


**François Vouilloz**

D.E.S. (Genf), Anwalt  
und Notar, Bezirksrichter  
und Ersatzrichter  
am Kantonsgericht, Sitten

# Die Überschuldung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihre allfällige Sanierung

Der Autor erläutert die gegenwärtige und künftige Rolle der Revisionsstelle

Das Ende der Pflicht, wonach kleine AGs über eine Revisionsstelle verfügen müssen, sowie die Aufrechterhaltung dieser Nichtverpflichtung für kleine GmbHs werden den Schutz der Aktionäre/Gesellschafter und der Gläubiger stark einschränken. In Ermangelung einer obligatorischen Prüfung der Jahresrechnung besteht ein grosses Risiko, dass Überschuldungen verspätet festgestellt werden. Die Darlehensgeber dieser Gesellschaften oder gar andere Partner müssen dieser Lücke abhelfen müssen, indem sie eine Revisionsstelle fordern, kaum sind sie mit neuen Verantwortlichkeiten konfrontiert.

Wie die AG haftet die GmbH für ihre Schulden mit dem Gesellschaftsvermögen. Die Haftung der Gesellschafter ist auf die Beibringung des eingetragenen Stammkapitals (Art. 802 OR) und auf die für eine allfällige Sanierung bestimmten Nachschüsse (Art. 803 OR) beschränkt. Mit dem Verweis von Art. 817 OR auf Art. 725 OR wurde ein ähnlicher Schutz des Stammkapitals vorgesehen. Im Falle eines Verstosses gegen die Vorschriften von Art. 817 OR können die geschäftsführenden Gesellschafter haftbar gemacht werden (Art. 811 f. OR), und zwar sowohl den anderen Gesellschaftern als auch den Gläubigern gegenüber (Art. 827, 754 OR).

## I. Der Verweis auf das Aktienrecht

Art. 817 OR<sup>1</sup> verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts<sup>2</sup>. Mit der Gesetzesreform von 1991 wurde der frühere Art. 725 OR sowohl formell als auch inhaltlich abgeändert<sup>3</sup>. Die Notwendigkeit, überschuldeten Gesellschaften eine Sanierung zu ermöglichen, drängte sich – unabhängig von ihrer Rechtsform – auf; somit war eine einheitliche Regelung nötig. Nach der herrschenden Lehre verweisen die Regeln der GmbH auf jene der AG nach deren heute geltendem Wortlaut<sup>4</sup>. Die Anwendung der revidierten Bestimmungen über die AG entspricht dem Zweck der Norm, die den Kapitalverlust und die Überschuldung von Kapitalgesellschaften – gleichgültig ob AG oder GmbH – regeln soll. Folglich sind die sich aus Art. 725 und 725a OR<sup>5</sup> ergebenden Vorschriften auf die GmbH anwendbar.

Art. 817 OR definiert den Begriff der Überschuldung nicht, sondern verweist auf die aktienrechtlichen Vorschriften. In Übereinstimmung mit Art. 725 Abs. 2 OR besteht sinngemäss eine Überschuldung, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, und wenn allfällige Rangrück-

tritte nicht im Ausmass der Unterdeckung vorgenommen wurden<sup>6</sup>. Der Verweis auf die Regeln der AG impliziert, dass die Rechtsbegriffe für die GmbH gleichermassen aufzufassen sind: Aktienkapital (Stammkapital), Verwaltungsrat (geschäftsführende Gesellschafter), Generalversammlung (Gesellschafterversammlung), Revisionsstelle (Kontrollstelle). Der Entwurf zur Revision des GmbH-Rechts<sup>7</sup> hat namentlich die Änderung von Art. 817 OR in einen neuen Art. 820 OR bewirkt. Gemäss Art. 820 Abs. 1 E OR sind für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung der Gesellschaft sowie für die Eröffnung und den Aufschub des Konkurses die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar. Das Gericht kann den Konkurs auf Antrag der Geschäftsführer oder eines Gläubigers aufschieben, namentlich wenn ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht (Abs. 2). Die bisherige Verweisungsnorm (des geltenden Art. 817 Abs. 1 OR) wird durch die in Art. 820 Abs. 1 E OR vorgesehene Neuformulierung vervollständigt und mit der aktienrechtlichen Umschreibung des Kapitalverlustes in Übereinstimmung gebracht<sup>8</sup>. Die Pflichten des Verwaltungsrates obliegen in der GmbH den Geschäftsführern. Muss eine Zwischenbilanz

