

# **Vom Mauerblümchen zum Star: Die neue GmbH**

Vortrag vor dem  
Verein St. Gallischer Juristen  
7. Juni 2007

Dieser Vortrag wird grundsätzliche Fragen in den Vordergrund rücken. Kommentare von der Instruktion bis zur Konkordanzentabelle gibt es genug.

# Das Privileg der beschränkten Haftung

- Ein kapitalistisches Postulat
    - Sammlung von Kapital
    - Risikobeschränkung bei vielen Eigentümern
  - Ein illiberales Prinzip
    - echte Eigentümer übernehmen volles Risiko
    - echt liberal sind deshalb Einzelfirma oder Kollektivgesellschaft
    - Eigentum mit Deckelung des Verlustrisikos
- ⇒ Alle Parallelen, die die Aktionäreigenschaft und die Eigentumsfunktion völlig gleichsetzen, sind deshalb a priori zweifelhaft; der Aktionär ist Investor/Kapitalgeber.

Wenn das Gesellschaftsrecht zu Recht das Privileg der beschränkten Haftung zulässt, dann muss es für alle gelten und nicht nur für die „Grossen“.

- ⇒ Sonst entsteht eine Wettbewerbsverzerrung: Wer grössere Risiken eingehen kann hat auch die grösseren Chancen.
- ⇒ Die GmbH führt zu einer grösseren Risikofähigkeit von KMU.

# Die GmbH als KMU-Rechtsform

Die GmbH hat an sich verschiedene Einsatzmöglichkeiten, insbesondere seit ihr Kapital gegen oben unbeschränkt ist:

- KMU-Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Joint Venture-Gesellschaft  
Wegen der Möglichkeiten, Nebenleistungspflichten einzuführen, kann bei der GmbH auf einen Aktionärsbindungsvertrag verzichtet werden.
- Tochtergesellschaft von amerikanischen Konzernen aus Steuerrechtsgründen
- grosse Gesellschaft mit wenigen Eigentümern

Überragend ist die Funktion der GmbH als KMU-Gesellschaft, die nicht im Kapitalmarkt gehandelt wird. Dies ist auch ihr eigentlicher gesetzgeberischer Zweck.

Die heutige GmbH ist ein Produkt ihrer Geschichte:

- bis 1992 ein Mauerblümchendasein
  - ca. 2'000 GmbH gegen 170'000 AG
  - kaum Gerichtsentscheide
  - wenig Lehre (Werner von Steiger, Zürcher Kommentar; Herbert Wohlmann, Schweizerisches Privatrecht VIII/3)
- Auslegung als Hybrid zwischen AG und Kollektivgesellschaft, aber mit starker Betonung der Kollektivgesellschaft
- ab 1992 kometenhafter Aufstieg wegen der Aktienrechtsrevision (Mindestkapital der AG: CHF 100'000, davon einbezahlt CHF 50'000)
- Jahrhundertwende: ca. 70'000 GmbH
- nach der Revision 2004 - 2006: nunmehr eine voll etablierte Gesellschaftsform

# Heutige Auslegung und Interpretation

Die GmbH ist die Gesellschaftsform des typischen KMU, des kleinen Gewerbebetriebes, des Dienstleistungsunternehmens, das nicht viel Kapital braucht und das in der Regel mit einer kleinen Anzahl Eigentümer auskommt, die im Betrieb mitarbeiten.

Die GmbH sollte eher gesehen werden als Kollektivgesellschaft mit beschränkter Haftung (so teilweise auch HANDSCHIN).

Vielleicht war es etwas gefährlich, die Revision der GmbH den bekannten und etablierten Aktienrechtlern zu übergeben. Ihre Erfahrung bei Nestlé, Novartis, UBS und SwissRe muss nicht unbedingt für den Coiffeursaloon, für das Restaurant im Quartier oder den Spengler von nebenan richtig sein.

