Fn. 19, § 39 Rn. 154 ff.

<sup>47</sup> Art. 795 OR, D. Nachschüsse und Nebenleistungen:

<sup>1</sup> Die Statuten können die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten.

<sup>2</sup> Sehen die Statuten eine Nachschusspflicht vor, so müssen sie den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht festlegen. Dieser darf das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen.

<sup>3</sup> Die Gesellschafter haften nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüsse.

<sup>48</sup> Handschin/Truniger, Fn. 14, § 14 Rn. 131;

Art. 802 Abs. 2 OR, K. Auskunfts- und Einsichtsrecht:

<sup>1</sup> (...)

<sup>2</sup> Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, so kann jeder Gesellschafter in die Bücher und Akten uneingeschränkt Einsicht nehmen. Hat sie eine Revisionsstelle, so besteht ein Recht zur Einsichtnahme nur, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.

## VI. Minderheitenschutz/Kontrollrechte

### 1. Grundlagen

Die Vorschriften über den Kapitalschutz und insbesondere die Vorschrift, dass alle Gesellschafter gleich zu behandeln sind, bestehen gleichermaßen in der Aktiengesellschaft und in der GmbH. Sie bestimmen, dass Ausschüttungen an Gesellschafter, die ohne gleichwertige Gegenleistung erfolgen nur als Dividendenzahlung möglich sind<sup>49</sup> und nur erfolgen dürfen, wenn ein revidierter (in den meisten Fällen; Ausnahme: Einstimmiger Verzicht auf eine Revisionsstelle in Kleinstgesellschaften<sup>50</sup>) Jahresbericht frei verfügbares Eigenkapital feststellt.<sup>51</sup>

### 2. Informationsrechte

Die Ausgestaltung der Informationsrechte zeigt exemplarisch einen der großen Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und GmbH. In der Aktiengesellschaft darf der Aktionär gemäß Art. 680 OR<sup>52</sup> zu keinen anderen Leistungen verpflichtet sein, als zur Leistung, die gezeichnete Einlage zu bezahlen.<sup>53</sup> Insbesondere bestehen zulasten des Aktionärs auch keine Treue- oder Geheimhaltungspflichten. Das bedeutet, dass der Aktionär die ihm mitgeteilten Informationen über die Gesellschaft an Dritte weiterleiten darf,<sup>54</sup> was zwangsläufig zu einer ganz erheblichen Einschränkung

<sup>49</sup> Art. 813 OR, V. Gleichbehandlung:

Die Geschäftsführer sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, haben die Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.

<sup>50</sup> Art. 727a OR, 2. Eingeschränkte Revision (Verweis von der GmbH auf das Aktienrecht [Art. 818]):

<sup>1</sup> (...)

<sup>2</sup> Mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann auf die eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.

(...)

<sup>51</sup> Amstutz/Chappuis, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 798 Rn. 9; Handschin/Truniger, Fn. 14, § 16 Rn. 15 ff.

Art. 798 OR, E. Dividenden:

<sup>1</sup> Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden.

(...);

<sup>52</sup> Art. 680 OR, F. Leistungspflicht des Aktionärs:

<sup>1</sup> Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.

<sup>2</sup> Ein Recht, den eingezahlten Betrag, zurückzufordern steht dem Aktionär nicht zu.

<sup>53</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, Fn. 36, § 16 Rn. 153.

<sup>54</sup> Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Fn. 36, § 16 Rn. 198.



kung seiner Kontrollrechte führt, denn es muss im Interesse der Gesellschaft sichergestellt werden, dass das Geschäftsgeheimnis geschützt wird. Aus diesem Grund werden in der Aktiengesellschaft die Kontrollrechte an Stelle des Gesellschafters durch die Revisionsstelle wahrgenommen.

Ganz anders in der GmbH: Hier ist der Gesellschafter zu einer Vielzahl von Leistungen und Unterlassungen gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, insbesondere besteht eine Treuepflicht und somit auch die Pflicht, erhaltene Informationen vertraulich zu behandeln. Diese stärkere Einbindung des GmbH-Gesellschafters rechtfertigt ein stärkeres Auskunfts- und Einsichtsrecht. So sieht Art. 802 Abs. 1 OR<sup>55</sup> vor, dass jeder Gesellschafter von der Geschäftsführung Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann.