erstellt werden, ist – gemäss dem Entwurf – diese in der GmbH nur dann der Revisionsstelle vorzulegen, wenn die Gesellschaft eine solche bezeichnen muss oder freiwillig eine solche bezeichnet hat. Art. 820 Abs. 2 E OR über den Konkursaufschub trägt der Möglichkeit statutarischer Nachschüsse in der GmbH Rechnung (vgl. Art. 795 ff. E OR).

## II. Die Überschuldung und die Benachrichtigung des Richters – die spezifische Anwendung von Art. 725 und 725a OR auf die GmbH

Im Falle einer Überschuldung braucht es für die Benachrichtigung des Richters einen gültigen Beschluss der geschäftsführenden Gesellschafter. Sofern die Statuten nicht ausdrücklich Einstimmigkeit fordern, reicht die Zustimmung der Mehrheit der geschäftsführenden Gesellschafter<sup>9</sup>. Die Anzeige einer Überschuldung kann durch einen einzelunterschriftsberechtigten, geschäftsführenden Gesellschafter rechtsgültig eingereicht werden. Ausnahmsweise kann ein geschäftsführender Gesellschafter auch alleine den Richter benachrichtigen, wenn es den geschäftsführenden Gesellschaftern nicht gelingt, sich über die Bilanz zu einigen<sup>10</sup>.

Besteht eine Nachschusspflicht (Art. 803 OR; vgl. Art. 795 ff. E OR), so muss im Falle der Überschuldung der Richter durch die Geschäftsführer erst dann benachrichtigt werden, wenn der durch die Bilanz ausgewiesene Verlust nicht innert drei Monaten durch die Gesellschafter gedeckt wird (Art. 817 Abs. 2 OR). Die Nachschusspflicht ist eine statutarische Sanierungspflicht unter der solidarischen Verantwortung der Gesellschafter<sup>11</sup>. Eine aufgeschobene Benachrichtigung des Richters ist nur dann zulässig, wenn die Beseitigung der Überschuldung (durch die Nachschüsse) innert drei Monaten unternommen wird und eine konkrete Aussicht auf Sanierung besteht<sup>12</sup>. Sind diese Voraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt, so ist der Richter – ausser im Falle konkreter Sanierungsaussichten, die die Gläubiger nicht schädigen – unverzüglich zu benachrichtigen<sup>13</sup>. Die Frist von drei Monaten beginnt ab dem Zeitpunkt, da die Überschuldung festgestellt wird oder hätte festgestellt werden müssen<sup>14</sup>. Seinerseits verlangt Art. 820 Abs. 2 E OR die unverzügliche Zurverfügungstellung der ausstehenden Nachschüsse, um einen allfälligen Konkursaufschub zu erwirken, sofern Aussicht auf Sanierung besteht. In der Optik des Entwurfs drängt sich diese neue Regel auf; es können nämlich Nachschüsse eingefordert werden, wenn die Summe von

Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (Art. 795a Abs. 2 Ziff. 1 E OR). Die Einforderung von Nachschüssen ermöglicht es, beim Eintreten eines Kapitalverlustes die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft zu verbessern (vgl. Art. 725 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 820 Abs. 1 E OR)<sup>15</sup>.

