

edoc

Institutional Repository of the University of Basel

University Library

Schoenbeinstrasse 18-20

CH-4056 Basel, Switzerland

<http://edoc.unibas.ch/>

Year: 2006

**Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die  
Willensbildung der GmbH – die Konzernleitung der GmbH**

Handschin, Lukas

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A5264932>

Originally published as:

Handschin, Lukas. (2006) *Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung der GmbH – die Konzernleitung der GmbH*. In: Das neue schweizerische GmbH-Recht. Zürich, S. 75-124.



# Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung in der GmbH – die Konzernleitung der GmbH

Lukas Handschin\*

## Inhalt

I.	Gesellschaftsanteil	77
1.	Kleinerer Nennwert	77
2.	Mehrzahl von Anteilen	77
3.	Abtretung der Stammanteile	78
a)	Grundlagen	78
b)	Übertragungsvertrag und Übertragung zwischen Veräußerer und Erwerber	78
c)	Zustimmung der Gesellschaft; Aufnahme des neuen Mitgliedes in das Anteilbuch	79
d)	Verweigerung der Übertragung durch die Gesellschaft	80
4.	Erschwerung und Erleichterung der Vinkulierung	80
5.	Der Gesellschafterwechsel bei besonderen Erwerbsarten	81
II.	Willensbildung in der GmbH, Mitwirkungsrechte der Gesellschafter	82
1.	Gesellschafterversammlung	82
a)	Funktion; Abgrenzung zur Geschäftsführung	83
b)	Arten; Ordentliche und ausserordentliche Gesellschafterversammlung; Universalversammlung	84
c)	Einberufung der Gesellschafterversammlung	85
d)	Befugnisse und Aufgaben der Gesellschafterversammlung	85
e)	Die Durchführung der Gesellschafterversammlung	90
2.	Die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung	90
a)	Stimmrecht	90
b)	Nichtanwendbarkeit der Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile	91
c)	Stimmbindungsvereinbarung	91
d)	Ausschluss vom Stimmrecht/Stimmrechtsbeschränkung	91
e)	Stellvertretung	92
f)	Nutzniessung	92
g)	Vetorecht	93

Der nachfolgende Artikel ist eine gekürzte Wiedergabe der §§ 13, 14, 19 und 33 des Buches: „Die neue GmbH“, welches der Autor zusammen mit Christof Truniger verfasst hat und das noch vor Ende 2006 erscheinen wird.

	h) Beschlussfassung; Quoren	94
	aa) Gesetzliche Quoren	94
	bb) Statutarische Quoren	95
	i) Urabstimmung	95
	j) Anfechtung und Nichtigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen	97
	k) Nichtige Entscheide	98
III.	Die Geschäftsführung	99
1.	Grundlagen	99
2.	Inhalt der Geschäftsführung, Abgrenzungen	100
	a) Abgrenzung zur Gesellschafterversammlung	100
	b) Abgrenzung zu untergeordneten Entscheiden	100
	c) Dringende Entscheide	100
	d) Aufgaben der Geschäftsführung	101
3.	Bestellung der Geschäftsführer	101
	a) Dispositive Regel: Selbstorganschaft	101
	b) Statutarisch begründbare Regel: Drittorganschaft; Wahl- und Abwählbarkeit	102
	c) Die Delegation der Geschäftsführung	103
	d) Delegation der Geschäftsführung an eigene Gesellschafter	103
	e) Bestellung Dritter als Geschäftsführer	104
	f) „Aufsichtsrat-Geschäftsführer“ in der GmbH?	104
	g) Bestellbarkeit zum Geschäftsführer	105
4.	Pflichten der Geschäftsführer	106
	a) Pflicht zur Kompetenzwahrnehmung	106
	b) Pflicht zur persönlichen Ausübung des Amtes	106
	c) Sorgfalts- und Treuepflicht	106
	d) Insbesondere: Das Konkurrenzverbot des Geschäftsführers	107
	e) Die Benachrichtigung des Richters	108
	f) Pflichten des Vorsitzenden	108
5.	Rechte der Geschäftsführer	109
	a) Entschädigung der Geschäftsführer	109
	b) Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer	110
	c) Informationsrechte in der Geschäftsführung	110
6.	Beschlussfassung; Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	112
	a) Entscheidungsfindung und Beschlussfassung	112
	b) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	113
7.	Ende der Geschäftsführung	113
	a) Rücktritt	113
	b) Entzug der Geschäftsführung	114
IV.	Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern	114
1.	Grundlagen	114
2.	Die Leitung des Konzerns	116
3.	Der Konzern im Aktienrecht	116
4.	Die GmbH als Konzerntochtergesellschaft	119
5.	Die Muttergesellschaft als formelles Organ der Konzerntochtergesellschaft?	120

## I. Gesellschaftsanteil

### 1. Kleinerer Nennwert

Das Stammkapital muss mindestens CHF 20'000.– betragen<sup>1</sup>. Das Stammkapital ist voll zu liberieren<sup>2</sup>. Das Stammkapital ist aufgeteilt in Stammeinlagen mit einem Nennwert von neu mindestens CHF 100.– (im alten Recht betrug dieser Wert CHF 1'000.–). Der Mindestnennwert ist zwingend<sup>3</sup>. Im Falle einer Sanierung kann der Nennwert unter den Mindestnennwert von CHF 100.– bis auf CHF 1.– herabgesetzt werden<sup>4</sup>. Wird der Nennwert im Sanierungsfall auf weniger als CHF 100.– festgesetzt, entstehen Sanierungsstammanteile. Ist selbst der Mindestnennwert von CHF 1.– nicht mehr durch Aktiven gedeckt, muss zwingend eine Kapitalherabsetzung durch Vernichtung von Stammanteilen vorgenommen werden<sup>5</sup>.

