

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 59 (1940)

Artikel: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gemeinschaft mit beschränkter Haftung

Autor: à Wengen, M.C.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896177>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung

von Dr. M. C. àWengen, Basel.

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
Inhaltsverzeichnis	1
Vorwort	2
Literaturverzeichnis	2
I. Kapitel. Entstehung und gesetzliche Regelung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	4
§ 1. Überblick	4
1. In andern Staaten	4
2. In der Schweiz	7
§ 2. Wirtschaftliche Grundgedanken zur Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz	8
§ 3. Begriff der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach schweizerischem Obligationenrecht	11
II. Kapitel. Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung	12
§ 4. Gründe der Umwandlung	12
§ 5. Rechtsvergleichende Darstellung der Umwandlung	15
§ 6. Die Umwandlung nach schweizer. Obligationenrecht	17
1. Wesen und Begriff der Umwandlung	17
a) in wirtschaftlicher Beziehung	17
b) in rechtlicher Beziehung	18
2. Voraussetzungen der Umwandlung	20
a) OR Art. 824 Ziff. 1	20
b) OR Art. 824 Ziff. 2	25
c) OR Art. 824 Ziff. 3	27
3. Verfahren der Umwandlung	28
Aufforderung der Aktionäre zur Beteiligungs- erklärung	28
Umwandlungsbeschluß und seine rechtliche Wir- kung	28

Umwandlungsbilanz	34
Genehmigungsbeschluß der Umwandlungsbilanz und seine Anfechtungsmöglichkeit	36
Errichtung der G. m. b. H.	39
Eintrag der G. m. b. H. im Handelsregister und Auflösung der Aktiengesellschaft	42
Universalsukzession	43
Verantwortlichkeit der Gründer der G. m. b. H.	43
4. Schutz der Gläubiger der Aktiengesellschaft . .	44
Allgemein	45
OR Art. 826	47
5. Praktische Anwendung der Umwandlung . . .	49
§ 7. Andere Arten von „Umwandlungen“	50

Vorwort*).

Die Frage der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird in der Schweiz, nach nunmehriger Einführung dieser Gesellschaftsform durch das revidierte Obligationenrecht, zu praktischer Bedeutung gelangen.

*) Literaturverzeichnis.

- Brodmann, Erich, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bd. I, Berlin/Leipzig 1930.
- Eltze, Hans, Die Umwandlung der Aktiengesellschaften. Diss. Greifswald 1900.
- v. Godin und Wilhelmi, Kommentar zum Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937, in Guttentag'scher Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 205.
- Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Elster, Weber und Wiesen, 4. Band. Jena 1927. Stichwort: Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
- Hasenclever, Walther, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Grund der §§ 80, 81 des Reichsgesetzes vom 20. April 1892.
- Liebmann und Sängler, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Berlin 1927.
- Maaßen, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Nr. 27—29, S. 263 und 281.

Die Aufgabe dieser Arbeit liegt im wesentlichen darin, die für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung notwendigen Erfordernisse und Vorkehrungen zu beleuchten. Die Fest-

Quandt, Karl, Umwandlung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Wien 1911.

Seimert, Adolf, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Göttingen 1899.

Staub/Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Bd. Berlin 1927.

Guhl, Theo, Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz. Zürich 1937.

— Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Halbband. Zürich 1937.

— Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz. Zürich 1937.

Haab, Robert (und Guhl, Theo), Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in „Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts“. (Referate, gehalten im Berner Jur.verein) 1926.

— Vorlesung über das Gesellschaftsrecht.

Hefti, Fritz, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Zürich 1938.

Jörg, Hans, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem bundesrätlichen Entwurf eines BG betr. die Revision der Titel 24—33 des Obligationenrechts. Diss. Zürich 1930.

Müller, Paul, Aufgabe und Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizerischem Obligationenrecht. Zürich 1938.

Scherrer, V. E., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, aus „Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht“, herausgegeben von der Basler Handelskammer 1937.

v. Steiger, Fritz, Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister. Zürich 1937.

Protokoll der Expertenkommission zur Revision des Schweizerischen Obligationenrechts, Titel 24—33, herausgegeben vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, 1928.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des Schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928, in BBl. 1928 Bd. I S. 271 ff.

stellung dieser Erfordernisse und Maßnahmen setzt die Kenntnis der wesentlichen Unterschiede der beiden zugrunde liegenden Gesellschaftsformen voraus. Im Interesse der Klarheit der Aufgabe muß der Lösung eine kurze Übersicht über das dem Schweizerischen Obligationenrecht neue Institut der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bezüglich der Entstehung, wirtschaftlichem und rechtlichem Begriff vorausgehen. Die juristische Kenntnis der Aktiengesellschaft wird als gegeben angenommen.

Die vorliegende Arbeit erhebt keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit. Sie will nur die Merkmale der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung hervorheben, und die dabei auftretenden Hauptprobleme und ihre Lösung kurz zu streifen versuchen.

I. Kapitel.

Entstehung und gesetzliche Regelung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 1. Überblick.

Dem Schweizerischen Obligationenrecht, wie es bis zum 1. Juli 1937 galt, war die Gesellschaftsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.) fremd.

I. In andern Staaten.

Die G. m. b. H. ist Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland als Korrelat gegen Mißbräuche und Auswüchse im Aktienrecht und aus der Überlegung, daß sie insbesondere dem Handel in den Kolonien dienen möge, ohne jede historische Grundlage¹⁾ durch das Gesetz vom

¹⁾ England kennt schon seit 1862 eine der G. m. b. H. ähnliche Gesellschaftsform in der „company limited by guarantee“. Diese ist jedoch nicht identisch mit der G. m. b. H. (Heft i a. a. O. S. 9; Scherrer S. 95).

20. April 1892 geschaffen worden. Das deutsche Gesetz wurde im Laufe der Jahrzehnte durch mehrere Gesetzesnovellen abgeändert.

Über die rechtliche Ausgestaltung der G. m. b. H. waren sich die Lehrmeinungen nicht einig. Die einen wollten von der Form der offenen Gesellschaft ausgehen und einzig die Haftung der Gesellschafter beschränken und damit den individualistischen Charakter der Gesellschaft wahren. Diese Ansicht wurde insbesondere auch von dem Abgeordneten Oechelhäuser²⁾, der als der eigentliche Förderer dieses Institutes in Deutschland gilt, verfochten. Der andere Standpunkt schloß sich mehr der Idee der modifizierten Aktiengesellschaft an, d. h. die Gründungsvorschriften sollten erleichtert, die Anteile schwer übertragbar gemacht und die Nebenleistungen der freien Vereinbarung der Gesellschafter überlassen werden. — Im erwähnten Gesetz von 1892 betr. die G. m. b. H. drang die kollektivistische Idee durch³⁾. Die Anwendung dieser neuen Gesellschaftsform blieb jedoch keineswegs auf den ihr ursprünglich zugedachten Handelszweig beschränkt, sondern entwickelte sich vorwiegend im inländischen Geschäftsleben⁴⁾.

In der Folge wurde in Österreich, nach dem Vorbilde des deutschen Reichsgesetzes, am 6. März 1906 ein „Gesetz über die G. m. b. H.“ erlassen. Es treten darin verschiedene Modifikationen zur deutschen Regelung auf. Das österreichische Gesetz über die G. m. b. H. wurde durch Gesetz vom 4. Juli 1924 in mehreren wichtigen Punkten geändert.

In der Tschechoslowakei behielt in den ehemals österreichischen Gebieten das österreichische Recht weiterhin seine Gültigkeit und wurde durch Gesetz vom 15. April 1920 auch in der Slowakei und in Karpatorußland zur Anwendung gebracht.

²⁾ Botschaft S. 272.

³⁾ Guhl, G. m. b. H. S. 5.

⁴⁾ Guhl, Obligationenrecht, Band II, S. 327.

Auch Jugoslawien behielt das österreichische Recht bei, soweit ehemals österreichische Ländereien in Frage kamen.

Mit erheblichen Abweichungen von der deutschen und der österreichischen Regelung hat Polen durch Verordnung vom 8. Februar 1919 und einem Nachtragsgesetz vom 13. November 1923 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingeführt.

Ebenso folgten Bulgarien (Gesetz vom 8. Mai 1924) und Liechtenstein (Zivilgesetzbuch, Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926, Art. 389 ff.).

Nach langen und gründlichen Erörterungen hat Frankreich durch das Gesetz über die „Société à responsabilité limitée“ vom 7. März 1925⁵⁾ die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übernommen. Dieses Gesetz ist vorwiegend auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Familiengesellschaften zugeschnitten.

Dem Vorbilde Frankreichs folgte Belgien⁶⁾ in der Einführung der G. m. b. H.

Sowjetrußland besitzt nur eine sehr spärliche Regelung des Institutes in den §§ 318 ff. seines Zivilgesetzbuches von 1922.

Italien kennt in der „Società a garanzia limitata“ die Gesellschaftsform der G. m. b. H. für die ehemals österreichischen Gebiete⁷⁾. Anlässlich der Revision des Codice di commercio wurde das Institut in den Gesetzesentwurf von 1925 übernommen. Aus politischen Gründen kamen die Beratungen hierüber ins Stocken.

Keine Regelung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kennen die Vereinigten Staaten, Holland und Dänemark. In diesen Ländern macht ein sehr weit umrahmtes Aktienrecht die G. m. b. H. überflüssig.

⁵⁾ Botschaft S. 271.

⁶⁾ Scherrer S. 95 ff.

⁷⁾ Scherrer S. 95; Jörg S. 3.

2. In der Schweiz⁸⁾.

Schon bald nach der Einführung der G. m. b. H. in Deutschland wurden auch in der Schweiz Stimmen laut, die die Einführung dieser Gesellschaftsform propagierten. So setzten sich vor allem Paul Speiser und Karl Wieland für sie ein. Bald ergab sich in der Schweiz die Schwierigkeit, ob Filialen ausländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung in das Handelsregister eingetragen werden sollen und dürfen. Der Bundesrat stellte sich im Jahre 1896 auf den Standpunkt, daß auf Grund der Rechtsstatute internationalen Rechts und der Niederlassungsvorschriften eine Verweigerung der Eintragung nicht möglich sei⁹⁾. Diese sei daher zu vollziehen. So ergab sich die unerquickliche Situation, daß einerseits Filialen ausländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Schweiz zu Recht bestanden, während auf der andern Seite die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz nicht möglich war, da die nötigen gesetzlichen Grundlagen fehlten.

Die Ansichten über die Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz waren anfänglich sehr geteilt. Die Basler Handelskammer sprach der G. m. b. H. das Wort, während der Schweizerische Juristenverein 1904 sich auf den oppositionellen Standpunkt stellte¹⁰⁾. — Die Revision des 24.—33. Titels des Obligationenrechtes brachte den Anlaß, auch diese Streitfrage abzuklären und zu regeln.

Der von Eugen Huber verfaßte Vorentwurf I (1920) nahm die G. m. b. H. nur als Eventualvorschlag in einem Anhang auf¹¹⁾. Erst der zweite, im Jahre 1923 von Hoffmann verfaßte Vorentwurf II stellte die G. m. b. H. in

⁸⁾ Hefti S. 9.

⁹⁾ Huber, Entwurf eines BG betr. die Revision des 24. bis 33. Titels des Obligationenrechtes, 1919. Anmerkung betr. die G. m. b. H.

¹⁰⁾ Scherrer S. 98; Hefti S. 10.

¹¹⁾ Bericht I über die Revision des 24.—33. Titels des Schweizerischen Obligationenrechtes.

den Gesetzestext ein¹²⁾. In den beiden Ratskommissionen wurde die G. m. b. H. neben eifriger Verfechtung ebenso heftig angegriffen¹³⁾. Die Idee der G. m. b. H. wußte sich aber durchzusetzen, dank ihrer vortrefflichen Ausgestaltung im neuen Recht, und trat somit in ihrer gesetzlichen Regelung am 1. Juli 1937 in Kraft.

§ 2. Wirtschaftliche Grundgedanken zur Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz.

Die rapide Entwicklung des Wirtschaftslebens und eine dadurch bedingte moderne Handelsgesetzgebung machen es dem Gesetzgeber zur unumgehbaren Pflicht, diesen mannigfachen Bedürfnissen eine möglichst lückenlose Reihe von Rechtsnormen zur Verfügung zu stellen. So gelangten fast alle mitteleuropäischen Staaten zur Einführung der Gesellschaftsform der G. m. b. H. — Auch die Schweiz wurde zur Lösung des Problems ihrer Einführung oder Nichteinführung gedrängt. Wie wir bereits gesehen haben, stellte sich schon bald nach Anerkennung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland die Frage, wie die Filialen ausländischer G. m. b. H. in der Schweiz rechtlich behandelt werden sollen. Dies führte zu der wenig erfreulichen Lage der Anerkennung fremder Filialen von G. m. b. H., anderseits zu der Unmöglichkeit der Gründung einer G. m. b. H. in der Schweiz¹⁴⁾.

Es ließ sich aber auch nicht leugnen, daß ein Zwischenglied zwischen den unser früheres Obligationenrecht beherrschenden Assoziationsformen, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und der Aktiengesellschaft, mangelte. Personalvereinigung und Kapitalvereinigung stehen sich in Reinkultur gegenüber, indem bei der Kollektivgesellschaft

¹²⁾ Vorentwurf II eines BG betr. die Revision des 24.—33. Titels des OR, 1923.

¹³⁾ Protokoll der Expertenkommission S. 473 ff.; Jörg S. 3 ff.