# Warum eine neue GmbH?

- Beseitigung von Schwachstellen
- Erleichterung der Übertragung
- Regelung der Geschäftsführung für einfache Verhältnisse
- andere Regeln betreffend Treuepflicht als bei der AG

# Beseitigung von Schwachstellen

- Keine persönliche und solidarische Haftung; jeder haftet nur für seine Einlage.

Früher:

- z.B. Kapital CHF 100'000, 3 Gesellschafter, einer mit CHF 90'000, zwei mit je CHF 5'000
- einbezahltes Kapital CHF 50'000
- jeder der kleinen Gesellschafter hatte ein zusätzliches Haftungsrisiko von CHF 95'000 (nämlich wenn die beiden anderen insolvent waren)

Dies fällt heute weg.

- Keine Plafonierung des Stammkapitals auf CHF 2'000'000
  - dies ergibt eine Wachstumsmöglichkeit ohne Zwang zur Umwandlung

- Weitere Verbesserung der Stabilisierung
  - Konkurs eines Gesellschafters führt nicht zur Konkursgefahr für die GmbH
  - Kapitalerhöhung ohne Einstimmigkeitserfordernisse
  - Einmann-GmbH möglich
  - die gesetzlichen Meldepflichten an das Handelsregisteramt fallen weg; damit erhöhtes Vertrauen in die GmbH

- Verweisungen auf das Aktienrecht
  - An vielen Stellen kennt die GmbH die Verweisung auf das Aktienrecht. In diesem Fall ist das Aktienrecht der Ausgangspunkt der Auslegung, aber die Verschiedenheiten bei der GmbH sind zu berücksichtigen.  
Markantestes Beispiel:  
Art. 816 betrifft die Nichtigkeit von Beschlüssen der Geschäftsführer. Gemäss Gesetz gelten die Regeln wie für die Beschlüsse der GV der AG.  
Problematik:  
Hier erfolgt ein Verweis nicht nur auf die AG, sondern auch auf ein nicht aufgabenidentisches Organ. Die GV der AG kennt Anfechtung und Nichtigkeit, der VR der AG kennt nur Nichtigkeit.  
Frage: Was hat sich der Gesetzgeber bei der Verweisung der Regeln der Geschäftsführung der GmbH auf die GV der AG gedacht?

- Stammanteil
  - nicht kapitalmarktfähig
  - ein Gesellschafter kann mehrere Stammanteile haben
  - Abtretung in Schriftform, aber ohne Notar möglich
  - keine Statutenänderung bei Übertragung eines Anteils
  - vollste Vinkulierung möglich (sogar die Übertragung an einen anderen Gesellschafter kann untersagt werden)
  - nötige Korrelate
    - das Austrittsrecht aus wichtigen Gründen gegen vollen Wertersatz muss gewahrt sein
    - das Verbot eines öffentlichen Angebots zur Zeichnung von Stammanteilen

- Nachschuss- und Nebenleistungspflichten
  - Nachschusspflicht:
    - nicht mehr nur bei Bilanzverlust
    - es genügt eine andere Regelung gemäss Statuten
    - Einforderung nicht durch Gesellschafterversammlung sondern nur Geschäftsführer
      - Vorteil: rasches Handeln möglich
      - Nachteil: der Angestellte entscheidet über den Eigentümer
    - Nachwirkung der Nachschusspflicht verhindert Umgehung
  - Nebenleistungspflicht:
    - Verpflichtung zu einer zusätzlich positiven Leistung. Dies ist bei der AG untersagt, ausgenommen bei Aktionärbindungsverträgen. Damit ermöglicht die Gesellschaftsform der GmbH auf einfache Weise Joint Ventures, sogar Ersatz für Genossenschaften ist denkbar.

