



Lukas Glanzmann*

Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter dem neuen Aktienrecht

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Regelungskonzept
- III. (Personenbezogene) Kapitalgesellschaft
- IV. Gründung und Kapital
 1. Gründung
 2. Grundkapital
 3. Anteile
 4. Kapitalaufbringung und -schutz
 5. Kapitalveränderungen
 - 5.1. Kapitalerhöhung
 - 5.2. Kapitalherabsetzung
- V. Gesellschafter
 1. Wechsel im Kreis der Gesellschafter
 - 1.1. Beitritt neuer Gesellschafter
 - 1.2. Übertragung der Gesellschafterstellung
 - a Bei der AG
 - b Bei der GmbH
 - c Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte
 - 1.3. Austritt
 - a Bei der AG
 - b Bei der GmbH
 - 1.4. Ausschluss
 - a Bei der AG
 - b Bei der GmbH
 2. Rechte der Gesellschafter
 - 2.1. Im Allgemeinen
 - 2.2. Informationsrechte im Besonderen
 - a Bei der AG
 - b Bei der GmbH
 3. Pflichten der Gesellschafter
 - 3.1. Im Allgemeinen
 - 3.2. Treuepflicht und Konkurrenzverbot
 - 3.3. Nachschuss- und Nebenleistungspflichten

VI. Organe

1. General- bzw. Gesellschafterversammlung
 - 1.1. Befugnisse
 - 1.2. Durchführung
 - 1.3. Beschlussfassung
2. Geschäftsführung
 - 2.1. Zuständigkeit
 - 2.2. Vorsitz
 - 2.3. Abberufung
 - 2.4. Aufgaben
 - 2.5. Haftung und Anfechtung
3. Revisionsstelle

VII. Auflösung und Liquidation

VIII. Weshalb ist die GmbH so beliebt?

I. Einleitung

In der Schweiz war die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) lange Zeit völlig unbedeutend. Ende 1991 gab es gerade einmal 2'769 GmbHs, was nicht einmal einer GmbH pro Gemeinde entsprach.¹ Dem standen damals 166'470 AGs gegenüber.²

Die erste grosse Aktienrechtsrevision im Jahre 1992 bewirkte, dass mehr Gesellschaften die Form der GmbH wählten. Bis zur Revision des GmbH-Rechts im Jahre 2008 stieg die Zahl der GmbHs auf 101'462, was einer Zunahme um 98'693 Gesellschaften entspricht. In der gleichen Zeit nahm die Anzahl AGs gerade einmal um 13'291 Einheiten zu.³

Dieser Trend zur GmbH ist wohl vor allem darauf zurückzuführen, dass der Zugang zur AG erschwert wurde, indem unter anderem das Mindestkapital von CHF 50'000 auf CHF 100'000 angehoben, die Vorschriften über die qualifizierte Gründung verschärft, die Vinkulierungs-

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der vorliegende Text basiert auf der schriftlichen Fassung eines Referats über das Verhältnis von AG und GmbH in der Schweiz, das der Autor anlässlich des 12. Deutsch-österreichisch-schweizerischen Symposiums zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht vom 1. und 2. Juni 2023 am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien gehalten hat. Der Referatstext wird auch noch im Tagungsband publiziert werden. Der Text stützt sich zudem auf einen früheren Aufsatz des Autors, der unter dem Titel «Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?» in GesKR 2/2012, 260 ff., erschienen ist. Der Autor dankt M.A. HSG in Law René Kühn für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegen genommen.

¹ Im Jahre 1992 gab es in der Schweiz 3'017 Gemeinden; vgl. <https://www.agvchapp.bfs.admin.ch/de/communes/results?EntriesFrom=01.01.1992&EntriesTo=01.01.1992> (zuletzt besucht am 23. Oktober 2023).

² ROLAND MÜLLER/PATRICK KÖNIG, GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich, Zürich 2009, 5 f. und 17.

³ Bei diesen Zahlen handelt es sich um Nettozahlen, da aufgrund fehlender Statistiken nicht eruiert werden kann, wie viele Neugründungen und Löschungen es gab.

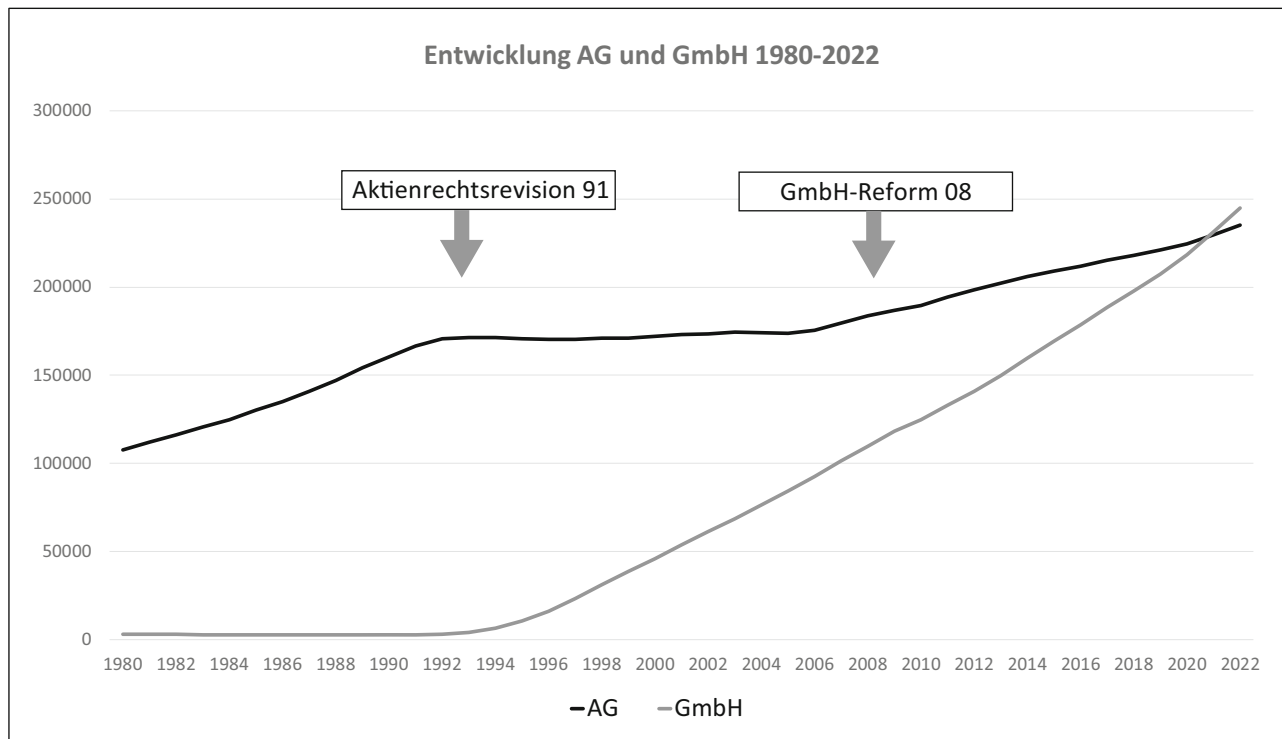


Abbildung 1: Eigene Darstellung basierend auf Daten des Eidgenössischen Handelsregisteramtes (EHRA) bzgl. eingetragener AGs und GmbHs (vgl. FN 13). Der Datensatz beinhaltet auch aufgelöste, aber noch nicht gelöschte Gesellschaften. Für den Zeitraum von 1980 bis 2010 wurde auf die Zusammenstellung der EHRA-Daten bei MÜLLER/KÖNIG (FN 2), 5 f. und 17, zurückgegriffen.

möglichkeiten eingeschränkt sowie die Anforderungen an die Organe erhöht wurden. All das machte die GmbH im Vergleich zur AG attraktiver.⁴ Ein weiterer Grund, weshalb der Bestand an AGs in dieser Zeit nicht stärker zunahm, dürfte auch darin liegen, dass während der Rezession 1991–1993, der bis 1996 folgenden Stagnation und der Rezession 2001–2003⁵ zwangsläufig mehr AGs als GmbHs in Konkurs fielen.

Im Jahre 2008 wurde das GmbH-Recht revidiert und in weiten Teilen dem Aktienrecht angeglichen. Dabei wurde die GmbH in gewissen Bereichen ebenfalls stärker reguliert.

Gleichzeitig wurde die Revisionspflicht rechtsformunabhängig ausgestaltet und damit auch bei der GmbH

eingeführt.⁶ Andererseits gab es auch ein paar Erleichterungen, indem z.B. die Deckelung des Stammkapitals auf CHF 2 Mio., die Beurkundungspflicht für die Übertragung von Stammanteilen sowie die Solidarhaftung für nicht voll liberierte Stammanteile aufgehoben wurden. Das Resultat dieser Änderungen war, dass die GmbH ihre Beliebtheit beibehielt, aber auch die AG wieder Zuwachs erhielt.

Einen starken Anstieg erfährt der Bestand an GmbHs seit dem Jahre 2020. Einerseits stieg die Zahl der Neueintragen,⁷ andererseits nahmen die Löschungen nicht entsprechend zu bzw. sogar noch ab. Letzteres ist teilweise auf eine Abnahme der Konkurse in den Jahren 2020 und 2021 zurückzuführen,⁸ was wohl den Covid-19-Massnahmen zugeschrieben werden kann.⁹ Andererseits dürfte dies

⁴ ROLAND VON BÜREN/THOMAS BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 1996, 17 ff., 18 f. Vgl. auch PETER FORSTMOSER, Gegenwart und Zukunft der GmbH in der Schweiz, in: Schneider/Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, 373 ff., 375.

⁵ Vgl. FRANK BODMER, Ausmass und Gründe der Wirtschaftskrise der 90er Jahre, WWZ-Forschungsbericht 06/04-c, 3 (https://wwz.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/99_WWZ_Forum/Forschungsberichte/06_04c-1.pdf; zuletzt besucht am 31. August 2023); PETER SCHALLBERGER/CAROLINE BÜHLER, Die Schweizer Wirtschaft – Umbrüche und Krisen der 1990er Jahre, in: Honegger/Bühler/Schallberger (Hrsg.), Die Zukunft im Alltagsdenken – Szenarien aus der Schweiz, Konstanz 2002, 67 ff., 69 f.

⁶ Vgl. dazu unten Ziff. VI.3.

⁷ Im Jahre 2020 wurden 18'288, 2021 19'529 und 2022 19'877 GmbHs eingetragen (vgl. die Daten auf <https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>; zuletzt besucht am 1. Oktober 2023).

⁸ Bei den GmbHs gab es 2020 2'145 und 2021 2'246 Auflösungen infolge Konkurses. Im Vergleich zum Jahre 2019 entspricht dies einem Rückgang von 21.9% (2020) und 18.2% (2021). Im Jahre 2022 gab es 2'942 Auflösungen infolge Konkurses, was im Vergleich zum Jahre 2019 einen Anstieg um ca. 7.2% bedeutet (vgl. hierzu die Daten auf <https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>; zuletzt besucht am 1. Oktober 2023).

⁹ Vgl. Medienmitteilung «Coronavirus: Massnahmen gegen Konkurse» des Bundesrates vom 16. April 2020 (<https://www.admin.ch/gov/>)

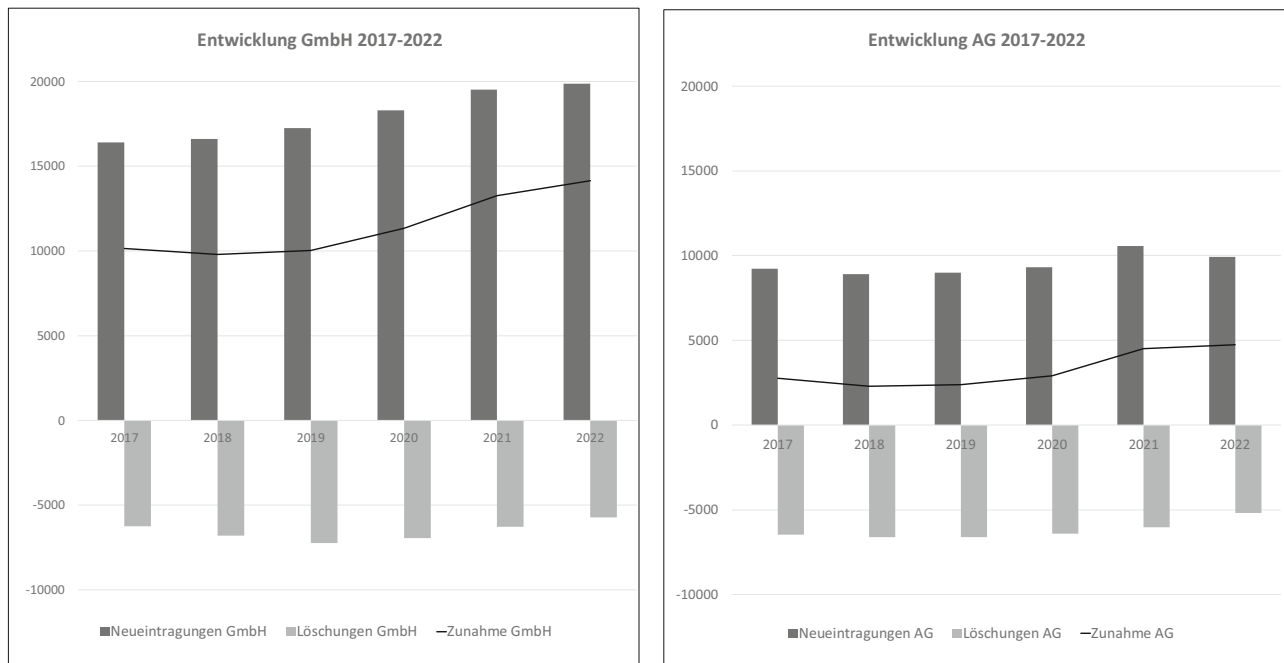


Abbildung 2: Eigene Darstellung basierend auf Daten des zentralen Firmenindex ZEFIX (<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>; zuletzt besucht am 31. August 2023).

ab dem Jahre 2021 auch eine Folge der Verlängerung der Frist zur Löschung von Gesellschaften, deren Konkurs mangels Aktiven eingestellt wurde, sein.¹⁰ Beide Effekte führten auch bei der AG zu einer Zunahme des Gesamtbestandes,¹¹ obwohl die Neueintragungen seit dem Jahre 2020 nur leicht zugenommen und im Jahre 2022 im Vergleich zur Vorjahresperiode sogar rückläufig waren.¹²

All diese Entwicklungen mündeten darin, dass es im Jahre 2021 erstmals mehr GmbHs als AGs gab. Per 1. Januar 2023 gab es 235'163 AGs und 244'864 GmbHs.¹³

Nach wie vor untervertreten ist die GmbH in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁴ Nach der Wahrnehmung des Autors ergehen jährlich etwa 20–30 Bundesgerichtsentscheide zum Aktienrecht, jedoch kaum mehr als fünf Urteile zum GmbH-Recht.¹⁵ Dies spiegelt sich auch in der amtlichen Sammlung, wo in den letzten 15 Jahren 37 Entscheide zum Aktienrecht¹⁶ und nur drei Urteile zum GmbH-Recht¹⁷ publiziert wurden.¹⁸

Mit der Aktienrechtsrevision 2020, die am 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, wurde das GmbH-Recht dem Aktienrecht weiter angepasst. Im Folgenden soll geprüft werden, worin sich die AG und die GmbH aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unterscheiden. Da Stammanteile nicht kotiert werden können, werden die Regelungen von börsenkotierten Gesellschaften nicht betrachtet.

de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80055.html; zuletzt besucht am 4. Oktober 2023) und die Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020, BBl 2020 6563, 6605. Ferner JÜRIG MÜLLER/BASIL AMMANN, Über den Lebenszyklus von Firmen, Zürich 2021, 13–19 (https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2021/02/ueber-den-lebenszyklus-von-firmen_analyse.pdf; zuletzt besucht am 25. Mai 2023).