¹⁴⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 473 ff.; Haab S. 29 ff.; Botschaft S. 275.

die Gesellschafter, und bei der Kommanditgesellschaft der Komplementär im Falle des Konkurses neben dem Gesellschaftsvermögen auch mit ihrem privaten Vermögen für die Schulden der Gesellschaft voll haften, während bei der Aktiengesellschaft eine Haftung des Aktionärs nur mit seiner Einlage erfolgt. Diese unumschränkte Haftung des Kollektivgesellschafters befriedigt naturgemäß in vielen Fällen nicht; ebensowenig befriedigt aber die Regelung des persönlichen Elementes in der kapitalistisch organisierten Aktiengesellschaft, die bei genügender Berücksichtigung der Beteiligten an der Geschäftsführung unbeweglich und kompliziert würde. Wenn man aber diese Unübersichtlichkeit im Aktienrecht vermeiden wollte, so mußten die mittleren und kleinen Unternehmungsgemeinschaften unter allen Umständen aus dieser Gesellschaftsform eliminiert werden¹⁵⁾. Oechelhäuser betont richtig, daß die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft nur für kapitalmäßig große Verhältnisse berechnet seien und daß die Persönlichkeit des Beteiligten im Unternehmen eine nur untergeordnete Rolle spiele. Der Ausspruch Oechelhäusers: „Es fehlt an Gesellschaftsformen, worin Persönlichkeiten, welche das Kapital hergeben, auch mit dem Kapital unmittelbar in Verbindung treten und es persönlich fruchtbar machen können, dabei aber doch die Wohltat der beschränkten Haftung genießen“ galt auch für die schweizerischen Verhältnisse¹⁶⁾. Diese Lücke konnte durch keine andere Gesellschaftsform, weder durch die neuzuschaffende Nebenleistungsgesellschaft noch durch die im alten Recht bereits bestehende Genossenschaft voll ausgefüllt werden; wohl aber durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Ein weiterer Mangel unseres alten Rechtes bestand darin, daß es keine den Verhältnissen voll genügende Form für die Kartelle und Syndikate kannte. Wenn auch die Form des Kartellvertrages, verbunden mit der ein-

¹⁵⁾ Haab S. 32; Botschaft S. 272.

¹⁶⁾ Botschaft S. 272 ff.

fachen Gesellschaft, einen gewissen Ersatz bietet, so ergibt doch die Form der Handelsgesellschaft in Gestalt der G. m. b. H. eine bessere Lösung¹⁷⁾. Ob dieser theoretischen Lösung auch die Praxis folgt, wird die Zeit lehren.

Eine wesentliche Funktion der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einen erheblichen Teil ihrer Rechtfertigung wird eine der Folgen der Beschränkung der Form der Aktiengesellschaft auf große Unternehmungserscheinungen, wie sie das revidierte, geltende Obligationenrecht vorsieht, sein. Art. 2 der Übergangsbestimmungen verlangt, daß nach Ablauf einer fünfjährigen Frist, d. h. am 1. Juli 1942, alle Aktiengesellschaften ein Grundkapital von minimal 50 000 Fr. aufzuweisen haben, ansonst Gefahr laufend, von Amtes wegen aufgelöst zu werden (OR Art. 621)¹⁸⁾. Bestehende Aktiengesellschaften, welche ihr Grundkapital nicht derart erhöhen können oder wollen, haben sich, um ihren Fortbestand zu sichern, entweder in eine Personengesellschaft oder aber in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren minimales Grundkapital gemäß Art. 773 OR auf 20 000 Fr. festgesetzt ist, umzuwandeln.

Außer der schwunghaften Verbreitung in Deutschland¹⁹⁾ hat die Gesellschaftsform der G. m. b. H., trotz ihren Vorteilen, nirgends tiefe Wurzeln geschlagen. Auch in der Schweiz wird sie kaum sehr stark zur Anwendung gelangen, sind doch seit dem Inkrafttreten des revidierten Obligationenrechts (1. Juli 1937) noch nicht mehr als 238 Unternehmungen in der Form der G. m. b. H. gegründet worden, wovon zwei bereits wieder gelöscht wurden (Stichtag 16. Februar 1939)²⁰⁾.

¹⁷⁾ Nähere Details hierüber vide Protokoll S. 473, Botschaft S. 273, a. M. Scherrer S. 119; vgl. ferner Georg Roß, Die Verwendung der G. m. b. H. zu Kartellzwecken, Berner Diss. 1936.

¹⁸⁾ Guhl, OR, Band 2, S. 276; Scherrer S. 120.

¹⁹⁾ Genaue Angaben mit Tabellen bei Müller S. 11 ff.

²⁰⁾ Mitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, vom 18. Februar 1939.

§ 3. Begriff der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizerischem Obligationenrecht.²¹⁾

Nach dem geltenden Rechte (OR Art. 772 bis 827) und ihrer juristischen Natur ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, analog der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft, eine mit dem Rechte der Persönlichkeit ausgestattete, zur Verfolgung eines wirtschaftlichen Zweckes im weitesten Sinne dienende Mehrheit von zwei oder mehr Personen oder Firmen. Die Einlagen derselben bilden das Stammkapital. Die Geschäftsführung und Vertretung erfolgt im Zweifel durch alle Gesellschafter gemeinsam. Die Haftung richtet sich nach den Grundsätzen, wie sie bei der Kollektivgesellschaft gelten, und zwar mit dem prinzipiellen Unterschied, daß jeder Gesellschafter von Gesetzes wegen bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals, soweit dieses noch nicht einbezahlt wurde, solidarisch mit den übrigen Gesellschaftern haftet.

Hervorzuheben ist, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizerischem Obligationenrecht keineswegs die deutsche G. m. b. H. kopiert. Wie dargestellt, handelt es sich um eine auf individualistischer Basis aufgestellte Gesellschaftsform, im Gegensatz zur deutschen, die sich sehr stark an das Aktienrecht anlehnt.

Über die rechtliche Ausgestaltung kann sich diese Arbeit nicht auslassen, da dies weit über ihren Rahmen hinausreichen würde. Es sei hier auf die reichhaltige diesbezügliche Literatur verwiesen, insbesondere auf diejenige die schweizerische G. m. b. H. beschlagend, so Guhl, „Das Recht der G. m. b. H.“, Haab, „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, Scherrer, „Die G. m. b. H.“, u. a. m.²²⁾

²¹⁾ Botschaft S. 275; Guhl, G. m. b. H. S. 6; Haab S. 34.

²²⁾ Vide Literaturverzeichnis.

II. Kapitel.

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 4. Gründe der Umwandlung.

Das Schweizerische Obligationenrecht kennt nirgends einen direkten Zwang zur Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine G. m. b. H.

Wie aber bereits erörtert, sieht Art. 2 der Übergangsbestimmungen zum revidierten Teil des Obligationenrechts vor, daß nach dem Zeitpunkt vom 1. Juli 1942 nurmehr Aktiengesellschaften, welche ein Mindestkapital von 50 000 Franken aufweisen, als solche anerkannt werden. Dies ist meines Erachtens, wenn auch nicht ein direkter, so doch ein indirekter Zwang für alle diejenigen bestehenden Aktiengesellschaften, welche entweder ihr Grundkapital nicht erhöhen können oder wollen, was aus den verschiedensten Gründen möglich ist, sich aber doch nicht der Möglichkeit der beschränkten Haftung begeben wollen. Unternehmungen dieser Art wird es eine große Zahl geben, weisen doch z. Z. der Revision des Obligationenrechtes mehr als 65% aller Aktiengesellschaften ein Grundkapital unter 50 000 Fr. auf¹⁾.

Vor der Revision des Aktienrechtes, das eine untere Grenze für das Grundkapital nicht kannte, war die Gründung solcher mittlerer, kleiner und kleinster Aktiengesellschaften möglich, ja sogar geboten für alle diejenigen Unternehmungen, die sich die beschränkte Haftung zugute kommen lassen wollten. Das neue Obligationenrecht limitiert nun allerdings auch das Grundkapital der G. m. b. H. auf minimal 20 000 Fr. So wird es kommen, daß die Zwerggebilde von Aktiengesellschaften, die bisher bestanden, sich auch nicht der Gesellschaftsform der G. m. b. H. bedienen können, sondern sich wieder in jenes Gebiet zurückbegeben müssen, in welches sie tatsächlich gehören, – in die Form der Personalgesellschaft.

¹⁾ Hefti S. 14; Scherrer S. 121.

Der gesetzliche, indirekte Zwang zur Umwandlung wird durch den Gesetzgeber in seinen Auswirkungen in gewissem Maße gemildert, indem die Art. 824 bis 826 OR die Möglichkeit vorsehen, die Umwandlung ohne Liquidation vorzunehmen, und dadurch die ungestörte Fortsetzung des Betriebes und die Kontinuität des Unternehmens zu wahren²⁾.

Neben diese, durch das Gesetz indirekt aufgezwungene Umwandlung tritt aber auch die aus wirtschaftlichen Gründen durch die Gesellschaft selbst erwogene. Seimert³⁾ hat dieses Problem in einem lapidaren Satz ausgedrückt: „Die Umwandlung einer AG. in eine G. m. b. H. ist überall geboten, wo die Form der Aktiengesellschaft zu den Unternehmen weniger zu passen scheint als die der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.“ Dieses Nichtpassen der Form der Aktiengesellschaft kann in den mannigfaltigsten Umständen und Tatsachen begründet liegen, deren vollständige Aufzählung unmöglich ist, sind sie doch von Fall zu Fall verschieden. Nur einige Möglichkeiten seien hier erwähnt: Die durch die Grundidee der Aktiengesellschaft, welche die Assoziationsform für Großunternehmungen bilden soll, bedingte Kompliziertheit der Organisation und Geschäftsführung wird für viele Gesellschaften überflüssig sein, so insbesondere für solche, die einen vorwiegend privaten Charakter tragen⁴⁾. Diesen entspricht die Form der G. m. b. H. viel besser mit ihrer einfachen und daher bedeutend billigeren Organisation⁵⁾. Überdies bietet sich die erhöhte Möglichkeit des Einflusses der Gesellschafter auf die Geschäftsführung⁶⁾, indem die G. m. b. H., wie Egger⁷⁾ sich ausdrückt, einen „viel stärkeren persönlichen Gehalt“ aufweist als die Aktiengesellschaft.

²⁾ Guhl, Aktienrecht S. 82; Guhl, G. m. b. H. S. 20; Scherrer S. 120.

³⁾ Seimert S. 7.

⁴⁾ Hasenclever S. 10; Jörg S. 9.

⁵⁾ Scherrer S. 121.

⁶⁾ Guhl S. 20 (G. m. b. H.); Quandt S. 5.

⁷⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 481.

Alle diese bestehenden Aktiengesellschaften, welche sich in einer derartigen Lage befinden, werden die Umwandlung in die für sie günstigere Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne gesetzlichen Zwang, aus rein finanzpolitischen Gründen vornehmen.

Die Frage der Umwandlung wird aber nicht bloß für die bereits bestehenden Aktiengesellschaften von Bedeutung sein, sondern sie wird immer wieder praktisch bleiben. Immer wieder wird es sich im Laufe der Zeit ergeben, daß für eine bestehende, nach dem 1. Juli 1937 gegründete Aktiengesellschaft, diese einmal gewählte Assoziationsform nicht paßt, sei es, daß von Anfang an ein Mißgriff erfolgte, oder daß sich die Verhältnisse der Gesellschaft derart veränderten, daß die Form der Aktiengesellschaft besser durch diejenige der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ersetzt wird. Solche im Laufe der Zeit sich ergebende Veränderungen können sich durch Erweiterung oder Verengung des bisherigen Gesellschaftszweckes ergeben. Auch die Tatsache, daß die Gesellschaftsanteile in die Hände einiger weniger Großaktionäre gelangten oder große Verluste der Aktiengesellschaft zu verzeichnen sind, können die Umwandlung rechtfertigen.

Diesen Überlegungen ist auch der Gesetzgeber gefolgt, indem er, anschließend an das deutsche Recht, den in das Gesetz aufgenommenen Umwandlungsbestimmungen der AG. in die G. m. b. H. (Art. 824—826 OR) nicht nur vorübergehende (bis zum 1. Juli 1942), sondern dauernde Geltung verschafft hat. Somit wird ermöglicht, auch nach dem erwähnten Zeitpunkte den Wechsel in der Gesellschaftsform durch Umwandlung vorzunehmen, und nicht auf den weit komplizierteren und kostspieligern Weg der Auflösung der Aktiengesellschaft und der Neugründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung angewiesen zu sein⁸⁾.

⁸⁾ Seimert S. 9; für das schweizerische Recht: Protokoll der Exp.komm. S. 545.

§ 5. Rechtsvergleichende Darstellung der Umwandlung.

Wie bei der kurzen Betrachtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche und anläßlich der Auseinandersetzung der Gründe der Umwandlung sich zeigte, war überall das deutsche Recht von maßgebender Bedeutung. In Deutschland waren die Verhältnisse vor 1892, d. h. vor der Einführung der Gesellschaftsform der G. m. b. H., durchaus ähnlich denjenigen, wie wir sie vor der Revision des Obligationenrechts selbst erlebten. Viele Unternehmungen hatten zur Aktiengesellschaft Zuflucht genommen, obwohl ihnen diese Form wesensfremd war.

