

Lukas Glanzmann*

Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Eintritt und Ausscheiden von Gesellschaftern
 - 1. Eintritt
 - 2. Gesellschafterwechsel
 - 3. Austritt
 - 4. Ausschluss
- III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter
 - 1. Einsichts- und Auskunftsrechte
 - 2. Treuepflicht und Konkurrenzverbot
 - 3. Nachschuss- und andere Nebenleistungspflichten
- IV. Kapitalstruktur
- V. Organisation
 - 1. Aufgaben der Gesellschafterversammlung
 - 2. Durchführung der Gesellschafterversammlung
 - 3. Pflichten der Geschäftsführer
- VI. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die AG ist in der Schweiz sowohl als Publikumsgesellschaft als auch als private Gesellschaft weit verbreitet.¹ Dennoch ist nicht zu verkennen, dass sie als private Gesellschaft gewichtige Nachteile hat. So kann zum Beispiel ein Aktionär weder aus der Gesellschaft austreten noch von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.² Weiter können Rechte und Pflichten eines Aktionärsbindungsvertrags, dem nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien zukommt,³ nur sehr beschränkt statutarisch ab-

gesichert werden, d.h. ein Aktionärsbindungsvertrag kann nicht «verdinglicht» werden⁴. Schliesslich kann die Gesellschaft nur mit einer entsprechenden Stimmenmehrheit kontrolliert werden, wobei zwar mit dem Einsatz von Stimmrechtsaktien eine Kontrolle auch ohne Kapitalmehrheit möglich ist⁵, dies allerdings nur in beschränktem Rahmen⁶.

All dies ist bei einer GmbH anders: Ein Gesellschafter kann sowohl aus wichtigem Grund auf Austritt aus der Gesellschaft klagen als auch aufgrund einer Klage der Gesellschaft ausgeschlossen werden.⁷ Weiter können Rechte und Pflichten unter einem Gesellschaftervertrag als Nebenleistungs- und Nachschusspflichten in die Statuten aufgenommen und damit «verdinglicht» werden.⁸ Schliesslich kann eine GmbH nicht nur mittels einer Stimmenmehrheit kontrolliert werden, sondern einzelnen Gesellschaftern kann auch ein Vetorecht zugestanden werden.⁹

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass die GmbH als private Gesellschaft gewisse Vorteile aufweist. Mit der Revision des GmbH-Rechts im Jahre 2008 wurden zudem gewichtige Nachteile der GmbH, welche diese gegenüber der AG hatte, beseitigt.¹⁰ Dazu gehören namentlich

6 und 61 f. (= ASR 659); THEODOR LANG, Die Durchsetzung des Aktionärsbindungsvertrags, Diss. Basel, Zürich 2003, 55 (= SSHW 221) m.w.N.

⁴ Ausführlich hierzu mit gleichem Ergebnis LANG (FN 3), 117–124.

⁵ Statutarisch können Stimmrechtsaktien mit anderem Nennwert eingeführt werden, sodass vom Prinzip, dass sich das Stimmrecht an der Kapitalbeteiligung orientiert (Art. 692 Abs. 1 OR), in dem Sinn abgewichen werden kann, als dass auf jede Aktie nunmehr eine Stimme entfällt (Art. 693 Abs. 1 OR).

⁶ Weil der Nennwert von Stimmrechtsaktien nicht weniger als 1/10 des Nennwerts der Stammaktien betragen darf (Art. 693 Abs. 2 OR), müssen die Stimmrechtsaktien jedoch mindestens 1/11 des Aktienkapitals auf sich vereinigen, um 50 % der Stimmrechte zu repräsentieren. Art. 693 Abs. 2 OR ist dabei zwingender Natur, siehe BGer 4A.12/1997 vom 12.02.1998 (publ. in Pra 87 [1998], Nr. 120), E. 2a.

⁷ Unten II.3. f.

⁸ Unten II.2. und III.3.

⁹ Unten V.2.

¹⁰ Siehe für eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen der Revision aus der reichhaltigen Literatur insb. PETER BÖCKLI, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 1–43; STEFAN KOLLER,

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Referats, das der Autor anlässlich des St. Galler Aktienrechtsforums vom 4. November 2011 gehalten hat. Der Autor dankt RA Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Law), für die Bearbeitung der Fussnoten. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

¹ Siehe für eine zahlenmässige Übersicht über die Verbreitung dieser Gesellschaftsform (auch im Vergleich zur GmbH) insb. die Statistiken unter <<http://www.zefix.ch/stats/stats.asp>> (letztmals besucht am 22.03.2012). Demnach waren per 1.1.2012 194'289 AG bzw. 133'104 GmbH im Handelsregister eingetragen.

² Hierzu unten II.3. f.

³ Anstelle vieler PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 158 f.; MONIKA HINTZ-BÜHLER, Aktionärsbindungsverträge, Diss. Bern 2001,

die Aufhebung der Beschränkung des Stammkapitals auf CHF 2 Mio.¹¹ sowie der solidarischen Haftung für die Liberierung des Stammkapitals¹². Es stellt sich deshalb die Frage, ob die AG als private Gesellschaft noch eine Daseinsberechtigung hat, oder ob nicht die GmbH die idealere Gesellschaftsform für private Unternehmen ist. Im Folgenden wird versucht, diese Frage anhand eines Vergleichs ausgewählter Regelungen der AG und der GmbH zu beantworten. Dabei wird nur auf die wesentlichen Abweichungen zwischen der AG und der GmbH eingegangen.

II. Eintritt und Ausscheiden von Gesellschaftern

1. Eintritt

Die GmbH ist eine «personenbezogene Kapitalgesellschaft»¹³. Wegen der Personenbezogenheit der GmbH spielt bei ihr die Persönlichkeit der Gesellschafter eine grössere Rolle als bei der AG.¹⁴ Deshalb nimmt im Recht der GmbH die Regelung des Eintritts und Ausscheidens von Gesellschaftern eine zentrale Stellung ein.

Der Eintritt eines Gesellschafters kann originär bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung erfolgen. In diesem Bereich unterscheiden sich die Regelungen zwischen der AG und GmbH kaum.¹⁵ Darauf wird daher nicht mehr weiter eingegangen.

Nebst einem originären Eintritt kann auch im Rahmen eines Gesellschafterwechsels in die Gesellschaft eingetreten werden. Selbstverständlich ist damit immer auch ein zumindest teilweises Ausscheiden des bisherigen Gesellschafters verbunden. Deshalb wird der Gesellschafterwechsel im Folgenden separat dargestellt.

Aspekte der GmbH-Revision, in: Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 223–254. Eine synoptische Darstellung der Änderungen findet sich bei PETER FORSTMOSER/PATRIK R. PEYER/BERTRAND SCHOTT, Das neue Recht der GmbH, Zürich/St. Gallen 2006, 55–173.

¹¹ Art. 773 OR sieht keine Obergrenze mehr vor. Siehe zu den Problemen, die sich aus der Beschränkung des Stammkapitals ergaben statt vieler ANDREA GRIMM/RICCARDA TRIPPEL, Aktuelle Fragen des GmbH-Rechts, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 47–74, insb. 50.