Stammanteile müssen mindestens zum Nennwert ausgegeben werden. Unterprior-Emissionen sind nicht zulässig<sup>6</sup>. Anzahl und Höhe der Stammeinlagen müssen zwingend in den Gesellschaftsstatuten festgehalten sein, nicht aber die Namen der Gesellschafter und ihre Zuordnung zu den jeweiligen Stammeinlagen<sup>7</sup>. Diese Informationen sind dem Handelsregister zu melden und können dort eingesehen werden<sup>8</sup>.

### 2. Mehrzahl von Anteilen

Nach altem Recht konnte jeder Gesellschafter nur einen Stammanteil besitzen. Verschiebungen von Stammanteilen oder Teilen davon unter den Gesellschaf-

<sup>1</sup> Art. 773 OR.

<sup>2</sup> Art. 777c Abs. 1 OR.

<sup>3</sup> Eine weitergehende Senkung erscheint im Hinblick auf den personenbezogenen Charakter, die Angestaltung als Rechtsform für einen beschränkten Kreis von Beteiligten und die fehlende Kapitalmarktfähigkeit der GmbH nicht sachgerecht. Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff. (zit. Botschaft), 3171.

<sup>4</sup> Art. 774 Abs. 1 OR.

<sup>5</sup> Botschaft (FN 3), 3171 i.V.m. 3234.

<sup>6</sup> Art. 774 Abs. 2 OR.

<sup>7</sup> Art. 776 Ziff. 3 OR.

<sup>8</sup> Art. 791 Abs. 1 OR.

tern<sup>9</sup> oder an Dritte mit gleichzeitiger Änderung der Stückelung, führten also immer zu Statutenänderungen. Unter neuem Recht wird die Veränderung der Besitzverhältnisse erleichtert: Jeder Gesellschafter darf neu mehrere Stammanteile besitzen<sup>10</sup>. Der Nennwert des Stammanteiles muss bei der Übertragung nicht verändert werden. Im Gegenzug verlangt das Gesetz in den Statuten die Angabe der Anzahl der Stammanteile<sup>11</sup>.

### 3. Abtretung der Stammanteile

#### a) Grundlagen

Eine Änderung im Bestand der Mitglieder kann nicht nur durch Eintritt und Austritt erfolgen, sondern auch durch Gesellschafterwechsel, indem das austretende Mitglied seine Mitgliedschaft auf das neue Mitglied (oder auf eine Person, die schon Mitglied ist) überträgt.

Die Regeln über die Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsanteilen resp. über deren Beschränkbarkeit zeigen deutlich die vom Gesetzgeber gewollten Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und GmbH auf: In der personalistischen GmbH erlaubt das Gesetz Einschränkungen der Übertragbarkeit, die bei der Aktiengesellschaft unzulässig wären.

#### b) Übertragungsvertrag und Übertragung zwischen Veräusserer und Erwerber

Die Übertragung eines Gesellschaftsanteils erfolgt durch ein schriftliches Verpflichtungsgeschäft zwischen Veräusserer und Erwerber, gefolgt vom eigentlichen Verfügungsgeschäft<sup>12</sup>. Art. 785 Abs. 1 OR verlangt für die Verpflichtung zur Abtretung und die eigentliche Abtretung die schriftliche Form. Wurde nur die eigentliche Abtretung schriftlich festgehalten, nicht aber das Verpflichtungsgeschäft, auf das sich die Abtretung abstützt, kommt die Übertragung dennoch gültig zustande, da der Formmangel des ersten Vertrags geheilt wird<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Wenn beispielsweise in der Zweimann-GmbH der eine Gesellschafter dem anderen die Hälfte seiner Stammanteile abtritt.

<sup>10</sup> Art. 772 Abs. 2 OR.

<sup>11</sup> Art. 776 Ziff. 3 OR.

<sup>12</sup> Art. 785 Abs. 1 OR; Art. 786 f. OR.

<sup>13</sup> WOHLMANN HERBERT, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Schweizerisches Privatrecht, Band 8, Basel 1982, 48; VON STEIGER WERNER, Kommentar zum Schweizerischen

Dies gilt trotz des explizit im Gesetz festgehaltenen Formerfordernisses zumindest dann, wenn sämtliche wesentlichen Elemente des Verpflichtungsgeschäfts im Verfügungsgeschäft schriftlich festgehalten werden.

