

Revision des GmbH-Rechts : Ein Aschenputtel will das Parkett des Wirtschaftslebens erobern

Jan Bangert, Advokat, Böckli Bodmer & Partner, Basel

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) war bis in die neunziger Jahre hinein das Aschenputtel unter den im Schweizer Recht vorgesehenen Kapitalgesellschaften. Ihre glamouröse Schwester, die Aktiengesellschaft (AG), wurde vom Gesetzgeber verwöhnt, von Unternehmern bevorzugt, von Investoren umworben und von Bankiers bewundert. Sie schätzten an der AG ihre besonderen Vorzüge: Die AG weiss mit ihren Verehrern, die in keinem öffentlichen Register auftauchen, diskret umzugehen, sie ist mit deren Geld statt deren Treue hochzufrieden und sie lässt sich, beim Handel mit Aktien, klaglos und unkompliziert von einem Patron zum nächsten weiterreichen. Die Bankiers wiederum schätzen die substanzielle Kapitalausstattung (heute mindestens CHF 100'000); sie macht die von ihren Investoren reich ausgestattete AG als Kreditnehmerin attraktiv.

Das Aschenputtel namens GmbH konnte damit nicht mithalten. Es war zwar schon stets genügsam, folgsam und anhänglich. Ein Engagement der Gründer in Höhe von CHF 20'000 (das so genannte «Stammkapital») reicht aus, um eine GmbH zu gründen. Die Geschäftsführung kann direkt von den Gesellschaftern besorgt oder von ihnen delegiert werden, ein zwischen Gesellschafter und Geschäftsführung geschaltetes Oberleitungsorgan wie den Verwaltungsrat einer AG braucht die GmbH nicht. Die Statuten einer GmbH können zudem weit engere Bindungen zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft vorsehen als jene einer AG. Kurz gesagt: Das Rechtskleid der GmbH liess sich schon immer viel genauer an die konkreten Bedürfnisse der Gesellschafter anpassen als jenes der AG. Deren Aktionäre müssen sich gerade in partnerschaftlichen Verhältnissen oder in Familienunternehmen regelmässig mit einem zweiten Vertrag, dem «Aktionärbindungsvertrag», behelfen, um darin beispielsweise genauer festzulegen, wie sie gemeinsam das Unternehmen führen wollen oder an wen sie unter welchen Umständen ihre jeweiligen Aktien veräussern können. Das brauchen die GmbH-Gesellschafter oft nicht.

Trotz solcher Vorteile blieb die GmbH lange im Schatten der AG. Das lag auch an argen Schwächen des bisher geltenden GmbH-Rechts. Dieses Recht war zwar einerseits in verschiedener Hinsicht bemerkenswert unvollständig und liess viele mögliche Zweifelsfragen offen. Andererseits aber forderte es Gesellschaftern und Geschäftsführern der GmbH unnötigen administrativen Aufwand ab und stellte ihnen einige regelrechte Fälen. Beispiele:

- Gesellschafteranteile der GmbH, nach bisherigem Recht «Stammeinlagen» genannt, können bislang nur in öffentlicher Urkunde – also unter Beizug eines Notars – übertragen werden. Das noch geltende Gesetz sieht überdies vor, dass jeder Gesellschafter nur eine einzige Stammeinlage halten kann. Wollte etwa ein Gesellschafter seine Stammeinlage im Nennwert von CHF 10'000 an einen anderen übertragen, der selbst schon eine Stammeinlage von CHF 20'000 hielt, dann müssten die beiden Stammeinlagen in eine einzige neue im Nennwert von CHF 30'000 verschmolzen werden. Dazu bedarf es einer Statutenänderung der GmbH,

die wiederum von einem Notar beurkundet werden musste. Damit nicht genug: der Anteil kann überhaupt nur übertragen werden, wenn mindestens drei Viertel der Gesellschafter, die gleichzeitig mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten, dem zustimmen.

- Das Stammkapital darf nur erhöht werden, wenn sich alle Gesellschafter darüber einig waren. Eine gesunde Unternehmensentwicklung kann also je nachdem von einem einzigen Gesellschafter verhindert werden.
- Der Konkurs eines ihrer Gesellschafter kann nach dem bisherigen Recht dazu führen, dass die GmbH selbst zwangsweise liquidiert wird.
- Nach bisherigem Recht muss jeder einzelne Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bis zum ganzen Betrag des Stammkapitals einstehen, und nicht etwa bloss für seinen eigenen Anteil daran.