¹² Vgl. Art. 772 i.V.m. Art. 794 OR im Gegensatz zu Art. 772 Abs. 2 i.V.m. Art. 802 aOR. Zur Bedeutung und zu den Tücken der bisherigen Haftung anstelle vieler PETER FORSTMOSER, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 45–74, 51.

¹³ Art. 772 Abs. 1 OR.

¹⁴ Ihr Status als Mischform zwischen AG und Kollektivgesellschaft wurde denn auch mit der Reform des GmbH-Rechts weitergehend akzentuiert, wobei die personalistischen Züge zusätzliche Betonung erfahren haben (zum Ganzen BSK OR II-BAUDENBACHER/SPEITLER, Art. 772 N 9 f.).

¹⁵ Anstelle vieler FORSTMOSER (FN 12), 69 f.

2. Gesellschafterwechsel

Bei der AG ist ein Gesellschafterwechsel vom Grundsatz her jederzeit frei möglich.¹⁶ Dies ist das Gegenstück der fehlenden Austrittsmöglichkeit.¹⁷ Allerdings gibt es selbst bei der AG gewisse Beschränkungen der freien Übertragbarkeit: Einerseits sind teilliberierte Aktien nicht, oder nicht ohne Zustimmung des Verwaltungsrats übertragbar.¹⁸ Andererseits können die Statuten bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können.¹⁹ In diesem Fall kann aber die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nur ablehnen, wenn sie sich hierfür auf einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund oder auf die *escape clause* berufen kann.²⁰ Zudem kann die Zustimmung zur Übertragung auch gestützt auf die sog. Treuhandklausel abgelehnt werden.²¹

Die Regelung der Übertragung von Stammanteilen ist diametral anders als jene von Aktien. Die Übertragung von Stammanteilen bedarf grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, wobei die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann.²² Doch diese Regelung ist dispositiver Natur und kann in beide Richtungen bis ins Extreme verändert werden: Die Statuten können auf das Erfordernis der Zustimmung zur Übertragung ganz verzichten oder die Abtretung gar vollständig ausschliessen.²³ Daneben können die Statuten auch bestimmte Gründe festlegen, welche die Verweigerung der Zustimmung zur Übertra-

¹⁶ Vgl. für Namenaktien Art. 684 Abs. 1 OR. Für Inhaberaktien ergibt sich die freie Übertragbarkeit bereits aus dem Wesen des Wertpapiers als Inhaberpapier. Ausführlich MATTHIAS A. LEUENBERGER, Die Anonymität des Inhaberkontakts, Diss. Bern 1996, 137–139 (= ASR 576); ebenso etwa PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ, Wertpapierrecht, Basel 1985, 104.

¹⁷ Hierzu JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, in: Druey (Hrsg.), Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 10 N 58 m.w.H.

¹⁸ Vgl. für Namenaktien Art. 685 Abs. 1 OR. Vor der vollständigen Liberierung ausgegebene Inhaberaktien sind dagegen schlicht nichtig (Art. 683 Abs. 2 OR). Die h.L. geht davon aus, dass die Aktionärsrechte jedoch mittels Zession übertragbar sind (dazu DRUEY/GLANZMANN (FN 17), § 8 N 23 m.w.N.).

¹⁹ Art. 685a Abs. 1 OR.

²⁰ Art. 685b Abs. 1 OR. Als *escape clause* bezeichnet man das Recht der Gesellschaft, dem Veräusserer anzubieten, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen. Ausführlich zum Ganzen etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 N 195–242.

²¹ Art. 685b Abs. 3 und Art. 685d Abs. 2 OR. Demnach kann die Gesellschaft die Zustimmung verweigern, wenn der Erwerber nicht ausdrücklich erklärt, dass er die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben hat. Eine diesbezügliche ausdrückliche statutarische Klausel ist nicht erforderlich (so etwa BÖCKLI (FN 20), § 6 N 119; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 685b N 15).

²² Art. 786 Abs. 1 OR.

²³ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 und 4 OR. Zum Ganzen statt vieler CORINNE KAUFMANN, Austritt und Ausschluss aus der GmbH, in: Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich u.a. 2008, 267–280, insb. 269.

gung rechtfertigen.²⁴ Als solcher Grund gilt insbesondere, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.²⁵ Schliesslich gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, sich auf die *escape clause*²⁶ und die Treuhandklausel²⁷ zu berufen.

Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zur Übertragung von Stammanteilen bedarf eines qualifizierten Quorums,²⁸ wobei der Veräusserer mitstimmen darf.²⁹ Der Beschluss hat konstitutive Wirkung, d.h., die Abtretung wird erst mit Erteilung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung wirksam.³⁰ Mit der Rechtswirksamkeit der Übertragung sind die Gesellschafter nicht nur im Anteilbuch der Gesellschaft,³¹ sondern auch im Handelsregister³² einzutragen. Obwohl beide Eintragungen nur deklaratorische Wirkung haben,³³ werden damit Name, Wohnsitz und Heimatort sowie Anzahl und Nennwert der Stammanteile eines Gesellschafters publik. Die GmbH ist also keine *société anonyme*.

Ebenfalls anders als bei der AG können die Statuten der GmbH auch Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufrechte der übrigen Gesellschafter oder der Gesellschaft an den Stammanteilen begründen.³⁴ Dies bewirkt einerseits, dass solche Rechte nicht nur zwischen den Parteien eines Gesellschaftervertrags, sondern gegenüber allen Gesellschaftern und der Gesellschaft selbst gelten.³⁵ Andererseits liegt bei einer Verletzung der entsprechenden Statuten-

bestimmungen nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern eine Statutenverletzung vor, und ein Gesellschafterbeschluss, der einer Übertragung dennoch zustimmt, ist anfechtbar.³⁶

3. Austritt

Bei der AG ist es aufgrund des Systems der festen Mitgliedschaftsstellen grundsätzlich nicht möglich, dass ein Aktionär gegen den Willen der Gesellschaft aus der Gesellschaft austritt.³⁷ Als *ultima ratio*³⁸ kann er lediglich auf Auflösung der Gesellschaft klagen, wobei der Richter auf Ausscheiden des Gesellschafters erkennen könnte, wenn dies im konkreten Fall «eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»³⁹ darstellt.⁴⁰ Allerdings handelt es sich bei der Auflösungsklage nicht um ein Individualrecht, sondern lediglich um ein Minderheitsrecht.⁴¹ Ein Austritt mit Zustimmung der Gesellschaft ist möglich, wenn die Gesellschaft die betreffenden Aktien erwirbt⁴² oder eine nur einzelne Gesellschafter betreffende Kapitalherabsetzung (sog. asymmetrische Kapitalherabsetzung) durchführt.⁴³ Schliesslich kann im Rahmen einer Fusion den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft das Recht auf Austritt eingeräumt werden.⁴⁴ Bei einer 90%igen Mutter-Tochter-Fusion muss den Minderheitsgesellschaftern dieses Austrittsrecht zwingend gewährt werden.⁴⁵

Die Gesellschafter einer GmbH haben ebenfalls die Möglichkeit, infolge eines Erwerbs eigener Stammanteile

²⁴ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Zu denken ist etwa an Konkurrentenklauseln, Familienklauseln, Prozentklauseln oder weitergehend spezifisch umschriebene Sachverhalte (statt vieler LUKAS HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung in der GmbH – die Konzernleitung der GmbH, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, 75–123, 81).