## III. Die Revisionsstelle – Zukunftsaussichten

Gegenwärtig ist die GmbH nicht dazu gehalten, über eine Revisionsstelle zu verfügen. Das geltende Recht verpflichtet eine GmbH auch nicht dazu, ihre Jahresrechnung durch einen unabhängigen Revisor prüfen zu lassen (vgl. Art. 819 OR). Die Bezeichnung einer Revisionsstelle steht im freien Ermessen der Gesellschaft<sup>16</sup>. Falls keine Revisionsstelle vorhanden ist, muss eine solche im Falle einer Überschuldung bezeichnet werden, da die Pflicht zur Erstellung einer – der Prüfung durch eine Revisionsstelle unterworfenen – Zwischenbilanz besteht<sup>17</sup>. Diese Zwischenbilanz muss aufzeigen, ob die Forderungen der Gesellschaft sowohl zu Fortführungs- als auch zur Veräusserungswerten gedeckt sind. Art. 725 Abs. 2 OR sieht nämlich zwingend eine unabhängige Überprüfung der Zwischenbilanzen unter dem Blickwinkel der Überschuldung vor<sup>18</sup>. Diese Kontrollpflicht drängt sich unabhängig vom Einvernehmen der geschäftsführenden Gesellschafter über das Bestehen der Überschuldung der Gesellschaft auf. Im Falle einer Uneinigkeit über die Ernennung einer Revisionsstelle kann jeder geschäftsführende Gesellschafter beim Richter die Bezeichnung einer solchen beantragen, sofern eine Überschuldung glaubhaft gemacht wird<sup>19</sup>. Der Konkurs der GmbH im Anschluss an die Benachrichtigung des Richters zieht im Allgemeinen schwerwiegende Folgen für die Gläubiger und die Angestellten der GmbH nach sich, und zwar unabhängig von der Einigkeit (oder der Uneinigkeit) der geschäftsführenden Gesellschafter zu diesem Punkt. Angesichts der Bedeutung der in Betracht gezogenen Folgen drängt sich die Bezeichnung einer Revisionsstelle bei dieser Gelegenheit auf<sup>20</sup>. Diese muss die Anforderungen von Art. 727 ff. OR erfüllen. Für ihre Aufträge gelten die Vorschriften des Aktienrechts (Art. 819 Abs. 2 OR). So ist die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung dazu verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter die Anzeige unterlassen (Art. 729b OR sinngemäss).

Gemäss dem Entwurf des Bundesrates hängt die Pflicht der GmbH, über eine Revisionsstelle zu verfügen, von der Bedeutung des Unter-

nehmens ab. Unter dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts stellen die Kontrollstelle und die Vorschriften über die Rechnungserstellung eine unmittelbare Folge der Begrenzung der Verantwortung der juristischen Personen auf ihr Gesellschaftsvermögen dar. Sie sind nicht nur für die zuverlässige Leitung einer Gesellschaft nützlich, sondern dienen auch dem Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter<sup>21</sup>. Mit Art. 818 E OR<sup>22</sup> schlägt der Entwurf eine differenzierte Lösung vor. In Anbetracht der kleinen und mittelgrossen Unternehmen sind die GmbHs nicht allgemein dazu verpflichtet, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, sondern nur, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn ein nachschusspflichtiger Gesellschafter eine ordentliche Revision verlangt oder wenn die Voraussetzungen zur Unterbreitung der Jahresrechnung an eine Revisionsstelle nach Aktienrecht erfüllt sind (Art. 727 ff. E OR)<sup>23</sup>.