Auch hier besteht eine statutarische Gestaltungsmöglichkeit. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht ist zwar grundsätzlich zwingend, doch es ist unterschiedlich ausgiebig ausgestattet, je nachdem, ob die GmbH eine Revisionsstelle bestimmt hat oder nicht. Fehlt eine Revisionsstelle, besteht ein umfassendes uneingeschränktes Einsichtsrecht in die Gesellschaftsaktien,<sup>56</sup> hat die Gesellschaft demgegenüber eine Revisionsstelle bezeichnet, besteht dieses Recht nur, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Das Kontroll- und Einsichtsrecht ist zwar zwingend, doch kann die Gesellschaft durch die Bestimmung einer Revisionsstelle dieses Recht inhaltlich stark einschränken.

<sup>55</sup> Art. 802 OR, K. Auskunfts- und Einsichtsrecht:

<sup>1</sup> Jeder Gesellschafter kann von den Geschäftsführern Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.

<sup>2</sup> Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, so kann jeder Gesellschafter in die Bücher und Akten uneingeschränkt Einsicht nehmen. Hat sie eine Revisionsstelle, so besteht ein Recht zur Einsichtnahme nur, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.

<sup>3</sup> Besteht Gefahr, dass der Gesellschafter die erlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet, so können die Geschäftsführer die Auskunft und die Einsichtnahme im erforderlichen Umfang verweigern; auf Antrag des Gesellschafters entscheidet die Gesellschafterversammlung.

<sup>4</sup> Verweigert die Gesellschafterversammlung die Auskunft oder die Einsicht ungerechtfertigterweise, so ordnet sie das Gericht auf Antrag des Gesellschafters an.

<sup>56</sup> Handschin/Truniger, Fn. 14, § 14 Rn. 131;

Art. 802 Abs. 2 OR, K. Auskunfts- und Einsichtsrecht:

<sup>1</sup> (...)

<sup>2</sup> Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, so kann jeder Gesellschafter in die Bücher und Akten uneingeschränkt Einsicht nehmen. Hat sie eine Revisionsstelle, so besteht ein Recht zur Einsichtnahme nur, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.

### 3. Austrittsrecht des Gesellschafters

Das Recht der Gesellschaft, einen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen auszuschließen, wurde bereits erläutert.<sup>57</sup> Das reziproke Recht des Gesellschafters auf Austritt ist demgegenüber ein wichtiges Minderheitenrecht. Gemäß Art. 822 OR<sup>58</sup> und 822a OR<sup>59</sup> besteht das Recht, aus der Gesellschaft auszutreten. Wie beim Ausschlussrecht<sup>60</sup> besteht eine dispositive Vorschrift mit der Möglichkeit einer weitgehend freien statutarischen Gestaltungsmöglichkeit, welche dieses Recht ausweiten (aber nicht einschränken) kann, bis zur Gewährung eines einseitig ausübbares Kündigungsrechts.

In der Praxis ist festzustellen, dass es oft vorkommt, dass mehrere Gesellschafter austreten wollen, aber aus Rücksicht gegenüber den Mitgesellschaftern niemand den ersten Schritt tun möchte. Weiter kann die Möglichkeit bestehen, dass ein Gesellschafter versucht sein kann, durch einen möglichst raschen Austritt insbesondere im Krisenfall, sich einen Vorteil zu verschaffen. Um die etwas zögerlicheren (oder rücksichtsvolleren) Gesellschafter nicht zu benachteiligen, sieht Art. 822a OR<sup>61</sup> den sogenannten Anschlussaustritt vor. Dieses Recht bedeutet, dass im Anschluss an die Klage auf Austritt oder, wenn dies statutarisch möglich ist, die Austrittserklärung, die übrigen Gesellschafter drei Monate Zeit haben,

<sup>57</sup> Siehe oben, III.2.

<sup>58</sup> Art. 822 OR, B. Austritt von Gesellschaftern:

<sup>1</sup> Ein Gesellschafter kann aus wichtigem Grund beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen.

<sup>2</sup> Die Statuten können den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt einräumen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig machen.

<sup>59</sup> Art. 822a OR, II. Anschlussaustritt:

<sup>1</sup> Reicht ein Gesellschafter eine Klage auf Austritt aus wichtigem Grund ein oder erklärt ein Gesellschafter seinen Austritt gestützt auf ein statutarisches Austrittsrecht, so müssen die Geschäftsführer unverzüglich die übrigen Gesellschafter informieren.