Die §§ 80 und 81 des Reichsgesetzes betr. die G. m. b. H. enthielten Bestimmungen zur Erleichterung der Umwandlung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Diese Erleichterungen waren bedingt durch wirtschaftliche Faktoren, hätte doch ohne sie die Auflösung der Aktiengesellschaft und Neugründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß § 301 HGB mit allen seinen Sicherungsvorschriften auf dem Wege der Liquidation vor sich gehen müssen. Dadurch wäre die wirtschaftliche Existenz des Betriebes eventuell in Frage gestellt⁹⁾. Aber auch rechtlich wäre die Durchführung der Liquidation nicht haltbar, da sie doch im Gegensatz zur Umwandlung nicht nur die Form ändern, sondern die Materie selbst zur Auflösung bringen will¹⁰⁾. Die Erleichterungen, wie sie die §§ 80 und 81 des Gesetzes betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsehen, wurden aus den bereits erwähnten Gründen nicht zeitlich begrenzt, sondern in bleibender Geltung in das Gesetz aufgenommen. Sie galten jedoch nur für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber für umgekehrte und andere Fälle (z. B. Umwandlung einer Kommanditaktiengesellschaft

⁹⁾ Jörg S. 10 und der dort zitierte Parisius und Krüger, Das Reichsgesetz betr. die G. m. b. H., 1901, S. 115 ff.

¹⁰⁾ Eltze S. 11.

oder Genossenschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung)¹¹⁾. Die §§ 80 und 81 des erwähnten Gesetzes ermöglichten es, unter Ausschaltung der Liquidation und des Sperrjahres, das Vermögen der Aktiengesellschaft auf dem Wege der Universalsukzession mit der Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf dieselbe übergehen zu lassen¹²⁾.

Das deutsche Aktiengesetz¹³⁾, das am 1. Oktober 1937 in Kraft erwuchs, hob die §§ 80 und 81 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. auf. Die deutsche Gesetzgebung schließt sich mit der Regelung, wie sie das Aktiengesetz vorsieht, der Idee des österreichischen Gesetzgebers (Österreichisches Gesetz über die G. m. b. H. vom 6. März 1906) an. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung tritt demnach ex lege in die Rechte und Pflichten der Aktiengesellschaft ein und setzt deren Rechtssubjekt fort. Die ganze Übertragung geschieht durch eine Satzungsänderung.

Eine Übertragung des Vermögens der Aktiengesellschaft an die Gesellschaft mit beschränkter Haftung findet nach dieser Konstruktion, die die Identität der beiden Gesellschaften vertritt, nicht statt¹⁴⁾.

Auch Polen schließt sich in einer Verordnung vom 30. Dezember 1924 dieser Ansicht an¹⁵⁾.

Eine sehr weitgehende Regelung sieht das französische Gesetz der Société à responsabilité limitée vom 7. März 1925 in seinem Art. 41 vor, indem es der Umwandlung keine andern Schranken als die der Wahrung der Rechte Dritter überträgt und alles andere der Rechtspraxis überläßt¹⁶⁾. Die Erleichterungen der Umwandlung sind nach Art. 41 leg. cit. auch auf andere Umwandlungen anwendbar.

¹¹⁾ Staub/Hachenburg S. 379.

¹²⁾ Staub/Hachenburg S. 379.

¹³⁾ Godin/Wilhelmi S. 852.

¹⁴⁾ Quandt, S. 9, prägte den Satz: „Das Vermögen wechselt nicht den Herrn, sondern der Herr wechselt nur den Namen.“

¹⁵⁾ Zit. bei Hefti S. 21.

¹⁶⁾ Jörg S. 11; Hefti S. 21.

Unbefriedigend ist die Lösung, wie sie Liechtenstein in seinem Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926 in Art. 425 aufweist. Die Umwandlung ist in verschiedenen Möglichkeiten, so die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft ohne Haftung oder in eine solche mit beschränkter Haftung der Genossenschafter, in eine Kollektivgesellschaft mit beschränkter Haftung usw. gegeben, unter Ausschaltung der Liquidation und Einräumung der Universalsukzession. — Demgegenüber sind die Gläubiger völlig ungeschützt, indem sie weder Befriedigung, noch Sicherstellung verlangen können¹⁷⁾.

§ 6. Die Umwandlung nach Schweizerischem Obligationenrecht.

1. Wesen und Begriff der Umwandlung.

Nachdem nunmehr die Umwandlung in Streiflichtern rechtsvergleichend beleuchtet worden ist, soll ihr Wesen und Begriff nach Schweizerischem Obligationenrecht untersucht und abgeklärt werden. Bei der Betrachtung von Wesen und Begriff der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung müssen zwei Hauptgruppen in Betracht gezogen werden.

a) In wirtschaftlicher Beziehung

kennen wir den Ausdruck „Umwandlung“ schon längst, und zwar in den verschiedensten Bedeutungen. Beispielsweise spricht man von Umwandlung eines Unternehmens, wenn dasselbe seinen Zweck ändert, seinen Betrieb vergrößert oder verkleinert, usw. Diese Umwandlung kann, muß aber nicht mit rechtlichen Folgen verbunden sein. Eine Umwandlung hat in allen diesen Fällen nur die wirtschaftliche Seite des Unternehmens erfahren, selten die rechtliche. Dieser Begriff der Umwandlung im wirtschaftlichen Sprachgebrauch hat aber nichts gemein mit dem rechtlichen, der im Gegensatz zu diesem die wirtschaftliche

¹⁷⁾ Hefti S. 21.

Basis unangetastet läßt, sich einzig der rechtlichen Struktur des Unternehmens widmet. Es ist somit die Erhaltung des Unternehmens in veränderter Rechtsform. „Ein und derselbe wirtschaftliche Körper tritt im Rechtsverkehr in zwei verschiedenen, zeitlich aufeinanderfolgenden Rechtsformen auf.“¹⁸⁾ Man kann durchaus mit Hasenclever einig gehen, daß es unerwünscht ist, wenn neben dem Vermögen des Unternehmens auch dessen Gegenstand, sein Zweck durch Umwandlung — im Sinne des Gesetzes — verändert wird¹⁹⁾. Gerade in dieser Kontinuität des Unternehmens liegt die wirtschaftliche Bedeutung der Umwandlung im Rechtssinne.

b) In rechtlicher Beziehung²⁰⁾

ist die Frage nach der Natur des Institutes bedeutend schwieriger zu beantworten. „Umwandlung“ — wie sie das Gesetz (Art. 824—826 OR) vorsieht — ist für das schweizerische Recht ein neuer juristischer Begriff.

Vor allem muß die Umwandlung von allen jenen rechtlichen Vorgängen abgesondert werden, die zwar ebenfalls eine rechtliche Veränderung des Unternehmens unter Wahrung dessen Substanz und der wirtschaftlichen Kontinuität bewirken. Der Wegfall der Liquidation ist — wie wir bereits gesehen haben — ein für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine G. m. b. H. charakteristisches Moment.

Der Umwandlung ähnlich ist die Fusion. Fusion bedeutet im Rechtssinne das Aufgehen einer Gesellschaft in einer andern. Wesentlich ist ihr somit, daß immer mehrere Rechtssubjekte vorhanden sein müssen, wovon eines oder mehrere verschwinden, während bei der Umwandlung in jedem Zeitpunkte immer nur ein Rechtssubjekt vorhanden ist²¹⁾. Es kann bei der Fusion durch

¹⁸⁾ Staub/Hachenburg S. 139 § 80 Anmerkung 10.

¹⁹⁾ Hasenclever S. 12; a. M. Seimert S. 35.

²⁰⁾ Hasenclever S. 12 ff.; Hefti S. 24 ff.; Jörg S. 15 ff.; Scherrer S. 122 ff.

²¹⁾ v. Steiger S. 90.

statutarische Vereinbarung die Liquidation ausgeschlossen werden. Der Vorgang ist somit ebenfalls ein Wechsel der Unternehmungsform unter Wahrung der Substanz des Unternehmens. In der deutschen Literatur wird von Lehmann und Wiener²²⁾ die Fusion als Fall der Umwandlung behandelt, was jedoch nicht zutrifft; einzig eine gewisse Rechtsverwandtschaft dieser beiden Institute ist zu anerkennen²³⁾. Es ist daher nicht erstaunlich, wenn Huber in seinem Bericht zum Vorentwurf I die Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine G. m. b. H. als fusionsähnlichen Vorgang bezeichnet. Diese Ansicht wurde aber bereits in der Expertenkommission modifiziert²⁴⁾.

Mit Jörg²⁵⁾ kann man sagen, daß der rechtliche Vorgang auch nicht als Kauf betrachtet werden kann, obwohl in wirtschaftlicher Beziehung der Umwandlungseffekt einem Kauf des Gesamtaktivvermögens der Aktiengesellschaft durch die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung entspricht. Das Kaufgeschäft setzt immer zwei tätige Rechtssubjekte voraus. Dies trifft aber bei der Umwandlung nicht zu, da die Entstehung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Untergang der Aktiengesellschaft voraussetzt.

Wie wir bereits bei der Betrachtung der Regelung der Umwandlung nach deutschem Recht gesehen haben, lehnt sich dieses in seiner Neugestaltung von 1937 (Aktien-gesetz) an die österreichische Gesetzgebung und damit an die Identitätslehre Quandts²⁶⁾ an.

Wenn Jörg²⁷⁾ behauptet, daß diese Theorie Quandts unhaltbar sei, so ist dem durchaus beizupflichten. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist ein vollständig selbständiges Rechtsgebilde, das im Vergleich mit der

²²⁾ Zit. bei Hasenclever S. 13.

²³⁾ z. T. a. M. Hasenclever S. 13.

²⁴⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 537.

²⁵⁾ Jörg S. 16.

²⁶⁾ Quandt S. 12.

²⁷⁾ Jörg S. 17.

Aktiengesellschaft wesentliche Unterschiede aufweist. Daß aber wesentlich verschiedene Rechtsgebilde trotzdem identisch sein sollen, ist selbst für das juristische Denken ein Ding der Unmöglichkeit.

Das Schweizerische Obligationenrecht steht auf einem andern Standpunkt und schließt sich der früheren deutschen Regelung (§ 80 des deutschen G. m. b. H.-Gesetzes) an²⁸⁾. Diese Ansicht ergibt sich eindeutig aus der gesetzlichen Ausdrucksweise in Art. 825 OR, der von der „aufgelösten“ und der „neuen“ Gesellschaft spricht²⁹⁾.

Die Umwandlung nach schweizerischem Recht ist somit begrifflich die durch die gesetzlichen Vorschriften (Art. 824—826 OR) geregelte Verbindung der Auflösung der AG. mit der gleichzeitigen Errichtung einer G. m. b. H., wobei das Vermögen uno actu, d. h. durch Universal-sukzession, von der alten auf die neue Gesellschaft übergeht³⁰⁾.

2. Voraussetzungen der Umwandlung³¹⁾.

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung knüpft das Gesetz (Art. 824 OR) an folgende drei Voraussetzungen:

a) OR Art. 824 Ziff. 1:

„Das Stammkapital der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf nicht geringer sein als das Grundkapital der Aktiengesellschaft.“

Das Stammkapital, das bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Stelle des Grundkapitals der frühern Aktiengesellschaft vertritt, muß zur Sicherung der Gläubiger erhalten bleiben. Das Stammkapital soll, wie bei der AG. das Grundkapital, die materielle Grund-

²⁸⁾ Vgl. Brodmann S. 264, § 80 Anm. 1.

²⁹⁾ Scherrer S. 122.

³⁰⁾ Vgl. auch Ziff. 3 hiernach.

³¹⁾ Guhl, Aktienrecht S. 82; Guhl, G. m. b. H. S. 21; Hasenclever S. 51; Hefti S. 34; Jörg S. 46; Müller S. 71; Botschaft S. 283.

lage für die Gesellschaft sichern³²⁾. Es bildet die Summe aller Stammeinlagen, d. h. der Wertbeträge, mit welchen sich die Gesellschafter an der Gründung der G. m. b. H. zu beteiligen verpflichten. Die Stammeinlage hat ein persönlicheres Gepräge als die Aktie. Während bei der Aktiengesellschaft mehrere Aktien in der Hand eines einzelnen Aktionärs ihre Selbständigkeit bewahren, kann ein Gesellschafter bei der Gründung einer G. m. b. H. sich nur mit einer Stammeinlage beteiligen, die mindestens 1000 Fr. oder ein Vielfaches davon betragen muß (Art. 774 OR). Analog dem Grundkapital im Aktienrecht ist bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter Stammkapital in der Gesetzessprache lediglich dessen Nominalbetrag zu verstehen³³⁾, ohne Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen und die Höhe der erfolgten Einzahlungen³⁴⁾. Enge Beziehungen zwischen dem Stammkapital und dem Gesellschaftsvermögen sind nicht bestreitbar. So bestimmt das Stammkapital, obwohl es von dem wirklichen Vermögen abweicht, „denjenigen Wert reinen Aktivvermögens, welchen die Gesellschaft ihren Gläubigern unter allen Umständen zu reservieren verspricht“³⁵⁾.

Um den Zweck der Umwandlung und damit die Kontinuität des Unternehmens zu sichern, muß die Grundlage der neuen Gesellschaft reell aufgebaut sein. Dies stellte den Gesetzgeber vor die Frage der Setzung von Mindestgrenzen für das Stammkapital. Analog dem deutschen, österreichischen und französischen Rechte, als auch dem italienischen Entwurf, wurde nach langen Kontroversen ein Mindestkapital von 20 000 Fr. für die Gesellschaft

³²⁾ Vgl. auch Gegenbauer, Peter, Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der AG. und dem Stammkapital der G. m. b. H., Berner Diss. 1932.