¹⁰ Vgl. Art. 159a Abs. 1 Bst. a HRegV, der am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist.

¹¹ Bei den AGs gab es im Jahre 2020 1'084, 2021 1'028 und 2022 1'210 Auflösungen infolge Konkurses. Im Vergleich zum Jahre 2019 entspricht dies einem Rückgang von ca. 24 % (2020), 28 % (2021) und 15,2 % (2022) (vgl. hierzu die Daten auf <https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>; zuletzt besucht am 1. Oktober 2023).

¹² Im Jahre 2020 wurden 9'326, 2021 10'555 und 2022 9'927 AGs eingetragen (vgl. die Daten auf <https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>; zuletzt besucht am 1. Oktober 2023).

¹³ Diese Zahlen sowie die Entwicklung der letzten 15 Jahre können unter <https://ehra.fenceit.ch/de/statistiken/> eingesehen werden (zuletzt besucht am 28. August 2023).

¹⁴ Zur Bedeutung der kantonalen Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht vgl. LUKAS GLANZMANN, Wandel des Gesellschaftsrechts in der Schweiz – Die Rolle der Gerichte und Handelsregisterämter, in: Vogt/Fleischer/Kals (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2020, 46 ff., 64 f.

¹⁵ Vgl. GLANZMANN (FN 14), 65.

¹⁶ BGE 148 III 11; 148 III 69; 148 III 194; 147 III 126; 147 III 469; 147 III 537; 146 III 37; 145 III 351; 145 III 446; 144 III 388; 144 III 100; 143 III 120; 142 III 16; 142 III 23; 142 III 204; 142 III 629; 141 III 43; 141 III 80; 140 III 349; 140 III 533; 140 III 602; 140 III 610; 139 III 24; 138 III 166; 138 III 204; 138 III 246; 138 III 294; 137 III 255; 137 III 460; 137 III 503; 137 III 570; 136 III 14; 136 III 107; 136 III 148; 136 III 278; 136 III 322; 136 III 369.

¹⁷ BGE 147 III 505; 138 III 213; 135 III 509.

¹⁸ Ausschlaggebend für diese Zusammenstellung waren ausschliesslich die Rubren der bundesgerichtlichen Entscheide und die darin aufgeführten Gesetzesnormen. Entscheide, die sich ausschliesslich mit der Revisionsstelle auseinandersetzen, wurden nicht berücksichtigt.

II. Regelungskonzept

Während das Aktienrecht 224 Gesetzesartikel umfasst, kommt das GmbH-Recht mit gerade einmal 77 Artikeln aus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Regelungen des GmbH-Rechts in weiten Teilen an jene des Aktienrechts anlehnen. Dabei übernimmt das GmbH-Recht die Regelungen des Aktienrechts teils durch Verweis auf die entsprechenden Normen des Aktienrechts,¹⁹ teils indem es die Normen des Aktienrechts mehr oder weniger unverändert wiedergibt.²⁰ Letztlich regelt das GmbH-Recht nur bestimmte, spezifische Bereiche eigenständig.²¹

Soweit das GmbH-Recht auf das Aktienrecht verweist, stellt sich die Frage, ob es sich um dynamische oder statische Verweise handelt. Nach der Intention des Gesetzgebers²² und der heute unbestrittenen Lehre²³ sind diese Verweise als dynamisch zu betrachten, d.h., es gilt jeweils das in diesem Bereich anwendbare Aktienrecht.

Bei dieser Regelungsmethodik ist nicht verwunderlich, dass gewisse Regelungen des GmbH-Rechts systemfremd²⁴ und andere lückenhaft sind. Auf einzelne dieser Punkte wird unten näher eingegangen.

III. (Personenbezogene) Kapitalgesellschaft

Sowohl die AG als auch die GmbH sind Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten *«nur das Gesell-*

schaftsvermögen haftet».²⁵ Beide Gesellschaften haben die für eine Kapitalgesellschaft typischen drei Organe, d.h. eine General- bzw. Gesellschafterversammlung, ein oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan und eine Revisionsstelle. Auf Letztere verzichten jedoch inzwischen ca. 97 % der GmbHs und ca. 72 % der AGs, d.h., sie haben ein Opting-out.²⁶ Noch höher liegt der Anteil bei neu eingetragenen GmbHs mit ca. 99 % und bei neu eingetragenen AGs mit ca. 89 %.²⁷

Anders als die AG definiert das Gesetz die GmbH als *«personenbezogene»* Kapitalgesellschaft. Damit versucht der Gesetzgeber den Spagat zu machen, in dem die GmbH einerseits eine Kapitalgesellschaft sein soll und andererseits personalistische Elemente aufweisen soll. Gleichzeitig kann im Schweizer Recht auch die AG sehr personalistisch ausgestaltet werden, sei es durch eine strenge Vinkulierung oder gar die Einführung des Kopfstimmprinzips.²⁸

Ausdruck des personalistischen Elements der GmbH ist unter anderem, dass die Gesellschafter sich ins Handelsregister eintragen lassen müssen, womit die GmbH gerade keine *société anonyme* ist. Weiter sind insbesondere die Regelung des Erwerbs und Verlusts der Mitgliedschaft sowie die Stellung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (Stichworte Selbstorganschaft und Nachschusspflicht) personalistisch ausgestaltet. Das kapitalistische Element zeigt sich bei der Stellung der GmbH gegenüber den Gläubigern. Hier wird sie ihrer Bezeichnung als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerecht.

IV. Gründung und Kapital

1. Gründung

Die Regelungen der Gründung sind bei der AG und GmbH weitgehend identisch.²⁹ Ein wesentlicher Unterschied ist, dass die Gründer der GmbH nicht nur im Gründungsakt genannt werden, sondern wie auch alle nachfolgenden Gesellschafter mit der Anzahl und dem Nennwert ihrer Stammanteile im Handelsregister offenzulegen sind.³⁰

¹⁹ Vgl. z.B. unten Ziff. IV.1. Dies gilt z.B. für das Stammkapital in Fremdwährung (Art. 773 Abs. 2 OR), die Schaffung von Genussscheinen (Art. 774a OR), die Liberierung (Art. 777c Abs. 2 OR), die Erhöhung des Stammkapitals (Art. 781 Abs. 5 OR), die Schiedsklausel (Art. 797a OR), Vorzugsstammanteile (Art. 799 OR), die Rückerstattung von Leistungen (Art. 800 OR), die Reserven (Art. 801 OR), die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (Art. 808c OR), die Nichtigkeit von Geschäftsführerbeschlüssen (Art. 816 OR), Mängel in der Organisation der Gesellschaft (Art. 819 OR), Liquiditäts- und Kapitalschutzvorschriften (Art. 820 OR), die Folgen der Auflösung (Art. 821a Abs. 2 OR) und die Liquidation (Art. 826 Abs. 2 OR).

²⁰ Vgl. z.B. unten Ziff. VI.1.1.

²¹ Vgl. z.B. unten Ziff. V.3.2.

²² Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2001 3148, 3167 (zit. Botschaft GmbH 2001).

²³ JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021, § 18 Rz. 11; PETER FORSTMOSER/PATRIK PEYER/BERTRAND SCHOIT, Das neue Recht der GmbH, Zürich/St. Gallen 2006, N 20; FLORIAN JÖRG/OLIVER ARTER, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), Bern 2015; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 10 Rz. 68; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 783 N 18a; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 808c N 2; CHK-KRATZ, Art. 808c OR N 1 und Art. 818 OR N 4. A.M. noch HERBERT WOHLMANN, Zu den Verweisen im Recht der GmbH auf das Aktienrecht, SZW 1995, 139 ff., 140; PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER/JEAN-MARC RAPP, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997, 52.

²⁴ Z.B. die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Vertretung in der Generalversammlung, Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR.

²⁵ Art. 620 Abs. 1 Satz 2 OR und Art. 772 Abs. 1 Satz 3 OR. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 7 Rz. 39.

²⁶ Daten von Auditorstats (<https://www.auditorstats.ch/index.php?pid=1>; zuletzt besucht am 28. August 2023).

²⁷ Bericht des Bundesamtes für Justiz über mögliche Massnahmen zur Weiterentwicklung des Opting-out-Systems vom 15. Februar 2021, 5 (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/19-043-bericht-massnahmen-zur-weiterentwicklung-des-opting-out-system-rk-s-d.pdf>; zuletzt besucht am 28. August 2023).

²⁸ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 41; ROLF GÜNTHER/URS SUTER, § 1 Bedeutung der Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, 2. A., Basel 2022, 4 ff., § 1.14.

²⁹ Vgl. LUKAS GLANZMANN, Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?, GesKR 2/2012, 260 ff., 261; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 23), § 18 Rz. 138.

³⁰ Art. 791 OR. Vgl. unten Ziff. V.3.3.

Weitere Abweichungen ergeben sich aus dem Umstand, dass die Gesellschafter der GmbH mehr Pflichten haben können als Aktionäre. Deshalb müssen die Gründer im Errichtungsakt ausdrücklich erklären, dass sie die statutarischen Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten übernehmen.³¹ Zudem muss der Zeichnungsschein auf etwaige Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen hinweisen.³²

Schliesslich können die Statuten der GmbH im Vergleich zu einer AG einen erweiterten Inhalt aufweisen. Sie können insbesondere erweiterte Rechte und Pflichten der Gesellschafter begründen oder Aspekte der Organisation, bei denen die GmbH mehr Gestaltungsspielraum hat als die AG, regeln.³³

2. Grundkapital

Als Kapitalgesellschaften verfügen sowohl die AG als auch die GmbH über ein nominelles Grundkapital. Bei der AG heisst dieses Aktienkapital,³⁴ bei der GmbH Stammkapital.³⁵

Die AG kann nebst dem Aktienkapital zusätzlich noch ein Partizipationskapital schaffen, das ebenfalls zum Grundkapital gehört.³⁶ Ein solches ist bei der GmbH weder vorgesehen noch zulässig. Der Gesetzgeber erachtete die Einführung von Partizipationsscheinen bei der GmbH als nicht opportun, ohne dass gleichzeitig diverse aktienrechtliche Regelungen zum Schutz der Partizipanten übernommen worden wären.³⁷ Deshalb geht das Bundesgericht davon aus, dass es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt, womit die Ausgabe von Partizipationsscheinen bei der GmbH nicht möglich ist.³⁸

Das Grundkapital muss bei beiden Gesellschaften einen Mindestbetrag aufweisen. Dieser beträgt CHF 100'000 bei der AG³⁹ und CHF 20'000 bei der GmbH.⁴⁰ Während das Stammkapital voll einzubezahlen ist,⁴¹ muss das Aktienkapital zu nur 20 %, mindestens jedoch im Betrag von CHF 50'000 liberiert sein.⁴² Weder bei der AG noch bei

der GmbH gibt es einen Maximalbetrag für das Nominalkapital.⁴³

Seit der Aktienrechtsrevision 2020 können sowohl das Aktienkapital als auch das Stammkapital in einer Fremdwährung denominiert sein, sofern es sich dabei um die für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung handelt und die Fremdwährung entweder US Dollar, Britisches Pfund, Euro oder Yen ist.⁴⁴ Das GmbH-Recht verweist diesbezüglich vollumfänglich auf die Regelungen des Aktienrechts.⁴⁵

Beide Gesellschaften können in ihren Statuten die Schaffung von Genussscheinen vorsehen.⁴⁶ Da diese keinen Nennwert haben,⁴⁷ sind sie nicht Teil des Grundkapitals.

3. Anteile

Das Nominalkapital entspricht der Summe der Nominalwerte der ausgegebenen Anteile. Seit der Aktienrechtsrevision 2020 muss der Nominalwert sowohl bei Aktien als auch bei Stammanteilen nur noch grösser Null sein.⁴⁸ Bis dahin war der Mindestbetrag bei Aktien 1 Rappen und bei Stammanteilen CHF 100.⁴⁹ Deshalb dürfte die neue Regelung vor allem bei der GmbH zu einer merklichen Flexibilisierung führen.⁵⁰

Die Aktien werden entweder als Namenaktien oder, ausnahmsweise, als Inhaberaktien ausgestaltet.⁵¹ Die Stammanteile lauten hingegen immer auf den Namen.⁵²

Aktien können als Wertrechte, als Wertpapiere, Bucheffekten oder Registerwertrechte ausgestaltet werden. Werden sie in einem Wertpapier verurkundet, dann handelt es sich für Namenaktien entweder um Ordre- oder Namenpapiere und für Inhaberaktien um Inhaberpapiere.⁵³

Obwohl es zulässig ist, Stammanteile in einem Namenpapier zu verurkunden,⁵⁴ werden sie meistens nicht in einem Wertpapier verkörpert, sondern nur in einer Beweisur-

³¹ Art. 777 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

³² Art. 777a Abs. 2 OR.

³³ Vgl. Art. 776a OR.

³⁴ Art. 621 Abs. 1 OR. Bemerkenswert ist, dass der Terminus «Aktienkapital» im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 aus der Begriffsdefinition der Aktiengesellschaft gestrichen wurde (vgl. Art. 620 Abs. 1 aOR), während das Stammkapital bei der GmbH weiterhin als Begriffselement aufgeführt wird (vgl. Art. 772 Abs. 1 OR).

³⁵ Art. 772 Abs. 1 OR.

³⁶ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 7 Rz. 39.

³⁷ Botschaft GmbH 2001 (FN 22), 3249.

³⁸ BGE 140 III 206 E. 3.4.2 (*obiter dictum*).

³⁹ Art. 621 OR.

⁴⁰ Art. 773 Abs. 1 OR.

⁴¹ Art. 777c Abs. 1 OR.

⁴² Art. 632 OR.

⁴³ Art. 773 aOR sah bis zum Jahre 2007 eine Obergrenze von CHF 2'000'000 für das Stammkapital vor; vgl. oben Ziff. I.

⁴⁴ Art. 621 Abs. 2 OR und Art. 773 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 45a/Anhang 3 HRRegV.

⁴⁵ Art. 773 Abs. 2 OR.

⁴⁶ Art. 657 OR und Art. 774a OR.

⁴⁷ Art. 657 Abs. 3 OR.

⁴⁸ Art. 622 Abs. 4 OR und Art. 774 Abs. 2 OR.

⁴⁹ Art. 622 Abs. 4 aOR und Art. 774 Abs. 2 aOR.

⁵⁰ Vgl. dazu DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 13.

⁵¹ Art. 622 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} OR.

⁵² Vgl. Art. 784 Abs. 1 OR.

⁵³ ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. A., Bern 2018, § 19 Rz. 1016. Die Ausgabe von Inhaberaktien ist nur noch eingeschränkt zulässig; vgl. Art. 622 Abs. 1^{bis} OR sowie die Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Juni 2019.