<sup>2</sup> Falls andere Gesellschafter innerhalb von drei Monaten nach Zugang dieser Mitteilung auf Austritt aus wichtigem Grund klagen oder ein statutarisches Austrittsrecht ausüben, sind alle austretenden Gesellschafter im Verhältnis des Nennwerts ihrer Stammanteile gleich zu behandeln. Wurden Nachschüsse geleistet, so ist deren Betrag dem Nennwert zuzurechnen.

<sup>60</sup> Art. 823 OR, III. Ausschluss:

<sup>1</sup> Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen.

<sup>2</sup> Die Statuten können vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschliessen darf, wenn bestimmte Gründe vorliegen.

<sup>3</sup> Die Vorschriften über den Anschlussaustritt sind nicht anwendbar.

<sup>61</sup> Siehe Fn. 59.

um zu erklären, dass sie ebenfalls austreten möchten. Ergibt diese Erklärung innert Frist, sind alle austretenden Gesellschafter im Verhältnis des Nennwerts ihrer Stammanteile gleich zu behandeln. Das bedeutet insbesondere, dass die Verminderung des Unternehmenswertes als Folge des Austritts mehrerer Personen durch alle austretenden Personen gleichermaßen getragen wird und nicht allein durch diejenigen Personen, die als letzte den Austritt erklären.<sup>62</sup> Diese Bestimmung stabilisiert die Gesellschaft in der Krise, da der rasche Austritt nicht zu einem relativen Vorteil führt.

In beiden Fällen, Austritt und Ausschluss, ist dem austretenden Gesellschafter eine Abfindung auszubezahlen, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht.<sup>63</sup> Ein allfälliges Verschulden des ausscheidenden Gesellschafters an seinem Austritt kann nur berücksichtigt werden, wenn als Folge seines Verhaltens eine Schadenersatzforderung der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter entsteht, die mit seinem Abfindungsanspruch verrechnet werden kann.<sup>64</sup> Stützt sich der Austritt nicht auf einen wichtigen Grund ab, sondern auf ein statutarisches Austrittsrecht, können die Statuten die Höhe der Abfindung frei regeln.<sup>65</sup> So ist es möglich, dass eine GmbH einem Gesellschafter ein freies Austrittsrecht gewährt, das dann aber nur zu einer eingeschränkten Abfindung führt, während der gleiche Gesellschafter beim Austritt aus wichtigem Grund die volle Abfindung erhält.

Gerade wenn mehrere Gesellschafter aus der GmbH austreten erreicht die Summe, die als Abfindungen an diese Gesellschafter zu bezahlen ist, sehr rasch einen Wert, der die Liquidität der Gesellschaft und möglicherweise auch das frei verwendbare Eigenkapital übersteigt. Aus diesem Grund beschränkt Art. 825a<sup>66</sup> OR die Abfindungen auf den Betrag, der dem

<sup>62</sup> Stäubli, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 822a Rn. 1; Siffert/Fischer/Petrin, Fn. 3, Art. 822a OR Rn. 1 f.; Handschin/Truniger, Fn. 14, § 19 Rn. 10.

<sup>63</sup> Art. 825 OR, V. Abfindung:

<sup>1</sup> Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht.

<sup>2</sup> Für das Ausscheiden auf Grund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen.

<sup>64</sup> Vgl. Handschin/Chou, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Band V/4b, 4. Aufl., 2009, Art. 580 OR Rn. 62 ff.

<sup>65</sup> Stäubli, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 825 Rn. 2; Siffert/Fischer/Petrin, Fn. 3, Art. 825 OR Rn. 3; Handschin/Truniger, Fn. 14, § 19 Rn. 18 ff.