- Organisation der GmbH
  - Regelfall: Selbstorganschaft, d.h. Gesellschafter und Geschäftsführer sind überlappend (bei der AG sind es immer zwei strikt getrennte Organe)
  - die Organisationsnormen der GmbH sind grundsätzlich von der Möglichkeit der Selbstorganschaft her auszulegen, gerade z.B. bei der Nachschusspflicht

- **Gesellschafterversammlung**
  - Sehr viele Verweisungen auf das Aktienrecht
  - Spezielle GmbH Regelungen:
    - Zirkulationsbeschluss möglich (Art. 805c)  
(bei AG nur Universalversammlung)
    - Ausschlussgründe (Art. 806a)
      - Entlastung
      - Erwerb von Stammanteilen
      - Zustimmung zum Konkurrenzverbot
    - Vetorecht eines Gesellschafters möglich
    - Stichentscheid des Vorsitzenden möglich
    - Vinkulierungskompetenz
    - Ausschlusskompetenz

- Geschäftsführung
  - Normalfall:
    - gemeinsame Geschäftsführung durch alle Gesellschafter (dispositive Regelung)
    - andere Alternativen sind möglich
  - ebenso ist die Einsetzung von Direktoren und Prokuristen möglich (Frage: Hätten nicht Zeichnungsberechtigte wie heute übrigens häufig im Aktienrecht angewandt genügt?)

- Verhältnis von Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung
  - Möglichkeit der Vorlage von gewissen Fragen durch die Geschäftsführer an die Gesellschafterversammlung  
(bei AG nicht möglich)
  - Kann die Gesellschafterversammlung solche Anträge nur genehmigen oder ablehnen oder kann sie sie auch abändern?
  - Verantwortlichkeit: Das Gesetz sagt, dass ein Geschäftsführungsentscheid der Gesellschafterversammlung die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung nicht einschränkt
    - ⇒ Missglückter Artikel:
      - hier ist die GV geschäftsführendes Organ (mindestens faktisch)
      - was passiert bei Abänderung/Ablehnung?
      - BGE 131 III 640: Einwilligung des Verletzten selbst im Aktienrecht zur Verneinung der internen Verantwortlichkeit

# Beendigung der Mitgliedschaft durch Ausschluss/Austritt

Bedenke das Ende! z.B. Streit zwischen Gesellschaftern

AG: Verkauf der Aktien, für Minderheitsaktionäre häufig unmöglich

GmbH: Ausschluss/Austritt aus wichtigen oder statutarischen

Gründen: Art. 822 Abs. 1 OR / Art. 823 Abs. 1 OR

Möglichkeit zum Ausschlussaustritt: Art. 822a OR

- 2 Varianten:
- Übertragung des Stammanteils an Mitgesellschafter oder Dritten / gesetzliche oder statutarische Vinkulierung beachten
  - Wirtschaftliche Teilliquidation

Entschädigung durch wirklichen Wert der Beteiligung  
beim Austritt aus wichtigen Gründen:

Zu zahlen aus dem verwendbaren Eigenkapital -> Revisoren  
Allenfalls nachrangige Forderung

# Revision

- Es gelten die gesellschaftsformübergreifenden Regeln, die der Gesetzgeber in den letzten Jahren aufgestellt hat.
- Bei kleinen Gesellschaften gibt es nach wie vor die Möglichkeit einer sehr eingeschränkten Revision.

# Anwaltliche Beratung

- Als grosser Vorteil der GmbH wird immer wieder erwähnt, dass sie sehr flexibel ist und alle möglichen Lösungen zulässt, dass aber ein grosser Beratungsbedarf vorliegt, um diese Möglichkeiten auszunützen; z.B. kann man bei der Geschäftsführung mit dem Klienten alle Varianten durchspielen, von der reinen Selbstorgan-schaft bis zum Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafter.
- Wichtig ist: Die GmbH verdankt ihren Erfolg nicht ausgeklügelten Rechtsmechanismen, sondern der Tatsache, dass man sich bereits mit CHF 20'000 das Privileg der beschränkten Haftung sichern kann. Dieser Vorteil wird zunichte gemacht, wenn dann eine Anwaltsrechnung von CHF 30'000 ins Haus flattert; dann hätte man schon fast eine AG wählen können.