²⁵ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 5 OR, sog. «Bonitätsvinkulierung» (dazu etwa MANFRED KÜNG/RAPHAËL CAMP, GmbH-Recht, Kommentar, Zürich 2006, Art. 786 N 10).

²⁶ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

²⁷ Dies ergibt sich aus der in Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR vorgesehenen Möglichkeit, statutarisch Gründe festzulegen, die die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen. Im Gegensatz zur AG (oben FN 21) dürfte diesbezüglich eine explizite statutarische Grundlage notwendig sein.

²⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

²⁹ Art. 806a Abs. 2 OR *e contrario*. Dazu statt vieler RINO SIFFERT/MARC PASCAL FISCHER/MARTIN PETRIN, GmbH-Recht, Stämpfli Handkommentar, Bern 2008, Art. 786 N 6 m.w.N.

³⁰ Art. 787 Abs. 1 OR.

³¹ Art. 790 OR.

³² Art. 791 OR.

³³ Hierzu statt vieler RETO BERTHEL, Das neue GmbH-Recht, St. Gallen 2008, N 248 sowie BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 790 N 7.

³⁴ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

³⁵ Umstritten ist deren Wirkung gegenüber Dritten; vgl. dazu insb. ROLF H. WEBER, Vertrags- bzw. Statutengestaltung und Minderheitenschutz, in: Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, 71–90, 84. Zur Wirkung statutarischer Bindungen im Allgemeinen statt vieler HINTZ-BÜHLER (FN 3), 6 sowie FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 7 N 6–9. Vgl.

zur Wirkung von Aktionärbindungsverträgen oben I. und die dortigen Nachweise.

³⁶ Art. 808c i.V.m. Art. 706 OR.

³⁷ Hierzu statt vieler ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 16 N 300; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 44 N 61 f.

³⁸ So explizit etwa BGE 105 II 114, 125 E. 6c; 126 III 266, 271 E. 2a; 136 III 278, 279 f. E. 2.2.2; BGer 4A_164/2011 vom 10.11.2011, E. 3.2 jeweils m.w.H.

³⁹ Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR.

⁴⁰ Vgl. dazu PETER VIKTOR KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 4 N 109 f. Ausführlich insb. PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich, Bern 1996, § 12 (= ASR 588).

⁴¹ Art. 736 Ziff. 4 OR. Momentan müssen Aktionäre mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, um eine entsprechende Klage einzureichen. Nach dem Entwurf zur Revision des Aktienrechts genügt es in Zukunft, wenn die entsprechenden Aktionäre 5% des Aktienkapitals, 5% der Stimmen oder einen Aktiennennwert von CHF 1 Mio. vertreten. Siehe dazu Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589–1750, insb. 1692 f.

⁴² Vgl. dazu Art. 659–659b OR.

⁴³ Dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 44 N 68 und § 53 N 22.

⁴⁴ Art. 8 Abs. 1 FusG.

⁴⁵ Art. 23 Abs. 2 lit. a FusG. Vgl. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 2. A., Bern 2008, N 239.

durch die Gesellschaft⁴⁶, einer asymmetrischen Kapitalherabsetzung⁴⁷ oder einer fusionsgesetzlichen Abfindung⁴⁸ aus der Gesellschaft auszutreten. Daneben ist es aber auch möglich, dass die Statuten den Gesellschafter bei Vorliegen bestimmter Gründe ein Recht auf Austritt einräumen.⁴⁹ Und schliesslich steht jedem Gesellschafter ein gesetzliches Austrittsrecht zu: Die Gesellschafter haben das individuelle Recht, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus der Gesellschaft zu klagen.⁵⁰

Der austretende Gesellschafter hat Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Anteile entspricht.⁵¹ Die Gesellschaft darf aber die Abfindung nur ausbezahlen, wenn sie über genügend freies Eigenkapital verfügt, die Stammanteile des ausscheidenden Gesellschafters veräussern kann oder das Stammkapital im entsprechenden Umfang herabsetzen darf.⁵² Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, dann hat der ausscheidende Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung gegen die Gesellschaft, die erst fällig wird, wenn die Gesellschaft wieder über freies Eigenkapital verfügt.⁵³ Wenn mehrere Gesellschafter nacheinander aus der Gesellschaft austreten, besteht das Risiko, dass einzelne Gesellschafter ihre Abfindung in Anspruch nehmen können, während den nachfolgenden Gesellschaftern nur noch eine unverzinsliche nachrangige Forderung verbleibt.⁵⁴ Um diese Ungleichbehandlung zu vermeiden, müssen die Geschäftsführer sämtliche übrigen Gesellschafter unverzüglich benachrichtigen, wenn ein Gesellschafter eine Klage auf Austritt aus wichtigem Grund einreicht oder seinen Austritt gestützt auf ein statutarisches Austrittsrecht erklärt.⁵⁵ Sämtliche Gesellschafter, die innerhalb von drei Monaten nach Zugang dieser Mitteilung ebenfalls auf Austritt aus wichtigem Grund klagen oder ein statutarisches Austrittsrecht ausüben, sind dann gleich zu behandeln.⁵⁶

4. Ausschluss

Das Pendant zum Austrittsrecht des Gesellschafters ist das Recht auf Ausschluss durch die Gesellschaft. Auch dieses Recht besteht bei der AG grundsätzlich nicht.⁵⁷ Ein Aktionär kann nur in ganz spezifischen Fällen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.⁵⁸ Ein Ausschluss eines Aktionärs kann etwa im Rahmen eines Kaduzierungsverfahrens erfolgen, wenn er den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht zur rechten Zeit einbezahlt hat.⁵⁹ Daneben besteht die Möglichkeit, mittels einer sog. Squeeze-out-Fusion die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zwangsweise auszuschliessen.⁶⁰ Schliesslich kann bei einer börsenkotierten Gesellschaft im Nachgang zu einem öffentlichen Kaufangebot der Anbieter vom Gericht die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere verlangen, wenn er über mehr als 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt.⁶¹

Bei einer GmbH ist die Möglichkeit eines Ausschlusses aufgrund eines Kaduzierungsverfahrens nicht notwendig, weil die Stammanteile immer voll liberiert sein müssen.⁶² Das Gleiche gilt für den börsengesetzlichen Squeeze-out, da Stammanteile nach herrschender Praxis nicht kotiert werden können.⁶³ Hingegen gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, einzelne Gesellschafter im Rahmen einer Squeeze-out-Fusion auszuschliessen.⁶⁴ Daneben bestehen bei der GmbH aber noch weitere Ausschlussgründe: Einerseits hat jede Gesellschaft das Recht, beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters zu klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.⁶⁵ Die Beschlussfassung über die Anhebung dieser Klage fällt in die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.⁶⁶ Andererseits ist es auch möglich, dass die Statuten Gründe enthalten, aufgrund derer ein Ausschluss durch die Gesellschaft möglich ist.⁶⁷ In diesem Fall bedarf der Ausschluss eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung.⁶⁸ In beiden Fällen hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Anteile entspricht.⁶⁹ Sowohl im

⁴⁶ Art. 783 OR.