⁵⁴ Art. 784 Abs. 1 OR. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 22.

kunde dokumentiert.⁵⁵ Umstritten ist, ob Stammanteile als Bucheffekten ausgegeben werden können.⁵⁶

4. Kapitalaufbringung und -schutz

Die Vorschriften zur Leistung der Einlagen durch die Gesellschafter sind bei der AG und GmbH identisch, denn das GmbH-Recht verweist diesbezüglich auf die Bestimmungen des Aktienrechts.⁵⁷ Dies bedeutet, dass die Einlagen entweder in bar, durch Sacheinlage oder durch Verrechnung liberiert werden können. Zudem können bei einer Kapitalerhöhung die Einlagen auch aus dem freien Eigenkapital der Gesellschaft liberiert werden.⁵⁸

Der Kapitalschutz ist bei der AG und GmbH gleich ausgestaltet.⁵⁹ Dies betrifft das Verbot der Einlagenrückgewähr,⁶⁰ die Pflicht zur Bildung von Reserven,⁶¹ den Schutz und die Verwendung der Reserven,⁶² die Rückforderung unrechtmässig ausbezahlter Leistungen⁶³ sowie die Handlungspflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung.⁶⁴ Damit sind die beiden Gesellschaftsformen unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes identisch, insbesondere auch im Hinblick auf sog. Upstream- und Cross-stream-Leistungen.⁶⁵

5. Kapitalveränderungen

5.1. Kapitalerhöhung

Bei beiden Gesellschaften kann das Grundkapital mittels ordentlicher Kapitalerhöhung erhöht werden. Der dazu erforderliche Generalversammlungsbeschluss bedarf bei der AG nur dann eines qualifizierten Quorums, wenn die Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre eingeschränkt oder aufgehoben oder die Einlagen nicht in Geld geleistet werden.⁶⁶ Demgegenüber muss die Gesellschafterversammlung der GmbH jede Kapitalerhöhung mittels qualifizierten Quorums beschliessen.⁶⁷ Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen an das qualifizierte Quorum bei der GmbH höher sind als bei der AG.⁶⁸

Wird eine Kapitalerhöhung durchgeführt, dann ist weiter zu beachten, dass die Stammanteile gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nicht öffentlich zur Zeichnung angeboten werden dürfen.⁶⁹ Da die GmbH-Anteile auch nicht als Effekten qualifizieren,⁷⁰ unterliegt die GmbH keiner Prospektpflicht.⁷¹

Das Aktienkapital, nicht aber das Stammkapital, kann auch gestützt auf ein Kapitalband oder ein bedingtes Kapital erhöht werden. In beiden Fällen schafft die Generalversammlung mittels qualifizierten Mehrs eine entsprechende statutarische Grundlage. Mit einem Kapitalband wird der Verwaltungsrat ermächtigt, das Aktienkapital während einer Dauer von längstens fünf Jahren um maximal die Hälfte zu erhöhen.⁷² Das bedingte Kapital ist die Grundlage, auf welcher der Verwaltungsrat Aktionären, gewissen Gläubigern, Arbeitnehmern oder Mitgliedern des Verwaltungsrats oder Dritten Options- oder Wandelrechte ausgeben kann, wobei sich das Aktienkapital bei Ausübung dieser Options- oder Wandelrechte und Erfüllung der Einlagepflicht ohne Weiteres erhöht.⁷³ Sowohl ein Kapitalband als auch ein bedingtes Kapital geben der AG relativ viel Flexibilität bezüglich der Erhöhung ihres Aktienkapitals.

Dass die GmbH jede Kapitalerhöhung mittels qualifizierten Quorums beschliessen muss und kein Kapitalband einführen kann, verringert die Flexibilität der Kapitalbeschaffung insbesondere bei Gesellschaften, die nicht nur von einem Gesellschafter gehalten werden. Doch selbst Gesellschaften mit nur einem Gesellschafter könnten z.B. das Bedürfnis haben, eine Wandelobligation auszugeben; auch dies ist ihnen verwehrt, weil die GmbH kein bedingtes Kapital⁷⁴ haben kann. Damit weist die GmbH wesentlich weniger Flexibilität in der Finanzierung auf als eine AG. Somit ist auch nicht erstaunlich, dass Gesellschaften in einer Wachstumsphase früher oder später meistens in eine AG umgewandelt werden.⁷⁵

⁵⁵ Gewisse Banken verlangen die Verurkundung als Namenpapier, wenn Stammanteile verpfändet werden.

⁵⁶ Vgl. BSK BEG-BÄRTSCHI, Art. 6 N 103.

⁵⁷ Art. 777c OR.

⁵⁸ Art. 652d OR und Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR.

⁵⁹ Art. 783 Abs. 1 OR; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 1 Rz. 22.

⁶⁰ Art. 680 Abs. 2 OR und Art. 793 Abs. 2 OR.

⁶¹ Art. 801 OR.

⁶² Art. 798 OR.

⁶³ Art. 800 OR.

⁶⁴ Art. 820 OR.

⁶⁵ Vgl. LUKAS GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020, in: Vogel (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts, Zürich 2022, 9 ff., 11.

⁶⁶ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR.

⁶⁷ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

⁶⁸ Vgl. unten Ziff. VI.1.3.

⁶⁹ Art. 781 Abs. 3 Satz 4 OR;

⁷⁰ FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO, in: Amadò/Molo (Hrsg.), Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Praxiskommentar, Zürich 2023, Art. 3 N 5; BSK FIDLEG-BAHAR/WEBER, Art. 3 lit. a Ziff. 1,2 N 5.

⁷¹ Gl.M. zum Recht vor dem Inkrafttreten des FIDLEG: Botschaft GmbH 2001 (FN 22), 3225; MATTHIAS TRAUTMANN, Die qualifizierte Kapitalerhöhung, Diss. Zürich 2016, 186 (= SSHW 333); CHK-TRÜEB/BHEND, Art. 827 OR N 1. A.M. zum Recht vor dem Inkrafttreten des FIDLEG: BSK OR II-GERICKE/WALLER Art. 827 N 3.

⁷² Betreffend die Möglichkeit einer Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbandes vgl. unten Ziff. IV.5.2.

⁷³ Art. 653 Abs. 2 OR.

⁷⁴ Art. 653–653i OR.

⁷⁵ Vgl. PETER FORSTMOSER, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, FN 162.

5.2. Kapitalherabsetzung

Sowohl die AG als auch die GmbH können ihr Kapital grundsätzlich mittels einer ordentlichen Kapitalherabsetzung reduzieren. Das Herabsetzungsverfahren ist bei beiden Gesellschaften gleich geregelt.⁷⁶

Die AG hat zusätzlich die Möglichkeit, das Aktienkapital im Rahmen eines Kapitalbands herabzusetzen.⁷⁷ Dieses Verfahren folgt weitgehend den Vorschriften der ordentlichen Kapitalherabsetzung, namentlich bezüglich des Gläubigerschutzes.⁷⁸ Der GmbH steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, da sie kein Kapitalband schaffen kann.

Nebst der ordentlichen Kapitalherabsetzung können sowohl die AG als auch die GmbH ihr Kapital in einem erleichterten Verfahren zum Zwecke der Beseitigung einer Unterbilanz herabsetzen, d.h., eine sog. deklaratorische Kapitalherabsetzung durchführen.⁷⁹ Bei der GmbH ist zu beachten, dass mit der Herabsetzung des Stammkapitals unter Umständen auch eine etwaige Nachschusspflicht reduziert wird, da diese das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils nicht übersteigen darf.⁸⁰ Deshalb ist bei der GmbH eine deklaratorische Kapitalherabsetzung nur zulässig, wenn die Gesellschafter etwaigen statutarischen Nachschusspflichten voll nachgekommen sind.⁸¹ Diese Anforderung ist überdehnt, weil die Leistung desjenigen Betrags genügen würde, um den die Nachschusspflicht durch die Kapitalherabsetzung reduziert wird.⁸²

V. Gesellschafter

1. Wechsel im Kreis der Gesellschafter

1.1. Beitritt neuer Gesellschafter

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH ist nach der Gründung ein originärer und ein derivativer Erwerb der Gesellschafterstellung möglich.

Beim originären Erwerb, d.h. dem Erwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung, unterscheiden sich die beiden Gesellschaften kaum: Neue Gesellschafter können durch Ausübung von Bezugsrechten in die Gesellschaft eintreten. Die Bezugsrechte können sie erwerben, wenn entweder das Bezugsrecht der bisherigen Gesellschafter eingeschränkt oder entzogen wird, bisherige Gesellschafter ihre Bezugsrechte

übertragen⁸³ oder der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer nicht ausgeübte Bezugsrechte zuweisen.

Der Entzug bzw. die Einschränkung des Bezugsrechts bedarf sowohl bei der AG als auch bei der GmbH eines wichtigen Grundes, der im Beschluss der Generalversammlung genannt sein muss.⁸⁴ Ein derartiger Beschluss bedarf bei beiden Gesellschaften eines qualifizierten Quorums.⁸⁵

Die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte müssen im Kapitalerhöhungsbeschluss geregelt werden.⁸⁶ Umstritten ist, ob die Übertragung von Bezugsrechten den Vinkulierungsbestimmungen unterworfen werden kann.⁸⁷ Immerhin scheint sich die Lehre einig zu sein, dass, falls eine Vinkulierung der Übertragung nicht möglich ist, zumindest die Ausübung der Bezugsrechte durch einen Erwerber aufgrund der Vinkulierungsbestimmungen unterbunden werden kann. Dabei wirken sich die unterschiedlichen Vinkulierungssysteme der beiden Gesellschaftsformen auch hier aus.⁸⁸

Ebenfalls unklar ist, ob es bei der AG zulässig ist, die Übertragung der Bezugsrechte im Kapitalerhöhungsbeschluss gänzlich auszuschliessen.⁸⁹ Bei einer GmbH ist dies zulässig.⁹⁰

Schliesslich besteht sowohl bei der AG als auch der GmbH die Möglichkeit, dass nicht ausgeübte Bezugsrechte durch den Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer frei zugeteilt werden.⁹¹ Damit können neue Gesellschafter nach Ermessen des obersten Leitungsorgans in die Gesellschaft aufgenommen werden. Die entsprechenden Vorgaben müssen im Beschluss der Generalversammlung enthalten sein,⁹² der bei der AG mit einfachem Mehr und bei der GmbH mit qualifiziertem Quorum zu ergehen hat.

⁷⁶ Art. 782 OR.

⁷⁷ Dies gilt nicht für Gesellschaften, die auf die eingeschränkte Revision verzichten; vgl. Art. 653s Abs. 4 OR.

⁷⁸ Vgl. Art. 653u OR.

⁷⁹ Art. 653p OR und Art. 782 Abs. 3 OR.

⁸⁰ Art. 795 Abs. 2 OR; vgl. unten Ziff. V.3.3.

⁸¹ Art. 782 Abs. 3 OR.

⁸² DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 17.

⁸³ In der Literatur wird dieser Fall auch als derivativer Erwerb betrachtet; vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 27.

⁸⁴ Art. 652b Abs. 2 OR bzw. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 OR.

⁸⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6 OR.

⁸⁶ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 10 OR. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es sich dabei um einen derivativen Erwerb handle; vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 30 f.

⁸⁷ PETER BÖCKLI, Aktienrecht, 5 A., Zürich 2022, § 2 Rz. 109; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 31.

⁸⁸ Vgl. dazu unten Ziff. V.1.2.

⁸⁹ Bejahend EDWARD OTT, Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss. Zürich 1962, 153; RICHARD MEYER, Der Verwässerungsschutz bei aktienrechtlichen Kapitalerhöhungen, Diss. Zürich 2021, § 3 N 458 (= SSFM 138). Ablehnend: PAUL-RENÉ ROSSET, Du droit préférentiel de souscription à de nouvelles actions, in: Université Neuchâtel (Hrsg.), Recueil de travaux offert à la Société Suisse des Juristes à l'occasion de sa 80^{ème} Assemblée générale, Neuchâtel 1946, 227 ff., 242. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012, Sachverhalt A.c. und E. 4 (Frage mangels genügender Rüge offengelassen, aber Feststellung, dass der Beschluss der Generalversammlung nicht nichtig sei).

⁹⁰ SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015, N 1747 und 1538 f. (= SSHW 327). Vgl. HARALD MAAG/FLORIAN JÖRG, § 88 Kapitalerhöhung durch Barliberierung, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, 1027 ff., § 88.72.

⁹¹ BÖCKLI (FN 87), § 2 Rz. 13; MAAG/JÖRG (FN 90) § 88.67.

⁹² Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 OR und Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 OR.

1.2. Übertragung der Gesellschafterstellung

a. Bei der AG

Bei der AG ist die Übertragung der Gesellschafterstellung vom Grundsatz her jederzeit möglich. Dies ist ein typisches Wesensmerkmal der Kapitalgesellschaft.⁹³ Allerdings bilden in der Praxis Gesellschaften, die diesem Grundsatz treu bleiben, die Ausnahme. Namenaktien sind meistens vinkuliert⁹⁴ und Inhaberaktien, die nicht vinkuliert werden können, sind kaum mehr zulässig.

Die Vinkulierung bedarf einer statutarischen Grundlage, die mittels qualifizierten Quorums beschlossen werden muss.⁹⁵ Die Übertragung kann aber nicht beliebig erschwert werden.⁹⁶ Ein Erwerber kann bei nicht börsenkotierten Namenaktien nur gestützt auf einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund,⁹⁷ die *Escape Clause*,⁹⁸ eine Prozentklausel⁹⁹ oder eine Treuhandklausel¹⁰⁰ abgelehnt werden.¹⁰¹ Zudem sind teilliberierte Namenaktien von Gesetzes wegen vinkuliert.¹⁰²

Bei der AG entscheidet in der Regel der Verwaltungsrat über die Genehmigung einer Übertragung. Allerdings könnte diese Kompetenz auch der Generalversammlung übertragen werden, denn es handelt sich hierbei nicht um eine unentziehbare oder unübertragbare Aufgabe.¹⁰³

Wird die Genehmigung der Übertragung verweigert, dann verbleiben das Eigentum an nicht börsenkotierten Namenaktien und alle damit verbundenen Rechte beim Veräusserer.¹⁰⁴ Bei einer Übertragung durch Erbgang, Erbtei-

lung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung¹⁰⁵ kommt es zu einer Spaltung zwischen Vermögens- und Mitwirkungsrechten: Die Vermögensrechte gehen so gleich, die Mitwirkungsrechte erst mit Genehmigung auf den Erwerber über.¹⁰⁶ Die Genehmigung kann in diesem Fall aber nur verweigert werden, wenn die Gesellschaft dem Erwerber anbietet, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen.¹⁰⁷

b. Bei der GmbH

Die Regelung der Übertragung von Stammanteilen ist diametral anders als jene von Namenaktien.¹⁰⁸ Vorab ist zu beachten, dass der Abtretungsvertrag dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten enthalten muss wie ein Zeichnungsschein, d.h., er muss einen Mindestinhalt aufweisen.¹⁰⁹ Es ist umstritten, welche Rechtsfolge die Nichteinhaltung dieser Bestimmung nach sich zieht.¹¹⁰ Weiter bedarf die Übertragung von Stammanteilen grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dabei handelt es sich um eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹¹¹ Der Zustimmungsbeschluss bedarf eines qualifizierten Quorums, wobei der Veräusserer mitstimmen darf.¹¹²

Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern.¹¹³ Statutarisch kann die Übertragungsbeschränkung in beide Richtungen bis ins Extreme modifiziert werden, wobei eine entsprechende Statutenänderung wiederum mit qualifiziertem Mehr zu beschliessen ist.¹¹⁴ Es kann einerseits auf das Zustimmungserfordernis ganz verzichtet oder andererseits eine Abtretung völlig ausgeschlossen werden.¹¹⁵ Daneben können die Statuten auch bestimmte Gründe festlegen, welche die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung rechtfertigen. Als solcher Grund gilt insbesondere, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der

⁹³ BÖCKLI (FN 87), § 1 Rz. 16.

