

Giovanni A. Pantò, LL.M.

Rechtsanwalt – Attorney at Law

Pantò & Partner
Schaffhauserstrasse 147
CH-8057 Zürich
Schweiz

Tel.: +41 (0)44 361 52 64

Mob.: +41 (0)79 296 91 21

Fax: +41 (0)44 361 52 64

E-Mail: giovanni.panto@bluewin.ch

**Die Revision des schweizerischen Rechts
der Gesellschaft mit beschränkter Haftung
(GmbH)**

von

Rechtsanwalt Giovanni A. Pantò, LL.M.

Juli 2006

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Ausgangslage	3
2. Revisionsbedarf	4
3. Stossrichtung der Revision	6
4. Überblick über die Revision	6
4.1 Stammkapital	6
4.2 Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafter	9
4.3 Einpersonengesellschaften	9
4.4 Organisation der Gesellschaft	9
4.5 Geschäftsführung und Vertretung	10
4.6 Nachschuss- und Nebenleistungspflichten	10
4.7 Treuepflicht und Konkurrenzverbot	11
4.8 Prüfung der Jahresrechnung	12
4.9 Austritt und Ausschliessung	13

Die Revision des schweizerischen Rechts
der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

1. Ausgangslage

Das GmbH-Recht wurde bereits 1936 ins schweizerische Obligationenrecht aufgenommen. Bis zum Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts im Jahre 1992 konnte sich die GmbH jedoch nicht richtig durchsetzen. In der Praxis wurde die Aktiengesellschaft regelmässig auch für Kleinstgesellschaften verwendet und die GmbH als Alternative meist übersehen. Nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts hat die GmbH eine wahre Renaissance erlebt und die Anzahl der im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften ist stark angestiegen. Die Gründe für diese Renaissance liegen insbesondere in den einzelnen Vorschriften des revidierten Aktienrechts. So hat insbesondere die Anhebung des Mindestaktienkapitals der Aktiengesellschaft von 50'000 auf 100'000 Franken sowie die Festlegung des Obligatoriums einer unabhängigen Revisionsstelle dazu geführt, dass kleinere Unternehmen zunehmend die Rechtsform der GmbH wählten.

Die Rechtspraxis zeigte allerdings, dass das seit 1936 unverändert geltende GmbH-Recht zahlreiche und teilweise bedeutende Mängel aufwies. In Anbetracht der stark zunehmenden Bedeutung der GmbH in den 90-er Jahren erschien eine Überarbeitung des GmbH-Rechts mithin als dringend notwendig.

Nach jahrelangen Vorbereitungsarbeiten hat schliesslich das eidgenössische Parlament am 16. Dezember 2005 den definitiven Text der GmbH-Revision verabschiedet. Die Referendumsfrist ist sodann am 6. April 2006 unbenutzt abgelaufen, sodass das neue GmbH-Recht voraussichtlich im Verlauf des Jahres 2007 in Kraft treten wird.

2. Revisionsbedarf

In der Praxis haben sich insbesondere die folgenden Punkte des geltenden Rechts als revisionsbedürftig erwiesen:

- **Haftung der Gesellschafter**

Gemäss geltendem Recht haftet jeder Gesellschafter für die Liberierung (Einzahlung) des Stammkapitals sowie für ungerechtfertigte Kapitalrückzahlungen subsidiär solidarisch bis zur Höhe des gesamten im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals. Diese gesetzliche Haftung ist den Gesellschaftern in der Praxis oft unbekannt und kann zuweilen zu störenden Ergebnissen führen. So unterliegt beispielsweise ein Gesellschafter, der ein Stammanteil von nur 1'000 Franken zeichnet, einer subsidiären solidarischen Haftung für die Liberierung des gesamten Stammkapitals von beispielsweise 200'000 Franken.