⁴⁷ Siehe etwa SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 29), Art. 822 N 8.

⁴⁸ Art. 8 Abs. 1 FusG. Das Fusionsgesetz gilt selbstredend auch im Kontext der GmbH (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. c FusG).

⁴⁹ Art. 822 Abs. 2 OR.

⁵⁰ Art. 822 Abs. 1 OR. Siehe im Einzelnen statt vieler LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2006, § 19 N 8.

⁵¹ Art. 825 Abs. 1 OR. Bei einem statutarischen Austrittsrecht können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen (Art. 825 Abs. 2 OR).

⁵² Art. 825a Abs. 1 OR.

⁵³ Art. 825a Abs. 3 OR.

⁵⁴ Art. 825a Abs. 3 OR.

⁵⁵ Art. 822a Abs. 1 OR. Die Bestimmung dient damit dem Schutz des Gleichbehandlungsprinzips. Dazu statt vieler MARTIN F. NUSSBAUM/RETO SANWALD/MARKUS SCHEIDEGGER, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri b. Bern 2007, Art. 822a N 1 und ferner KAUFMANN (FN 23), 272.

⁵⁶ Art. 822a Abs. 2 Satz 1 OR.

⁵⁷ Statt vieler KUNZ (FN 40), § 1 N 258 und § 1 N 271.

⁵⁸ In diesem Sinn statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 44 N 53 m.w.H. Ausführlich zum Ganzen RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, insb. Kapitel 12–15 (= SSHW 280).

⁵⁹ Art. 681 Abs. 2 OR.

⁶⁰ Art. 8 Abs. 2 FusG.

⁶¹ Art. 33 BEHG.

⁶² Art. 777c Abs. 1 OR. Dazu auch SANWALD (FN 58), 413 m.w.H.

⁶³ Für die fehlende Kapitalmarktfähigkeit statt vieler HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 50), § 9 N 5; BSK OR II-ISLER/ZINDEL, Art. 781 N 4.

⁶⁴ Art. 8 Abs. 2 FusG sowie die Bemerkungen in FN 48.

⁶⁵ Art. 823 Abs. 1 OR. Zu möglichen wichtigen Gründen statt vieler SANWALD (FN 58), 388–392.

⁶⁶ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR.

⁶⁷ Art. 823 Abs. 2 OR.

⁶⁸ Art. 823 Abs. 2 OR. Auch diese Kompetenz der Gesellschafterversammlung ist unübertragbar (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 15 OR).

⁶⁹ Art. 825 Abs. 1 OR. Eine abweichende Festlegung der Abfindung durch die Statuten gemäss Art. 825 Abs. 2 OR ist vorliegend nicht

Falle einer Beschlussfassung über die Anhebung einer Klage auf Ausschluss als auch eines Ausschlusses selbst bedarf der Beschluss eines qualifizierten Quorums,⁷⁰ wobei der betroffene Gesellschafter jeweils mitstimmen darf.⁷¹

III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

1. Einsichts- und Auskunftsrechte

Aktionäre haben bekanntermassen nur ein beschränktes Einsichts- und Auskunftsrecht gegenüber der Gesellschaft. Informationen können ihnen insbesondere verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.⁷² Der Grund dieses restriktiven Informationsanspruchs liegt darin, dass die Aktionäre keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft⁷³ haben.

Weil die GmbH-Gesellschafter zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet sind,⁷⁴ geht ihr Informationsanspruch viel weiter.⁷⁵ Jeder Gesellschafter hat das Recht, über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft zu verlangen.⁷⁶ Nebst diesem umfassenden Auskunftsrecht besteht auch noch ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in Bücher und Akten, sofern die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt.⁷⁷ Wurde hingegen eine Revisionsstelle bestellt, ist Einsicht nur zu gewähren, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.⁷⁸ Die Auskunft bzw. Einsichtnahme kann sodann in jedem Fall verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass die verlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke ver-

wendet werden.⁷⁹ Dieser Massstab ist bedeutend strenger als jener bei der AG, bei der die Informationsverweigerung bereits mit Berufung auf das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden kann.⁸⁰

Bei der GmbH hat jeder Gesellschafter ein Recht auf vollständige Einsicht ins Anteilbuch.⁸¹ Bei der AG wird diese vollständige Einsicht den Aktionären dagegen gemäss herrschender Lehre verweigert,⁸² weil es sich beim Aktienregister nicht um ein Geschäftsbuch handle;⁸³ damit kann ein Aktionär nur Auskunft über seine eigenen Daten verlangen und zwar gestützt auf Art. 8 DSGVO.⁸⁴

2. Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und absolut herrschender Lehre haben die Aktionäre gegenüber ihrer Gesellschaft keinerlei Treuepflicht.⁸⁵ Anders ist dies bei der GmbH. Die Gesellschafter sind nicht nur zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet,⁸⁶ sondern sie haben auch eine allgemeine Treuepflicht. Demnach müssen sie alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt und dürfen insbesondere keine Geschäfte betreiben, die ihnen zum besonderen Vorteil gereichen und durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde.⁸⁷ Zudem können die Statuten sogar vorsehen, dass sie konkurrenzierende Tätigkeiten unterlassen müssen.⁸⁸

Die Wahrung der Treuepflicht gilt auch bei der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung.⁸⁹ Dies heisst, dass jeder Gesellschafter einer GmbH

möglich, da diese lediglich das freiwillige Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts betrifft. Hierzu statt vieler SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 29), Art. 825 N 3.

⁷⁰ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 und 9 OR.

⁷¹ Siehe für die Klage etwa HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 50), § 19 N 11; KAUFMANN (FN 23), 274; NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (FN 55), Art. 823 N 4; SANWALD (FN 58), 385; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 29), Art. 823 N 3. Für den Ausschluss aufgrund statutarischer Grundlage NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (FN 55), Art. 823 N 11; KAUFMANN (FN 23), 275; SANWALD (FN 58), 397.

⁷² Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR.

⁷³ Insb. BGE 105 II 114, 128 E. 7b); 91 II 298, 305 E. 6a). Daneben BGE 4C.143/2003 vom 14.10.2003, E. 6. Zum Ganzen statt vieler DRUEY/GLANZMANN (FN 17), § 7 N 40 und MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 37), § 16 N 156. Siehe zu vereinzelt abweichenden Meinungen insb. die Bemerkungen und Nachweise bei BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 620 N 35; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 42 N 27 f.; SANWALD (FN 58), 65.

⁷⁴ Art. 803 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Daneben spielt auch die Treuepflicht und das Konkurrenzverbot (dazu unten III.2.) eine Rolle. So etwa KÜNG/CAMP (FN 25), Art. 803 N 5.

⁷⁶ Art. 802 Abs. 1 OR.

⁷⁷ Art. 802 Abs. 2 Satz 1 OR.

⁷⁸ Art. 802 Abs. 2 Satz 2 OR.

⁷⁹ Art. 802 Abs. 3 OR.

⁸⁰ Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR.

⁸¹ Art. 790 Abs. 4 OR.