Es wundert angesichts dieser Nachteile wenig, dass die GmbH schweizerischer Ausprägung, ganz anders als jene der Nachbarländer, lange Zeit kaum zur Realität des Wirtschaftslebens gehörte. Ab dem Jahr 1992 begann sich das allerdings zu ändern. In jenem Jahr trat die grosse Revision des Schweizer Aktienrechts in Kraft; seither müssen sich die Gründer einer AG mit mindestens CHF 100'000 engagieren und mindestens CHF 50'000 gleich einzahlen. Von 1992 bis heute wurden, den erwähnten Nachteilen zum Trotz, über 80'000 neue GmbH gegründet. Umso drängender erschien es, das seit 1927 zwar unveränderte, aber nicht wirklich bewährte Recht der GmbH einer umfassenden Revision zu unterziehen. Die Vorarbeiten dafür begannen im Jahre 1996. Anno 2001 schickte der Bundesrat seine Botschaft an die eidgenössischen Räte, welche das neue GmbH-Recht am 15. Dezember 2005 beschlossen.

Die GmbH-Revision betrifft in erster Linie die Artikel 772 bis 827 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR), in denen das eigentliche Recht der GmbH niedergelegt ist. Der Gesetzgeber hat jedoch gleichzeitig die Gelegenheit genutzt, noch etliche weitere Bestimmungen des OR zu revidieren, darunter solche über das Firmenrecht oder über die Revision. Die Menge neuer oder geänderter Gesetzesvorschriften bringt es mit sich, dass dieses Jahr noch eine grosse Arbeit geleistet werden muss, um nachrangiges Recht – vor allem die Handelsregisterverordnung – dem revidierten Gesetzesrecht anzupassen. Das Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts hat sich deshalb etwas verzögert; es ist damit nicht vor dem 1. Januar 2008 zu rechnen.

Das Warten lohnt sich jedoch, denn mit dem neuen GmbH-Recht wird dem früheren Aschenputtel des Gesellschaftsrechts nun ein attraktives Ballkleid angepasst, mit dem die GmbH auf dem Parkett des Wirtschaftslebens der AG fast die Schau stehlen könnte. Mit der neuen Gestaltung des GmbH-Rechts werden nicht nur die oben aufgezählten Problempunkte des bisherigen Rechts abgeschafft und viele Zweifelspunkte präziser geregelt; es ist zugleich gelungen, der GmbH ihren grössten Vorteil zu erhalten: Den breiten Spielraum, den die Gesellschafter nutzen können, um sich «ihre» GmbH ganz nach ihren tatsächlichen Bedürfnissen zurechtzuschneiden. Denn nach wie vor ist die GmbH eine «personenbezo-

gene Kapitalgesellschaft» und ermöglicht es den Gesellschaftern, in den Statuten persönliche Rechte und Pflichten der Gesellschafter festzuschreiben. Damit erübrigt es sich in vielen Fällen, einen zweiten Vertrag zwischen den Gesellschaftern zu schliessen, wie das zwischen den Aktionären vieler Aktiengesellschaften üblich ist.

Vor allem in dreierlei für den Unternehmer und Investor wichtiger Hinsicht ist das Recht der GmbH ganz entscheidend verbessert worden:

(i) *Leichtere Übertragung der Anteile an einer GmbH.*

Die Anteile an der GmbH, sie heissen in Zukunft Stammanteile, können nach dem neuen Recht viel unkomplizierter an neue Gesellschafter übertragen werden als zuvor. Es wird nach neuem Recht nicht mehr notwendig sein, einen Notar hinzuzuziehen. Da neu ein Gesellschafter mehrere Stammanteile halten können, müssen auch die Statuten der GmbH nicht jedesmal geändert werden, wenn ein Gesellschafter zusätzliche Anteile erwirbt. Es entfällt zudem die zwingende Vorschrift des noch geltenden Rechts, wonach jede Übertragung der Genehmigung durch mindestens drei Viertel aller Gesellschafter genehmigt bedürfte, die erst noch mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten müssten. Statt dessen können die Statuten der GmbH nach neuem Recht aus einer breiten Auswahl von Möglichkeiten schöpfen: Sie können die Übertragung von Gesellschaftsanteilen ganz verbieten, sie können sie von jeder Zustimmung der Gesellschafterversammlung unabhängig gestatten, oder sie können sie von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung in mehr oder weniger hohem Masse abhängig machen.