- **Übertragung von Stammanteilen**

Das bisherige Recht verlangt für die Abtretung eines Anteils sowie für die Verpflichtung zur Abtretung die Form der öffentlichen Beurkundung. Dieses Verfahren hat sich in der Praxis als schwerfällig erwiesen.

- **Nichtbestehen der Einpersonengesellschaft**

Die Gründung von Einpersonengesellschaften ist nach geltendem Recht nicht zulässig. Für die Gründung einer GmbH sind somit mindestens zwei Personen nötig. In der Praxis behilft man sich daher häufig mit treuhänderisch als Gründer auftretenden Personen. Die nachträgliche Vereinigung aller Stammanteile in den Händen desselben Gesellschafters wird faktisch bereits heute geduldet.

- **Stammanteile**

Unter dem geltenden Recht darf jeder Gesellschafter nur einen einzigen Stammanteil erwerben. Will ein bisheriger Gesellschafter einen zusätzlichen Anteil erwerben, so muss der Nennwert des Stammanteils

verändert werden, was unter anderem eine öffentlich zu beurkundende Statutenänderung bedingt.

- **Beschränkung des Stammkapitals**

Die bisherige Regelung beschränkt das Stammkapital einer GmbH auf zwei Millionen Franken. Diese Beschränkung kann jedoch das Wachstum eines Unternehmens, das auf die Zufuhr von Eigenkapital angewiesenen ist, unnötig hemmen.

- **Vinkulierung**

Nach dem geltenden Recht darf ein Stammanteil nur mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafter abgetreten werden. Zudem kann die Abtretung in den Statuten von weiteren Bedingungen abhängig gemacht oder gänzlich ausgeschlossen werden. Dagegen ist es nicht zulässig, die Abtretbarkeit von Stammanteilen zu erleichtern.

- **Befugnisse der Gesellschaftsorgane**

Im geltenden Recht bestehen in Bezug auf die Abgrenzung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane untereinander gewisse Unklarheiten. So sind beispielsweise die Kompetenzen der Geschäftsführer einerseits und der Gesellschafterversammlung andererseits nicht eindeutig abgegrenzt.

- **Schutz der Minderheitsgesellschafter**

Der Schutz nicht geschäftsführender Personen mit Minderheitsbeteiligungen hat sich als mangelhaft erwiesen, insbesondere sind ihre Kontroll- und Informationsrechte ungenügend. Zudem ist bei Erhöhung des Stammkapitals das Bezugsrecht von Gesellschaftern mit Minderheitsbeteiligung nicht ausreichend geschützt.

3. Stossrichtung der Revision

Mit der Revision hat der Gesetzgeber die GmbH konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft ausgestaltet. Gleichzeitig sollten die Mängel des bisherigen GmbH-Rechts beseitigt und die gesetzliche Regelung aktualisiert werden.

Die Revision geht zudem vom Konzept aus, dass die GmbH und die Aktiengesellschaft grundsätzlich auf unterschiedliche Bedürfnisse ausgerichtet sind. Das neue GmbH-Recht orientiert sich daher weiterhin an den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem beschränkten Kreis von Gesellschaftern. Der Gesetzgeber hat mithin bewusst auf Regelungen verzichtet, die auf den öffentlichen Kapitalmarkt ausgerichtet sind. Für Unternehmen mit einem grossen Kreis von beteiligten Personen und für Gesellschaften, die den Schritt an den öffentlichen Kapitalmarkt anstreben, erweist sich regelmässig die Aktiengesellschaft als die geeignete Rechtsform. In diesen Fällen ermöglicht das Fusionsgesetz die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft.

Das revidierte GmbH-Recht ist in zahlreichen Fragen dispositiver Natur. Der Gesetzgeber wollte dadurch eine auf die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse der beteiligten Personen bezogene Ausgestaltung der Gesellschaft in den Statuten ermöglichen. Dagegen sind namentlich die Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger und von Personen mit Minderheitsbeteiligungen sowie zur Grundstruktur der GmbH zwingend.