⁸² DRUEY/GLANZMANN (FN 17), § 10 N 55. Ausführlich zu den Einzelheiten des (weitgehenden) Einsichtsausschlusses BÖCKLI (FN 20), § 6 N 365–372 m.w.N. A.M. und für die vollständige Einsichtnahme in das Aktienbuch aus der neueren Literatur insb. HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 421–424.

⁸³ Statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 12 N 158; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 14 m.w.H.

⁸⁴ Beim Aktienbuch handelt es sich um eine Datensammlung i.S.v. Art. 3 lit. g DSGVO. Ebenso KLÄY (FN 82), 408 und 416. Präzisierend gilt es zu bemerken, dass das Einsichtsrecht betreffend den eigenen Eintrag in der Literatur auch unabhängig vom Datenschutzrecht bejaht wird. Hierzu statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 6 N 367; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, N 618–620. In Einzelfällen ist zudem die Einsicht betreffend Einträge anderer Aktionäre unter Anwendung von Art. 697 Abs. 1 f. OR möglich. Dazu ausführlich LARISSA MAROLDA MARTÍNEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006, 186–195 (= SSHW 248).

⁸⁵ Art. 680 Abs. 1 OR. Siehe ferner die Nachweise in FN 73.

⁸⁶ Art. 803 Abs. 1 OR.

⁸⁷ Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR.

⁸⁸ Art. 803 Abs. 2 Satz 3 OR.

⁸⁹ CHRISTOPH NATER, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010, 31–35 m.w.H.

– nicht aber jener der AG⁹⁰ – bei seiner Stimmabgabe die Gesellschaftsinteressen beachten muss.⁹¹ Konkret könnte dies zum Beispiel bedeuten, dass er bei einer Gesellschaft, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt, nicht ohne Grund gegen eine Kapitalerhöhung stimmen darf, auch wenn dies zu einer Verwässerung seiner Beteiligung führt. Anders verhält es sich, sofern das geforderte Verhalten für den Gesellschafter als unzumutbar zu qualifizieren ist.⁹² Fraglich ist, welche Leistungen von einem Gesellschafter aufgrund seiner Treuepflicht konkret verlangt werden können. Dabei ist zu beachten, dass einerseits die Treuepflicht im Gesetz als Unterlassungspflicht ausgestaltet ist⁹³ und andererseits die Nachschuss- und Nebenleistungspflichten separat geregelt sind⁹⁴. Daher kann die Treuepflicht sicher nicht so weit gehen, dass man einem Gesellschafter eine Pflicht zur Zeichnung und Liberierung neuer Anteile auferlegen könnte. Solche Finanzierungspflichten müssen vielmehr durch die Nachschusspflicht und die diesbezüglichen Bestimmungen abgedeckt werden. Fraglich ist hingegen, ob aufgrund der Qualifikation der Treuepflicht als Unterlassungspflicht der Gesellschafter passiv bleiben darf, d.h. zum Beispiel an der Gesellschafterversammlung nicht abstimmen muss, auch wenn die Stimmenthaltung gemäss grundsätzlich dispositiver Ordnung rechnerisch wie eine ablehnende Stimmabgabe behandelt wird⁹⁵.

Tätigkeiten, welche die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verletzen, sind zulässig, sofern ihnen alle übrigen Gesellschafter schriftlich zustimmen.⁹⁶ Statutarisch kann diese Zustimmungsbefugnis auch an die Gesellschafterversammlung übertragen werden,⁹⁷ wobei ein entsprechender Genehmigungsbeschluss eines qualifizierten Quorums bedarf.⁹⁸ Der Gesellschafter, der von der Treuepflicht oder dem Konkurrenzverbot befreit

werden soll, darf bei diesem Beschluss nicht mitstimmen.⁹⁹

3. Nachschuss- und andere Nebenleistungspflichten

Der Aktionär hat keine andere Pflicht, als seine gezeichneten Anteile zu liberieren.¹⁰⁰ Somit können einem Aktionär Finanzierungspflichten oder andere Nebenleistungspflichten nur durch einen Aktionärsbindungsvertrag, nicht aber durch die Statuten auferlegt werden.

Bei der GmbH ist es möglich, statutarische Nachschuss- und andere Nebenleistungspflichten einzuführen.¹⁰¹ Dies ermöglicht die statutarische Absicherung von Leistungspflichten unter einem Gesellschaftervertrag. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass Nachschusspflichten und die wesentlichen Punkte von Nebenleistungspflichten¹⁰² in den Statuten enthalten sein müssen und damit der Handelsregisterpublizität unterliegen¹⁰³. Diese Publizität wird nicht in jedem Fall erwünscht sein.

Die Nebenleistungspflichten können nicht beliebig gestaltet werden, sondern müssen dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen.¹⁰⁴ Statutarische Verpflichtungen zur Leistung von Geld oder anderen Vermögenswerten werden immer als Nachschusspflichten behandelt, sofern sie ohne angemessene Gegenleistung erbracht werden müssen und der Deckung des Eigenkapitals dienen.¹⁰⁵ Solche statutarische Nachschüsse dürfen das Doppelte des Nennwerts der von einem Gesellschafter gehaltenen Stammanteile nicht übersteigen.¹⁰⁶ Weil die Bemessungsbasis der Nennwert ist, führt dies bei einer mit Agio finanzierten Gesellschaft dazu, dass die kumulierten Nachschüsse nicht einfach bis zum doppelten Betrag des bisher einbezahlten Eigenkapitals reichen können. Vielmehr ist es möglich, dass bei einem hohen Agio-Anteil das Nominalkapital, und damit auch der Betrag der Nachschüsse, im Verhältnis zum Eigenkapital relativ klein ausfällt. Unter Umständen übersteigt damit das Finanzierungserfordernis einer Gesellschaft den zulässigen Höchstbetrag der Nachschusspflicht.

⁹⁰ BGer 4C.143/2003 vom 14.10.2003, E. 6 und zu diesem Urteil insb. ANNEMARIE NUSSBAUMER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung. Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 i.S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs (Klägerin und Berufungsbeklagte), SZW 2004, 138–146. Generell gegen jegliche Treuepflichten des Aktionärs (auch des Hauptaktionärs, soweit er nicht eine Organfunktion wahrnimmt) insb. BÖCKLI (FN 20), § 1 N 20 und § 13 N 659–664; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 42 N 24–32. Immerhin ist der Aktionär stets gehalten, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, das Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten und seine Rechte schonend auszuüben. Dazu statt vieler HANSJÜRG APPENZELLER, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Diss. Zürich 1996, 25 f. (= SSW 173); HINTZ-BÜHLER (FN 3), 51.

⁹¹ NATER (FN 89), 31.

⁹² Vgl. im Einzelnen NATER (FN 89), 31 f. m.w.H.

⁹³ Vgl. schon nur den Wortlaut von Art. 803 Abs. 2 OR. Ebenso CR CO II-CHAPPUIS/JACCARD, Art. 803 N 22; OFK OR-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, Art. 803 N 3.

⁹⁴ Art. 795–797 OR.

⁹⁵ Art. 808 OR und dazu statt vieler NATER (FN 89), 93.