(ii) *Klarere und dennoch flexible Regelung des Zusammenspiels von Gesellschaftern und Geschäftsführung*

Die GmbH zeigt Ihre Eigenart darin, dass typischerweise die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung direkt gegenübersteht, sofern die Gesellschafter nicht in ihrer Gesamtheit gleich die Geschäftsführung selbst ausüben. Ein zwischen die Gesellschafter und die Geschäftsführung geschaltetes Aufsichts- und Oberleitungsorgan, wie die AG es mit dem Verwaltungsrat kennt, ist in der GmbH nicht vorgesehen; immerhin steht es den Gesellschaftern frei, in den Statuten einen Beirat vorzusehen, der vorbereitend für die Gesellschafterversammlung bestimmte Aufsichts- und Prüfungsaufgaben übernimmt.

Das neue Recht nimmt eine saubere Trennung der Verantwortlichkeitssphären vor. Eine von der Gesellschafterversammlung gewählte Geschäftsführung der GmbH ist nach dem neuen Recht in jedem Fall eigenverantwortlich tätig. Direkte Weisungen darf die Gesellschafterversammlung ihr nicht erteilen; noch weniger dürfen das einzelne Gesellschafter – tun sie es dennoch, so riskieren sie als «faktische Geschäftsführer» für jeden Schaden haftbar gemacht zu werden, den ihre Einmischung der Gesellschaft beschert hat.

Gleichzeitig lässt das neue Recht den Statutengebern jedoch einen grossen Spielraum dabei, bestimmte Entscheidungen der Geschäftsführung von einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig zu machen. In dieser Weise können sich die Gesellschafter beispielsweise vorbehalten, strategischen Investitionen zuzustimmen; sie können aber etwa

auch vorsehen, dass ihre Zustimmung zur Besetzung von Kaderfunktionen nötig ist, die unterhalb der Geschäftsführungsebene angesiedelt sind.

(iii) Besserer Schutz von Minderheitsgesellschaftern

Das neue Recht verstärkt in mancherlei Hinsicht die rechtlichen Möglichkeiten jener Gesellschafter, die zwar ebenso wie andere ihr gutes Geld zum Gelingen des Unternehmens eingesetzt haben, in der Gesellschafterversammlung aber nur über eine Minderheit von Stimmen verfügen. Sie werden neu berechtigt sein, von den Geschäftsführern umfassend über die Angelegenheiten der Gesellschaft informiert zu werden und, sofern sie über einen bestimmten Mindestanteil von Stimmen oder Kapital verfügen, die Einberufung von ausserordentlichen Gesellschafterversammlungen zu verlangen.

Verschiedene wichtige Beschlüsse können nur gefasst werden, wenn mindestens zwei Drittel der Stimmen und mehr als die Hälfte des Stammkapitals in der Gesellschafterversammlung für sie votieren; dazu gehören die Zweckänderung oder die Auflösung der Gesellschaft, die Erhöhung des Stammkapitals oder die Erschwerung bzw. Erleichterung der Übertragbarkeit von Stammanteilen. Auch dieses Quorum ist ein wichtiger Schutz für Minderheitsgesellschafter.

Schliesslich kennt die «neue» GmbH, wie schon die bisherige, einen Notausgang, der nun aber entrümpelt wurde und deshalb im Notfall auch tatsächlich benutzt werden kann. Er ist für Minderheitsgesellschafter gedacht, die sich einem anhaltenden Missbrauch durch die Mehrheitsgesellschafter ausgesetzt sehen (man stelle sich etwa vor, die Mehrheitsgesellschafter seien allesamt Geschäftsführer und schöpften konsequent die gesamte Ertragskraft des Unternehmens als Salär ab). In einer solchen misslichen Lage kann der Gesellschafter beim Richter auf Bewilligung seines Austritts klagen. Wird der Klage stattgegeben, so fällt sein Anteil an die Gesellschaft, die ihn dafür zum «wirklichen Wert» abzufinden hat.