4. Überblick über die Revision

4.1 Stammkapital

4.1.1 Untere und obere Grenze des Stammkapitals

Im Interesse von Kleinunternehmen wurde das Mindestkapital bei 20'000 Franken belassen. Die Beschränkung des Stammkapitals auf zwei Millionen Franken wurde dagegen aufgehoben.

4.1.2 Liberierung (Einzahlung) des Stammkapitals

Im Gegensatz zum geltenden Recht, das einen minimalen Liberierungsgrad von 50% vorsieht, muss neu das Stammkapital stets voll liberiert werden. Die Gründer müssen somit stets Einlagen in der Höhe von mindestens 20'000 Franken leisten. Sollten die Beteiligten nicht in der Lage sein, das gesetzliche Mindestkapital aufzubringen, dürfte ohnehin die GmbH als Kapitalgesellschaft nicht die geeignete Rechtsform darstellen. In einem solchen Fall sollten die Organisationsformen des Einzelunternehmens, der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in Betracht gezogen werden.

4.1.3 Mindestnennwert der Stammanteile

Die Revision senkt den Mindestnennwert der Stammanteile von bisher 1'000 auf neu 100 Franken. Im Falle einer Sanierung kann überdies der Nennwert der Stammanteile bis auf einen Franken herabgesetzt werden.

Bei einem Stammkapital von beispielsweise 30' 000 Franken und bei einem Nennwert der Stammanteile von 100 Franken können somit bereits 300 Gesellschafter an einer GmbH beteiligt werden. Bei einer grösseren Anzahl von beteiligten Personen dürfte in aller Regel die Aktiengesellschaft die geeignetere Rechtsform sein.

4.1.4 Besitz mehrerer Stammanteile möglich

Gemäss dem revidierten Recht muss jeder Gesellschafter mindestens mit einem Stammanteil am Stammkapital beteiligt sein. Somit kann jeder Gesellschafter neu Eigentum an mehreren Stammanteilen haben. Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen werden dadurch wesentlich erleichtert.

4.1.5 Übertragung der Stammanteile

Die Abtretung von Stammanteilen sowie die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen neu der schriftlichen Form. Mit dieser Formerleichterung wird voraussichtlich die Übertragbarkeit der Stammanteile erheblich erleichtert.

4.1.6 Vinkulierung der Stammanteile

Die Revision hält an einer starken Vinkulierung fest. Die Abtretung der Stammanteile bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die diese Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern kann. Von dieser Vorschrift können die Statuten allerdings abweichen, indem sie:

- a. auf das Erfordernis der Zustimmung zur Abtretung verzichten;
- b. die Gründe festlegen, die die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen;
- c. vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet (escape-clause) ;
- d. die Abtretung ausschliessen;
- e. vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.

Schliessen die Statuten die Abtretung aus oder verweigert die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung, so bleibt den Gesellschaftern das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund vorbehalten.

4.1.7 Verfahren zur Erhöhung des Stammkapitals

Nach bisherigem Recht braucht es zur Erhöhung des Stammkapitals die Zustimmung aller Gesellschafter. Neu verlangt das Gesetz einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, dem zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals zustimmen müssen. Zudem kann mit der Revision das Bezugsrecht der Gesellschafter - entsprechend der aktienrechtlichen Regelung - nur aus wichtigen Gründen aufgehoben werden.

4.2. Abschaffung der subsidiären Solidarhaftung der Gesellschafter

Mit Einführung der Pflicht zur vollständigen Liberierung des Stammkapitals hat der Gesetzgeber auf die bisherige subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafter bis zur Höhe des Stammkapitals verzichtet. Im Gegenzug wurden strengere Vorschriften für die Fälle von qualifizierten Gründungen (Sacheinlagen und Sachübernahmen sowie die Liberierung durch Verrechnung oder durch frei verfügbares Eigenkapital) erlassen. Zweck dieser neuen Vorschriften ist es primär, die effektive Erfüllung der Einlagepflicht besser zu gewährleisten.