³³⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 549 (Hulftegger).

³⁴⁾ Bei der Gründung der G. m. b. H. müssen mindestens 50 % der Einlage einbezahlt oder durch Sacheinlagen gedeckt werden (Art. 774 Abs. 2 OR); vgl. hiezu Protokoll S. 487/488.

³⁵⁾ Staubs Kommentar z. HGB § 178; vgl. auch Seimert S. 18.

mit beschränkter Haftung (50 000 für die A.G.) zur gesetzlichen Regelung (OR Art. 773)³⁶⁾. Ebenso wurde für die G. m. b. H. eine Höchstgrenze von 2 000 000 Fr. festgesetzt. Durch diese Obergrenze soll die G. m. b. H. für kleine und mittlere Betriebe reserviert bleiben. Die Idee des Gesetzgebers ging dahin, Großunternehmungen dadurch in die Form der Aktiengesellschaft zu zwingen. Den Gegnern dieser Maximalgrenze³⁷⁾, deren Argumente zum Teil wesentliche Punkte berühren, kann entgegengehalten werden, daß wohl Großunternehmungen, denen die G. m. b. H. wirtschaftlich besser dienen würde, möglich sind, daß aber die Frage des Gläubigerschutzes dem Gesetzgeber ebenso sehr am Herzen lag, wie diese vereinzelt vorkommenden Fälle. Diese höchste Kapitalkonzentration in den Händen weniger Gesellschafter, wie sie die Gegner der Maximalgrenze als möglich erachten, müßte unbedingt dazu führen, daß gemäß den Haftungsverhältnissen diese wenigen Gesellschafter solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des Stammkapitals aufzukommen hätten. Wer leistet in diesen Fällen Gewähr, daß die Summe der privaten Vermögen der Gesellschafter hierzu ausreicht? Die Gefahr für die Gläubiger, im Falle der Überschuldung mit nachfolgender Liquidation der Gesellschaft vollständig, oder zumindest zum großen Teil ungedeckt zu bleiben, könnte unter Umständen bis zur Wahrscheinlichkeit gesteigert werden.

Wesentlich anders verhält es sich dagegen mit dem Problem der Beschränkung der Mitgliederzahl. Zweck der Gesellschaft mit beschränkter Haftung soll, wie eingangs dargestellt, im Gegensatz zur Aktiengesellschaft eine bessere Einwirkung des Geldgebers auf die Geschäftsführung sein. Um der G. m. b. H. diese besondere Funktion zu

³⁶⁾ Über die Entstehung und Begründung dieser Bestimmung vide Hefti S. 5, sowie die dort zit. Lit.; a. M. Jörg S. 47 ff. und zit. Lit.

³⁷⁾ So auch Egger, SJZ, Jahrgang 34, Nr. 14, S. 209; Hefti S. 37; Jörg S. 49.

sichern, hat Eugen Huber in seinem Bericht zum Vor-entwurf I³⁸⁾ die Höchstzahl der Teilnehmer auf 30 beschränkt. Die Expertenkommission gelangte jedoch zur Ablehnung dieser Beschränkung, unter anderem, um diese Gesellschaftsform auch den Kartellen zugänglich zu machen³⁹⁾. Der Gesetzgeber hat hier zugunsten einiger weniger Kartelle, die sich dieser Form bedienen werden, eine große Chance zur Sicherung des Charakters der G. m. b. H. leider fallen gelassen.

Die Vorschrift, daß das Stammkapital der neuen Gesellschaft nicht geringer sein darf als das Grundkapital der alten Aktiengesellschaft, bewirkt folgende Möglichkeiten:

Wenn das Grundkapital einer Aktiengesellschaft den Nominalbetrag von 20 000 Fr. nicht erreicht, so kann eine Umwandlung nur erfolgen nach stattgehabter Kapitalerhöhung, sei es auf aktienrechtlichem Wege oder durch Verpflichtung der der neuen Gesellschaft beitretenden Gesellschafter, seien es alte Aktionäre oder neue, eintretende Gesellschafter, zur Übernahme von Stammeinlagen in die neue G. m. b. H. Voraussetzung ist hierbei, daß mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals durch bisherige Gesellschafter übernommen werden.

Aktiengesellschaften, die ein Grundkapital von über zwei Millionen aufweisen, sich aber trotzdem der Form der G. m. b. H. bedienen wollen, stehen vor der rechtlichen Lage, daß einerseits Art. 824 Ziff. 1 OR vorschreibt, daß das Stammkapital nicht geringer sein dürfe als das Aktienkapital, — anderseits bestimmt Art. 773 OR, daß das maximale Stammkapital zwei Millionen Franken betragen dürfe. Hier ergeben sich gewisse Schwierigkeiten. Hefti zeigt in seinen Darlegungen einen illegalen Weg über die Unterbewertung und stille Darlehen auf⁴⁰⁾. Er bezeichnet seine Lösung, völlig zu Recht, als ungesund.

³⁸⁾ Zit. bei Hefti S. 38.

³⁹⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 483.

⁴⁰⁾ Hefti S. 37.

Wie wir aber bereits gesehen haben, ist es durchaus der Wille des Gesetzgebers, alle diese großen Unternehmungen von der G. m. b. H. fernzuhalten, ihnen zumindest nicht die Erleichterungen der Umwandlung zukommen zu lassen. Für Aktiengesellschaften, welche sich in dieser Situation befinden, sich aber trotzdem für die Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung entscheiden, sei es, daß ihnen ein geringeres Gesellschaftskapital wirtschaftlich genügt oder aus andern Gründen, bleiben die Möglichkeiten der Kapitalherabsetzung mit nachheriger Umwandlung oder diejenige der Auflösung und Liquidation der AG. mit Neugründung einer G. m. b. H. offen.

Innert dem gesetzlichen Rahmen stellt sich einem höheren Stammkapital der neuen Gesellschaft als das Grundkapital der Aktiengesellschaft das Gesetz nicht in den Weg, sofern alle Gesellschafter hierzu ihre Zustimmung erteilen.

Diese Vorschrift, daß das Stammkapital nicht geringer sein dürfe als das Grundkapital der Aktiengesellschaft, betrifft, wie bereits dargelegt, nicht das Vermögen. Durch die Bestimmung, daß eventuell bis zu einem Drittel der bisherigen Aktionäre sich an der neuen Gesellschaft nicht zu beteiligen brauchen und Sicherstellung oder Auszahlung ihres Vermögensanteiles an der Aktiengesellschaft verlangen können, kann das eingebrachte Vermögen wesentlich geringer sein als dasjenige der AG. Sinkt das Vermögen so unter den Betrag des Stammkapitals, so ergibt sich eine Unterbilanz. Eine Sanierung im Wege der Ansetzung eines kleinern Stammkapitals ist nicht möglich. Um in diesem Falle trotzdem zur Umwandlung zu gelangen, müssen die Aktionäre Zuzahlungen leisten, sei es in Form von barem Geld oder durch Verpflichtung zur Übernahme entsprechend höherer Stammeinlagen. Es können aber zu diesem Zwecke auch neue Gesellschafter aufgenommen werden⁴¹⁾. Diese Art von Sanierung hat, wie Heftj betont,

⁴¹⁾ a. M. Seimert S. 21.

gegenüber derjenigen durch Herabsetzung des Grundkapitals, welche eine Aufforderung an die Gläubiger bedingt (Art. 733 OR), den wesentlichen Vorteil, daß die Öffentlichkeit kaum etwas davon erfährt und das Unternehmen in seiner Kreditfähigkeit nicht berührt wird. — Das eingebrachte Vermögen kann unter Umständen trotz den Auszahlungen an die ausscheidenden Aktionäre gleichbleiben oder sogar wesentlich größer sein als das Stammkapital der G. m. b. H.

b) OR Art. 824 Ziff. 2:

„Den Aktionären ist durch eine Bekanntmachung in der in den Statuten vorgeschriebenen Form Gelegenheit zu geben, sich bis zum Nominalbetrage ihrer Aktien bei der neuen Gesellschaft zu beteiligen.“

Diese Bestimmung stellt das, wenn auch begrenzte, Recht des Aktionärs zur Beteiligung an der G. m. b. H. auf. Die entsprechende Aufforderung hat von der Verwaltung auszugehen und muß nach Gesetz in der statutarisch vorgeschriebenen Form geschehen. Entgegen dem deutschen Recht sieht das Obligationenrecht die öffentliche nicht als die übliche Form voraus. Diese wird aber durchwegs notwendig sein, da die einzelnen Aktionäre in den seltensten Fällen bekannt sind⁴²⁾. Die Aktionäre sollen durch diese Bekanntmachung aufgefordert werden, sich über ihre Beteiligung an der G. m. b. H., und den Betrag der beabsichtigten Beteiligung auszusprechen. Eine angemessene Fristansetzung ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber für die Praxis sich als unerläßlich erweisen⁴³⁾. Jeder Aktionär, ob er dem Umwandlungsbeschluß, auf den wir zurückkommen werden, zugestimmt hat oder nicht, hat dieser Vorschrift zufolge ein Recht auf Beteiligung an der G. m. b. H. Hachenburg⁴⁴⁾ bezeichnet die Zusage der Beteiligung als vorvertragsähnliche

⁴²⁾ So auch Haab, Vorlesung über das Gesellschaftsrecht.

⁴³⁾ Müller S. 71.

⁴⁴⁾ Staub/Hachenburg S. 391, § 80 Anm. 32.

Verpflichtung zum Abschluß des zukünftigen Gesellschaftsvertrages, die den Aktionär beim Nichteinhalten seiner eingegangenen Verpflichtungen schadenersatzpflichtig macht. Das Gesetz begrenzt das Recht des Aktionärs auf Beteiligung an der G. m. b. H. in seiner Fassung „bis zum Nominalbetrage“ nur nach unten und statuiert dadurch die gesetzliche Pflicht der neuen G. m. b. H., dem alten Aktionär bis zu diesem Betrage die Beteiligung zu gewähren. Der Gesetzgeber stellt sich damit auf die Seite des Aktionärs⁴⁵⁾, der gegen Entzug seiner Gesellschaftsrechte geschützt werden soll. Über die Frage, ob der Aktionär auch einen größeren Anteil, als der Nominalbetrag seiner Aktie ausmacht, übernehmen kann, darüber schweigt sich das Gesetz aus. Diese letztere Möglichkeit findet sich im deutschen und österreichischen Recht vertreten⁴⁶⁾. Aus der Einstellung des schweizerischen Gesetzgebers, der neben dem Gläubigerschutz auch den Schutz der Aktionäre als Gesamtheit in den Vordergrund stellt, ist diese Lösung ohne gewisse Einschränkungen nicht denkbar. Wohl würde das derart erhöhte Stammkapital, das den minimalen Haftungsbetrag der Gesellschaft darstellt, einen erweiterten Gläubigerschutz gewähren. Diesem Vorteil der Gläubiger würde aber die vermehrte Haftung der Gesellschafter, insbesondere im Falle der nicht voll einbezahlten Stammanteile, gegenüberstehen. Eine Beteiligung über den Nominalbetrag hinaus ist daher nur möglich, sofern alle sich beteiligenden Gesellschafter dieser Maßnahme zustimmen⁴⁷⁾. Aktionäre, die sich nicht oder nur mit einem Teil ihres Aktienbetrages an der G. m. b. H. beteiligen wollen, stehen den Gläubigern der Aktiengesellschaft gleich. Wie wir sehen werden, können sie entsprechend den Gläubigern entweder Sicherstellung oder Ausrichtung ihres Vermögensanteiles verlangen. Aus-

⁴⁵⁾ Guhl, Aktienrecht S. 82.

⁴⁶⁾ Brodmann S. 284, § 80 Anm. 4a; Liebmann S. 362, § 80 Anm. 3 und zit. Lit.

⁴⁷⁾ Gleicher Meinung auch Hefti S. 45; a. M. Jörg S. 57.

zahlungen an die Aktionäre dürfen jedoch erst nach Sicherstellung oder Befriedigung aller jener Gläubiger der AG., welche dies verlangten, erfolgen.

Art. 657, Abs. 3 OR besagt, daß dem Genußschein keine Mitgliedschaftsrechte, sondern nur vermögensrechtliche Ansprüche zukommen. Sie bieten daher auch keinen Grund zur Zulassung zur Beteiligung an der neuen G. m. b. H., können jedoch auf die neue Gesellschaft übertragen werden.

Vorzugsaktien können gemäß den Vorschriften von Art. 655 OR durch Abstimmung beseitigt werden⁴⁸⁾.

c) OR Art. 824 Ziff. 3:

„Die Beteiligungen müssen zusammen mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals der bisherigen Gesellschaft betragen.“

Diese zwingende Gesetzesvorschrift ist die einfache Ergänzung zur Gewährleistung der wirtschaftlichen Kontinuität bei der Umwandlung. Neben dem Gedanken der Erhaltung des persönlichen Elementes war hierfür derjenige der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage des Unternehmens ausschlaggebend. Die Pflicht zur Erhaltung der Deckung des gleichbleibenden Grundkapitals würde unter Umständen, trotz eifrigsten Suchens neuer Gesellschafter, nahezu unmöglich werden⁴⁹⁾. Für die Berechnung der gesetzlich geforderten zwei Dritteile des Grundkapitals dient auch hier der Nennwert als Basis. Im Gegensatz zur schweizerischen Regelung verlangt das deutsche Recht eine Beteiligung von drei Vierteln des Grundkapitals⁵⁰⁾.