Zu Recht sah der Vorentwurf<sup>24</sup> allgemein eine Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung für sämtliche GmbHs vor (Art. 819 VE OR). Wie im geltenden Aktienrecht auferlegte dieser Vorentwurf keine besonderen Anforderungen an die Befähigung des Revisors von kleinen Gesellschaften. Die damals ungeachtet ihrer Bedeutung einer GmbH auferlegte allgemeine Pflicht, ihre Jahresrechnung durch einen unabhängigen Revisor prüfen zu lassen, wurde im Entwurf jedoch nicht beibehalten. In der Praxis wird diese unglückliche Lücke zum Beispiel zur Folge haben, dass sämtliche GmbHs (wie auch die AGs), die eine Bilanzsumme unter 10 Millionen Franken sowie weniger als 50 Angestellte aufweisen, über keine obligatorische Revisionsstelle verfügen werden. Eine sehr grosse Anzahl solcher GmbHs (wenn nicht beinahe ihre Gesamtheit) wird somit im Rahmen ihres Betriebs nicht obligatorisch in den Genuss dieses Instrumentes kommen können. Zudem werden die geschäftsführenden Gesellschafter – namentlich diejenigen, die in der Buchhaltungspraxis wenig bewandert sind – nicht obligatorisch über dieses Organ verfügen, welches sie vor den Gefahren eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung warnen könnte und müsste. Weder die Minderheitsgesellschafter noch die Gläubiger (insbesondere Arbeitnehmer und Vorsorgeterke) werden in den Genuss dieses mehr als nützlichen Schutzes kommen. Mit einem (oft gewählten) Kapital von 20000 Franken können sich GmbHs sehr häufig in einem Zustand der Überschuldung befinden, nachdem sie Güter, welche rasch an Wert verlieren (angesichts ihrer Neigung zur Entwertung: Maschinen, Einrichtungen, Fahrzeuge, Informatikmaterial usw.), mit Hilfe von Krediten zu allzu hohen Preisen erworben haben. Wie es Prof. Forst-

moser zu Recht hervorgehoben hat, stellt das Erfordernis einer Revisionsstelle für sämtliche GmbHs zudem den Schutz der «unfreiwilligen» Gläubiger der GmbH sicher, nämlich derjenigen, deren Forderungen sich nicht aus einem Rechtsgeschäft, sondern zum Beispiel aus einer unerlaubten Handlung ergeben<sup>25</sup>. Das Erfordernis einer Revisionsstelle drängt sich ebenfalls in Anbetracht von – leider häufigen – lückenhaften Buchhaltungspraktiken bei kleinen GmbHs (dasselbe gilt auch für AGs) auf, deren Bücher im Allgemeinen ziemlich summarisch und sehr wenig transparent sind<sup>26</sup>. Zu dieser Argumentation kommt die Bedeutung der allzu oft festgestellten Verluste bei Konkursen von GmbHs hinzu, welche spät ausgesprochen werden, und zwar häufig wegen des Fehlens einer Revisionsstelle. Im Gegensatz zur Meinung einiger Praktiker erscheint die Prüfungspflicht – trotz der Kosten, die sie mit sich bringt – als beinahe unerlässlich, um der GmbH eine tatsächliche Lebensfähigkeit sowie

ihren Gesellschaftern und Gläubigern einen realen Schutz zu sichern. Ist keine Revisionsstelle vorhanden, so verlieren überdies die Gläubiger namentlich den Vorteil, dass die Revisionsstelle dazu verpflichtet ist, die in Art. 729b OR vorgesehenen Anzeigen vorzunehmen<sup>27</sup>. Muss die GmbH kraft der gesetzlichen Bestimmungen eine Revisionsstelle bezeichnen, so sind gemäss dem Entwurf (Art. 818 Abs. 2 E OR) die diesbezüglichen Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 727 ff. E OR). Der Verweis betrifft namentlich die Aufgaben der Revisionsstelle, ihre Befähigung und ihre Unabhängigkeit. Gemäss dem Entwurf müssen grosse GmbHs einen befähigten Revisor zu denselben Voraussetzungen wie bei den AGs bezeichnen (vgl. Art. 727b E OR). Die aktienrechtlichen Vorschriften sind ebenfalls anwendbar, wenn eine Gesellschaft, die nicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle verpflichtet ist, eine solche freiwillig im Handelsregister einträgt.