4.3. Einpersonengesellschaften

Um dem Bedürfnis nach einer geeigneten Rechtsform für Einpersonunternehmen zu genügen, hat der Gesetzgeber klare Rechtsgrundlagen für die Gründung einer Einpersonen-GmbH erlassen.

4.4 Organisation der Gesellschaft

Die Revision legt klar fest, welche Zuständigkeiten zwingend der Gesellschafterversammlung, den Geschäftsführern sowie gegebenenfalls der Revisionsstelle zukommen. Sie belässt allerdings einen genügenden

Freiraum für eine bedürfnisbezogene Ausgestaltung der Innenverhältnisse im Einzelfall.

Die Revision ermöglicht zudem eine beschränkte variable Zuteilung gewisser Befugnisse. Die Statuten können somit vorsehen, dass bestimmte, näher zu umschreibende Entscheide der Geschäftsführer der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung bedürfen. Zudem dürfen die Geschäftsführer aber auch von sich aus einzelne Fragen der Gesellschafterversammlung unterbreiten, falls die Statuten dies vorsehen.

Im Weiteren können die Statuten den Gesellschaftern ein Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen. Diesfalls müssen die Statuten die Beschlüsse umschreiben, für die das Vetorecht gilt. Die nachträgliche Einführung eines Vetorechts bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.

4.5 Geschäftsführung und Vertretung

Die Revision enthält eine dispositive Regelung der Geschäftsführung und der Vertretung, die auf die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen ausgerichtet ist. Danach üben sämtliche Gesellschafter die Geschäftsführung grundsätzlich gemeinsam aus. Im Gegensatz zum bisherigen Recht wird sodann jeder Geschäftsführer einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Die Statuten können jedoch sowohl die Geschäftsführung als auch die Vertretung anders regeln, insbesondere ist auch eine Übertragung der Geschäftsführung an Personen, die nicht Gesellschafter sind, gestattet. In jedem Fall muss mindestens ein Geschäftsführer zur Vertretung befugt sein. Ferner muss die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können, die ihren Wohnsitz in der Schweiz hat.

4.6 Nachschuss- und Nebenleistungspflichten

Anders als bei der Aktiengesellschaft können die Statuten einer GmbH Nachschuss und Nebenleistungspflichten vorsehen. Die nachträgliche Einführung und die Erweiterung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten bedürfen sodann stets der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter.

4.6.1 Nachschusspflicht

Enthalten die Statuten eine Nachschusspflicht, so müssen sie den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht festlegen. Die Revision beschränkt sodann die Nachschusspflicht auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils, mit dem sie verbunden ist. Dadurch wird die maximale Höhe des Nachschusses für den Erwerber eines Stammanteils transparent. Darüber hinaus wird die statutarische Nachschusspflicht dem Eigenkapital angeglichen, was eine Erweiterung des Verwendungszweckes mit sich bringt. Nachschüsse dürfen durch die Geschäftsführer jedoch nur eingefordert werden, wenn:

- a. die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist;
- b. die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss weiterführen kann;
- c. die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt.

Überdies werden mit Eintritt des Konkurses ausstehende Nachschüsse fällig.

Für die Erfüllung der Nachschusspflichten haftet jeder Gesellschafter nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüsse.

4.6.2 Nebenleistungspflichten

Im Rahmen statutarischer Nebenleistungspflichten können die Gesellschafter sowohl zu einem Tun als auch zu einem Unterlassen oder zu

einem Dulden verpflichtet werden. Zulässig sind jedoch nur Nebenleistungspflichten, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen. Der Gegenstand und der Umfang der Nebenleistungspflichten sind in den Statuten festzulegen. Für die nähere Umschreibung kann jedoch auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden, falls die Statuten darauf verweisen.