<sup>66</sup> Art. 825a OR, 2. Auszahlung:

<sup>1</sup> Die Abfindung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit die Gesellschaft:

1. über verwendbares Eigenkapital verfügt;

maximalen frei verwendbaren Eigenkapital entspricht. Umstritten ist, ob die Auszahlungsgrenze ausschließlich im frei verwendbaren Teil des Eigenkapitals liegt, oder auch in der Liquidität der Gesellschaft.<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass eine Zahlung der Gesellschaft, die ihre verfügbare Liquidität übersteigt, regelmäßig auch ihre Fortführungsfähigkeit beeinträchtigt und damit praktisch immer zu einer starken Reduzierung des frei verwendbaren Eigenkapitals führt, da in diesem Fall Aktiven nicht mehr zu Fortführungswerten, sondern nur noch zu Liquidationswerten bewertet werden dürfen.<sup>68</sup> Damit wirkt sich auch eine ungenügende Liquidität, die beispielsweise auch nicht durch die Veräußerung von Anlagevermögen überwunden werden kann, direkt auf die Höhe des frei verfügbaren Eigenkapitals aus. Soweit das frei verfügbare Eigenkapital nicht ausreicht, wird die Forderung des ausgeschiedenen Gesellschafters in ein unverzinsliches nachrangiges Darlehen umgewandelt.<sup>69</sup> Dieses nachrangige Darlehen kann dann in der Folge aus dem später geschaffenen frei verwendbaren Eigenkapital zurückbezahlt werden.

#### 4. Auflösung aus wichtigem Grund als Alternative zum Austritt im Aktienrecht

Im Aktienrecht gibt es weder die Möglichkeit, aus der Gesellschaft auszutreten, noch die Möglichkeit, einen Gesellschafter auszuschließen. Durch den Wegfall der Möglichkeit der Gesellschaft, einen neuen Aktionär ohne Angabe von Gründen abzulehnen ist zwar, formal, die Übertragbarkeit der Aktien vereinfacht (und man könnte sich auf den Standpunkt stellen, der ausscheidungswillige Aktionär möge seine Aktien veräußern) doch ist dieser Ausweg in die Veräußerung nur möglich, wenn

2. die Stammanteile der ausscheidenden Person veräussern kann;

3. ihr Stammkapital unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften herabsetzen darf.

<sup>2</sup> Ein zugelassener Revisionsexperte muss die Höhe des verwendbaren Eigenkapitals feststellen. Reicht dieses zur Auszahlung der Abfindung nicht aus, so muss er zudem zur Frage Stellung nehmen, wie weit das Stammkapital herabgesetzt werden könnte.

<sup>3</sup> Für den nicht ausbezahlten Teil der Abfindung hat der ausgeschiedene Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung. Diese wird fällig, soweit im jährlichen Geschäftsbericht verwendbares Eigenkapital festgestellt wird.

<sup>4</sup> Solange die Abfindung nicht vollständig ausbezahlt ist, kann der ausgeschiedene Gesellschafter verlangen, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle bezeichne und die Jahresrechnung ordentlich revidieren lässt.

<sup>67</sup> Stäubli, in: Honsell/Vogt/Watter, Fn. 5, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., 2008, Art. 825a Rn. 9; Handschin/Truniger, Fn. 14, § 31 Rn. 7 ff.

<sup>68</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, Fn. 1, § 8 Rn. 135 ff.; Handschin, ZBJV 136 (2000), 433, 436 ff.

<sup>69</sup> Siffert/Fischer/Petrin, Fn. 3, Art. 825a OR Rn. 9.

die Aktie verkäuflich ist. Das dürfte bei einer Beteiligung, die für den Aktionär derart unzumutbar ist, dass die Voraussetzungen für den Austritt aus wichtigem Grund vorliegen würden, kaum der Fall sein.

Die einzige Möglichkeit des Aktionärs in diesem Fall aus der Aktiengesellschaft „auszutreten“ ist die Auflösung aus wichtigem Grund. Dieses Recht steht gemäß Art. 736 Abs. 1 Ziffer 4 OR<sup>70</sup> Aktionären zu, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten. Statt der Auflösung kann der Richter auch auf eine andere sachgemäße und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen. Die Rechtsprechung zu dieser Bestimmung ist praktisch inexistent, denn die Risiken für den Kläger sind erheblich. Zum einen ist der Streitwert dieser Verfahren durch den Umstand, dass es um die Zerstörung einer Gesellschaft geht, zwangsläufig hoch und übersteigt den Interessenwert des Klägers an der Auflösung immer um ein Vielfaches, denn es geht ja immer um ein Unternehmen, an dem der Kläger eine vergleichsweise kleine Beteiligung hält. Zum andern kommt dazu, dass der Ausgang dieses Verfahrens selbst beim Vorliegen schlimmer Verhältnisse höchst ungewiss ist, da ein Richter ein funktionierendes Unternehmen mit seinen Arbeitsplätzen und seiner Einbettung in ein wirtschaftliches Umfeld nur sehr ungern auflöst, um einem Aktionär mit einem letztlich ausschließlich vermögenswerten Interesse Vorteile zu verschaffen.