## Fazit

Abschliessend scheint es, dass die allgemeine Pflicht, über eine Revisionsstelle zu verfügen, gegenwärtig nicht in Betracht gezogen wird<sup>28</sup>. Die Gesellschafter der GmbH und ihre Gläubiger (insbesondere die Arbeitnehmer des Unternehmens) hätten es jedoch verdient, durch eine obligatorische Buchhaltungskontrolle geschützt zu werden, und zwar unabhängig von der Bedeutung der GmbH. Die verhängnisvollen Folgen von verspätet festgestellten Überschuldungen hätten namentlich den Gesetzgeber dazu anregen sollen, eine allgemeine Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung für sämtliche GmbHs und AGs aufzuerlegen. Es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass die Darlehensgeber dieser Gesellschaften<sup>29</sup> die Gewährung von Krediten von der Bedingung der Bezeichnung einer Revisionsstelle durch diese abhängig machen werden. Letztlich geht es um ihre Interessen und ihre Verantwortung. ■

<sup>1</sup> Art. 817 VII. Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung

<sup>1</sup> Ist das Stammkapital nicht mehr zur Hälfte gedeckt oder liegt eine Überschuldung vor, so finden die Vorschriften des Aktienrechts entsprechende Anwendung.

<sup>2</sup> Besteht eine Nachschusspflicht, so muss im Falle der Überschuldung der Richter erst benachrichtigt werden, wenn der durch die Bilanz ausgewiesene Verlust nicht innert drei Monaten durch die Gesellschafter gedeckt wird.

<sup>2</sup> Es bestehen gegenwärtig noch weitere Bestimmungen, die auf das Aktienrecht verweisen: Art. 788 Abs. 2, 805, 806 Abs. 6, 814 Abs. 1, 817, 819 Abs. 2, 827 und 829 OR.

<sup>3</sup> Es hat sich die Frage gestellt, ob die Regeln der GmbH auf das frühere oder auf das neue Aktienrecht verweisen. Gewisse Autoren haben die Anwendung der revidierten Regeln der AG verworfen, denn dies wäre auf die Annahme einer verdeckten Revision des GmbH-Rechts hinausgelaufen. Hingegen wurde kein konkreter Einwand bezüglich der Anwendung von Art. 725 und 725a OR vorgebracht. Siehe Baudenbacher/Banke, Die GmbH gestern, heute und morgen, SZW 1996, S. 49 ff.; Wohlmann, Zu den Verweisungen im Recht der GmbH auf das Aktienrecht, SZW 1994, S. 139 ff. Diese Kritik, die keine wirkliche praktische Tragweite hat, betrifft im Wesentlichen das Fehlen einer spezifischen Prüfung in Bezug auf die Anwendung der neuen Regeln der AG auf die GmbH; sie betrifft jedoch kaum die materiellen Folgen des neuen Rechts (zum Beispiel betreffend den Gläubigerschutz, die Gesellschaftsstruktur oder die Buchhaltungsvorschriften) (Baudenbacher/Banke, SZW 1996, S. 58).

<sup>4</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., N. 2037a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 6 N. 17 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, § 6 N. 77 ff.; Schaub, SJK 791, S. 6 ff.; Koller/Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, S. 193 ff., 196 N. 8; Wüstiner, N. 4 zu Art. 817 OR; Handschin, Die GmbH, S. 42 ff.

<sup>5</sup> Art. 725 VII. Kapitalverlust und Überschuldung – 1. Anzeigepflichten

<sup>1</sup> Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

<sup>2</sup> Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

Art. 725a 2. Eröffnung oder Aufschub des Konkurses  
<sup>1</sup> Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung hin den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht; in diesem Falle trifft er Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens.

<sup>2</sup> Der Richter kann einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen. Er umschreibt die Aufgaben des Sachwalters.

<sup>3</sup> Der Konkursaufschub muss nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist. Gemäss einem neuen Entwurf (Botschaft vom 23. Juni 2004; GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht; BBI 2004 3969 ff.) hat der Bundesrat vorgeschlagen, die Revisionspflicht sämtlichen Rechtsformen gleichermaßen vorzuschreiben (S. 4037 f.). Das Parlament hat diese Änderung verabschiedet. Siehe Sitzung des NR vom 2. März 2005 und Sitzung des SR vom 15. Juni 2005. Somit hat Art. 725 Abs. 2 und 3 E OR neu folgenden Wortlaut (S. 4126):  
Art. 725 Abs. 2 erster Satz und Abs. 3 (neu)

<sup>2</sup> Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. ...