4.7 Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Im Gegensatz zu den Aktionären, die gegenüber der Gesellschaft keiner Treuepflicht unterliegen, müssen in der GmbH nicht nur geschäftsführende Gesellschafter, sondern neu sämtliche Gesellschafter eine Treuepflicht beachten. Die Gesellschafter müssen danach alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt. Sie dürfen insbesondere nicht Geschäfte betreiben, die ihnen zum besonderen Vorteil gereichen und durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde.

Neben der Treuepflicht wird für die Geschäftsführer grundsätzlich ein Konkurrenzverbot statuiert. Die Geschäftsführer dürfen somit keine konkurrenzierenden Tätigkeiten ausüben, es sei denn, die Statuten sehen etwas anderes vor oder alle übrigen Gesellschafter stimmen der Tätigkeit schriftlich zu. Zudem können die Statuten das Konkurrenzverbot auch auf nicht geschäftsführende Gesellschafter ausdehnen.

Die Gesellschafter können im Einzelfall auf die Beachtung der Treuepflicht oder des Konkurrenzverbots verzichten, sofern alle übrigen Gesellschafter schriftlich zustimmen. Die Statuten können jedoch vorsehen, dass stattdessen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist.

4.8 Prüfung der Jahresrechnung

Im geltenden GmbH-Recht besteht keine Pflicht, eine Revisionsstelle beizuziehen. Es steht der Gesellschaft allerdings offen, die Jahresrechnung von einem unabhängigen Revisor prüfen zu lassen.

Das revidierte Recht verweist demgegenüber für die Revisionspflicht und die Revisionsstelle auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Es wird dadurch eine Regelung eingeführt, die nach der Grösse des Unternehmens differenziert. Die GmbH muss demnach bei Vorliegen bestimmter, namentlich quantitativen Voraussetzungen ihre Jahresrechnung und ihre Konzernrechnung ordentlich durch eine beaufsichtigte Revisionsstelle bzw. durch einen zugelassenen Revisionsexperten prüfen lassen. Darüber hinaus kann ein Gesellschafter, der einer Nachschusspflicht unterliegt, eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen.

Ist keine ordentliche Revision erforderlich, so besteht grundsätzlich eine Pflicht zur eingeschränkten Revision der Jahresrechnung. Eine Gesellschaft, die nur zu einer eingeschränkten Revision verpflichtet ist, darf jedoch mit Zustimmung aller Gesellschafter auf eine Revision verzichten, sofern die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen aufweist (Opting-out).

4.9 Austritt und Ausschliessung

Unverändert kann jeder Gesellschafter aus wichtigen Gründen jederzeit beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen. Über diese gesetzliche Austrittsmöglichkeit hinaus steht es den Gesellschaften offen, in den Statuten ein weitergehendes Recht auf Austritt vorzusehen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen. Da der Austritt eines Gesellschafters für die übrigen beteiligten Personen Nachteile mit sich

bringen kann, sieht die Revision im Interesse der Gleichbehandlung aller Gesellschafter eine Regelung für einen so genannten Anschlussaustritt vor.

Im Gegenzug kann die Gesellschaft beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Statuten können zudem vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschliessen darf, wenn bestimmte Gründe vorliegen. In diesem Fall sind jedoch die Vorschriften über den Anschlussaustritt nicht anwendbar.

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht. Für das Ausscheiden auf Grund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten hingegen die Abfindung abweichend festlegen.

(Stand: Juli 2006)

Der Verfasser, Giovanni A. Pantò, ist Rechtsanwalt in Zürich. Er ist vorwiegend auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts sowie des internationalen Rechts tätig. In seiner gesellschaftsrechtlichen Praxis betreut er insbesondere ausländische Unternehmen, die sich in der Schweiz ansiedeln wollen. Der Verfasser war zuvor Rechtskonsulent in einer internationalen Investmentbank und Leiter der Aussendienstverträge einer grossen schweizerischen Lebensversicherungs-Gesellschaft.