⁹⁴ Art. 685a Abs. 1 OR.

⁹⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁹⁶ Art. 685b Abs. 7 OR.

⁹⁷ Art. 685b Abs. 1 OR. Vgl. BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 210–231; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. A., 2020, § 12 N 348–355 m.w.H.

⁹⁸ Art. 685b Abs. 1 und 4 OR. Bei der *Escape Clause* kann die Gesellschaft die Übertragung ablehnen, sofern sie anbietet, die zur Veräusserung stehenden Aktien zu ihrem wirklichen Wert zu übernehmen; vgl. BGE 145 III 351 E. 2; BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 145–209 m.w.H.

⁹⁹ Art. 685b Abs. 2 i.V.m. Art. 685d Abs. 1 OR. VON DER CRONE (FN 97), § 12 N 353.

¹⁰⁰ Art. 685b Abs. 3 OR. Bei der Treuhandklausel kann die Gesellschaft einen Erwerber ablehnen, wenn dieser nicht ausdrücklich erklärt, dass er «die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben hat». Neben dieser klassischen Erklärung sieht das neue Aktienrecht bei börsenkotierten Gesellschaften als Ablehnungsgrund vor, dass «keine Vereinbarung über die Rücknahme entsprechender Aktien besteht und dass er [der Erwerber] das mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko trägt» (Art. 685d Abs. 2 OR). Vgl. BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 84–95 m.w.H.

¹⁰¹ Bei börsenkotierten Gesellschaften kann ein Erwerber nur abgelehnt werden, wenn die Statuten eine prozentmässige Begrenzung vorsehen, oder wenn der Erwerber nicht erklärt, dass er die Aktien in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erworben hat, dass keine Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien besteht und dass er das mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko trägt (Art. 685d OR).

¹⁰² Art. 685 Abs. 1 OR. Vgl. dazu LUKAS GLANZMANN, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, SJZ 2019, 611 ff., 612 f.

¹⁰³ BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 20/238 m.w.H.

¹⁰⁴ Art. 685c Abs. 1 OR.

¹⁰⁵ Gemäss h.L. fallen auch noch weitere Formen der Übertragung mittels Universalsukzession in diese Kategorie, wie z.B. bei einer Fusion; vgl. BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 235; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685b N 9a.

¹⁰⁶ Art. 685c Abs. 2 OR. Korrekter wäre die Regelung des GmbH-Rechts, wonach die Mitwirkungsrechte erst nach der Genehmigung ausgeübt werden können; vgl. Art. 788 Abs. 2 OR.

¹⁰⁷ Art. 698b Abs. 4 OR.

¹⁰⁸ GLANZMANN (FN 29), 261.

¹⁰⁹ Art. 785 Abs. 2 OR.

¹¹⁰ Für Nichtigkeit der Abtretung wegen Formmangels: BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (FN 23), 86; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 785 N 4; LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die GmbH, 3. A., Zürich/ Basel/Genf 2019, § 15 Rz. 37. Für Gültigkeit des Abtretungsvertrags GmbH Handkommentar-KÜNG/CAMP, OR 785 N 4 und BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 777b N 3 bei der Zeichnung.

¹¹¹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

¹¹² Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

¹¹³ Art. 786 Abs. 1 Satz 1 OR. Vgl. JÖRG/ARTER (FN 23), 143–146.

¹¹⁴ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹¹⁵ BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (FN 23), 87; GLANZMANN (FN 29), 261; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 15 Rz. 46 f; JÖRG/ARTER (FN 23), 144.

Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.¹¹⁶ Schliesslich gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, die Übertragung gestützt auf die *Escape Clause* oder die Treuhandklausel zu unterbinden.¹¹⁷

Anders als der ebenfalls erforderliche Eintrag im Handelsregister hat der Beschluss über die Genehmigung der Abtretung auch bei der GmbH konstitutive Wirkung, d.h., die Abtretung wird erst mit Erteilung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung wirksam.¹¹⁸ Sofern Stammanteile durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung übertragen werden,¹¹⁹ kommt es ebenfalls zu einer Spaltung zwischen Vermögens- und Mitwirkungsrechten: Letztere können erst nach Anerkennung durch die Gesellschafterversammlung ausgeübt werden.¹²⁰ Auch in diesem Fall kann die Anerkennung nur verweigert werden, wenn die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet.¹²¹

c. Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte

Anders als bei der AG können die Statuten der GmbH Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte an Stammanteilen zugunsten der übrigen Gesellschafter oder der Gesellschaft begründen.¹²² Sofern die Gesellschaft diese Rechte selber ausüben möchte, fällt der Entscheid darüber in die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹²³

Die statutarische Verankerung von Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechten bewirkt, dass solche Rechte nicht nur zwischen den Parteien eines Gesellschaftervertrages, sondern gegenüber allen Gesellschaftern und der Gesellschaft selbst gelten. Damit liegt bei einer Missachtung solcher Rechte nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern eine Statutenverletzung vor, und ein Gesellschafterbeschluss, der einer Übertragung dennoch zustimmt, ist anfechtbar.¹²⁴

1.3. Austritt

a. Bei der AG

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.¹²⁵ Als *ultima ratio*¹²⁶ kann er lediglich auf Auflösung der Gesellschaft klagen, wobei dies kein Individual-, sondern ein Minderheitsrecht ist.¹²⁷ Im Rahmen dieser Auflösungsklage kann der Richter auf Ausscheiden des Gesellschafters erkennen, wenn dies im konkreten Fall «eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»¹²⁸ darstellt.¹²⁹ Sollte die Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage die Aktien des austretenden Aktionärs selber erwerben, müsste sie über frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts verfügen und dürfte nicht mehr als 20 % des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erwerben.¹³⁰

Ein Ausscheiden mit Zustimmung der Gesellschaft ist möglich, wenn die Gesellschaft die betreffenden Aktien erwirbt oder eine asymmetrische Kapitalherabsetzung durchführt.¹³¹ Der Erwerb von Aktien durch die Gesellschaft liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrats. Er ist aber nur zulässig, wenn die Gesellschaft über freies Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswertes verfügt und die eigenen Aktien die Schwelle von 10 % des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen.¹³² Die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Schwellenwerte ist umstritten.¹³³

Schliesslich kann im Rahmen einer Fusion den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft das Recht auf Abfindung eingeräumt werden.¹³⁴ Bei einer 90%igen Mutter-Tochter-Fusion muss den Minderheitsgesellschaftern dieses Abfindungsrecht zwingend gewährt werden.¹³⁵

¹¹⁶ Art. 786 Abs. 2 Ziff. 5 OR, sog. «Bonitätsvinkulierung». Vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (FN 23), 86; GmbH Handkommentar-KÜNG/CAMP, OR 786 N 14.

¹¹⁷ GLANZMANN (FN 29), 262; GmbH Handkommentar-KÜNG/CAMP, OR 786 N 12.

¹¹⁸ Art. 787 Abs. 1 OR. Vgl. zur Eintragungspflicht Art. 791 OR sowie BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 791 N 6.

¹¹⁹ Vgl. auch den Hinweis in FN 105.

¹²⁰ Art. 788 Abs. 2 OR.

¹²¹ Art. 788 Abs. 3 OR.

¹²² Vgl. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 2 aOR, der im Rahmen der Aktienrechtsrevision gestrichen worden ist, bzw. Art. 777a Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

¹²³ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

¹²⁴ BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 175, GERMANN (FN 90), N 1748–1750; GLANZMANN (FN 29), 262; THOMAS RHODE/DIMITRIOS BERGER, Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 93 ff., 95.

¹²⁵ GLANZMANN (FN 29), 262.

¹²⁶ So explizit etwa BGE 105 II 114 E. 6c); 126 III 266 E. 2a); 136 III 278 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_164/2011 vom 10. November 2011 E. 3.2 jeweils m.w.H.

¹²⁷ Art. 736 Ziff. 4 OR, wonach das Klagerecht Aktionären zusteht, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten.

¹²⁸ Art. 736 Abs. 2 OR.

¹²⁹ Vgl. dazu PETER 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 1996, § 12.

¹³⁰ Art. 659 Abs. 3 Satz 1 OR. Die über 10 % hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten; Art. 659 Abs. 3 Satz 2 OR.

¹³¹ Dazu PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 68 und § 53 N 22.

¹³² Art. 659 OR.

¹³³ Vgl. BGE 147 III 505; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 8 Rz. 92; SAMMY GUIDOUM, Rechtsnatur der Prozentschranke beim Erwerb eigener Aktien und Stammanteile, GesKR 4/2022, 508 ff., 514 f.; DAMIAN FISCHER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), Urteilsbesprechung, AJP 2021, 1290 ff., 1297 f.

¹³⁴ Art. 8 Abs. 1 FusG.

¹³⁵ Art. 23 Abs. 2 Bst. a FusG. Vgl. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. A., Bern 2014, § 5 Rz. 110.

b. Bei der GmbH

Die Gesellschafter einer GmbH haben ebenfalls die Möglichkeit, infolge eines freiwilligen Erwerbs eigener Stammanteile durch die Gesellschaft¹³⁶, einer asymmetrischen Kapitalherabsetzung¹³⁷ oder einer fusionsgesetzlichen Abfindung¹³⁸ aus der Gesellschaft auszuscheiden. Anders als bei der AG liegt der freiwillige Erwerb von Stammanteilen nicht in der Kompetenz der Geschäftsführer, sondern er bedarf eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung,¹³⁹ bei dem der übertragende Gesellschafter kein Stimmrecht hat.¹⁴⁰ Ansonsten gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der AG.¹⁴¹

Daneben, und anders als bei der AG, gibt es bei der GmbH auch unilaterale Austrittsrechte. Einerseits hat jeder Gesellschafter ein gesetzliches Austrittsrecht, wonach er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus der Gesellschaft klagen kann.¹⁴² Andererseits können die Statuten den Gesellschaftern unter bestimmten Bedingungen ein Recht auf Austritt einräumen.¹⁴³

Ein Austritt wird in der Regel vollzogen, indem die Gesellschaft die Anteile des austretenden Gesellschafters erwirbt.¹⁴⁴ Allerdings darf die Gesellschaft sowohl bei einem Austritt aus wichtigem Grund als auch bei einem statutarischen Austritt Anteilscheine nur bis zur Höchstgrenze von 35 % des Stammkapitals erwerben.¹⁴⁵ Dies bedeutet, dass Gesellschafter mit über 35 % des Stammkapitals ihr Austrittsrecht nicht geltend machen können, sofern nicht ein Dritter den die 35 % überschüssenden Teil der Stammanteile übernimmt.¹⁴⁶

Grundsätzlich hat der unilateral austretende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Anteile entspricht.¹⁴⁷ Für das Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen.¹⁴⁸

Die Abfindungsforderung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit die Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital verfügt, die Stammanteile der ausscheidenden Person veräussern kann oder ihr Stammkapital unter Be-

achtung der entsprechenden Vorschriften herabsetzen darf.¹⁴⁹ Für den nicht ausbezahlten Teil der Abfindung hat der austretende Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung gegen die Gesellschaft, die erst fällig wird, wenn die Gesellschaft wieder über freies Eigenkapital verfügt.¹⁵⁰ Solange die Abfindung nicht vollständig ausbezahlt ist, können die ausgeschiedenen Gesellschafter verlangen, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle bezeichnen und die Jahresrechnung ordentlich revidieren lässt.¹⁵¹ Trotz dieser Vorschrift hat die Gesellschaft wohl die Möglichkeit, den Eintritt der Fälligkeit der Abfindungsforderung zu verzögern.

Wenn mehrere Gesellschafter nacheinander aus der Gesellschaft austreten, besteht das Risiko, dass einzelnen Gesellschaftern ihre Abfindung bezahlt würde, während den nachfolgenden Gesellschaftern nur noch eine unverzinsliche nachrangige Forderung verbliebe.¹⁵² 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴

1.4. Ausschluss

a. Bei der AG

Das Pendant zum Austrittsrecht des Gesellschafters ist der Ausschluss durch die Gesellschaft. Auch diese Möglichkeit besteht bei der AG grundsätzlich nicht.¹⁵⁵ Der Ausschluss eines Aktionärs ist nur in ganz spezifischen Fällen zulässig,¹⁵⁶ nämlich im Rahmen eines Kaduzierungsverfahrens, wenn er den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht rechtzeitig einbezahlt hat,¹⁵⁷ oder mittels einer sog. Squeeze-out-Fusion.¹⁵⁸ Bei einer börsenkotierten

¹³⁶ Art. 783 OR.

¹³⁷ Siehe etwa RINO SIFFERT/MARC PASCAL FISCHER/MARTIN PETRIN, Handkommentar GmbH-Recht, Bern 2007, Art. 822 N 8.

¹³⁸ Art. 8 Abs. 1 FusG. Das Fusionsgesetz gilt selbstredend auch im Kontext der GmbH (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. c FusG).

¹³⁹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR. Zum erforderlichen Quorum vgl. unten FN 281.

¹⁴⁰ Art. 806a Abs. 2 OR.

¹⁴¹ Art. 783 Abs. 1 OR.

¹⁴² Art. 822 Abs. 1 OR. Siehe im Einzelnen statt vieler HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 15 Rz. 10 f.

¹⁴³ Art. 822 Abs. 2 OR.

¹⁴⁴ HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 5 Rz. 27.

¹⁴⁵ Art. 783 Abs. 2 OR.

¹⁴⁶ Vgl. dazu BGE 147 III 505 E. 6.2.

¹⁴⁷ Art. 825 Abs. 1 OR.

¹⁴⁸ Art. 825 Abs. 2 OR.

¹⁴⁹ Art. 825a Abs. 1 OR. ELIANE GANZ, § 63 Grundlagen, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, 1134 ff., § 63.64; GLANZMANN (FN 29), 263.

¹⁵⁰ Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁵¹ Art. 825a Abs. 4 OR.

¹⁵² Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁵³ Art. 822a Abs. 1 OR. Die Bestimmung dient damit dem Schutz des Gleichbehandlungsprinzips. Dazu statt vieler MARTIN NUSSBAUM/RETO SANWALD/MARKUS SCHEIDEGGER, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri/Bern 2007, Art. 822a N 1 und CORINNE KAUFMANN, Austritt und Ausschluss aus der GmbH, in: Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 267 ff., 272.

¹⁵⁴ Art. 822a Abs. 2 Satz 1 OR.

¹⁵⁵ Statt vieler KUNZ (FN 129), § 1 N 258 und § 1 N 271.

¹⁵⁶ In diesem Sinn statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 131), § 44 N 53 m.w.H. Ausführlich zum Ganzen RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009, insb. Kapitel 12-15 (= SSHW 280).

¹⁵⁷ Art. 681 Abs. 2 OR.

¹⁵⁸ Art. 8 Abs. 2 FusG.