⁹⁶ Art. 803 Abs. 3 Satz 1 und Art. 812 Abs. 3 Satz 1 OR.

⁹⁷ Art. 803 Abs. 3 Satz 2 und Art. 812 Abs. 3 Satz 2 OR.

⁹⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁹⁹ Art. 806a Abs. 3 OR.

¹⁰⁰ Art. 680 Abs. 1 OR. Hinzu kommen die börsengesetzlichen Aktionärspflichten (Art. 20 und 32 BEHG).

¹⁰¹ Art. 795 Abs. 1 und Art. 796 Abs. 1 OR.

¹⁰² Art. 796 Abs. 3 OR; die nähere Umschreibung kann in einem Reglement der Gesellschafterversammlung erfolgen.

¹⁰³ Art. 778 bzw. Art. 780 OR i.V.m. Art. 73 Abs. 1 lit. j und k HRegV.

¹⁰⁴ Art. 796 Abs. 2 OR.

¹⁰⁵ Art. 796 Abs. 4 OR. Dies hat zur Folge, dass Art. 795–795d OR zur Anwendung gelangen. Statt vieler SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 29), Art. 796 N 10.

¹⁰⁶ Art. 795 Abs. 2 Satz 2 OR.

Ein Gesellschafter haftet nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüsse.¹⁰⁷ Die einem Gesellschafter auferlegten Nachschüsse werden ohne Weiteres mit Eintritt des Konkurses fällig.¹⁰⁸ Dem Konkurseintritt gleichgestellt ist die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.¹⁰⁹ Vor dem Eintritt des Konkurses können Nachschüsse durch die Geschäftsführer eingefordert werden, wenn die Gesellschaft eine Unterbilanz aufweist¹¹⁰ oder aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt.¹¹¹ Zudem können die Geschäftsführer die Nachschüsse auch abrufen, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss weiterführen kann.¹¹² Aufgrund dieser Bestimmung haben die Geschäftsführer ein grosses Ermessen – und die Gesellschafter eine entsprechend geringe Voraussehbarkeit –, wann sie die Nachschüsse einfordern wollen.¹¹³

IV. Kapitalstruktur

Obwohl der Betrag des Stammkapitals bei der GmbH nicht mehr begrenzt ist, unterscheiden sich die AG und GmbH bezüglich ihrer möglichen Kapitalstrukturen immer noch sehr stark. Dabei weist in diesem Bereich nicht die GmbH, sondern die AG eine flexiblere Regelung auf.

Eine erste Unterscheidung besteht beim Mindestnennwert der Anteile und damit in der Möglichkeit der Strukturierung des Kapitals. Im Aktienrecht müssen Aktien einen Nennwert von mindestens 1 Rappen haben, was bei der Strukturierung von Transaktionen eine recht hohe Flexibilität erlaubt.¹¹⁴ Bei der GmbH beträgt der Mindestnennwert eines Stammanteils hingegen immer noch CHF 100.¹¹⁵ Dieser hohe Mindestnennwert kann insbesondere bei der Strukturierung von Beteiligungen, Kapitalerhöhungen oder Fusionen hinderlich sein.

Weitere Unterschiede bestehen darin, dass die GmbH weder ein bedingtes Kapital noch ein genehmigtes Kapital schaffen kann.¹¹⁶ Damit ist es nicht möglich, dass eine GmbH Optionen auf ein bedingtes Kapital ausgibt und damit zum Beispiel eine Wandelanleihe oder ein Beteiligungsprogramm unterlegt. Ebenso wenig besteht die Möglichkeit, dass die Geschäftsführer eine Kapitalerhöhung aus einem genehmigten Kapital durchführen. Vielmehr muss jede Kapitalerhöhung von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden.¹¹⁷ Deren Beschluss bedarf sogar eines qualifizierten Quorums, selbst wenn keine qualifizierte Kapitalerhöhung vorliegt.¹¹⁸

Schliesslich ist es der GmbH auch verwehrt, Partizipationsscheine, also stimmrechtslose Stammanteile¹¹⁹ auszugeben.¹²⁰

V. Organisation

1. Aufgaben der Gesellschafterversammlung

Die Organisation der AG ist beherrscht vom Grundsatz des Paritätsprinzips. Danach haben die Organe der Gesellschaft je ihre unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben.¹²¹ Dies führt unter anderem dazu, dass die Generalversammlung einer AG ihren Zuständigkeitsbereich nur unwesentlich vergrössern kann.¹²² Auch werden dadurch der Kontrolle des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung enge Grenzen gesetzt, insbesondere durch die Verhinderung individuell-konkreter Anordnungen.¹²³

Der Gesellschafterversammlung der GmbH stehen von Gesetzes wegen nebst sämtlichen Aufgaben der Generalversammlung einer AG¹²⁴ noch weitere Kompetenzen zu. Hinzu kommt aber gleichzeitig, dass die Regelungsfreiheit grösser ist. Im Vergleich zur Generalversammlung der AG kann die Gesellschafterversammlung der GmbH sowohl mehr Kompetenzen an sich ziehen als auch auf die Geschäftsführer übertragen.

¹⁰⁷ Art. 795 Abs. 3 OR.

¹⁰⁸ Art. 795a Abs. 3 OR; Art. 208 Abs. 1 SchKG.

¹⁰⁹ Gemäss h.L. hat die Bestätigung des Nachlassvertrags ähnliche Wirkungen wie die Konkurseröffnung. Hierzu gehört namentlich die Fälligkeit von Forderungen. Dazu statt vieler BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 319 N 10 m.w.N.

¹¹⁰ Art. 795a Abs. 2 Ziff. 1 OR.

¹¹¹ Art. 795a Abs. 2 Ziff. 3 OR.

¹¹² Art. 795a Abs. 2 Ziff. 2 OR.

¹¹³ Immerhin sind die Voraussetzungen in den Statuten betreffend Art. 795a Abs. 2 Ziff. 3 OR klar zu umschreiben (Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3148–3264, insb. 3196). Siehe dazu auch statt vieler FERNAND CHAPPUIS, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 2007, 85–92, insb. 90.

¹¹⁴ Art. 622 Abs. 4 OR. Dieser Betrag soll im Rahmen der Aktienrechtsrevision noch weiter herabgesetzt werden, denn gemäss Art. 622 Abs. 4 E-OR muss der Nennwert einer Aktie nur noch grösser als 0 Rappen sein.

¹¹⁵ Art. 774 Abs. 1 OR.

¹¹⁶ Vgl. Art. 781 Abs. 4 OR. Zum Ganzen statt vieler BSK OR II-ISLER/ZINDEL, Art. 781 N 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 37), § 18 N 47.

¹¹⁷ Art. 781 Abs. 1 OR.

¹¹⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

¹¹⁹ Siehe für die AG Art. 656a Abs. 1 OR.

¹²⁰ Das Gesetz enthält keine diesbezügliche Bestimmung. Es handelt sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen. Dazu und zu den weiteren Hintergründen Botschaft (FN 113), 3248–3250.

¹²¹ Statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 20 N 9 und N 12 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 37), § 16 N 352 f.

¹²² Statt vieler DRUEY/GLANZMANN (FN 17), § 12 N 1 und N 14.