⁴⁸⁾ So auch Hefti S. 47; Jörg S. 56; für das deutsche Recht: Staub/Hachenburg S. 391, § 80 Anm. 31.

⁴⁹⁾ A. M. Seimert S. 21; vgl. auch Hasenclever S. 57.

⁵⁰⁾ Vgl. Hefti S. 46.

3. Verfahren der Umwandlung⁵¹⁾.

Bezeichnen wir die Umwandlung als ein Verfahren, so müssen wir folgerichtig annehmen, daß sie sich aus einer Reihe von Tätigkeiten zusammensetzt, welche auf dasselbe Ziel gerichtet sind. Die beiden Vorentwürfe zur Revision des Schweizerischen Obligationenrechts regelten das Verfahren äußerst knapp und beschränkten sich auf einen einzigen Artikel⁵²⁾. Erst die Beratungen der Expertenkommission brachten eine etwas klarere, wenn auch immer noch nur andeutungsweise Regelung. Die Lücken, die das Gesetz aufweist, müssen durch Auslegung und Analogie aus dem Aktienrecht ausgefüllt werden.

Die einzelnen Phasen des Verfahrens, wie wir sie in der Folge behandeln werden, können zeitlich durchaus zusammenfallen. Aus praktischen Gründen werden sie aber, wenn immer möglich, auseinandergehalten werden, da sonst die Gefahr besteht, kostspielige und langwierige Vorbereitungen nutzlos getroffen zu haben.

Den Auftakt zur Umwandlung bildet die Aufforderung der Aktionäre, sich über die Beteiligung an der neuen Gesellschaft auszusprechen. Dieser Teil des Umwandlungsverfahrens wurde, da es sich um eine der drei gesetzlichen Voraussetzungen der Umwandlung handelt, bereits dort eingehend erörtert.

Der Umwandlungsbeschluß, der sich als die statutengemäß erfolgte Willensäußerung der Gesellschaft, nach den Bestimmungen des Gesetzes sich in eine G. m. b. H. umzuwandeln, darstellt, schließt sich daran an. Die Fähigkeit, über diesen Vorgang sich auszusprechen, kann selbstverständlich nur vom obersten Organ der Aktiengesellschaft, der Generalversammlung, ausgehen.

⁵¹⁾ Für das deutsche Recht: Brodmann S. 282 ff. § 80; Eltze S. 15 ff.; Hasenclever S. 18 ff. u. 264 ff.; Liebmann S. 361 u. zit. Lit.; Seimert S. 45; für das schweiz. OR: Protokoll S. 547; Guhl, Aktienrecht S. 83; Hefti S. 48; Jörg S. 22 ff.; Müller S. 71 ff.

⁵²⁾ Jörg S. 23.

Ausgenommen sind die Fälle, da die AG. gemäß ihren Statuten zeitlich befristet oder die Umwandlung in eine G. m. b. H. vorgesehen ist. Einzig in diesen Fällen ist eine Übertragung dieser Befugnis möglich⁵³⁾.

Die Umwandlung beginnt somit mit einem Beschluß der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Naturgemäß sind hierfür die aktienrechtlichen Bestimmungen maßgebend (OR Art. 698 bis 706). Die Einberufung zur Generalversammlung⁵⁴⁾ hat den aktienrechtlichen und statutarischen Vorschriften gemäß zu erfolgen und den Gegenstand der Beschlußfassung zu erwähnen, so z. B. „Auflösung der AG. zwecks Umwandlung in eine G. m. b. H.“. Würde in der Traktandenliste der Generalversammlung nur „Auflösung der AG.“ eingestellt und der Beschluß auf Umwandlung gefaßt, so wäre dieser anfechtbar, da keine ordnungsgemäße Bekanntmachung dem Umwandlungsbeschlusse zugrunde liegen würde. Anders verhält es sich, wenn nur die „Beschlußfassung über die Umwandlung der AG. in eine G. m. b. H.“ gehörig bekanntgegeben worden ist, da diese die Auflösung in sich schließt. Hier wäre eine Anfechtung des Beschlusses abzulehnen⁵⁵⁾. Abweichungen von der Notwendigkeit der der Generalversammlung zehn Tage vorgehenden Bekanntmachung der zu behandelnden Geschäfte ergeben sich bei Zustandekommen einer Universalversammlung, wie sie Art. 701 OR vorsieht.

Die Beschlußfassung der Generalversammlung erfolgt gemäß Art. 703 OR, soweit das Gesetz oder die Statuten nichts anderes vorsehen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Das deutsche Gesetz sieht für diesen Beschluß die Notwendigkeit der Zustimmung von mindestens drei Vierteln des vertretenen Grund-

⁵³⁾ So auch Hefti S. 49.

⁵⁴⁾ Vgl. Hefti S. 50; Jörg S. 31; Müller S. 71; speziell auch Guhl, Aktienrecht S. 51.

⁵⁵⁾ So auch Hasenclever S. 22.

kapitals vor. Die Statuten können sogar weiter gehen⁵⁶⁾. Man würde nun geneigt sein, anzunehmen, daß auch nach schweizerischem Recht eine qualifizierte Mehrheit für diesen Beschluß erforderlich sei, insbesondere da Art. 824 Ziff. 3 OR die Beteiligung an der G. m. b. H. von mindestens zwei Dritteln des Grundkapitals der AG., und der Bilanzgenehmigungsbeschluß (OR Art. 825) sogar drei Vierteile des vertretenen Grundkapitals verlangen. Die Umwandlung ist in ihren Wirkungen zum Teil der Auflösung sehr ähnlich. In den weitaus meisten Fällen wird der Zeitpunkt der Umwandlung nicht mit dem in den Statuten festgesetzten Termin zur Auflösung übereinstimmen. Art. 649 OR sieht für den Fall der Auflösung, Erweiterung des Geschäftsbereiches, Verengung und besonders für die Fusion eine Erschwerung der Beschlußfassung dadurch vor, daß mindestens zwei Dritteile sämtlicher Aktien vertreten sein müssen, um gültig Beschluß zu fassen. Ist in einer ersten Generalversammlung dieses qualifizierte Mehr nicht vertreten, so kann eine zweite Versammlung die Auflösung gültig beschließen, sofern auch nur ein Drittel sämtlicher Aktien vertreten ist. Diese zweite Generalversammlung darf jedoch, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen, nicht vor Ablauf von acht Tagen einberufen werden. Die Umwandlung ist aber im entsprechenden Zeitpunkte diesen in Art. 649 OR erwähnten Vorgängen in seiner Tragweite zumindest gleichbedeutend. Es rechtfertigt sich, diese Erschwerung der Beschlußfassung auch für den Umwandlungsbeschluß zur Anwendung zu bringen⁵⁷⁾. Im Falle, da die Umwandlungsfrage mit dem in den Gesellschaftsstatuten zur Auflösung vorgesehenen Zeitpunkte identisch oder die Umwandlung in eine G. m. b. H. in den Statuten bereits vorgesehen ist, fällt diese Erschwerung der Beschlußfassung außer Betracht. Es tritt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, Art. 703 OR in Geltung.

⁵⁶⁾ Hasenclever S. 22 und zit. Lit.

⁵⁷⁾ Hefti S. 51; teilweise a. M. Jörg S. 30.

Die Beschlußfassung ist durch eine Urkundsperson öffentlich zu beurkunden. Der Beschluß selbst muß unmißverständlich den Willen der Versammlungsmehrheit, die Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandeln, zum Ausdruck bringen. Er ist in der Folge beim Handelsregister anzumelden und einzutragen, bewirkt aber, wie noch zu erörtern sein wird, nicht die sofortige Auflösung der Aktiengesellschaft. Die Anfechtbarkeit des Umwandlungsbeschlusses richtet sich nach den aktienrechtlichen Vorschriften. Nach deutscher Regelung kann ein Aktionär, nachdem er seinen Willen zur Beteiligung an der G. m. b. H. kundgegeben hat, die diesbezüglichen Beschlüsse der Aktiengesellschaft nicht mehr anfechten⁵⁸⁾. Es wäre zu begrüßen, wenn auch die schweizerische Rechtspraxis sich dieser Auffassung anschließen würde.

Die rechtliche Wirkung des Umwandlungsbeschlusses, d. h. die Frage, in welchem Zeitpunkte die Auflösung der AG. erfolge, wurde in deutschen Juristenkreisen stark umstritten. Bald nach Inkrafttreten des deutschen Gesetzes betr. die G. m. b. H. trat die von Maaßen und Birkenbihl vertretene Theorie auf⁵⁹⁾. Nach dieser Theorie ist im Auflösungsbeschluß, der nach deutschem Recht die Funktion des Umwandlungsbeschlusses in sich schließt, ohne weiteres die stillschweigende Bedingung enthalten, daß die Auflösung der Aktiengesellschaft erst eintritt, wenn die neue Gesellschaft zustande kommt. Gefolgert wurde diese Annahme in der Hauptsache aus mehr praktischen Überlegungen und aus dem Wortlaut des § 80 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. Letzterer lautet: „Wird eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine G. m. b. H. aufgelöst . . .“ Die Auflösung der Aktiengesellschaft sei daher an die Entstehung der G. m. b. H. geknüpft. Ein Übergangsstadium zwischen der Auflösung

⁵⁸⁾ Brodmann S. 287 § 80 Anm. 6b und zit. Lit. u. RGE.

⁵⁹⁾ Vgl. Hasenclever S. 27 und dort zit. Lit.

der Aktiengesellschaft und der Entstehung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung würde damit nicht in Erscheinung treten. Daß die Schaffung dieser Zwischenzeit aber in der Absicht des deutschen Gesetzgebers lag, ergibt sich aus der Regelung, daß dieses Stadium die Zeit von einem Monat nicht überdauern dürfe. Dieser Wortlaut wäre nach der Maaßen-Birkenbihl'schen Theorie vollständig überflüssig. Die deutsche Rechtsliteratur hat sich in der Folge sehr eingehend mit dieser Theorie auseinandergesetzt und sie vollständig verneint⁶⁰⁾.

Die Meinungen wandten sich wieder dem Willen des Gesetzgebers zu. Darnach ist im Auflösungsbeschluß die bedingungslose Auflösung der Aktiengesellschaft enthalten. Ein Hauptargument der Maaßen-Birkenbihl'schen Theorie, daß nach der bedingungslosen Auflösung der AG. diese aufgehört habe zu existieren und daß daher eine nicht verwaltete Vermögensmasse vorhanden sei, wird entkräftet durch die nach deutschem Recht anerkannte Theorie der Fiktion der Fortsetzung der Rechtspersönlichkeit⁶¹⁾. Fingiert wird darnach das Fortbestehen unter verändertem Zweck. Das Fortbestehen findet seinen Ausdruck vor allem in der Fortdauer der Organisation des Unternehmens, sei es zum Zwecke der Liquidation, der Umwandlung oder aus andern Gründen. Die aufgelöste Gesellschaft bleibt Eigentümerin des gesamten Vermögens. „Die Gesellschaft besteht“, wie Hachenburg sich ausdrückt, „als eine in Umwandlung begriffene, zur Umwandlung bestimmte Gesellschaft.“⁶²⁾ Dieser Zwischenzustand endet entweder mit der Eintragung der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister, wobei zugleich der Vermögensübergang stattfindet, spätestens jedoch innert einer Frist von einem Monat. Kommt die Gründung der

⁶⁰⁾ Eltze S. 15; Hasenclever S. 27 und zit. Lit.; Liebmann S. 206 § 80; Seimert S. 45 und zit. Lit.; Staub/Hachenburg S. 393, § 80, Anm. 37.

⁶¹⁾ Hasenclever S. 34 ff.

⁶²⁾ Zit. bei Hasenclever S. 36.

neuen Gesellschaft nicht zustande, so greift das bisher unterbliebene Liquidationsverfahren statt.

Brodmann⁶³⁾ gelangt wieder zu einer der Maaßen-Birkenbihl'schen Theorie sich annähernden Auffassung, indem er eine Suspensivbedingung im Auflösungsbeschluß der G. m. b. H. anerkennt.

Alle diese Theorien wurden aber durch die deutsche Gesetzgebung überholt, die sich in der neuen Regelung dieser Materie durch das Aktiengesetz vom 1. Oktober 1937 auf den Standpunkt der Identitätstheorie stellt. Darnach bleibt, wie bereits dargestellt, die Rechtspersönlichkeit als solche erhalten; es ändert nur die Form.

Für die schweizerischen Verhältnisse ergibt sich keine klare Stellungnahme des Gesetzgebers. Die Umwandlungsbestimmungen müssen auch hier als lückenhaft bezeichnet werden. Daß sich der Gesetzgeber nicht der Identitätslehre anschließen wollte, haben wir schon früher gesehen, spricht er doch von der „aufgelösten“ und der „neuen“ Gesellschaft. Es ergibt sich daraus der eindeutige Schluß, daß die Auflösung der Aktiengesellschaft gewollt ist. Aus den Umwandlungsbestimmungen ist zu entnehmen, daß die Auflösung zweckbedingt ist. Diese Festlegung der Auflösung rechtfertigt in der Hauptsache den Schluß, daß sie nur eintritt, sofern die Umwandlung tatsächlich auch erfolgt. Die Auflösung wird daher nach schweizerischem Recht erst wirksam mit der Eintragung der G. m. b. H. in das Handelsregister. — Entgegen dem deutschen Recht sieht das schweizerische keine Frist für die Entstehung der G. m. b. H. vor⁶⁴⁾. Bei Nichtzustandekommen der G. m. b. H. ist die Regelung für das schweizerische Recht denkbar einfach, indem die Auflösung der AG. nicht erfolgt ist und diese damit ohne weiteres zu Recht fortbesteht.