Gesellschaft kann zudem 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.¹⁵⁹ In besonderen Konstellationen ist diese Bestimmung auch auf nicht kotierte Gesellschaften anwendbar.¹⁶⁰

b. Bei der GmbH

Bei der GmbH ist die Möglichkeit eines Ausschlusses aufgrund eines Kaduzierungsverfahrens nicht notwendig, weil die Stammanteile immer voll liberiert sein müssen.¹⁶¹ Das Gleiche gilt für den börsengesetzlichen Squeeze-out, da Stammanteile nach herrschender Praxis nicht kotiert werden können.¹⁶² Hingegen gibt es auch bei der GmbH die Möglichkeit, Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im Rahmen einer Squeeze-out-Fusion auszu-schliessen.¹⁶³

Daneben bestehen bei der GmbH aber noch weitere Ausschlussmöglichkeiten: Einerseits hat jede Gesellschaft das Recht, beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters zu klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.¹⁶⁴ Andererseits ist es möglich, dass die Statuten Gründe enthalten, die einen Ausschluss durch die Gesellschaft erlauben.¹⁶⁵ Nach der hier vertretenen Meinung müssen in diesem Fall die Ausschlussgründe generell abstrakt in den Statuten genannt werden; unzulässig wäre eine Bestimmung, dass die Gesellschafterversammlung mit Mehrheitsbeschluss über den Ausschluss beschliessen kann.¹⁶⁶

Sowohl die Beschlussfassung über die Anhebung einer Klage auf Ausschluss als auch der Beschluss über einen Ausschluss gestützt auf die Statuten fällt in die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung.¹⁶⁷ In beiden Fällen bedürfen die Beschlüsse eines qualifizierten Mehrs,¹⁶⁸ wobei der betroffene Gesellschafter mitstimmen darf.¹⁶⁹

Bei einem Ausschluss durch die Gesellschaft hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht.¹⁷⁰ Bemerkenswerterweise ist die Auszahlung der Abfindung gleich geregelt wie beim Austritt des Gesellschafters.¹⁷¹ Damit kann die Situation eintreten, dass ein Gesellschafter zwar ausgeschlossen wird, aber keine Zahlung, sondern nur eine unverzinsliche, nachrangige Forderung gegenüber der Gesellschaft erhält.¹⁷² Auch ist es möglich, dass die Gesellschaft die Stammanteile nicht zurückkaufen darf, weil sie andernfalls die Grenze von 35 % eigener Stammanteile überschreiten würde. Diese Konstellation kann insbesondere dann eintreten, wenn die Gesellschaft schon eigene Stammanteile besitzt; hat die Gesellschaft noch keine eigenen Stammanteile, dann dürfte die Schwelle kaum überschritten werden, weil der Gesellschafter mit mehr als 35 % dem Ausschluss nicht zustimmen wird und damit das qualifizierte Quorum nicht erreicht werden kann.

2. Rechte der Gesellschafter

2.1. Im Allgemeinen

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH haben die Gesellschafter Vermögens- und Mitwirkungsrechte. Diese werden ergänzt durch Hilfsrechte, wozu die Informations-, Durchsetzungs- und Bezugsrechte zählen.¹⁷³

Die Vermögensrechte der Aktionäre¹⁷⁴ und der Gesellschafter einer GmbH sind weitgehend identisch, weil das GmbH-Recht diesbezüglich auf das Aktienrecht verweist.¹⁷⁵ Der Unterschied, dass bei der GmbH der Anspruch am Gewinn und Liquidationsergebnis anhand des Nennwerts der Stammanteile und nicht wie bei der AG im Verhältnis der auf das Nennkapital einbezahlten Beträge zu berechnen ist,¹⁷⁶ ist materiell bedeutungslos, weil es bei der GmbH keine Teilliberierung gibt. Einige Besonderheiten ergeben sich hingegen bei der GmbH, wenn Nachschüsse geleistet und noch nicht zurückbezahlt worden sind. In diesem Fall werden die entsprechenden Beträge dem Stammkapital zugerechnet, also nicht privilegiert behandelt.¹⁷⁷ Allerdings ist eine abweichende statutarische Regelung zulässig.¹⁷⁸

¹⁵⁹ Art. 137 Abs. 1 FinfraG.

¹⁶⁰ ANDREAS BAECKERT, Die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere gemäss Art. 137 FinfraG, Diss. Zürich 2021, N 77–87 (= ZstP 311).

¹⁶¹ Art. 777c Abs. 1 OR. Dazu auch SANWALD (FN 156), 413 m.w.H.

¹⁶² Für die fehlende Kapitalmarktfähigkeit statt vieler HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 5 N 13; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 781 N 4.

¹⁶³ Art. 8 Abs. 2 FusG.

¹⁶⁴ Art. 823 Abs. 1 OR. Zu möglichen wichtigen Gründen statt vieler SANWALD (FN 156), 388–392.

¹⁶⁵ Art. 823 Abs. 2 OR.

¹⁶⁶ SANWALD (FN 156), 386; GANZ (FN 149), § 63.44.

¹⁶⁷ Art. 823 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und 15 OR.

¹⁶⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 und 9 OR.

¹⁶⁹ Art. 806a OR *e contrario*. So auch die h.L.: Siehe für die Klage etwa HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 28 Rz. 47–54; KAUFMANN (FN 153), 274; NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (FN 153), Art. 823 N 4; SANWALD (FN 156), 385; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 137), Art. 823 N 3. Für den Ausschluss aufgrund statutarischer Grundlage NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (FN 153), Art. 823 N 11; KAUFMANN (FN 153), 275; SANWALD (FN 156), 397.

¹⁷⁰ Art. 825 Abs. 1 OR. Eine abweichende Festlegung der Abfindung durch die Statuten gemäss Art. 825 Abs. 2 OR ist vorliegend nicht möglich, da diese lediglich das freiwillige Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts betrifft. Hierzu statt vieler SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 137), Art. 825 N 3.

¹⁷¹ Vgl. dazu oben Ziff. V.1.3b.

¹⁷² Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁷³ Vgl. dazu DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 5.

¹⁷⁴ Bei der AG wird vorliegend nicht auf die Partizipanten eingegangen.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 798 OR für Dividenden, Zwischendividenden, Bauzinse und Tantiemen; Art. 799 OR für Vorzugsstammanteile; Art. 782 OR für die Kapitalherabsetzung; und Art. 826 OR für die Liquidation.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 661 OR vs. Art. 826 Abs. 1 Satz 1 OR.

¹⁷⁷ Art. 826 OR Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁷⁸ Art. 826 Abs. 1 Satz 3 OR.

Bei den Mitwirkungsrechten steht bei beiden Gesellschaften das Stimmrecht im Vordergrund. Die Bemessung des Stimmrechts ist mit Ausnahme des Vetorechts wiederum weitgehend identisch.¹⁷⁹ Anders als bei der AG ist es bei der GmbH zulässig, einzelnen Gesellschaftern ein unübertragbares¹⁸⁰ statutarisches Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse¹⁸¹ der Gesellschafterversammlung einzuräumen.¹⁸² Die nachträgliche Einführung eines solchen Vetorechts bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.¹⁸³ Mit einem Vetorecht kann ein Gesellschafter eine Art Negativkontrolle im Sinne von Blockaden über die Gesellschaft ausüben, auch wenn er nicht die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. Auch erlaubt das statutarische Vetorecht die Absicherung vertraglicher Vetorechte eines Gesellschafters, womit der Schutz dieser Rechte verstärkt werden kann.¹⁸⁴

Bei der AG sind statutarische Vetorechte unzulässig.¹⁸⁵ Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH gibt es jedoch vereinzelte Beschlüsse, die der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfen,¹⁸⁶ was sich ebenfalls wie ein Vetorecht auswirkt.

Im Zusammenhang mit den Mitwirkungsrechten stehen auch das Einberufungsrecht sowie das Traktandierungs- und Antragsrecht. Diese Rechte sind in beiden Gesellschaften gleich geregelt.¹⁸⁷ Sodann sind auch die meisten Schutzrechte gleich geregelt, also das Anfechtungsrecht,¹⁸⁸ die Rückerstattungsklage,¹⁸⁹ die Verantwortlichkeitsklage,¹⁹⁰ die Klage auf Abberufung eines Liquidators aus wichtigen Gründen,¹⁹¹ die Organisationsmängelklage¹⁹² und die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund.¹⁹³ Bei Letzterer ist allerdings zu beachten,

dass es sich bei der AG um ein Minderheitsrecht handelt,¹⁹⁴ während bei der GmbH jeder Gesellschafter ein individuelles Klagerecht hat.¹⁹⁵

Anders als bei der AG hat bei der GmbH jeder Gesellschafter das Recht, dem Gericht zu beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken.¹⁹⁶

Wesentliche Unterschiede bestehen ferner beim Recht zur Geschäftsführung¹⁹⁷ sowie bei den Informationsrechten.¹⁹⁸

2.2. Informationsrechte im Besonderen

a. Bei der AG

Aktionäre haben bekanntermassen nur ein beschränktes Auskunfts- und Einsichtsrecht. Jeder Aktionär kann an der Generalversammlung um Auskunft ersuchen, und zwar vom Verwaltungsrat über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis der Prüfung.¹⁹⁹ Allerdings ist das Auskunftsrecht gegenüber der Revisionsstelle nur bei Gesellschaften mit einer ordentlichen Revision durchsetzbar, weil ansonsten die Revisionsstelle gar nicht an der Generalversammlung teilnehmen muss.²⁰⁰

Ausserhalb einer Generalversammlung können bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktionäre, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.²⁰¹

Schliesslich können Aktionäre, die mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, Einsicht in Geschäftsbücher und Akten beantragen.²⁰²

In all diesen Fällen müssen die Informationen nur erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind und keine Geschäftsgeheimnisse oder anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.²⁰³ Der Grund dieser restriktiven Informationsvermittlung liegt darin, dass die Aktionäre keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft haben.²⁰⁴ Als Korrektiv steht es den Aktionären offen, eine Sonderuntersuchung zu ver-

¹⁷⁹ Bei beiden Gesellschaften können die Statuten Höchststimmklauseln (Art. 692 Abs. 2 OR und Art. 806 Abs. 1 Satz 3 OR) oder Stimmrechtsanteile einführen, wobei das Verhältnis von 1:10 nicht überschritten werden darf (Art. 693 Abs. 2 OR und Art. 806 Abs. 2 OR). Zudem gilt der gleiche Katalog von Beschlüssen, bei denen die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Anteile nicht anwendbar ist (Art. 693 Abs. 3 OR und Art. 806 Abs. 3 OR).

¹⁸⁰ Art. 807 Abs. 3 OR.

¹⁸¹ Die Statuten müssen die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt; Art. 807 Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁸² Art. 807 Abs. 1 OR.

¹⁸³ Art. 807 Abs. 2 OR.

¹⁸⁴ GLANZMANN (FN 29), 268.

¹⁸⁵ Vgl. BGE 117 II 290 (= Pra 81 [1992], Nr. 137) E. 7a/aa (im Kontext des aOR). Siehe statt vieler BÖCKLI (FN 87), § 8 Rz. 548 f. und 610. A.M. etwa BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 13.

¹⁸⁶ Dazu zählen die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR), das Opting-Out der Revision (Art. 727a Abs. 2 OR), der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters bei einer GV mit ausländischem Tagungsort (Art. 701b Abs. 2 OR) oder die Prüfung der Zwischenbilanz bei einer Zwischendividende (Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR). Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 44.

¹⁸⁷ Art. 699b OR und Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 OR.

¹⁸⁸ Art. 706–706b OR und Art. 808c OR.

¹⁸⁹ Art. 678 OR und Art. 800 OR.

¹⁹⁰ Art. 754 OR und Art. 827 OR.

¹⁹¹ Art. 741 OR und Art. 826 Abs. 2 OR.

¹⁹² Art. 731b OR und Art. 819 OR.

¹⁹³ Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 821 Abs. 3 OR.

¹⁹⁴ Vgl. Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR, wonach dieses Recht Aktionären zusteht, die 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten.

¹⁹⁵ Art. 821 Abs. 3 OR.

¹⁹⁶ Art. 815 Abs. 2 OR. Vgl. unten Ziff. VI.2.

¹⁹⁷ Vgl. unten Ziff. VI.2.

¹⁹⁸ Vgl. unten Ziff. V.2.2.

¹⁹⁹ Art. 697 Abs. 1 OR.

²⁰⁰ Art. 731 Abs. 2 OR. Vgl. BÖCKLI (FN 87), § 13 Rz. 541 f.

²⁰¹ Art. 697 Abs. 2 OR.

²⁰² Art. 697a Abs. 1 OR.

²⁰³ Art. 697 Abs. 4 OR für das Auskunftsrecht und Art. 697a Abs. 3 OR für das Einsichtsrecht.

²⁰⁴ Insb. BGE 105 II 114, 128 E. 7b); BGE 91 II 298, 305 E. 6a). Daneben Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 6. Zum Ganzen statt vieler BÖCKLI (FN 87), § 1 Rz. 22 f.

langen, was allerdings kein Individualrecht ist.²⁰⁵ Vielmehr erfordert dies einen Beschluss der Generalversammlung²⁰⁶ oder eine Klage von Aktionären, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Stimmen vertreten.²⁰⁷

b. Bei der GmbH

Weil die Gesellschafter der GmbH einer Geheimhaltungs- und Treuepflicht sowie unter Umständen einem Konkurrenzverbot unterliegen,²⁰⁸ können ihnen mehr Informationen vermittelt werden als den Aktionären.²⁰⁹ Deshalb hat jeder Gesellschafter das Recht, über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft zu erhalten.²¹⁰ Nebst diesem umfassenden Auskunftsrecht besteht auch noch ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in Bücher und Akten, sofern die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt.²¹¹ Wie erwähnt, betrifft dies inzwischen 97 % der GmbHs.²¹² Wurde hingegen eine Revisionsstelle bestellt, ist Einsicht nur zu gewähren, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird.²¹³

Die Auskunft bzw. Einsichtnahme kann verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass die verlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet werden.²¹⁴ Dieser Massstab ist bedeutend restriktiver als jener bei der AG, bei der die Informationsverweigerung bereits mit Berufung auf die Gefährdung des Geschäftsgeheimnisses oder anderer schutzwürdiger Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden kann.²¹⁵

Aufgrund dieser weitgehenden Informationsrechte erübrigt sich bei der GmbH das Institut der Sonderuntersuchung.²¹⁶

Bei der GmbH hat jeder Gesellschafter ein Recht auf vollständige Einsicht ins Anteilbuch.²¹⁷ Bei der AG wird diese vollständige Einsicht den Aktionären dagegen gemäss herrschender Lehre verweigert,²¹⁸ weil es sich beim Aktienbuch nicht um ein Geschäftsbuch handle.²¹⁹ Selbst wenn das Einsichtsrecht bejaht würde, wäre es seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts nunmehr ein Minderheitsrecht.²²⁰ Immerhin kann ein Aktionär Auskunft über seine eigenen Daten verlangen und zwar gestützt auf Art. 8 Abs. 1 und 2 DSG.²²¹

Das Recht der Gesellschafter zur Einsicht in das Register der wirtschaftlich berechtigten Personen ist nach der hier vertretenen Auffassung gleich zu handhaben wie jenes auf Einsicht ins Anteil- bzw. Aktienbuch.²²²

3. Pflichten der Gesellschafter

3.1. Im Allgemeinen

Typischerweise hat ein Aktionär nur eine Pflicht, nämlich die Liberierung des Ausgabebetrags der Aktien.²²³ Da die Statuten den Aktionär für den Fall der Säumnis zu einer Konventionalstrafe verpflichten können,²²⁴ besteht allenfalls auch noch eine entsprechende Zahlungspflicht. Zudem wurden mit der Einführung der GAFI-Bestimmungen weitere Pflichten eingeführt, da dem Erwerber von Aktien verschiedene Meldepflichten obliegen können.²²⁵ Darüber hinausgehende Pflichten durch entsprechende Statutenbestimmungen oder GV-Beschlüsse sind hingegen nichtig, selbst wenn sie einstimmig beschlossen wurden.²²⁶ Zu beachten ist, dass in anderen Rechtsbereichen weitere Pflichten an die Aktionärseigenschaft geknüpft sein können, wie

²¹⁷ Art. 790 Abs. 4 OR.