## VII. Fazit

Der Gesetzgeber hat mit der Revision von 2007 eine GmbH geschaffen, die sich ideal als Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen eignet. Er hat die bisherige subsidiäre Gesellschafterhaftung abgeschafft und die GmbH in Bezug auf Haftung und Außenverhältnis der Aktiengesellschaft angeglichen. Im Innenverhältnis bestehen große Freiheiten und die Gesellschafter können die Gesellschaft stark an individuelle Verhältnisse anpassen. Man fragt sich daher, wieso es überhaupt noch kleine Gesellschaften in der Form der Aktiengesellschaft gibt.

Die Frage muss für vorbestandene Gesellschaften und Neugründungen unterschiedlich beantwortet werden: Vorbestandene Gesellschaften sind in

der Regel mit ihrer Gesellschaftsform zufrieden, sie haben sich arrangiert und (mit Kunstgriffen, vgl. Aktionärbindungsvertrag<sup>71</sup>) gelernt, die Aktiengesellschaft auf ihre kleinen Verhältnisse anzuwenden. Ihre Berater, oft Treuhänder ohne juristische akademische Ausbildung, kennen das, was sie kennen und bewegen sich innerhalb dieser Vorschriften meistens mit Sachverstand, so dass objektive Gründe, sich einer kostspieligen und aufwendigen Rechtsformveränderung zu unterziehen, meistens fehlen.

Die GmbH hat immer noch das Image einer Aktiengesellschaft für den kleinen Mann und viele Unternehmer scheuen die offene Erklärung klein zu sein, nicht zu wachsen, sondern zu schrumpfen, was die psychologischen Barrieren für die Wahl der GmbH als neue Organisationsform für eine vorbestandene Aktiengesellschaft noch erhöht. Tatsächlich gab es seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts nur wenige Umwandlungen einer AG in eine GmbH. Der Betrachter von außen darf aus der relativ geringen Verbreitung dieser Gesellschaftsform nicht den Schluss ziehen, sie sei für die Bedürfnisse der Praxis nicht geeignet oder würde von ihr aus sachlichen Gründen abgelehnt.

Weiter ist in Bezug auf Neugründungen eine gewisse Akzentverschiebung zur GmbH festzustellen.<sup>72</sup> Das hängt sicherlich auch damit zusammen, dass als Folge des revidierten Rechtes eine ganze Reihe von Publikationen und Kommentaren erschienen ist. Diese Publikationsflut<sup>73</sup> (jedenfalls für schweizerische Verhältnisse) schafft nicht nur mehr Rechtssicherheit, sondern stärkt auch die Akzeptanz für diese Rechtsform in der Praxis.

<sup>71</sup> Siehe oben, III.1. bzw. V.

<sup>72</sup> Anzahl GmbH 31.12.2005: 84.000, *Anzahl Aktiengesellschaften zum gleichen Zeitpunkt: 174.000*; GmbH 31.12.2006: 92.500, *Aktiengesellschaften: 174.000*; GmbH 31.12.2007: 101.500, *Aktiengesellschaften: 180.000*; GmbH 31.12.2008: 110.000, *Aktiengesellschaften: 184.000*; GmbH 31.12.2009: 118.000, *Aktiengesellschaften: 187.000*.

<sup>73</sup> Vgl. *Handschin/Truniger*, Fn. 14; *Siffert/Fischer/Petrin*, Fn. 3; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Fn. 36, § 18 Rn. 1 ff.; *Forstmoser/Peyer/Schott*, Fn. 3; *Böckli*, in: *Böckli/Forstmoser*, Fn. 2; *Olivar/Roth*, ST 81 (2007), 470 ff.; *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, 2007; *Inderkum*, ST 79 (2005), 535 ff.; *Küng/Camp*, GmbH-Recht, Kommentar, Das revidierte Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2006.

<sup>70</sup> Vgl. dazu Art. 736 Ziff. 4 OR, A. Auflösung im Allgemeinen:  
Die Gesellschaft wird aufgelöst:

(...)

4. durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemäße und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen;

(...).