⁶³⁾ Brodmann S. 283, § 80, Anm. 26.

⁶⁴⁾ Eine Anregung hierzu gab Wieland in der Expertenkommission. Er verlangte die Aufstellung eines Sperrjahres. Dies wurde jedoch fallen gelassen. Vgl. Protokoll S. 547.

Die Betrachtungen der Voraussetzungen zur Umwandlung haben uns gezeigt, daß zu ihrer Durchführung nur eine Beteiligung von zwei Dritteln des bisherigen Grundkapitals notwendig ist, sofern der restliche Drittel durch neuhinzutretendes Gesellschaftskapital ergänzt wird. Die nicht oder nur zum Teil sich verpflichtende Minderheit von Aktionären kann von der AG. die Auszahlung des verhältnismäßigen Anteils am Vermögen verlangen (Art. 825 OR). Das Gesetz besagt einzig, daß der Anteil auf Grund einer Bilanz zu berechnen sei. Dieselbe unterliegt der Genehmigung der Generalversammlung der Aktionäre und bedarf der Zustimmung einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals. Nähere Vorschriften über den Bilanzierungsmodus gibt das Gesetz nicht. Die Bilanz ist somit so zu gestalten, wie es ihr innerer Charakter verlangt. Die herrschende Meinung der deutschen und schweizerischen Literatur geht dahin, daß die Umwandlungsbilanz eine spezielle Bilanzart darstellt und weder der Jahresbilanz noch der Liquidationsbilanz gleichgestellt werden darf⁶⁵). Die Umwandlungsbilanz soll eine reine Vermögensbilanz sein, das vorhandene Aktivvermögen der aufzulösenden Gesellschaft soll vollständig ermittelt werden. Nicht so liegen die Verhältnisse bei der Jahresbilanz, die zur Berechnung des Reingewinnes des verflossenen Geschäftsjahres dient. Die hierfür vorgeschriebenen Bewertungsgrundsätze (Art. 662 ff. OR) sollen verhindern, daß allzuhohe Ansätze einzelner Werte erfolgen. Die Umwandlungsbilanz ist aber auch nicht nach den Bestimmungen der Liquidationsbilanz⁶⁶) aufzustellen. Diese bewirkt wohl die Ermittlung des wirklich vorhandenen Vermögens, ähnlich der Umwandlungsbilanz. Die Posten, wie sie in der Liquidationsbilanz eingestellt werden, entsprechen nicht in

⁶⁵) Botschaft S. 546.

⁶⁶) Guhl, Aktienrecht S. 83; Hefti S. 57; Jörg S. 33; so auch Hasenclever S. 41 und dort zit. Lit.; a. M. Parisius, Birkenbihl und Liebmann (zit. bei Hasenclever a. a. O.).

allen Teilen dem wahren Wert, sondern sie sind bedeutend niedriger gehalten, nämlich zum Realisationswerte (Versilberungswert). Gewisse Verluste von Vermögenswerten müssen schon bei der Aufstellung der Liquidationsbilanz in Berechnung gezogen werden. Sie hat überdies den großen Vorteil, daß sie anläßlich der Durchführung der Liquidation durch das Liquidationsergebnis unter Umständen korrigiert und richtiggestellt wird. Wie die Umwandlungsbilanz, basiert sie rein nur auf Schätzungswerten. Die Umwandlungsbilanz ist aber nicht wie die Liquidationsbilanz auf die Auflösung des Unternehmens, also auf dessen tatsächliche Versilberung, sondern auf dessen Weiterführung gerichtet. Daher müssen die wahren, tatsächlichen Werte, wie sie im Zeitpunkte der Bilanzierung vorhanden sind, Berücksichtigung finden. Hefti⁶⁷⁾ nennt diesen Wert, im Anschluß an Staub und Rehm, „Geschäftswert“. Dieser Ausdruck ist, wenn auch leicht zu Verwechslungen führend, gut illustrierend. Maaßen nennt den durch die Umwandlungsbilanz aufzustellenden, eventuell durch Sachverständige zu ermittelnden Wert „gemeinen Wert“⁶⁸⁾. Da die Umwandlungsbilanz als reine Vermögensbilanz aufgestellt werden soll, so unterscheidet sie sich auch durch das Bild der Passivseite von den beiden erwähnten Bilanzarten. Alle imaginären Passivposten fallen aus, so das Grundkapital, Reserve- und andere Fonds, nicht dagegen noch nicht bezogene Dividenden⁶⁹⁾ ⁷⁰⁾.

Über den Zeitpunkt der Aufstellung der Bilanz schweigt das Gesetz. Die deutsche Literatur nimmt zum Teil den Zeitpunkt der Auflösung der Aktiengesellschaft

⁶⁷⁾ Hefti S. 62.

⁶⁸⁾ Maaßen S. 265.

⁶⁹⁾ So auch die gesamte deutsche Literatur, speziell: Eltze S. 19; Hasenclever S. 42; Maaßen S. 265; Seimert S. 32; für das schweizerische Recht: Hefti S. 59.

⁷⁰⁾ Die Bewertungsgrundsätze setzt Hefti S. 62 und zit. Lit. des nähern auseinander.

zum Stichtag⁷¹⁾. Für das schweizerische Recht fällt diese Regelung völlig außer Betracht, da die Umwandlungsbilanz einer Genehmigung durch die Generalversammlung der Aktionäre bedarf. Nach Auflösung der Aktiengesellschaft kann aber eine Generalversammlung nicht mehr gültig zustande kommen. Die Umwandlungsbilanz muß somit vor der Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister, was zeitlich mit der Auflösung der Aktiengesellschaft zusammenfällt, erfolgen. Die Ansicht, wonach der Bilanzstichtag mit dem Umwandlungsbeschluß zusammenfallen muß, könnte nicht begründet werden; nicht zu bestreiten ist, daß er mit diesem zusammenfallen kann, was aus informatorischen Gründen unter Umständen erwünscht sein kann. Aus praktischen Gründen wird dies in der Regel jedoch vermieden, und die Vorgänge werden zeitlich getrennt. Ein Nichtzustandekommen des Umwandlungsbeschlusses würde nämlich die komplizierte und oft sehr kostspielige Bilanzierung illusorisch machen. Die Bestimmung des Zeitpunktes der Aufstellung der Umwandlungsbilanz liegt somit in den Händen der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft, allerdings mit der Einschränkung, daß sie innert einem Zeitraume, der auf die gegenwärtigen Verhältnisse schließen läßt, erfolgt.

Die Umwandlungsbilanz ist einer Generalversammlung der Aktionäre zur Genehmigung vorzulegen⁷²⁾. Einberufung der Generalversammlung und Behandlung der Traktanden richten sich nach den aktienrechtlichen Bestimmungen. Die Umwandlungsbilanz muß analog der Jahresbilanz aufgelegt werden (OR Art. 704)⁷³⁾;

⁷¹⁾ Eltze S. 19; Liebmann S. 363, § 80, Anm. 4 und zit. Lit.; Seimert S. 32.

⁷²⁾ Diese Bestimmung war in den Vorentwürfen I und II unbekannt. Erst in der Botschaft wurde sie eingebracht. Ähnliche Bestimmungen finden sich in Rechten anderer Länder; vgl. Jörg S. 37.

⁷³⁾ a. M. Haab, Vorlesung über das Gesellschaftsrecht.

denn es wäre meines Erachtens nicht einzusehen, weshalb diese erschwerende Vorschrift für eine minder wichtige Jahresbilanz Anwendung finden müßte, nicht aber für die den Aktionär weit stärker betreffende Umwandlungsbilanz. Den ausscheidenden Aktionären wird durch diese Bilanz ihr Vermögensanteil an der Gesellschaft zugeschrieben. Die durch Art. 825, Abs. 2 OR verlangte Zustimmung des qualifizierten Mehrs von drei Vierteln des vertretenen Aktienkapitals (im Gegensatz zur einfachen Stimmenmehrheit beim Umwandlungsbeschluß) bildet einen gewissen Schutz der ausscheidenden Aktionäre, daß ihnen ein angemessener Vermögensanteil zuerkannt werde. Da bis zu einem Drittel des Aktienkapitals sich an der neuen Gesellschaft nicht zu beteiligen braucht, genügt die Qualifizierung mit drei Vierteln; es kann dieser ausscheidende Drittel die Bilanz zur Verwerfung bringen und damit die Umwandlung unmöglich machen.

Da die Beschlußfassung in einer dem Aktienrecht unterstellten Generalversammlung erfolgt, so ist hiergegen gemäß Art. 706 OR auch die Anfechtung möglich⁷⁴⁾. Dadurch wird der Minderheit der Aktionäre die Möglichkeit gegeben, eine willkürliche Genehmigung der Bilanz auf dem Klagewege anzufechten. Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird⁷⁵⁾. Aktiv legitimiert zur Klage ist jeder Aktionär, sofern er weder ausdrücklich noch stillschweigend dem Bilanzgenehmigungsbeschluß zugestimmt oder sich gegenüber der neuen Gesellschaft als beteiligender Gesellschafter verpflichtet hat⁷⁶⁾. Durch die Klage verlangt der Aktionär eine Richtigstellung der angefochtenen Bilanz in formeller oder materieller Beziehung, d. h. in bezug auf die Berech-

⁷⁴⁾ So auch Guhl, Aktienrecht S. 84.

⁷⁵⁾ Unter Vorbehalt der Nichtigkeitsbeschwerde; vgl. Protokoll der Exp.komm. S. 341 (A. Wieland).

⁷⁶⁾ So auch Hefti S. 68; Jörg S. 40 und dort zit. deutsche Gerichtspraxis.

nung des Anteils der ausscheidenden Aktionäre. Mit der rechnerischen Feststellung des Aktionäranteils am Gesellschaftsvermögen der AG. erwirbt der ausscheidende Aktionär einen bedingten Anspruch auf Ausrichtung dieses Betrages. Durch die Gläubigerschutzvorschriften des Art. 826, Abs. 3 OR wird eine Auszahlung dieses Anteiles jedoch erst möglich, nachdem diejenigen Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft, die ihre Forderung anmeldeten, ohne die neue Gesellschaft als Schuldnerin anzuerkennen, entweder befriedigt oder sichergestellt wurden. Der Anspruch des ausscheidenden Aktionärs ist somit bis zu diesem Zeitpunkte bedingt. — Passiv legitimiert ist die in Umwandlung begriffene Aktiengesellschaft, sofern die Eintragung der G. m. b. H. im Handelsregister nicht vor Ablauf der zweimonatigen Klagefrist erfolgt ist. Sollte letzteres der Fall sein, was erst nach Sicherstellung oder Befriedigung der dies verlangenden Gläubiger der AG., möglich wird (Art. 826 Abs. 5 OR), so tritt diese gemäß der Gesamtrechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten der aufgelösten Aktiengesellschaft ein, somit auch in die Passivlegitimation. Der Anspruch des Aktionärs wird in diesem Falle von einem bedingten zu einem unbedingten, da ihm in diesem Zeitpunkte bereits das Recht zusteht, Auszahlung seines Anteiles an der durch die Entstehung und Eintragung der G. m. b. H. aufgelösten Aktiengesellschaft zu verlangen. Ein die Klage des Aktionärs schützendes Urteil wirkt für, und im Falle, da es auf materielle Ablehnungsgründe sich stützt, auch gegen alle Aktionäre (OR 706 Abs. 5)^{76a)}. Die Frage, ob der zur Guttheißung der Klage des Aktionärs gelangende Richter die Umwandlungsbilanz zur Richtigstellung an die Generalversammlung zurückweisen oder dieselbe auch selbst berichtigen kann, wurde in Deutschland eifrig diskutiert⁷⁷⁾. Der bei Jörg zitierte Pinner⁷⁷⁾ steht auf dem der deutschen Gerichtspraxis oppositionellen Standpunkt und verneint die Be-

^{76a)} Jörg S. 42 und zit. Lit.

⁷⁷⁾ Jörg S. 43 und zit. Lit.

fugnis des Richters, die Bilanz selbst festzustellen. Pinner begründet seine durchaus zutreffende Auffassung folgendermaßen: „Es ist daher mit Vorbedacht dem Aktionär nur ein Anfechtungsrecht und nicht das Recht gegeben, positiv festgestellt zu verlangen, was an Stelle des nichtigen Beschlusses treten soll. . . . Würde der entgegengesetzten Richtung, die das Reichsgericht jetzt dem Paragraphen gibt, entsprechend den Aktionären ein Recht zu geben, zu verlangen, daß an Stelle des angefochtenen Beschlusses ein anderer gesetzt werde, dann würde an Stelle des Willens der Mehrheit der Wille des Anfechtenden, beziehungsweise das Ermessen des Gerichtes gesetzt werden. . . . Wer soll für seine Bilanz die Verantwortung übernehmen? . . . Kein Gericht kann sein Ermessen an Stelle des Ermessens der Mehrheit setzen.“ Die richterliche Rückweisung der Bilanz, sei es aus formellen oder materiellen Gründen, bewirkt keinesfalls die Ungültig-erklärung und Auflösung der schon entstandenen G. m. b. H., da die Bilanz keine Voraussetzung für ihre Entstehung bildet⁷⁸⁾.