In diese und weitere rechtlichen Neuerungen gekleidet, kann das Aschenputtel namens GmbH sich nun voraussichtlich ab nächstem Jahr getrost auf das Parkett des Wirtschaftslebens wagen. Die «neue» GmbH wird ein valables Alternativangebot zur AG darstellen. Auch weiterhin werden viele Investoren die Diskretion vorziehen, welche die Beteiligung an einer AG bietet, und zumal in grösseren und finanziell reich ausgestatteten Unternehmen werden sie auch ungern auf die Aufsichts- und Kontrollfunktion verzichten wollen, die ein Verwaltungsrat wahrnehmen kann. Wollen hingegen zwei oder drei Partner mit bescheideneren Mitteln, aber dafür umso mehr Willen zur Zusammenarbeit ein Geschäft aufbauen, so bietet die GmbH nach neuem Recht ihnen eine gut nach ihren Bedürfnissen formbare Plattform für die gemeinsame Unternehmung. Nicht zuletzt könnten aber auch Konzerne und Unternehmensgruppen den Reiz der GmbH entdecken. Ihnen dürfte es nichts ausmachen, die Konzernmutter als alleinige Gesellschafterin der GmbH im Handelsregister eingetragen zu sehen, und die GmbH als Konzernuntergesellschaft erspart ihr die Einsetzung eines eigenen Verwaltungsrates – die Konzernmutter selbst ist die Gesellschafterversammlung, und eine von ihr bestimmter Vertreter kann als Geschäftsführer agieren.

Extrakasten:

Was müssen bestehende GmbH beachten?

Das neue Recht der GmbH tritt voraussichtlich zum 1. Januar 2008 in Kraft. Von da an haben die dann schon bestehenden GmbH zwei Jahre Zeit, um ihre Statuten und Reglemente dem neuen Recht anzupassen, soweit sie mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind. Bis zur Annahme der angepassten Statuten und Reglemente durch die Gesellschafter, höchstens aber bis zum Ablauf der zweijährigen Anpassungsfrist, gelten die Regeln gemäss den bestehenden Statuten und Reglementen auch dann noch weiter, wenn sie nach dem neuen Recht nicht möglich wären.

Vor Ablauf der Zweijahresfrist sind noch weitere Anpassungen vorzunehmen. So müssen die Gesellschafter beispielsweise binnen dieser Frist jenen Teil des Stammkapitals einzahlen, den sie – nach bisherigem Recht erlaubterweise – noch nicht eingezahlt hatten. Das Übergangsrecht zur GmbH-Revision enthält noch weitere Detailvorschriften, die hier im Einzelnen zu diskutieren der Platz fehlt. Jedem, der für eine GmbH verantwortlich ist, sei ans Herz gelegt, rechtzeitig zusammen mit seiner Gewährsperson in Rechtssachen zu untersuchen, ob und inwieweit eine Änderung der bestehenden Statuten angezeigt ist. Dabei wird es sich auch zu prüfen lohnen, inwiefern neue Statuten sinnvoll die neuen Gestaltungsmöglichkeiten nutzen können, die das neue Recht bieten wird.

Extrakasten:

Braucht die GmbH nach neuem Recht eine Revisionsstelle?

Nach neuem Recht wird es nicht mehr darauf ankommen, ob eine GmbH oder eine AG betroffen ist: Für beide Gesellschaftsformen wird in Zukunft dasselbe gelten, was die Revision betrifft. Ob die Bücher der Gesellschaft revidiert werden müssen, hängt dann nicht mehr von ihrer Rechtsform ab, sondern von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung:

Voll revisionspflichtig («ordentliche Revision») werden in Zukunft alle jene GmbH und AG, und nur sie, sein,

- deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder die mindestens 20% zu den Aktiven oder zum Umsatz eines Konzerns beitragen («Publikumsgesellschaften»);
- die in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren von den drei folgenden Kriterien zwei erfüllen: über CHF 10 Mio Bilanzsumme; über CHF 20 Mio Umsatz, oder mehr als 50 Vollzeitstellen;

- die als Konzernleitungsgesellschaft gemäss Art. 663e OR zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind;
- deren Statuten eine ordentliche Revision ausdrücklich vorschreiben; oder
- in denen Aktionäre oder Gesellschafter, die zusammen mindestens 10% des Aktien- oder Stammkapitals halten, es verlangen.

Die ordentliche Revision darf nur von einem behördlich zugelassenen Revisionsexperten vorgenommen werden; es gelten hohe gesetzliche Anforderungen an ihre Unabhängigkeit und an die vorzunehmenden Prüfungen. Die bisherige oft zu findende Praxis, wonach die Revisionsstelle eine von ihr selbst erstellte Buchhaltung «prüft», wird nach neuem Recht für die ordentliche Revision nicht mehr gestattet sein.