²¹⁸ BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 322–328 m.w.H.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 10 Rz. 61 f.

²¹⁹ Statt vieler BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 14 m.w.H. A.M. BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 322, der das Aktienbuch für ein «Geschäftsbuch» hält mit entsprechendem Einsichtsrecht auch in die Einträge anderer Aktionäre (Art. 697a OR), wobei aber bei der privaten AG das Anonymitätsinteresse regelmässig überwiege (a.a.O., § 5 Rz. 322/324).

²²⁰ Art. 697a OR.

²²¹ Ebenso HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung – Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel, Frankfurt a.M. 1997, 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 87), § 5 Rz. 321. In Einzelfällen ist zudem die Einsicht betreffend Einträge anderer Aktionäre unter Anwendung von Art. 697 Abs. 1 f. OR möglich. Dazu ausführlich MAROLDA LARISSA MARTÍNEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006, 186–195 (= SSW 248).

²²² Vgl. Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2013 605, 661 f. Gl.M. LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Das neue Global Forum-Gesetz, GesKR 2/2018, 87 ff., 101; wohl auch CARLO EGGLE, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Diss. Zürich 2018, 369–371 (= SSW 343); BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 337 (im Gegensatz zum Aktienbuch; vgl. oben FN 219).

²²³ Art. 680 Abs. 1 OR.

²²⁴ Art. 681 Abs. 3 OR.

²²⁵ Art. 697j OR.

²²⁶ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 1 f.

²⁰⁵ Im Gegensatz zum Auskunft- und Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters. Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 67.

²⁰⁶ Art. 697c Abs. 2 OR.

²⁰⁷ Art. 697d Abs. 1 Ziff. 2 OR. Bei börsenkotierten Gesellschaften beträgt die Schwelle 5 % (Ziff. 1).

²⁰⁸ Art. 803 OR.

²⁰⁹ FORSTMOSE/PEYER/SCHOTT (FN 23), 38; LUKAS HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung der GmbH – die Konzernleitung der GmbH, in: BÖCKLI/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 75 ff., 104 f.; OR Handkommentar-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, OR 802 N 1; CHRISTOPH NATER, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010, 70; CHRISTOPH FEUZ, Das mitgliederschaftliche Treuepflichtregime in der GmbH, Diss. Bern 2017, § 12 f. (= SSW 340); HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 1 Rz. 45. Ferner unten Ziff. V.3.2.

²¹⁰ Art. 802 Abs. 1 OR.

²¹¹ Art. 802 Abs. 2 Satz 1 OR.

²¹² Vgl. oben Ziff. III.

²¹³ Art. 802 Abs. 2 Satz 2 OR. Vgl. die Kritik auf das Abstellen auf eine formelle Bestellung der Revisionsstelle bspw. bei FERNAND CHAPUIS/MICHEL JACCARD, in: Tercier/Amstutz/Trindade (Hrsg.), Commentaire romand – Code des Obligations II, 2. A., Basel 2017, Art. 802 N 7.

²¹⁴ Art. 802 Abs. 3 OR.

²¹⁵ Art. 697 Abs. 4 OR für das Auskunftsrecht und Art. 697a Abs. 3 OR für das Einsichtsrecht.

²¹⁶ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 35.

z.B. die börsenrechtliche Melde- und Angebotspflicht²²⁷ oder die Stimpfpflicht von Vorsorgeeinrichtungen als Aktionäre von Publikumsgesellschaften.²²⁸

Bei der GmbH bestehen die Liberierungspflicht²²⁹ sowie die GAFI-Meldepflichten²³⁰ in gleichem Masse wie bei der AG. Darüber hinaus hat der GmbH-Gesellschafter aber weitergehende gesetzliche und möglicherweise auch statutarische Pflichten. Die Erfüllung all dieser Pflichten (und nicht nur der Liberierungspflicht wie bei der AG) können durch eine statutarische Konventionalstrafe abgesichert werden.²³¹

3.2. Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und absolut herrschender Lehre haben die Aktionäre gegenüber ihrer Gesellschaft keinerlei Treuepflicht.²³² Demgegenüber sind die Gesellschafter einer GmbH nicht nur zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet,²³³ sondern sie haben 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.²³⁴ Zudem können die Statuten sogar ein Konkurrenzverbot stipulieren.²³⁵

Die Wahrung der Treuepflicht gilt nach h.L. auch bei der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung.²³⁶ Somit muss grundsätzlich jeder Gesellschafter einer GmbH bei seiner Stimmabgabe die Interessen der Gesellschaft beachten.²³⁷ Allerdings ist in Lehre und Rechtsprechung nicht geklärt, welches Verhalten von einem Gesellschafter aufgrund seiner Treuepflicht konkret verlangt werden darf. Gestützt auf den Gesetzeswortlaut geht die wohl h.L. davon aus, dass vom Gesellschafter kein Handeln, sondern nur ein Unterlassen bzw.

Dulden gefordert werden kann.²³⁸ Demnach könnte z.B. von einem Gesellschafter einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft nicht verlangt werden, dass er einem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmt.²³⁹ Gleichzeitig dürfte der Gesellschafter diesen Beschluss aber nicht ohne Grund ablehnen, wobei fraglich ist, ob die drohende Verwässerung seiner Beteiligung ein legitimer Grund wäre.²⁴⁰ Unklar ist sodann, ob aufgrund der Qualifikation der Treuepflicht als Unterlassungspflicht der Gesellschafter passiv bleiben darf, indem er der Gesellschafterversammlung fern bleibt oder sich der Stimme enthält. Beide Verhaltensweisen können dazu führen, dass der Beschluss nicht zustande kommt, weil beim qualifizierten Quorum die Nichtteilnahme an der Gesellschafterversammlung oder die Stimmenthaltung bezüglich des Kapitalquorums rechnerisch wie eine Nein-Stimme wirken.²⁴¹ Hingegen dürfte sich die Lehre darin einig sein, dass aus der Treuepflicht keine Pflicht zur Zeichnung und Liberierung neuer Anteile resultiert. Solche Finanzierungspflichten müssen vielmehr durch eine in den Statuten verankerte Nachschusspflicht begründet werden.²⁴²

Tätigkeiten, welche die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verletzen, sind zulässig, sofern ihnen alle übrigen Gesellschafter schriftlich zustimmen.²⁴³ Statutarisch kann diese Zustimmungsbefugnis auch an die Gesellschafterversammlung übertragen werden,²⁴⁴ wobei ein entsprechender Genehmigungsbeschluss eines qualifizierten Quorums bedarf.²⁴⁵ Der Gesellschafter, der von der Treuepflicht oder dem Konkurrenzverbot befreit werden soll, darf bei diesem Beschluss nicht mitstimmen.²⁴⁶ Aus diesem Grund – und weil die Treuepflicht nach der h.L. gegenüber der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern besteht²⁴⁷ – folgert ein Teil der Lehre, dass ein Gesellschafter, der sämtliche Anteile an einer GmbH hält,

²²⁷ Art. 120 und 135 FinfraG.

²²⁸ Art. 71a BVG.

²²⁹ Art. 793 Abs. 1 OR.

²³⁰ Art. 790a OR.

²³¹ Art. 777a Abs. 2 Ziff. 5 OR. BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS/GOHARI, Art. 796 N 14; ISABEL HAUSER, § 22 Vorbereitung der Gründung, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, 408 ff., § 22.10.

²³² Art. 680 Abs. 1 OR. BGE 80 II 267 E. 2; BGE 91 II 298 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 6; BÖCKLI (FN 87), § 1 Rz. 22 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 11 Rz. 1–4; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 131), § 42 N 24–32.

²³³ Art. 803 Abs. 1 OR.

²³⁴ Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR.

²³⁵ Art. 803 Abs. 2 Satz 3 OR.

²³⁶ JEAN NICOLAS DRUEY, Unabhängig entscheiden, SJZ 2016, 565 ff., 567; NATER (FN 209), 31–35 m.w.H. Differenzierend FEUZ (FN 209), 181 f.; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 14 Rz. 11–17. A.M. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 806 N 4a; OR Handkommentar-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, OR 803 N 6.

²³⁷ NATER (FN 209), 31.

²³⁸ FEUZ (FN 209), 191–193; OR Handkommentar-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, OR 803 N 3; GLANZMANN (FN 29), 264; JÖRG/ARTER (FN 23), 160; NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (FN 153), Art. 803 N 10; CHK-TRÜEB, Art. 803 OR N 5. A.M. NATER (FN 209), 31 f., wonach ein Gesellschafter einem konkreten Geschäft auch gegen seinen eigenen Willen zustimmen muss, wenn dies das Interesse der Gesellschaft objektiv erfordert und ihm persönlich subjektiv zumutbar ist.

²³⁹ A.M. NATER (FN 209), 31 f., wenn die Kapitalerhöhung objektiv notwendig ist und sie dem Gesellschafter subjektiv zugemutet werden kann.

²⁴⁰ GLANZMANN (FN 29), 264 f. Vgl. NATER (FN 209), 32, der eine «bewusste Verletzung der Interessen und des Wohls der Gesellschaft» verlangt.

²⁴¹ Art. 808b Abs. 1 OR; vgl. oben Ziff. VI.1.3. Gemäss FEUZ (FN 209), 193 (FN 1472) wäre dies keine Verletzung der Treuepflicht, weil man vom Gesellschafter eine Handlung einverlangen würde.

²⁴² FEUZ (FN 209), 251 f.; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 13 Rz. 4 (passim).

²⁴³ Art. 803 Abs. 3 Satz 1 und Art. 812 Abs. 3 Satz 1 OR.

²⁴⁴ Art. 806a Abs. 3 OR.

²⁴⁵ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

²⁴⁶ Art. 806a Abs. 3 OR; GLANZMANN (FN 29), 265 m.w.H.

²⁴⁷ BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS/GOHARI, Art. 803 N 9; OR Handkommentar-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, OR 803 N 6; JÖRG/ARTER (FN 23), 160. A.M. HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 14 Rz. 16/19.

nicht von der Treuepflicht befreit werden kann.²⁴⁸ Auch ist ein statutarischer Verzicht auf die Treuepflicht nicht zulässig.²⁴⁹

3.3. Nachschuss- und Nebenleistungspflichten

Weil dem Aktionär durch die Statuten keine Nebenleistungspflichten auferlegt werden können, werden bei der AG Finanzierungspflichten oder andere Nebenleistungspflichten gewöhnlich durch einen Aktionärsbindungsvertrag geregelt. Damit haben diese Pflichten rein obligatorische Wirkung zwischen den Parteien, auch wenn die Gesellschaft ebenfalls Partei des Vertrages ist.

Bei der GmbH ist es zulässig, mit einem Stammanteil Nachschuss- und andere Nebenleistungspflichten zu verbinden.²⁵⁰ Dies erfordert eine statutarische Grundlage, welche die Nachschusspflichten und die wesentlichen Punkte von Nebenleistungspflichten umschreibt.²⁵¹ Werden Nachschuss- und Nebenleistungspflichten nachträglich eingeführt, dann bedarf dies der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter.²⁵²

Nachschuss- und Nebenleistungspflichten ermöglichen die statutarische Absicherung von Leistungspflichten unter einem Gesellschaftervertrag. Zu beachten ist, dass damit stets Handelsregisterpublizität einhergeht,²⁵³ die nicht in jedem Fall erwünscht ist.

Die Nebenleistungspflichten können nicht beliebig ausgestaltet werden, sondern müssen dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen.²⁵⁴

Statutarische Verpflichtungen zur Leistung von Geld oder anderen Vermögenswerten gelten als Nachschusspflichten, sofern sie ohne angemessene Gegenleistung zu erbringen sind und der Deckung des Eigenkapitals dienen.²⁵⁵ Diese statutarischen Nachschusspflichten dürfen das Doppelte des Nennwerts der von einem Gesellschafter gehaltenen Stammanteile nicht übersteigen.²⁵⁶ Weil der zulässige Maximalbetrag vom Nennwert abhängt, können die zu leistenden Nachschüsse im Einzelfall im Verhältnis zu dem vom Gesellschafter für den Stammanteil bezahlten Preis auf einem sehr niedrigen Betrag gedeckelt sein.²⁵⁷

Die einem Gesellschafter auferlegten Nachschüsse werden mit Eintritt des Konkurses ohne Weiteres fällig.²⁵⁸ Dem Konkurseintritt gleichgestellt ist die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.²⁵⁹ Unter bestimmten Voraussetzungen können Nachschüsse aber auch schon vor einer Insolvenz durch die Geschäftsführer abgerufen werden,²⁶⁰ nämlich wenn die Gesellschaft eine Unterbilanz aufweist (Ziff. 1), ihre Geschäftstätigkeit ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss (was immer das heisst) weiterführen kann (Ziff. 2) oder aus in den Statuten beschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt (Ziff. 3).²⁶¹ Nicht möglich ist hingegen ein direkter Abruf durch Gesellschaftsgläubiger.

Die Nachschusspflicht kann nur durch ein Kapitalherabsetzungsverfahren reduziert oder aufgehoben werden.²⁶² Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft besteht sie noch während drei Jahren fort, wenn auch subsidiär zur Nachschusspflicht des Rechtsnachfolgers des Gesellschafters und begrenzt auf den Konkursfall.²⁶³

Ein Gesellschafter haftet nur für die mit seinen eigenen Stammanteilen nicht aber für die mit den Stammanteilen anderer Gesellschafter verbundenen Nachschüsse.²⁶⁴

Die Gesellschafter werden verschiedentlich auf ihre Nebenleistungs- und Nachschusspflichten aufmerksam gemacht. Vorab sind diese in der Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile zu nennen²⁶⁵ und müssen durch die Gründer ausdrücklich übernommen werden.²⁶⁶ Weiter müssen auch eine etwaige Urkunde über die Stammanteile,²⁶⁷ der Abtretungsvertrag²⁶⁸ und der Handelsregistereintrag²⁶⁹ auf Nachschuss- und Nebenleistungspflichten hinweisen.²⁷⁰ Dennoch können Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vor allem für Gesellschafter, die zu sehr im Denken der AG verhaftet sind, eine böse Überraschung darstellen. Hinzu kommt, dass die Geschäftsführer ein grosses Ermessen und die Gesellschafter eine entsprechend geringe Voraussehbarkeit haben, wann die Nachschüsse eingefordert werden.²⁷¹

²⁴⁸ Vgl. HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 14 Rz. 17.

²⁴⁹ CHK-TRÜEB, Art. 803 OR N 7.

²⁵⁰ Art. 795 Abs. 1 OR und Art. 796 Abs. 1 OR.

²⁵¹ Art. 796 Abs. 3 Satz 1 OR. Für die nähere Umschreibung der Nebenleistungspflichten kann auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden; Art. 796 Abs. 3 Satz 2 OR.

²⁵² Art. 797 OR.