<sup>3</sup> Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.

<sup>6</sup> Vouilloz, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, ECS 4/04, S. 314 f. sowie Hinweise.

<sup>7</sup> Entwurf zur Änderung des GmbH-Rechts sowie zur Anpassung des Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts; Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 2001, 01.082, BBI 2002 3148 ff.

<sup>8</sup> Botschaft, BBI 2002 3148, S. 3219.

<sup>9</sup> OG BL, vom 28. April 1998, BJM 1999, E. 2, S. 327 f. Mehrheit nach Köpfen.

<sup>10</sup> BJM 1999, E. 4, S. 328 f. In einer solchen Hypothese können die anderen geschäftsführenden Gesellschafter ihren Standpunkt vor dem Richter geltend machen.

<sup>11</sup> In der Praxis kommt es selten vor, dass die Statuten einer GmbH eine Klausel enthalten, welche den Gesellschaftern die Tätigkeit von Nachschüssen vorschreibt (Schaub, SJK 791, S. 7).

<sup>12</sup> Von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, N. 9.

<sup>13</sup> Entscheid 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

<sup>14</sup> Von Steiger, N. 9.

<sup>15</sup> Botschaft, BBI 2002 3148, S. 3195 f.

<sup>16</sup> Montavon, Droit et pratique de la Sàrl, S. 353 f.

<sup>17</sup> BJM 1999, E. 5, S. 329; Wüstiner, N. 10 zu Art. 817 OR. Anderer Meinung: Schaub, SJK 791, S. 7; gemäss Schaub erfolgt die Prüfung durch die Revisionsstelle nur, wenn die Statuten eine besondere Kontrollstelle im Sinne von Art. 819 Abs. 2 OR eingesetzt haben. Handschin ist ebenfalls der Ansicht, dass dieses sich aus den Regeln über die Überschuldung der AG ergebende Prüfungserfordernis auf die GmbH, die keine Revisionsstelle bezeichnet hat, nicht anwendbar ist (Handschin, § 6, N. 11, S. 44 ff.). Sehen die Statuten keine Revisionsstelle vor, so wird, nach Montavon, der Bericht der Geschäftsführer den Gesellschaftern unterbreitet, welche ihr Kontrollrecht ausüben können (Art. 541 OR durch Verweis von Art. 819 Abs. 1 OR). Gemäss diesem Autor muss somit kein Dritter als Revisor der Zwischenbilanz beauftragt werden (Montavon, S. 342 f.). Der neue (sowohl auf die AG als auch auf die GmbH anwendbare) Art. 725 Abs. 3 E OR schreibt die Prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor vor, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt. Der Entwurf hat die Bezeichnungsort des zugelassenen Revisors nicht vorgesehen; in diesem Punkt verdient es die durch die Basler Rechtsprechung vorgeschlagene Lösung, dass sie berücksichtigt wird (BJM 1999, E. 5, S. 329); die Frage des allfälligen Kostenvorschusses könnte sich jedoch als problematisch erweisen.

<sup>18</sup> Vouilloz, ECS 4/04, S. 315.

<sup>19</sup> BJM 1999, E. 5, S. 329.

<sup>20</sup> Diese Frage würde sich nicht stellen, wenn der Gesetzgeber – nach dem Beispiel des diesbezüglichen Erfordernisses an die AGs – sämtlichen GmbH, unabhängig von ihrer Bedeutung, eine Revisionsstelle vorgeschrieben hätte.

<sup>21</sup> Was die AG anbelangt, so ist die Tätigkeit der Revisionsstelle darauf gerichtet, nicht nur die Aktionäre, sondern auch die Gläubiger zu schützen; sie entspricht somit einem öffentlichen Interesse (BGE 122 III 176, 193; BGE 106 II 232 = JdT 1981 I 156).