Alle Gesellschaften, die keine ordentliche Revision durchführen müssen, sind zur eingeschränkten Revision verpflichtet, die weitgehend dem entspricht, was bisher schon üblich war. Ausgenommen sind von dieser Pflicht aber alle Gesellschaften, deren Aktionäre oder Gesellschafter alle auf eine Revision verzichten und die, im Jahresdurchschnitt, nicht mehr als zehn Vollzeitstellen haben.

Diese neuen Vorschriften gelten ab dem ersten Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt, also voraussichtlich für jedes Geschäftsjahr vom 1. Januar 2008 an.

Extrakasten

Kurzsteckbrief der «neuen GmbH»

Gesellschaftskapital: Stammkapital von mindestens CHF 20'000, eingeteilt in Stammanteile zu je mindestens CHF 100 Nennwert. Das Stammkapital kann, ähnlich wie bei der AG, durch Gesellschafterbeschluss erhöht oder herabgesetzt werden.

Gesellschaftszweck: Die GmbH kann sowohl mit einer wirtschaftlichen als auch mit einer ideellen Zweckbestimmung gegründet werden.

Gründung: durch einen oder mehrere Gesellschafter, in öffentlicher Urkunde. Die Gesellschaft entsteht mit ihrer Eintragung im Handelsregister. Das Stammkapital muss bei der Gründung voll in bar eingezahlt oder durch Sacheinlage voll liberiert werden.

Publizität: Das Handelsregister weist neben Firma, Adresse, Zweck und Geschäftsführern der GmbH auch deren Gesellschafter und die von ihnen gehaltenen Stammanteile aus.

Geschäftsführung: durch alle Gesellschafter gemeinsam oder durch von ihnen bestimmte Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sein müssen. Die Gesellschafter können sich in den Statuten die Zustimmung zu bestimmten Entscheiden der Geschäftsführer vorbehalten.

Wohnsitzpflicht: mindestens ein Geschäftsführer, der zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, muss in der Schweiz Wohnsitz haben. Weitere Wohnsitz- oder Nationalitätserfordernisse gibt es nicht.

Gesellschafterversammlung: sie beschliesst unter anderem über die Jahresrechnung, die Gewinnverwendung, Statutenänderungen, die zustimmungsbedürftigen Geschäfte und bestimmt die Geschäftsführer. Die Gesellschafterversammlung kann mit Einverständnis aller Gesellschafter auch auf dem Korrespondenzweg abgehalten werden.

Gewinnausschüttung: Die GmbH kann aus dem verfügbaren Jahresgewinn Dividenden an Gesellschafter und Genussscheininhaber sowie Tantiemen an die Geschäftsführer ausschütten. Die Ausschüttungen unterliegen der Verrechnungssteuer.

Übertragung von Stammanteilen: durch schriftlichen Abtretungsvertrag. Die Statuten der GmbH können bestimmen, ob die Gesellschafterversammlung der Übertragung zustimmen muss, ob sie die Übertragung nur aus bestimmten Gründen untersagen darf oder ob die Stammanteile frei gehandelt werden können; die Übertragung kann in den Statuten sogar ganz ausgeschlossen werden.

Treuegebot für Gesellschafter: die Gesellschafter dürfen den Interessen der Gesellschaft nicht schaden und müssen das Geschäftsgeheimnis wahren. Die Statuten können ihnen konkurrenzierende Tätigkeiten untersagen.

Nebenleistungspflichten: die Statuten können die Gesellschafter zu Nebenleistungen verpflichten, soweit es dem Gesellschaftszweck dient.

Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern: Wenn der weitere Verbleib eines Gesellschafters ihm oder den anderen Gesellschaftern unzumutbar geworden ist, kann er beim Richter auf seinen Austritt oder die Gesellschaft auf seinen Ausschluss klagen. Sein Anteil wird dann von der Gesellschaft zum «wirklichen Wert» übernommen.

Verantwortlichkeit: Wer die Geschäfte einer GmbH führt, kann gleich wie die Organe einer AG für den Schaden zur Verantwortung gezogen werden, den er durch die Verletzung seiner Pflichten als Geschäftsführer angerichtet hat.