¹²³ Siehe zur Unzulässigkeit individuell-konkreter Anordnungen statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 12 N 34 sowie in diesem Sinn PETER FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, 169–177, insb. 176 f.

¹²⁴ Vgl. dazu Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1–5 und 7 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1–5 sowie Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 i.V.m. Art. 736 Ziff. 2 OR.

Bemerkenswert ist, dass die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer bei der GmbH zu den unübertragbaren Aufgaben der Gesellschafterversammlung gehört,¹²⁵ während bei der AG darüber gestritten wird, ob den Aktionären überhaupt das Honorar des Verwaltungsrats offengelegt werden muss¹²⁶ und ob die Statuten vorsehen können, dass die Generalversammlung darüber Beschluss fassen muss.¹²⁷

Eine wesentliche Abweichung zwischen AG und GmbH ist auch die Möglichkeit des Genehmigungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung. Die Statuten einer GmbH können vorsehen, dass bestimmte Entscheide der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung zu genehmigen sind.¹²⁸ Diese Bestimmung räumt den Gesellschaftern eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit

über die Geschäftsführer ein. Bei der AG wäre eine entsprechende Anordnung heute noch unzulässig.¹²⁹

Zu den weiteren unübertragbaren Aufgaben der Gesellschafterversammlung gehören unter anderem die Beschlussfassung über die Ausübung statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte;¹³⁰ die Zustimmung zur Tätigkeit der Geschäftsführer und der Gesellschafter, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen, sofern die Statuten auf das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter verzichten;¹³¹ der Beschluss darüber, ob dem Gericht beantragt werden soll, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschliessen oder der Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen;¹³² die Zustimmung zur Verpfändung von Stammanteilen, sofern die Statuten dies vorsehen;¹³³ sowie die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen, falls die Statuten auf das Zustimmungserfordernis nicht verzichten.¹³⁴ Die Genehmigungskompetenz bei einer Vinkulierung kann übrigens auch bei der AG auf die Generalversammlung übertragen werden,¹³⁵ was in der Praxis jedoch selten gesehen wird.

Weiter muss die Gesellschafterversammlung auch die Geschäftsführer zum Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft ermächtigen oder einen solchen Erwerb genehmigen.¹³⁶ Dies bedeutet, dass die Geschäftsführer nicht ohne weiteres frei sind, eigene Stammanteile zurückzukaufen, selbst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben wären.

Schliesslich stellt auch der Umstand, dass die Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handelsbevollmächtigten ebenfalls grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fällt, eine Besonderheit dar. Allerdings können die Statuten diese Befugnis auch den Geschäftsführern einräumen.¹³⁷

¹²⁵ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

¹²⁶ Vgl. für das geltende Recht statt vieler VIKTOR AEPLI, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 2002, 269–278, insb. 274 f. und PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey/Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85–129, insb. 105. Publikums-gesellschaften müssen seit dem 1.1.2007 diesbezügliche Angaben im Anhang zur Bilanz machen (vgl. Art. 663b^{bis} OR). Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision hat für die übrigen AG ein Auskunftsrecht der Aktionäre u.a. betreffend die Vergütung des Verwaltungsrats vorgesehen (Art. 697^{quinquies} i.V.m. Art. 697^{quater} E-OR sowie Botschaft (FN 41), 1608 f. und 1673; dazu LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, ST 2008, 665–680, insb. 674; KARIM MAIZAR, Offenlegung von Vergütungen bei börsenkotierten und nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften, GesKR 2008, Sondernummer – Die grosse Aktienrechtsrevision, 104–112). Das Parlament hat sich dagegen ausgesprochen. Zustimmend dazu HANS-UELI VOGT/EMANUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 2009, 1359–1388, insb. 1382 f. A.M. CHRISTOPH B. BÜHLER, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 247–283, 280 m.w.H.

¹²⁷ Botschaft (FN 41), 1609. Vgl. für die Zulässigkeit einer statutarischen Bestimmung BÖCKLI (FN 20), § 13 N 239; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 28 N 128; ROLAND RUEDIN, Rémunération de l'administrateur de société anonyme, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 313–335, insb. 328 f. Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision enthält die Möglichkeit für alle AG, auf statutarischem Weg die Zuständigkeit der GV betreffend die Festlegung der Vergütungen u.a. der Mitglieder des Verwaltungsrats einzuführen; vgl. Art. 627 Ziff. 4 E-OR und Botschaft (FN 41), 1609. Das Parlament hat sich zwischenzeitlich mehrfach mit dem indirekten Gegenvorschlag zur sog. «Abzockerinitiative», welcher in der ursprünglichen Fassung den genannten Entwurf in modifizierter Form enthielt, auseinandergesetzt. In der kürzlich vom Parlament verabschiedeten Fassung ist für börsenkotierte Gesellschaften eine Genehmigung der Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung durch die GV vorgesehen (Art. 731j f. E-OR). Art. 627 Ziff. 4 E-OR ist jedoch nach wie vor Bestandteil der Vorlage zur Revision des Aktienrechts. Das korrespondierende Geschäft ist derzeit sistiert (Auskunft des EHRA vom 26.01.2012). Kritisch zu dieser Bestimmung PETER BÖCKLI, Zum neuen Schweizer Vergütungsrecht – Entlohnung der Unternehmensspitze zwischen Lohndirigismus, Populismus und Aktienrecht, in: Grundmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Bd. 2, Berlin/New York 2010, 3003–3026, insb. 3011 f.

¹²⁸ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 11 i. V. m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 17 OR

¹²⁹ Statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 13 N 293 m.w.H. Allerdings wurde die Einführung einer solchen Bestimmung ebenfalls vorgeschlagen (vgl. Art. 716b E-OR), doch scheint diese mit gutem Grund keine Zustimmung gefunden zu haben. Das Parlament hat entsprechende Bestimmung in der Folge ersatzlos gestrichen (AB 2009 S 701). Vgl. zum Ganzen insb. GLANZMANN (FN 126), 677 f.; VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (FN 126), 1370–1373; ROLF WATTER, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrats, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 285–297, insb. 291 f.

¹³⁰ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

¹³¹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 13 OR.

¹³² Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und 15 OR.

¹³³ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 9 OR.

¹³⁴ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

¹³⁵ Dies gilt zumindest bei nicht kotierten Namenaktien. Hierzu statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 6 N 31 f. und N 292 sowie ähnlich BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 685a N 8 f.

¹³⁶ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR.

¹³⁷ Art. 804 Abs. 3 OR.