<sup>22</sup> Gemäss dem neuen Entwurf (Botschaft vom 23. Juni 2004; BBI 2004 3969 ff.) hat der Bundesrat vorgeschlagen, die Revisionspflicht sämtlichen Rechtsformen gleichermaßen vorzuschreiben (S. 4038 ff.). Gemäss diesem Entwurf hat somit Art. 818 E OR neu folgenden Wortlaut (S. 4127):  
Art. 818 C. Revisionsstelle

<sup>23</sup> Für die Revisionsstelle sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.

<sup>24</sup> Ein Gesellschafter, der einer Nachschusspflicht unterliegt, kann eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen.

<sup>25</sup> Gemäss dem neuen Entwurf (Botschaft vom 23. Juni 2004; BBI 2004 3969 ff.) hat der Bundesrat vorgeschlagen, eine differenzierte Revisionspflicht entsprechend der Bedeutung der Gesellschaft vorzuschreiben. Es wird somit eine Revisionspflicht in zwei Kategorien (ordentliche Revision und eingeschränkte Revision) in Verbindung mit einem Opting-System (Opting up, Opting out, Opting down und Opting in) eingeführt (zu diesen Begriffen siehe Botschaft

S. 4001 f.). Gemäss diesem Entwurf haben Art. 727 und 727a E OR neu folgenden Wortlaut (S. 4117 f.):  
Art. 727 I. Revisionspflicht 1. Ordentliche Revision

<sup>1</sup> Folgende Gesellschaften müssen ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen:  
1. Publikumsgesellschaften; als solche gelten Gesellschaften, die:  
a. Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert haben,  
b. Anleiheobligationen ausstehend haben,  
c. mindestens 20 Prozent der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer Gesellschaft nach Buchstabe a oder b beitragen;

2. Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind.

<sup>2</sup> Eine ordentliche Revision muss auch dann vorgenommen werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen.  
<sup>3</sup> Verlangt das Gesetz keine ordentliche Revision der Jahresrechnung, so können die Statuten vorsehen oder kann die Generalversammlung beschliessen, dass die Jahresrechnung ordentlich geprüft wird.  
Anmerkung: Das Parlament hat namentlich Abs. 2 abgeändert: a. Bilanzsumme von 10 Millionen Franken, b. Umsatzerlös von 20 Millionen Franken. Siehe Sitzung des NR vom 2. März 2005 und Sitzung des SR vom 15. Juni 2005.  
Art. 727a 2. Eingeschränkte Revision  
<sup>1</sup> Sind die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht gegeben, so muss die Gesellschaft ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen.  
<sup>2</sup> Mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann auf die eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.  
<sup>24</sup> Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC Nr. 34, Lausanne 1997.  
<sup>25</sup> Forstmoser, La protection du capital, des créanciers et des associés, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, CEDIDAC Nr. 37, S. 160. Dieser Autor hebt zu Recht hervor, dass auch kleine Gesellschaften beträchtlichen Schaden verursachen können (S. 160, N. 37). Prof. Rapp hat die Bedeutung einer obligatorischen Revisionsstelle für die GmbH ebenfalls betont (S. 268).  
<sup>26</sup> Burnand, CEDIDAC Nr. 37, S. 262. Aus praktischen und Kostengründen hat dieser Intervenient eine eingeschränkte Revisionspflicht für kleine Unternehmen in der Form einer GmbH vorgeschlagen (S. 264).  
<sup>27</sup> Art. 728c Abs. 3 E OR (BBI 2004 4121).  
<sup>28</sup> Siehe Sitzung des NR vom 2. März 2005 und Sitzung des SR vom 15. Juni 2005.  
<sup>29</sup> Zum Beispiel Banken, Leasinggesellschaften, wichtige Lieferanten usw. Weitere Partner werden ihre Verpflichtungen gegenüber privaten Gesellschaften von der Bedingung der Bezeichnung einer Revisionsstelle abhängig machen können – oder müssen. Man kann zum Beispiel an Vorsorgeeinrichtungen, an Behörden, die Bewilligungen erteilen oder Konzessionen zuteilen, an Einrichtungen, die Subventionen verteilen, oder auch an andere Partner denken. Die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen sollten sogar in diesem Punkt angepasst werden.