²⁵³ Art. 778 OR bzw. Art. 780 OR i.V.m. Art. 73 Abs. 1 Bst. j und k HRegV.

²⁵⁴ Art. 796 Abs. 2 OR.

²⁵⁵ Art. 796 Abs. 4 OR.

²⁵⁶ Art. 795 Abs. 2 Satz 2 OR.

²⁵⁷ GLANZMANN (FN 29), 265.

²⁵⁸ Art. 795a Abs. 3 OR; Art. 208 Abs. 1 SchKG.

²⁵⁹ Gemäss h.L. hat die Bestätigung des Nachlassvertrags ähnliche Wirkungen wie die Konkursöffnung. Hierzu gehört namentlich die Fälligkeit von Forderungen. Dazu statt vieler BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 319 N 10 m.w.H.

²⁶⁰ Art. 795a Abs. 1 und 2 OR.

²⁶¹ Vgl. Zum Ganzen DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 28.

²⁶² Art. 795c OR.

²⁶³ Art. 795d OR; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 29.

²⁶⁴ Art. 795 Abs. 3 OR.

²⁶⁵ Art. 777a Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

²⁶⁶ Art. 777 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

²⁶⁷ Art. 784 Abs. 2 i.V.m. Art. 777a Abs. 2 OR.

²⁶⁸ Art. 785 Abs. 2 OR.

²⁶⁹ Art. 73 Abs. 1 Bst. j und k HRegV.

²⁷⁰ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 30.

²⁷¹ Immerhin sind die Voraussetzungen in den Statuten betreffend Art. 795a Abs. 2 Ziff. 3 OR klar zu umschreiben; Botschaft GmbH 2001 (FN 22), 3196.

Nebenleistungs- und Nachschusspflichten sind insbesondere in Kombination mit unübertragbaren Stammanteilen²⁷² problematisch, denn in diesem Fall kann sich ein Gesellschafter nicht von seinen Pflichten befreien. Bei einer Nachschusspflicht ist der Effekt gleich wie bei teil-liberierten Aktien und es stellt sich primär die Frage nach deren Verjährung.²⁷³ Demgegenüber stellt sich bei einer Nebenleistungspflicht die Frage, ob es sich nicht um einen ewigen Vertrag handelt. Nach einem Teil der Lehre können auch auf statutarischer Grundlage basierende Verträge gegen Art. 27 ZGB verstossen und unzulässig sein.²⁷⁴

VI. Organe

1. General- bzw. Gesellschafterversammlung

1.1. Befugnisse

Die Generalversammlung der AG und die Gesellschafterversammlung der GmbH sind beide das oberste Organ der jeweiligen Rechtsform.²⁷⁵ Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH hat die General- bzw. Gesellschafterversammlung unübertragbare Aufgaben.²⁷⁶ Bei der GmbH gehen diese jedoch weiter als bei der AG, was sich aus der personalistischen Ordnung der GmbH ergibt.²⁷⁷

Die Gesellschafterversammlung der GmbH hat vorab über all jene Punkte zu beschliessen, die auch in den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzbereich der Generalversammlung der AG fallen.²⁷⁸ Daneben hat sie aber weitere unübertragbare Kompetenzen, nämlich die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer;²⁷⁹ die Ausübung statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte;²⁸⁰ die Ermächtigung der Geschäfts-

führer zum Erwerb eigener Stammanteile durch die Gesellschaft²⁸¹ oder die Genehmigung eines solchen Erwerbs;²⁸² 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;²⁸³ die Einleitung einer Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund oder den Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen;²⁸⁴ sowie die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen, falls die Statuten auf das Zustimmungserfordernis nicht verzichten²⁸⁵. Die Genehmigungskompetenz bei einer Vinkulierung kann auch bei der AG auf die Generalversammlung übertragen werden,²⁸⁶ was in der Praxis jedoch selten gesehen wird.²⁸⁷

Die Gesellschafterversammlung der GmbH muss auch über die Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handelsbevollmächtigten beschliessen. Diese Aufgabe kann allerdings statutarisch auf die Geschäftsführer übertragen werden.²⁸⁸

Schliesslich können die Statuten der Gesellschafterversammlung weitere Aufgaben übertragen. Dazu gehört, dass die Verpfändung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf²⁸⁹ oder diese ein Reglement zur Regelung von Nebenleistungspflichten erlassen muss.²⁹⁰ Zudem können die Statuten generell vorsehen, dass bestimmte Entscheide der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung zu genehmigen sind.²⁹¹ Diese Bestimmung räumt den Gesellschaftern eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit über die Geschäftsführer ein. Bei der AG wäre eine entsprechende Anordnung unzulässig.²⁹² Dabei stellt sich die Frage des Verhältnisses dieses Genehmigungsvorbehalts zum Prinzip der Un-

²⁷² Vgl. dazu oben Ziff. V.1.2b.

²⁷³ BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS/GOHARI, Art. 795 N 1a.

²⁷⁴ THOMAS BÄHLER, Die massgeschneiderte Gesellschaft, Diss. Bern 1999, 138 (= ASR 621).

²⁷⁵ Art. 698 Abs. 1 OR und Art. Art. 804 Abs. 1 OR. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 32.

²⁷⁶ Vgl. Art. 698 und 804 OR.

²⁷⁷ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 32.

²⁷⁸ Dazu gehören die Festsetzung der Statuten; die Wahl der Mitglieder des obersten Leitungsorgans und der Revisionsstelle; die Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung; die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme; die Festsetzung der Zwischendividende und die Genehmigung des dafür erforderlichen Zwischenabschlusses; die Beschlussfassung über die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve; die Entlastung der Mitglieder des obersten Leitungsorgans; sowie die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind. Vgl. dazu Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1–7 und 9 OR vs. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1–5^{bis} und 7 OR sowie Art. 736 Ziff. 2 OR vs. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 OR.

²⁷⁹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR. Bei der AG wurde mit der Aktienrechtsrevision 2020 klargestellt, dass auch nicht börsennotierte Gesellschaften diesen Entscheid statutarisch der Generalversammlung zuweisen können; vgl. Art. 732 Abs. 2 OR.

²⁸⁰ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

²⁸¹ Umstritten ist, ob dies eine Abtretung i.S.v. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR darstellt und deshalb ein qualifiziertes Quorum notwendig ist. Für ein qualifiziertes Quorum: HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), § 15 Rz. 68 und § 15 Rz. 40; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 783 N 9. Gegen die Notwendigkeit eines qualifizierten Quorums: HARALD BÄRTSCHI, § 65 Aufstellung, Feststellung und Offenlegung der Jahresrechnung, in: Theus Simoni/Hauser/Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, 1146 ff., § 65.71; CHAPPUIS/JACCARD (FN 213), Art. 783 N 16; GmbH Handkommentar-KÜNG/CAMP, OR 783 N 7; PASCAL MONTAVON/MONIQUE SCHNELL LUCHSINGER, Der Erwerb eigener Anteile durch die AG und die GmbH – 1. Teil: Gesellschaftsrecht, Rechnungslegungsrecht, Revisionsentwurf des Aktienrechts, TREX 2018, 228 ff., 238.

²⁸² Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR.

²⁸³ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 13 OR.

²⁸⁴ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 und 15 OR.

²⁸⁵ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

²⁸⁶ Dies gilt zumindest bei nicht kotierten Namenaktien. Hierzu statt vieler BÖCKLI (FN 87), § 5 Rz. 20.

²⁸⁷ Vgl. GLANZMANN (FN 29), 267.

²⁸⁸ Art. 804 Abs. 3 OR.

²⁸⁹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 9 OR.

²⁹⁰ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 12 OR.

²⁹¹ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 17 OR.

²⁹² Statt vieler BÖCKLI (FN 87), § 9 Rz. 353–355.

übertragbarkeit und Unentziehbarkeit gewisser Aufgaben der Geschäftsführer.²⁹³

Alles in allem hat die Gesellschafterversammlung der GmbH nicht nur mehr Kompetenzen als die Generalversammlung der AG, sondern sie kann auch mehr Kompetenzen an sich ziehen.

1.2. Durchführung

Die Gesellschafterversammlung der GmbH wird grundsätzlich nach den Regeln der Generalversammlung der AG einberufen und durchgeführt.²⁹⁴ Bemerkenswert ist, dass bei der GmbH die Einladungsfrist von 20 Tagen statutarisch auf 10 Tage verkürzt werden kann.²⁹⁵

Bis zur Aktienrechtsrevision 2020 hatte nur die GmbH die Möglichkeit, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf schriftlichem Weg zu fassen. Heute ist dies auch bei der AG zulässig.²⁹⁶

Bis zur Aktienrechtsrevision 2020 konnten die Statuten anordnen, dass sich Aktionäre in der Generalversammlung nur durch andere Aktionäre vertreten lassen können.²⁹⁷ Da diese Regelung dem kapitalistischen Charakter der AG widersprach,²⁹⁸ sieht das neue Recht vor, dass bei einer entsprechenden statutarischen Beschränkung des Vertretungsrechts auf Verlangen eines Aktionärs zwingend ein unabhängiger Stimmrechts- oder Organvertreter zu ernennen ist; andernfalls kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten vertreten lassen.²⁹⁹ Diese Bestimmung gilt kraft Verweises auch für die GmbH.³⁰⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies aufgrund der personalistischen Natur der GmbH nicht gerechtfertigt. Sollte die Gesellschaft nämlich weder einen unabhängigen Stimmrechts- noch einen Organvertreter bestellen, könnte ein beliebiger Dritter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen. Immerhin ist zu fordern, dass sowohl der unabhängige Stimmrechts- oder Organvertreter als auch ein Dritter das Geschäftsgeheimnis wahren müssen.³⁰¹

1.3. Beschlussfassung

Soweit das Gesetz oder die Statuten nichts anderes anordnen, fasst die Generalversammlung der AG ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der vertretenen Stimmen,³⁰² während bei der GmbH auf die absolute Mehrheit der vertretenen

Stimmen abgestellt wird.³⁰³ Diese Differenzierung entstand durch die Aktienrechtsrevision 2020 und dürfte materiell keinen Unterschied machen.³⁰⁴

Für wichtige Beschlüsse wird sowohl bei der AG als auch bei der GmbH ein qualifiziertes Quorum verlangt. Dazu muss ein Beschluss bei beiden Gesellschaften ein doppeltes Mehr auf sich vereinigen, nämlich einerseits mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und andererseits bei der AG die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte³⁰⁵ bzw. bei der GmbH die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist.³⁰⁶ Somit ist das qualifizierte Quorum bei der GmbH schwieriger zu erreichen als bei der AG.

Bezüglich der Beschlüsse, die eines qualifizierten Quorums bedürfen, entspricht der Katalog der GmbH dem um ein paar Beschlusspunkte erweiterten Katalog der AG.³⁰⁷ So müssen bei der GmbH zusätzlich folgende Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum auf sich vereinigen: die Zustimmung zur Übertragung von Stammanteilen,³⁰⁸ jede Erhöhung des Stammkapitals,³⁰⁹ die Zustimmung zu Tätigkeiten der Geschäftsführer sowie der Gesellschafter, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen (sofern diese Kompetenz statutarisch der Gesellschafterversammlung zugewiesen wurde),³¹⁰ der Antrag an das Gericht, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschliessen³¹¹ sowie der Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen.³¹² Ein gesetzgeberisches Versehen dürfte sein, dass bei der GmbH der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters für die Durchführung einer virtuellen Gesellschafterversammlung kein qualifiziertes Quorum erfordert.³¹³

²⁹³ Art. 808 OR.

²⁹⁴ G.L.M. PASCAL MONTAVON/IVAN JABBOUR, Die Revision des Aktienrechts, ergänzt um die Änderungen des GmbH-Rechts und des Genossenschaftsrechts per 1. Januar 2023, TREX 2023, 4 ff., 12. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 12 Rz. 79 m.w.H.

²⁹⁵ Art. 704 Abs. 1 OR.

²⁹⁶ Art. 808b Abs. 1 OR.

²⁹⁷ Dem qualifizierten Mehr unterliegen bei der AG unter anderem die Änderung des Gesellschaftszwecks; die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlagen oder durch Verrechnung mit einer Forderung und die Gewährung von besonderen Vorteilen; die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts; die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien; die Einführung von Stimmrechtsaktien; den Wechsel der Währung des Aktienkapitals; die Einführung des Stimmrechts des Vorsitzenden in der Generalversammlung; eine Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland; die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft; die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel; der Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind; die Auflösung der Gesellschaft. Vgl. zur AG Art. 704 Abs. 1 OR.

³⁰⁸ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR.

³⁰⁹ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

³¹⁰ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR.

³¹¹ Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR.

³¹² Art. 808b Abs. 1 Ziff. 9 OR. GLANZMANN (FN 29), 268.

³¹³ Vgl. dazu Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR für die AG. Vgl. EIDGENÖSSISCHES HANDELSREGISTER, Praxismittelung EHRA 1/23, REPRAX

²⁹³ Vgl. dazu unten Ziff. VI.2.

²⁹⁴ Art. 805 OR.

²⁹⁵ Art. 805 Abs. 3 OR.

²⁹⁶ Art. 701 Abs. 3 OR.

²⁹⁷ Art. 689 Abs. 2 aOR.

²⁹⁸ Ähnlich BÖCKLI (FN 87), § 8 Rz. 612, der die Bestimmung als «heikel» bezeichnet.

²⁹⁹ Art. 689d OR.

³⁰⁰ Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR.

³⁰¹ Art. 803 Abs. 1 OR.

³⁰² Art. 703 OR.

Bei beiden Gesellschaftsformen kann der Vorsitzende der General- bzw. Gesellschafterversammlung den Stichentscheid haben. Während ihm diese Kompetenz bei der AG statutarisch zugewiesen werden muss,³¹⁴ hat er sie bei der GmbH aufgrund der dispositiven gesetzlichen Regelung, sofern sie ihm statutarisch nicht entzogen wurde.³¹⁵ Die entsprechende Regelung wurde bei der GmbH mit der Revision 2008 eingeführt. Demgegenüber besteht die Norm bei der AG erst seit der Aktienrechtsrevision 2020 und dürfte eine Korrektur eines jüngeren Bundesgerichtsentscheidens sein.³¹⁶

2. Geschäftsführung

2.1. Zuständigkeit

Während bei der AG die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat obliegt³¹⁷ und diese Funktion von der Aktionärseigenschaft getrennt ist, üben bei der GmbH nach der Dispositivordnung des Gesetzes alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus.³¹⁸ Damit sollen Gesellschafterstellung und Geschäftsführerstellung vor dem Hintergrund der Selbstorganschaft der GmbH miteinander verknüpft werden.³¹⁹ Jeder Gesellschafter hat danach Anspruch und Pflicht auf Mitwirkung und kann sein Geschäftsführermandat nicht einseitig niederlegen.³²⁰ Immerhin kann ihm die Geschäftsführung aus wichtigem Grund entzogen werden.³²¹

Statutarisch kann von der Selbstorganschaft abgewichen werden.³²² In diesem Fall können auch – oder ausschliesslich – Nichtgesellschafter als Geschäftsführer gewählt werden.³²³

Die Geschäftsführung wird sowohl bei der AG als auch bei der GmbH von den Mitgliedern des Verwaltungsrats

bzw. den Geschäftsführern gemeinsam ausgeübt.³²⁴ Entschieden wird in beiden Gremien mangels abweichender statutarischer Regelung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen,³²⁵ wobei jedes Mitglied eine Stimme hat. Bei Stimmengleichheit hat der Vorsitzende grundsätzlich den Stichentscheid.³²⁶ Bei beiden Gesellschaften können nur natürliche Personen Mitglied des obersten Leitungsorgans sein.³²⁷

2.2. Vorsitz

Sofern die Statuten nichts anderes anordnen, bestimmt bei der AG der Verwaltungsrat seinen Vorsitzenden.³²⁸ Demgegenüber muss bei der GmbH zwingend die Gesellschafterversammlung den Vorsitz in der Geschäftsführung regeln.³²⁹ Sie kann den Vorsitzenden selber wählen oder statutarisch anordnen, wie die Geschäftsführer diesen bestimmen.³³⁰

2.3. Abberufung

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH kann die Generalversammlung die von ihr gewählten Geschäftsführer jederzeit wieder abberufen.³³¹ Zudem kann bei der GmbH, anders als bei der AG, jeder Gesellschafter dem Gericht beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund zu entziehen oder zu beschränken.³³² Als wichtiger Grund gilt namentlich, wenn die betreffende Person ihre Pflichten grob verletzt oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat.³³³

2.4. Aufgaben

Sowohl der Vorsitzende des Verwaltungsrats als auch der Vorsitzende der Geschäftsführer hat gemäss Gesetz bestimmte Aufgaben.³³⁴ Bei der GmbH gehört dazu auch die Einberufung der Gesellschafterversammlung.³³⁵ Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu Art. 805 Abs. 1 OR, wonach die Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführer einberufen wird. Deshalb kann wohl nur

2/2023, 121 ff., 124 f., wonach dies aber so hinzunehmen ist.