2. Durchführung der Gesellschafterversammlung

Nicht nur die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung, sondern auch deren Durchführung weicht von den entsprechenden Regelungen der Generalversammlung bei der AG ab. Während bei der AG die Einladungsfrist von 20 Tagen zur Einberufung einer Generalversammlung¹³⁸ nicht verkürzt werden kann,¹³⁹ ist es bei der GmbH möglich, diese Frist auf 10 Tage zu reduzieren.¹⁴⁰ Gleich wie bei der AG¹⁴¹ kann jederzeit eine Universalversammlung durchgeführt werden.¹⁴² Der grosse Unterschied zur AG besteht jedoch darin, dass bei der GmbH die Urabstimmung zulässig ist. Dies bedeutet, dass die Gesellschafterversammlung der GmbH ihre Beschlüsse schriftlich fassen kann, sofern nicht ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt.¹⁴³ Solche Zirkularbeschlüsse sind bei der AG gemäss konstanter, aber m.E. fragwürdiger Praxis des Bundesgerichts nichtig.¹⁴⁴

Das Stimmrecht der Gesellschafter bemisst sich grundsätzlich gleich wie bei der AG¹⁴⁵ nach dem Nennwert ihrer Stammanteile.¹⁴⁶ Auch können die Statuten, ebenfalls wie bei der AG¹⁴⁷, die Stimmenzahl der Besitzer mehrerer Stammanteile beschränken¹⁴⁸ oder Stimmrechtsstammanteile einführen. Auch bei der GmbH müssen in diesem Fall die Stammanteile mit dem tiefsten Nennwert mindestens einen Zehntel des Nennwerts der übrigen Stammanteile aufweisen.¹⁴⁹ Ein wesentlicher Unterschied zur AG¹⁵⁰ liegt aber darin, dass es zulässig ist, Gesellschaftern einer GmbH ein statutarisches Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einzuräumen. Die Statuten müssen die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt.¹⁵¹ Damit kann ein Gesellschafter theoretisch die Kontrolle über die Gesellschaft behalten, auch wenn er nicht mehr die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. Damit können zum Beispiel vertragliche Vetorechte eines Gesellschafters abgesichert werden.

Auch die GmbH fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen, soweit das Gesetz oder die Statuten nichts anderes bestimmen.¹⁵² Das qualifizierte Quorum für wichtige Beschlüsse beträgt mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist.¹⁵³ Demgegenüber ist bei der AG die zweite Bemessungsbasis die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte und nicht jene des gesamten Aktienkapitals.¹⁵⁴

Bezüglich der Beschlüsse, die eines qualifizierten Quorums bedürfen, entspricht der Katalog der GmbH dem um ein paar Beschlusspunkte erweiterten Katalog der AG¹⁵⁵. So müssen bei der GmbH zusätzlich folgende Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum auf sich vereinigen: die Zustimmung zur Übertragung von Stammanteilen,¹⁵⁶ jede Erhöhung des Stammkapitals,¹⁵⁷ die Zustimmung zu Tätigkeiten der Geschäftsführer sowie der Gesellschafter, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen,¹⁵⁸ der Antrag an das Gericht, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschliessen¹⁵⁹ sowie der Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen.¹⁶⁰

3. Pflichten der Geschäftsführer

Die Geschäftsführer einer GmbH haben im Wesentlichen die gleichen unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten wie der Verwaltungsrat einer AG.¹⁶¹ Wie bereits erwähnt, gehören aber die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen¹⁶² nicht zu den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben der Geschäftsführer, sondern sie fallen grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung.¹⁶³ Zudem kann die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführern auch Kompetenzen entziehen, indem sie in den Statuten festlegt, dass ihr bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorgelegt werden müssen.¹⁶⁴

¹³⁸ Art. 700 Abs. 1 OR.

¹³⁹ Statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 12 N 83; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 7.

¹⁴⁰ Art. 805 Abs. 3 OR.

¹⁴¹ Art. 701 OR.

¹⁴² Art. 805 Abs. 3 Satz 3 und Abs. 5 Ziff. 5 OR.

¹⁴³ Art. 805 Abs. 4 OR.

¹⁴⁴ Siehe aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insb. schon BGE 67 I 342, 347 E. 3. Zum Ganzen GLANZMANN (FN 126), 676 und daneben statt vieler ZK-TANNER, Art. 698 N 66 f.

¹⁴⁵ Art. 692 Abs. 1 OR.

¹⁴⁶ Art. 806 Abs. 1 Satz 1 OR.

¹⁴⁷ Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR.

¹⁴⁸ Art. 806 Abs. 1 Satz 3 OR.

¹⁴⁹ Art. 806 Abs. 2 OR. Siehe zur AG oben I. und FN 6.

¹⁵⁰ Bei der AG wäre die Einführung eines generellen Vetorechts via Statuierung eines Einstimmigkeitserfordernisses unzulässig, in diesem Sinn BGE 117 II 290 (= Pra 81 [1992], Nr. 137), 313 E. 7a/aa) (im Kontext des aOR). Siehe statt vieler BÖCKLI (FN 20), § 12 N 418 und N 427a f. mit zahlreichen Nachweisen. A.M. etwa BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 13.

¹⁵¹ Art. 807 Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁵² Art. 808 OR.

¹⁵³ Art. 808b Abs. 1 OR.

¹⁵⁴ Art. 704 Abs. 1 OR.

¹⁵⁵ Vgl. zur AG Art. 704 Abs. 1 OR.

¹⁵⁶ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

¹⁵⁷ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

¹⁵⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

¹⁵⁹ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR.

¹⁶⁰ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 9 OR.

¹⁶¹ Vgl. Art. 810 Abs. 2 i.V.m. Art. 716a Abs. 1 OR.

¹⁶² Vgl. für die AG Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR.

¹⁶³ Art. 804 Abs. 3 und Art. 810 Abs. 2 OR e contrario; ferner oben V.I.

¹⁶⁴ Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

VI. Schlussbemerkungen

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass es zwischen der AG und der GmbH eine Reihe von Unterschieden gibt. Die GmbH ist keineswegs einfach eine kleine AG, sondern sie wird in vielen Bereichen anders geregelt als die AG. Es muss je nach Situation beurteilt werden, ob diese anderen Regeln im konkreten Fall vorteilhaft oder nachteilig sind. Die wohl relevantesten Unterschiede sind, dass die Übertragung von Stammannteilen gänzlich ausgeschlossen werden kann, ein Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern von Gesetzes wegen möglich ist, die Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen werden müssen, die Gesellschafter einerseits ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht andererseits aber auch eine Geheimhaltungs- und Treuepflicht haben, wobei letztere selbst die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung beschlagen kann, statutarische Nachschuss- und Nebenleistungspflichten sowie Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte zulässig sind, weder ein bedingtes noch ein genehmigtes Kapital geschaffen werden kann und ein Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung möglich ist. All dies können im konkreten Fall Gründe sein, weshalb man sich für die eine oder die andere Rechtsform entscheidet. Dabei ist auch zu beachten, dass die Vorzüge der GmbH wegen des grösseren Gestaltungsspielraums nur dann voll zum Tragen kommen, wenn die Statuten auf die konkrete Gesellschaft angepasst werden. Dies dürfte aber einen erheblichen Beratungsaufwand zur Folge haben, was unter Umständen wieder gegen die Rechtsform der GmbH spricht. Hinzu kommt, dass im heutigen Zeitpunkt bezüglich der GmbH weniger Rechtsprechung und damit weniger Rechtssicherheit bestehen als bezüglich der AG. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich dies infolge der Beliebtheit der GmbH¹⁶⁵ mittelfristig ändern wird. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die GmbH keine AG und schon gar keine *société anonyme* ist und die AG auch bei privaten Gesellschaften nach wie vor eine Daseinsberechtigung hat.

¹⁶⁵ Siehe diesbezüglich auch die Nachweise in FN 1.