Mit der Aufstellung der Bilanz ist die für die Errichtung der G. m. b. H. notwendige Grundlage geschaffen⁷⁹⁾. Sie richtet sich im besondern nach den Spezialvorschriften des Art. 826 OR, im allgemeinen nach den für die Gründung der G. m. b. H. vorgesehenen Bestimmungen (Art. 772 ff. OR). Wie sich aus Art. 779 schlußfolgern läßt und auch nach der herrschenden Meinung, kann die G. m. b. H. nur durch eine Simultangründung, nicht aber durch eine Sukzessivgründung errichtet werden, entgegen der aktienrechtlichen Regelung. In einer konstitutionellen Versammlung der G. m. b. H., an welcher sich die an der G. m. b. H. beteiligenden Aktionäre und eventuelle neue Gesellschafter einzufinden haben, sei es persönlich oder durch gehörig

⁷⁸⁾ So auch Hefti S. 69; Jörg S. 43 und zit. Kammergerichtsentscheide; a. M. Hergenhahn (zit. bei Jörg S. 43).

⁷⁹⁾ Im Gegensatz zur Entstehung der G. m. b. H., die erst mit deren Eintrag im Handelsregister erfolgt.

bevollmächtigte Dritte, soll der Errichtungsakt, der in der Unterzeichnung einer Gründungsurkunde in Form einer öffentlichen Urkunde und der Festsetzung der Statuten besteht, erfolgen. Die Urkunde hat den bedingungslosen Willen zur Gründung einer G. m. b. H. und die Zustimmung zu den Statuten zu enthalten; ferner haben die Gründer gemäß Art. 779 Abs. 2 OR in dieser Urkunde zu bestätigen:

- „1. daß sie sämtliche Stammeinlagen übernommen haben,
2. daß der gesetzliche oder ein statutarisch festgesetzter höherer Betrag auf jede Stammeinlage zur freien Verfügung der Gesellschaft einbezahlt oder durch in den Statuten bestimmte Sacheinlagen gedeckt ist,
3. daß die Einlage- oder Übernahmeverträge vorgelegt worden sind.“

Die Urkundsperson hat ferner zu bestätigen, daß ihr die in der Urkunde einzeln aufzuführenden Belege zu eigenen und der Gründer Handen tatsächlich vorgelegen haben.

Die der Gründungsurkunde zugrunde liegenden Statuten müssen folgende gesetzlich vorgeschriebene Bedingung enthalten (OR 706):

1. „Firma und Sitz der Gesellschaft.“ — Beides kann, sowohl nach dem deutschen, als auch nach schweizerischem Rechte, frei gewählt werden, da durch diese Maßnahme die Kontinuität des Unternehmens nicht gefährdet oder aufgehoben wird. Der Zusatz der Firma „AG.“ muß dabei durch „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder „G. m. b. H.“ ersetzt werden. Die Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit, sowie der Ausschließlichkeit müssen hierbei gewahrt werden⁸⁰⁾.

2. „Gegenstand des Unternehmens.“ — Außer der Bestimmung, daß der Zweck der G. m. b. H. ein wirtschaftlicher sein müsse, stellt das Gesetz innerhalb des

⁸⁰⁾ Heft i S. 74 und dort zit. BGE 56 I 50; a. M. Hasenclever S. 65; gl. M. auch Jörg S. 60 und zit. Lit.; Müller S. 74.

rechtlich und sittlich Erlaubten keine weiteren Grenzen hierüber auf. Das Gesetz verlangt die Identität des Gegenstandes der Aktiengesellschaft mit demjenigen der neuen G. m. b. H. nicht. Daraus wurde im allgemeinen geschlossen, daß eine Möglichkeit zu dessen freier Änderung gegeben sei⁸¹⁾. Jörg⁸¹⁾ weist sogar nach, daß eine Bestimmung zur Beschränkung der Änderung des Gesellschaftszweckes nutzlos wäre, da sie allzu leicht umgangen werden könnte. Dies kann durch Beschlußfassung der Generalversammlung der AG. vor dem Umwandlungsbeschluß oder sofort nach der Eintragung der G. m. b. H. im Handelsregister erfolgen. Diesen Auffassungen stellt sich diejenige Hasenclevers⁸²⁾ gegenüber, der sich auf den Standpunkt stellt, daß im Falle des Wechsels des Gegenstandes des Unternehmens dessen Substanz nicht gewahrt bliebe. Er anerkennt die Möglichkeit der Erweiterung des Gegenstandes des Unternehmens und dessen unwesentliche Änderung, nicht aber die „wesentliche Änderung“. Er beleuchtet seine Ausführungen mit dem in die Augen springenden Beispiele, daß doch unmöglich die Substanz gewahrt werden könne, wenn aus einer Elektrizitätsgesellschaft nach ihrer Umwandlung in eine G. m. b. H. ein Schiffahrtsunternehmen werde. Seine Argumente leitet er aus dem Begriff der Umwandlung, dessen Kriterium im Bestehenbleiben und in der Fortführung des alten Unternehmens liegt, ab. Wenn man die Richtigkeit dieser Auffassung auch nicht bezweifeln will, so muß man zu dem Schluß, den Jörg gezogen hat, gelangen, indem eine diesbezügliche Einschränkung in der Praxis sich als vollständig wirkungslos erweisen müßte. Leider!

3. „Höhe des Stammkapitals und Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters.“ — Hierüber haben wir uns

⁸¹⁾ So auch Hefti S. 75; Jörg S. 59; Müller S. 74; speziell Seimert S. 35 und der dort zit. Müller (nicht identisch mit oben zit. Müller).

⁸²⁾ Hasenclever S. 65.

im Kapitel über die Voraussetzungen zur Umwandlung bereits auseinandergesetzt.

4. „Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen.“ —

Eine Reihe weiterer fakultativer Regelungen bedarf zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten (Art. 777—778 OR), so die Nachschußpflicht und die Verpflichtung der Gesellschafter zu weiteren Leistungen über die Stammeinlage hinaus (sogenannte Nebenleistungspflicht). Einzahlungen durch die sich beteiligenden Aktionäre sind bei der Gründung einer G. m. b. H. in der Form der Umwandlung im allgemeinen nicht oder nur bis zu einem gewissen Betrage, in Form der Aufzahlung, nötig. Da ihre Vermögensansprüche an der Aktiengesellschaft in der Form der Sacheinlage auf die G. m. b. H. übergehen, muß hierfür auch die gesetzlich vorgeschriebene Form beachtet werden (Art. 778 OR). Es muß diese Sacheinlage jedes einzelnen Aktionärs, d. h. dessen vermögensrechtlicher Anspruch gegenüber der Aktiengesellschaft auf Grund der Umwandlungsbilanz in Geldeswert umgerechnet werden. Gegenstand, Bewertung und Anrechnung sowie die Person des Sacheinlegers sind mit dem ihr dafür zukommenden Stammanteil in die Statuten aufzunehmen.

Auf Grund dieser Gründungsurkunde hat beim Handelsregister des Ortes, an dem die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihren Sitz hat, die Eintragung zu erfolgen. Eine materiellrechtliche Überprüfung muß der Registerführer nicht vornehmen. Es genügt, wenn die Anmeldung formell den gesetzlichen Erfordernissen des Art. 780 OR, in Verbindung mit Art. 813 Abs. 1 OR, entspricht⁸³⁾. Immerhin darf und soll der Handelsregisterführer die Eintragung ablehnen, wenn ihm die Schwundhaftigkeit einer Gründung bekannt ist⁸⁴⁾. Gleichzeitig

⁸³⁾ Hefti S. 59; a. M. Müller S. 64, der sich irrtümlich auf die dem Gesetz widersprechende HRVO. Art. 22 stützt.

⁸⁴⁾ Guhl, G. m. b. H. S. 18.

mit der Eintragung der G. m. b. H. hat auch die Auflösung der Aktiengesellschaft zu erfolgen, was die Befriedigung oder Sicherstellung der dies verlangenden Gläubiger der AG. zur Bedingung setzt. Der Handelsregisterführer hat dieses Erfordernis zu überprüfen, und damit die Löschung der Aktiengesellschaft und die Eintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister Zug um Zug vorzunehmen. Dem Handelsregisteramt sind zu diesem Behufe zwei gesonderte Anmeldungen und zwei getrennte öffentliche Urkunden einzureichen⁸⁵⁾, da es sich um zwei getrennte Rechtsvorgänge — einerseits die Auflösung der AG., anderseits die Gründung der G. m. b. H. — handelt.

Mit der Eintragung der G. m. b. H. im Handelsregister ist das Vermögen der Aktiengesellschaft kraft Gesetzes (OR Art. 826 Abs. 1) auf erstere ohne weiteres übergegangen. Dieses Universalsukzessions-Verhältnis bedingt, daß sämtliche Vermögensverhältnisse ohne Übertragung oder Grundbucheintragung übergehen. Für den Zeitpunkt des Überganges ist hier der Eintrag der G. m. b. H. im Handelsregister maßgebend. Bezüglich des Überganges der Pflichten bildet die in Art. 826 OR vorgesehene Regelung eine Besonderheit gegenüber der üblichen Gesamtrechtsnachfolge, wie sie beispielsweise bei der Fusion erfolgt. Die Passiven gehen hier nicht ohne weiteres auf die neue Gesellschaft über. Die Gläubigerschutzvorschriften des Art. 826 Abs. 2 und 3 OR, auf die wir zurückkommen werden, greifen hier Platz. Die Universal-sukzession ist damit ein wesentlicher Faktor in der Erhaltung der wirtschaftlichen Kontinuität des Unternehmens.

Die Verantwortlichkeit⁸⁶⁾ der mit der Gründung der G. m. b. H. vertrauten Personen, die meistens mit den Geschäftsführern der aufgelösten Aktiengesellschaft identisch sein werden, richtet sich nach den Bestimmungen über die Gründerverantwortlichkeit im Aktienrecht (OR

⁸⁵⁾ v. Steiger S. 90.

⁸⁶⁾ Hefti S. 91; Müller S. 77.

Art. 827, in Verbindung mit OR Art. 752/761). Auch Gesellschafter, Urkundsperson und Dritte machen sich für den Schaden, sofern er anlässlich einer Handlung, die mit der Gründung der G. m. b. H. in Kausalzusammenhang steht, verursacht wurde, haftbar. Mehrere für den gleichen Schaden haftbare Personen sind solidarisch zum Schadenersatz verpflichtet (Art. 759 OR).

Die Haftung erstreckt sich auf absichtlich und fahrlässig verursachten Schaden. Die Verantwortlichkeit läßt sich ihrerseits wieder in eine solche den einzelnen Gesellschaftern gegenüber und in eine solche der G. m. b. H. und im Falle des Konkurses der Gesellschaft der Konkursmasse, subsidiär den Gesellschaftern, sowie den Gesellschaftsgläubigern gegenüber (Art. 756 OR) einteilen. Zur erstern Gruppe gehört die wissentliche Verschweigung falscher oder den gesetzlichen Ansprüchen nicht entsprechender Angaben anlässlich der Gründung der G. m. b. H. (OR Art. 752). Zur zweiten Gruppe zählt die absichtliche oder fahrlässige Mitwirkung bei der unrichtigen Angabe, Verschweigung oder Verschleierung von Sacheinlagen und Übernahme von Vermögenswerten oder andern diesbezüglichen Gesetzeswiderhandlungen (OR Art. 753 Ziff. 1); so auch die wissentliche oder fahrlässige Beihilfe zur Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister auf Grund einer Urkunde, die falsche Angaben enthält (Art. 753 Ziff. 2 OR); endlich die absichtliche Beitragung dazu, daß Stammanteils-Übernahmen insolventer Personen angenommen wurden (Art. 753 Abs. 3 OR).

Die Verjährungsfristen (Art. 760 OR), sowie diejenigen der Entlastung (OR Art. 757) finden entsprechende Anwendung.

4. Schutz der Gläubiger der A G.⁸⁷⁾

Durch die Auflösung der Aktiengesellschaft und die Neugründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

⁸⁷⁾ Guhl, G. m. b. H. S. 23; Hefti S. 87 ff.; Hasenclever S. 72 ff.; Jörg S. 63 ff.; Müller S. 74 ff.

unter Gesamtrechtsnachfolge ist für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ein Schuldnerwechsel eingetreten. Wie wir aus der Betrachtung der Universalsukzession ersehen haben, bildet die Umwandlung in dieser Beziehung eine rechtliche Ausnahme, auf die wir noch zu sprechen kommen werden. Dieser Schuldnerwechsel tritt ohne Mitwirkung oder gar Zustimmung der Gläubiger ein.

Ein weitgehender allgemeiner Schutz der Gläubigerrechte wird durch die neue Form der Gesellschaft, die G. m. b. H., gewährleistet. Diese Schutzvorschriften sind bedeutend schärfer gefaßt, als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist. Eine Verschärfung für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung rechtfertigt sich, wenn man die bedeutend strengern Vorschriften für die Organisation der Aktiengesellschaft in Betracht zieht.

Die Bestimmung, daß das Stammkapital der neuen Gesellschaft nicht geringer sein darf als das Grundkapital der AG., bildet die Grundlage des Kredites. — Dieser Schutz ist jedoch nicht durchgreifend. Durch die Möglichkeit des Ausscheidens von maximal einem Drittel des Grundkapitals kann sich das Gesellschaftsvermögen bis zu zwei Dritteln seines ursprünglichen Bestandes vermindern. Dadurch steht der bisherige Gläubiger der Aktiengesellschaft vor einem für ihn neuen Schuldner, in neuer finanzieller Situation.