³¹⁴ Art. 703 Abs. 2 OR.

³¹⁵ Art. 808a OR.

³¹⁶ BGE 143 III 120 E. 3.2, wonach der Stichentscheid in der Generalversammlung einer Gesellschaft mit Stimmrechtsaktien bei der Wahl der Revisionsstelle unzulässig ist, da ansonsten diese Wahl durch eine Person entschieden werden könnte, die mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählt worden ist, obwohl bei der Wahl der Revisionsstelle die Stimmrechtsaktien keine erhöhte Stimmkraft haben (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR). Anders noch zur generellen Zulässigkeit BGE 95 III 155 E. 2. Zum Stand der Lehre vor der Aktienrechtsrevision: BRIGITTE TANNER, Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – eine Standortbestimmung, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 653 ff., 663–669.

³¹⁷ Vgl. Art. 716 Abs. 2 OR; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 7 Rz. 44.

³¹⁸ Art. 809 Abs. 1 OR.

³¹⁹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 39.

³²⁰ BSK OR II-WÄTTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 10.

³²¹ Art. 815 Abs. 2 OR.

³²² Art. 809 Abs. 1 Satz 2 OR.

³²³ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 40.

³²⁴ Art. 713 Abs. 1 OR und Art. 809 Abs. 1 OR.

³²⁵ Art. 713 Abs. 1 Satz 1 OR und Art. 809 Abs. 4 Satz 1 OR.

³²⁶ Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR und Art. 809 Abs. 4 Satz 2 OR.

³²⁷ Art. 809 Abs. 2 OR für die Geschäftsführung in fine. Für den Verwaltungsrat: BÖCKLI (FN 87), § 9 Rz. 173; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 131), § 27 N 7.

³²⁸ Art. 712 Abs. 2 Satz 2 OR. Anders bei börsenkotierten Gesellschaften; vgl. Art. 712 Abs. 1 Satz 1 OR.

³²⁹ Art. 809 Abs. 3 OR.

³³⁰ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 40 f.

³³¹ Art. 705 Abs. 1 OR und Art. 815 Abs. 1 OR.

³³² Art. 815 Abs. 2 OR.

³³³ Art. 815 Abs. 2 OR. Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016 E. 3.2.2.

³³⁴ Vgl. Art. 715 f. OR für die AG und Art. 810 Abs. 3 OR für die GmbH.

³³⁵ Art. 810 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

der administrative Vollzug der Einberufung im Kompetenzbereich des Vorsitzenden liegen.³³⁶

Die Geschäftsführer einer GmbH haben im Wesentlichen die gleichen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben wie der Verwaltungsrat einer AG.³³⁷ Wie bereits erwähnt, gehören bei der GmbH die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen³³⁸ nicht dazu, sondern sie fallen grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung.³³⁹

Es wurde bereits erwähnt, dass die Gesellschafterversammlung der GmbH die Kompetenzen der Geschäftsführer beschneiden kann, indem sie sich statutarisch die Genehmigung bestimmter Entscheide vorbehält.³⁴⁰ Im Aktienrecht wäre ein solcher Vorbehalt aufgrund des Paritätsprinzips unzulässig.³⁴¹ In der Lehre ist umstritten, ob die Gesellschafterversammlung Entscheide auch modifizieren kann.³⁴² Ebenfalls ist fraglich, ob die nach Art. 810 Abs. 2 OR als «unübertragbar und unentziehbar» bezeichneten Aufgaben der Geschäftsführer einem Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung unterworfen werden können. Mit Hinweis auf den Wortlaut von Art. 810 Abs. 2 OR, der mit dem Ausdruck «unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen» den Genehmigungsvorbehalt in Art. 811 OR mitumfasst, bejaht dies die wohl herrschende Lehre.³⁴³ Bei der GmbH wird deshalb auch von einem relativierten Paritätsprinzip gesprochen.³⁴⁴ Mit einem Vorbehalt kann das in der Geschäftsführung geltende Kopfstimmprinzip ausgehebelt werden, da die Gesellschafterversammlung in der Regel nach dem Kapitalprinzip entscheidet.³⁴⁵

Umstritten ist, welche Wirkungen ein solcher Vorbehalt auf die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten hat. Sowohl die Lehre als auch die Materialien gehen davon aus, dass dadurch nur die Vertretungsbefugnis und nicht

die Vertretungsmacht beschlagen wird, womit ein gutgläubiger Dritter geschützt ist.³⁴⁶

Wenig Auswirkung hat ein Genehmigungsvorbehalt auf das Haftungsregime, denn das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass eine Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführer nicht einschränkt.³⁴⁷ Zumindest für die zustimmenden Gesellschafter muss aber ein entsprechender Beschluss die Wirkung eines Entlastungsbeschlusses zeitigen.³⁴⁸ Weiterreichende Folgen hat ein solcher Beschluss aber nicht, insbesondere wird gemäss herrschender Lehre keine Haftung der Gesellschafter begründet.³⁴⁹

2.5. Haftung und Anfechtung

Die Geschäftsführer der GmbH unterliegen der gleichen Verantwortlichkeit wie die Mitglieder des Verwaltungsrats bei der AG.³⁵⁰

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Beschlüsse des Verwaltungsrats³⁵¹ bzw. der Geschäftsführer³⁵² nicht anfechtbar. Allerdings kann bei besonders gravierenden Mängeln ein Beschluss des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführer nichtig sein. In beiden Fällen gelten die Nichtigkeitsgründe für Generalversammlungsbeschlüsse der AG.³⁵³

3. Revisionsstelle

Hinsichtlich der Revisionsstelle und der Revisionspflicht gelten für die AG und die GmbH die gleichen Vorschriften.³⁵⁴ Eine Spezialität bei der GmbH ist, dass ein Gesellschafter, der einer Nachschusspflicht unterliegt, die ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen kann.³⁵⁵ Das gleiche Recht hat ein ausgeschiedener Gesellschafter,

³³⁶ GL.M. CÉDRIC CHAPPUIS, in: Tercier/Trindade/Amstutz (Hrsg.), *Commentaire romand – Code des obligations II*, 2. A., Basel 2017, Art. 810 N 35; CHK-KRATZ, Art. 810 OR N 13a; GmbH Handkommentar-KÜNG/CAMP, OR 805 N 2; BSK OR II-TRUFFER, Art. 805 N 3.

³³⁷ Vgl. Art. 810 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 OR. GLANZMANN (FN 29), 268.

³³⁸ Vgl. für die AG: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR.

³³⁹ Art. 804 Abs. 3 OR und Art. 810 Abs. 2 OR *e contrario*; ferner oben Ziff. VI.1.1.

³⁴⁰ Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR; vgl. oben Ziff. VI.1.1.

³⁴¹ BÖCKLI (FN 87), § 8 Rz. 5 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 12 Rz. 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/SETHE (FN 23), § 16 Rz. 487; VON DER CRONE (FN 97), § 15 N 753 f.

³⁴² Für eine Modifikationsbefugnis: PETER FORSTMOSER/PATRICK PEYER, Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, SJZ 2007, 397 ff., 431. Verneinend: HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), 165.

³⁴³ Bejahend FORSTMOSER/PEYER (FN 342), 401; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110), 165 f.; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 804 N 45. A.M. NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDDEGGER (FN 153), Art. 811 N 3.

³⁴⁴ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 804 N 9.

³⁴⁵ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 320), Art. 811 N 6a.

³⁴⁶ Botschaft GmbH 2001 (FN 22), 3213 f.; PETER BÖCKLI, Das neue schweizerische GmbH-Recht: Was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Bockli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 1 ff., 33; GULIO DONATI, Art. 811 OR: Der statutarische Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht, Diss. Zürich 2014; 279; OR Handkommentar-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, OR 811 N 7; CHK-KRATZ, Art. 811 OR N 5; KÜNG/CAMP (FN 110), Art. 811 N 6; SIFFERT/FISCHER/PEYER (FN 137), Art. 811 N 12; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 320), Art. 811 N 10.

³⁴⁷ Art. 811 Abs. 2 OR.

³⁴⁸ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 804 N 46 m.w.H. Vgl. demgegenüber Botschaft GmbH 2001 (FN 22), 3213, wonach der Genehmigungsbeschluss «je nach den Umständen» einer gesellschaftsintern wirksamen Entlastung gleichkommen soll.

³⁴⁹ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 804 N 46 m.w.H.

³⁵⁰ Art. 827 OR i.V.m. Art. 754 OR. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 39.

³⁵¹ BGE 109 II 239 E. 3b. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 13 Rz. 98.

³⁵² HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 110); THOMAS JUTZI, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 4/2014, 500 ff., 504 FN 61.

³⁵³ Art. 714 OR und Art. 816 OR.

³⁵⁴ Art. 818 Abs. 1 OR.

³⁵⁵ Art. 818 Abs. 2 OR.

dessen Anspruch auf Abfindung noch nicht befriedigt ist.³⁵⁶

VII. Auflösung und Liquidation

Die Gründe für die Auflösung einer GmbH, zu unterscheiden von der mit dem Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters verbundenen Teilliquidation, entsprechen grundsätzlich denjenigen für die Auflösung der AG.³⁵⁷ Auch die Liquidation und die Löschung der GmbH folgen grundsätzlich dem Aktienrecht.³⁵⁸ Aufgrund der Besonderheiten der GmbH bei Nachschüssen, die geleistet, aber nicht zurückgezahlt wurden, ist zu beachten, dass solche Nachschüsse betragsweise an den Nennwert des Stammanteils hinzuzurechnen sind.³⁵⁹ Statutarisch kann von dieser Vorschrift abgewichen werden.³⁶⁰

VIII. Weshalb ist die GmbH so beliebt?

Im Jahre 2022 wurden in etwa doppelt so viele GmbHs gegründet als AGs. Weil sich die AG und die GmbH aus Sicht des Schweizer Steuerrechts nicht unterscheiden,³⁶¹ könnte daraus geschlossen werden, dass die GmbH als Gesellschaftsform viel attraktiver ist als die AG. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte jedoch der wichtigste Grund für die Beliebtheit der GmbH deren tieferes Mindestkapital sein.

Die GmbH mag gegenüber der AG noch weitere Vorteile haben, da sie flexibler ausgestaltet werden kann. So hat die Gesellschafterversammlung der GmbH mehr Kompetenzen als die Generalversammlung der AG und kann sich z.B. auch die Genehmigung von Beschlüssen der Geschäftsführer vorbehalten. Daneben kann einzelnen Gesellschaftern für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ein Vetorecht eingeräumt werden. Den Gesellschaftern können in der Form von Nebenleistungs- und Nachschusspflichten aber auch mehr Pflichten auferlegt werden. Schliesslich kann die Änderung des Kreises der Gesellschafter freier ausgestaltet werden, weil z.B. die Übertragung von Stammanteilen ganz unterbunden werden kann. Gleichzeitig kann jeder Gesellschafter einer GmbH aus einem wichtigen oder statutarischen Grund aus der Gesellschaft austreten oder ausgeschlossen wer-

den, was bei der AG nicht möglich ist. All dies kann für die individuelle Ausgestaltung einer Gesellschaft vorteilhaft sein. Zu beachten ist allerdings, dass diese Regelungen mit einem relativ hohen Beratungsbedarf und immer auch mit Handelsregisterpublizität verbunden sind, was oft nicht erwünscht ist.

Bei der Finanzierung ist die GmbH weniger flexibel als die AG. So kann das Stammkapital nur mittels ordentlicher Kapitalerhöhung erhöht werden und bedarf stets eines qualifizierten Quorums. Zudem stehen weder ein bedingtes Kapital noch ein Kapitalband zur Verfügung. All dies mag zwar den einzelnen Gesellschafter vor Verwässerung schützen, kann aber insbesondere in einer Wachstumsphase oder in einer Krisensituation die Aufnahme von neuem Eigenkapital erschweren.

Auch wenn die GmbH als Vertragspartnerin inzwischen voll akzeptiert ist, kann sie aus Sicht der Gläubiger höhere Transaktionskosten verursachen, da immer zu prüfen ist, ob ein bestimmtes Geschäft der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung bedarf. Auch die Verpfändung von Stammanteilen kann aufwendiger sein, wenn diese der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf.

Letztlich muss man sich bewusst sein, dass eine GmbH eben keine AG ist. Auch wenn sich die beiden Gesellschaftsformen über die Jahre angeglichen haben, weisen sie viele Unterschiede auf, die sich meistens aus dem personalistischen Charakter der GmbH ergeben. Viele dieser Unterschiede mögen gerade für die im Denken der AG verhafteten Personen überraschend sein. Andere können geradezu tückisch sein, wie z.B. die Treuepflicht der Gesellschafter, deren Geltungsbereich insbesondere bei der Stimmrechtsausübung weitgehend ungeklärt ist, oder das umfassende Einsichts- und Auskunftsrecht der Gesellschafter.

Eines der grössten Mankos der GmbH ist m.E. aber die mangelnde Rechtssicherheit. Auch 30 Jahre nach dem Start ihrer Popularität gibt es zur GmbH nur wenige Bundesgerichtsentscheide, während bei der AG zu den wichtigsten Fragen eine relativ gesicherte Rechtsprechung besteht. Es wird sich zeigen, wie lange es noch dauern wird, bis sich die GmbH auch in diesem Bereich der AG angepasst hat.

³⁵⁶ Art. 825a Abs. 4 OR. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 23), § 18 Rz. 70.

³⁵⁷ Art. 736 und 821 OR. Vgl. zur Auflösung ohne wichtigen Grund oben Ziff. V.2.1.

³⁵⁸ Art. 821a Abs. 1 OR.

³⁵⁹ Art. 826 Abs. 1 Satz 2 OR.

³⁶⁰ Art. 826 Abs. 1 Satz 3 OR.

³⁶¹ ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich 2016, 228 f.; MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. A., Zürich 2020, § 18 Rz. 20. Dies gilt jedoch nicht zwingend im Sozialversicherungsrecht; BGE 145 V 200 E. 4.2.