Die Vorschrift des Art. 824 OR, daß mindestens zwei Dritteile des Aktienkapitals sich an der neuen G. m. b. H. zu beteiligen haben, bewirkt eine gewisse Identität der beiden Gesellschaften in persönlicher Beziehung. Die Wahrung des persönlichen Elementes ist für die an die persönliche Haftung der Kollektivgesellschaft angelehnte G. m. b. H. von großer Wichtigkeit für die Kreditgewährung und das Vertrauen in die Gesellschaft. Gerade durch die Bewahrung des Vertrauens in das neue Unternehmen kann das wirtschaftliche Fortbestehen desselben gesichert werden. — Dieses persönliche Moment wird noch besonders betont und hervorgehoben

durch die obligatorische Führung eines Anteilbuches (OR 790). Es handelt sich um eine dem österreichischen Rechte nachgebildete Bestimmung⁸⁸⁾. Das Anteilbuch bildet einen gewissen Ersatz für die Veröffentlichung der Bilanz, wie sie vorher von der Aktiengesellschaft, sofern sie Inhaberaktien ausgegeben hatte, verlangt wurde (Art. 696 Abs. 3 OR). Die geforderte Öffentlichkeit des Anteilbuches gestattet dem Gläubiger eine Beurteilung der Kreditfähigkeit der einzelnen Gesellschafter und damit auch der Gesellschaft selbst. Dies ist als Vorteil gegenüber der Kollektivgesellschaft zu bezeichnen, da über diese in bezug auf die Kreditfrage vom Handelsregister kein derart weitgehender Aufschluß zu erwarten ist. Durch die im Gesetz (Art. 791 OR) vorgesehenen Erschwerungen der Abtretung eines Gesellschaftsanteiles, die durch die Statuten sogar ausgeschlossen werden kann, wird die Kreditgrundlage weitgehend sichergestellt. Durch die verhältnismäßig große Sicherung der Konstanz der Gesellschafter, nicht nur anlässlich der Umwandlung der Aktiengesellschaft in die G. m. b. H., sondern auch im Fortbestande der neuen Gesellschaft selbst, wird die Kreditfähigkeit des Unternehmens wesentlich gefördert. Diese Übertragungerschwerungen der Anteile waren den beiden Vorentwürfen I und II noch unbekannt. Erst die Expertenkommission verfolgte diese Tendenz⁸⁹⁾, die von der bundesrätlichen Botschaft⁹⁰⁾ übernommen und der im Gesetz in der Folge Eingang verschafft wurde.

Eine weitere Sicherung der Gläubiger liegt in der, der AG. unbekannten, Solidarhaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals, d. h. soweit es durch die Gesellschafter noch nicht einbezahlt oder von diesen in ungerechtfertigter Weise vermindert wurde (Art. 802 Abs. 2 OR), sei es durch Rückleistungen oder durch un-

⁸⁸⁾ Botschaft S. 278.

⁸⁹⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 510.

⁹⁰⁾ Botschaft S. 278.

gerechtfertigten Bezug von Gewinnbeträgen oder Zinsen. Auch hier geht die entsprechende aktienrechtliche Vorschrift weniger weit. Sie verlangen neben der Ungerechtfertigkeit, daß die Bezüge im bösen Glauben erfolgten (Art. 678 Abs. 1 OR), nicht so die Vorschriften betr. die G. m. b. H.

Durch die scharfe Regelung der Sacheinlagen (Art. 628 OR) und die hierbei erreichte große Publizität wird eine dem Gläubiger günstige Situation geschaffen, indem die Überbewertung von Sacheinlagen und damit die Gefahr der Verminderung des Stammkapitals nahezu verunmöglicht wird.

Art. 826 OR sieht vor, daß neben den allgemeinen Gläubigerschutz, den die G. m. b. H. gewährt, noch eine direkte Haftung tritt. Durch die Universalsukzession wurden die Gläubiger der Aktiengesellschaft vor neue Verhältnisse gestellt. Das der AG. gewährte Vertrauen muß nicht unbedingt dasselbe bleiben gegenüber der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Es liegen zum Teil wesentlich veränderte Verhältnisse in finanzieller, wie in persönlicher Hinsicht vor. In den Vorentwürfen I und II war man sich über diese Situation noch nicht völlig im klaren. Man behauptete, daß die allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen der G. m. b. H., insbesondere diejenige, daß das Stammkapital nicht kleiner sein dürfe als das Grundkapital, völlig genügen. Diese Ansicht vertrat Bachmann auch in den Beratungen der Expertenkommission⁹¹⁾. Die Kommission stellte sich auf den oppositionellen Standpunkt⁹²⁾ und anerkannte die, auch in den Gesetzen anderer Länder statuierte Regelung⁹³⁾ einer Erweiterung des Gläubigerschutzes. Die Verhältnisse, wie sie sich dem Gläubiger nach der Umwandlung stellen, bedingen die in Art. 826 OR statuierte Sonderregelung der Universalsukzession. Bei der Umwandlung gehen somit

⁹¹⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 546/548.

⁹²⁾ Protokoll der Exp.komm. S. 549.

⁹³⁾ Hefti S. 90 Anm. 3.

nicht, wie in allen übrigen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, Rechte und Pflichten der alten Gesellschaft auf die neue bedingungslos über. Den Gläubigern steht das Recht zu, sich über die Anerkennung der Schuldübernahme zu äußern. Zu diesem Behufe werden die Gläubiger unverzüglich und dreimalig aufgefordert, im Falle der Nichtanerkennung der Schuldübernahme durch die neue Gesellschaft, dies innert angemessener Frist bekanntzugeben. In den Fällen, da unbekannte Gläubiger oder solche mit unbekanntem Wohnort vorhanden sind, hat die Bekanntmachung außer in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form, durch Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu erfolgen (in Analogie zu Art. 742 OR)⁹⁴). Die in der Aufforderung zu stellende Frist hat eine angemessene, d. h. den praktischen Bedürfnissen entsprechende zu sein. Die Gläubiger sind darauf aufmerksam zu machen, daß sie im Falle der Nichtanerkennung der G. m. b. H. als neue Schuldnerin für ihre Forderung Sicherstellung oder Befriedigung verlangen können. Gleichzeitig ist in der Aufforderung ausdrücklich zu erklären, daß die Unterlassung der Anmeldung binnen angemessener Frist als Zustimmung für den Übergang der Schuld auf die neue Gesellschaft betrachtet werde (Art. 826 Ziff. 2). Die Aufforderung der Gläubiger bewirkt das Entstehen eines klagbaren Anspruchs auf Sicherstellung oder Befriedigung. Die Anmeldung als solche hat keine rechtlichen Wirkungen. Der Gläubiger muß ausdrücklich widersprechen, ansonst Zustimmung angenommen wird⁹⁵). Der durch den Gläubiger geltend gemachte Anspruch auf Sicherstellung oder Befriedigung bewirkt keinerlei materiellrechtliche Veränderung der zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger geschlossenen Verträge. Die-

⁹⁴) So auch Haab, Vorlesung des Gesellschaftsrechts; unklar Guhl, G. m. b. H. S. 23, der nur von der statutarischen Form spricht.

⁹⁵) So auch Haab, Vorlesung des Gesellschaftsrechts; Müller S. 74.

selben bleiben völlig unberührt⁹⁶⁾. Der Gläubiger kann somit nur bei Fälligkeit seiner Forderung Befriedigung verlangen. Im andern Falle muß er sich mit Sicherstellung durch Pfand oder Bürgschaft zufrieden geben. Bei Verträgen, denen bereits ein taugliches Pfand (z. B. Hypothek) als Sicherheit dient, wäre eine weitere Sicherstellung zwecklos⁹⁷⁾. Diejenigen Gläubiger, die sich auf die Aufforderung nicht melden oder deren Anmeldung keine ausdrückliche Nichtanerkennung der Schuldübernahme durch die G. m. b. H. enthält, werden nach Ablauf der festgesetzten Frist ohne weiteres Gläubiger der neuen Gesellschaft.

Das Gesetz statuiert in Art. 826 Abs. 4 OR eine spezielle Verantwortlichkeit der Geschäftsführer den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft gegenüber und verpflichtet sie, unter Androhung der persönlichen und solidarischen Haftung gegenüber diesen, zur Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften.

5. Praktische Anwendung der Umwandlung.

Wie das Eidgenössische Amt für das Handelsregister in einem Schreiben vom 16. Februar 1939 mitteilt, sind ab 1. Juli 1937 bis zum Stichtage acht Umwandlungen von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgenommen worden, und zwar:

Lausanne:

Manufacture de vêtements	Publ. im SHAB
imperméables S. à r. l.	vom 15. Dez. 37 S. 2315
Radios nouveauté S. à r. l.	„ 27. Aug. 38 S. 1881
Société de l'Ecole spéciale S. à r. l.	„ 20. Dez. 38 S. 2715

Erlach:

Mandrin G. m. b. H.	„ 21. Dez. 37 S. 2798
---------------------	-----------------------

⁹⁶⁾ Hasenclever S. 72; Hefti S. 89.

⁹⁷⁾ So auch Hasenclever S. 72; a. M. der dort zit. Förtsch; Staub/Hachenburg S. 402 § 80 Anm. 17.

Biel:	Publ. im SHAB
K. Tschäppät G. m. b. H.	vom 16. Febr. 38 S. 365
Basel:	
Baumann-Wild G. m. b. H.	„ 23. März 38 S. 658
Neuchâtel:	
Passage Maximilien de	
Meuron S. à r. l.	„ 8. Juli 38 S. 1528
St. Gallen:	
Schuhhaus Lüthy G. m. b. H.	„ 24. Nov. 38 S. 2506

Wenn man von dem bei Hefti⁹⁸⁾ zusammengetragenen Zahlenmaterial ausgeht, so gelangt man zu einem erschreckenden Resultat. Hefti weist nach, daß Ende 1936 12 471 Aktiengesellschaften ein Grundkapital von unter 50 000 Fr. aufwiesen. Bei der Annahme, daß ein Großteil dieser Gesellschaften sich durch Kapitalerhöhung als Aktiengesellschaft erhalten werde, ein geringer Prozentsatz sich auch in die Form der Personalgesellschaften verwandeln wird, so bleibt immer noch eine große Zahl. Davon haben acht Unternehmungen bis zum Stichtage, also nahezu zwei Jahren, die Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gewählt. Die Frist, die den betroffenen Gesellschaften zwecks Regelung ihrer Verhältnisse zur Verfügung steht, läuft gemäß Art. 2 der Übergangsbestimmungen zum revidierten Teil des Obligationenrechts erst am 30. Juni 1942 aus. Gewiß spielt auch hier die menschliche Trägheit eine Rolle, und es werden sich noch eine gute Zahl von Unternehmungen in letzter Stunde zur Form der G. m. b. H. bekennen. Trotzdem leuchtet auch hier die schweizerische Eigenart durch in dem Hang zu den bodenständigen, urwüchsigen Institutionen und in einer gewissen Abneigung gegen Importiertes.

§ 7. Andere Arten von „Umwandlungen“.

Das revidierte Obligationenrecht sieht neben der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft

⁹⁸⁾ Hefti S. 14.

mit beschränkter Haftung auch eine solche einer Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft (Kollektiv-, Kommanditgesellschaft oder Aktien-, Kommanditaktiengesellschaft oder G. m. b. H.) vor. Bedingt wird diese Umwandlung durch die Beschränkung der Genossenschaften auf eine Personenverbindung zur Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe⁹⁹⁾. Die Umwandlungsmöglichkeit ist in Art. 4 der Übergangsbestimmungen vorgesehen. Die Grundsätze der Umwandlung werden im Gesetz nicht geregelt. Es ist dies dem Bundesrate vorbehalten und kann in allgemeiner oder spezieller Regelung von Fall zu Fall eintreten. Die Geltung der Umwandlungsbestimmung ist, im Gegensatz zu derjenigen betr. die Umwandlung einer AG. in eine G. m. b. H., auf fünf Jahre seit Inkrafttreten des revidierten Teiles des OR beschränkt.

Beim Wechsel anderer Gesellschaftsformen in eine G. m. b. H. handelt es sich nicht um eigentliche Umwandlungen, sondern nur um eine Übertragung des Geschäftes samt Aktiven und Passiven auf eine zu gründende oder bestehende G. m. b. H. — Es kommen hierbei die für die betreffenden Gesellschaftsformen aufgestellten gesetzlichen und statutarischen Vorschriften zur Anwendung.

Eine Umwandlung einer G. m. b. H. in eine Aktiengesellschaft ist in unserem Gesetze nicht vorgesehen. Im Gegensatz dazu stehen das deutsche, französische und liechtensteinische Gesellschaftsrecht¹⁰⁰⁾. Die G. m. b. H. ist aufzulösen, und die AG. neu zu gründen. Dabei finden die üblichen Übertragungsformen Anwendung.

Deutschland sieht im Aktiengesetz (§ 269)¹⁰¹⁾ die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft vor. Die Umwandlung vollzieht sich, in Anwendung der Identitätslehre, durch Satzungsänderung. Das deutsche Recht regelt außerdem die Um-

⁹⁹⁾ Scherrer S. 123.

¹⁰⁰⁾ Jörg S. 73 ff.

¹⁰¹⁾ Godin-Wilhelmi S. 866 ff.

wandlung einer bergwerklichen Gewerkschaft in eine AG. (§§ 278—279), die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine G. m. b. H. (§§ 280—282) und den hiervon umgekehrten Fall der Umwandlung einer G. m. b. H. in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 283—286). Für alle diese Fälle sind, soweit sich nicht aus den Spezialvorschriften etwas anderes ergibt, die Bestimmungen über die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft sinngemäß anzuwenden.