#### c) Zustimmung der Gesellschaft; Aufnahme des neuen Mitgliedes in das Anteilbuch

Gemäss Art. 786 Abs. 1 OR bedarf die Abtretung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dieses Zustimmungserfordernis wird als Vinkulierung bezeichnet.

Formell gelangt der Erwerber des Stammanteils unter Vorlage des schriftlichen Abtretungsvertrags an die Gesellschaft, die seine Gültigkeit prüft und im Anschluss mit einem Mehr von mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals<sup>14</sup> darüber entscheidet, ob sie der Übertragung zustimmen will, oder nicht und den neuen Gesellschafter im Falle der Zustimmung in das Anteilbuch der GmbH einträgt. Für den Entscheid der GmbH, ob sie den neuen Gesellschafter aufnehmen will, ist die Gesellschafterversammlung zuständig<sup>15</sup>. Der Veräusserer ist gemäss Art. 806a OR nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen und kann an der Beschlussfassung mitstimmen<sup>16</sup>.

Ist für die Abtretung von Stammanteilen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich, wird die Abtretung mit der Zustimmung rechtswirksam<sup>17</sup> und der Erwerber des Anteils wird Mitglied der GmbH und in das Anteilbuch aufgenommen. Lehnt die Gesellschaftsversammlung das Gesuch nicht innerhalb von sechs Monaten ab, gilt die Zustimmung als erteilt<sup>18</sup>. Die Abtre-

Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1965, N 13 zu Art. 791 OR; DU PASQUIER SHELBY/OERTLE MATTHEAS, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 791 N 2.

<sup>14</sup> Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR. Das bedeutet folgendes: (i) Entscheidend sind nicht die abgegebenen, sondern die vertretenen Stimmen; (ii) ungültige Stimmen und Enthaltungen zählen wie Nein-Stimmen; (iii) ist an der Beschlussfassung betreffend die Zustimmung zur Abtretung bzw. die Anerkennung als Gesellschafter nicht mindestens 50% des Stammkapitals vertreten, kann kein gültiger Beschluss zu Stande kommen.

<sup>15</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

<sup>16</sup> Vgl. so auch zum alten Recht WOHLMANN (FN 13), 48 f.; DU PASQUIER/OERTLE (FN 13), Art. 791 N 3.

<sup>17</sup> Art. 787 Abs. 1 OR.

<sup>18</sup> Art. 787 Abs. 2 OR.

tung bzw. der neue Gesellschafter muss im Handelsregister eingetragen werden.

#### d) *Verweigerung der Übertragung durch die Gesellschaft*

Sehen die Statuten keine abweichende Regelung vor, kann die Gesellschafterversammlung die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern<sup>19</sup>. Auch sind die Gesellschafter – anders als im Aktienrecht – grundsätzlich nicht verpflichtet, dem verkaufswilligen Gesellschafter seinen Anteil abzunehmen. Gegen Willkür der anderen Gesellschafter schützt allenfalls das Recht auf Austritt<sup>20</sup> oder auf Auflösung aus wichtigem Grund<sup>21</sup>, allerdings nur den Veräusserer, nicht den Erwerber.

Verweigern die Gesellschafter die Genehmigung der Übertragung, wird das Verpflichtungsgeschäft unwirksam<sup>22</sup> und es muss eine Rückabwicklung stattfinden<sup>23</sup>. Eine Aufteilung zwischen Vermögens- und Mitgliedschaftsrechten gibt es bei der GmbH nicht<sup>24</sup>. In der praktischen Handhabung steht daher die Konsultation der anderen Gesellschafter, jedenfalls derjenigen Mehrheit, die für die Übertragung benötigt wird, an erster Stelle. Es macht wenig Sinn, einen Übertragungsvertrag zu vereinbaren, wenn unsicher ist, ob die Gesellschaft der Übertragung zustimmt.

#### 4. **Erschwerung und Erleichterung der Vinkulierung**

Die Statuten können das Zustimmungserfordernis bis zum Erfordernis der Einstimmigkeit erschweren. Umgekehrt erlaubt das Gesetz auch, auf eine eingehende Ordnung der Vinkulierung in den Statuten oder gar auf das Erfordernis der Zustimmung zu verzichten<sup>25</sup>. Das Gesetz erlaubt eine abweichende Vinkulierungsordnung vorzusehen, wobei diese Möglichkeiten im Gesetz abschliessend aufgeführt werden<sup>26</sup>. Neben dem bereits erwähnten Verzicht auf das Er-

<sup>19</sup> Art. 786 Abs. 1 und Abs. 2 OR.

<sup>20</sup> Art. 786 Abs. 3 OR.

<sup>21</sup> WOHLMANN (FN 13), 49; VON STEIGER (FN 13), N 18 zu Art. 791.

<sup>22</sup> DU PASQUIER/OERTLE (FN 13), Art. 791 N 3.

<sup>23</sup> WOHLMANN, 49.

<sup>24</sup> DU PASQUIER/OERTLE (FN 13), Art. 791 N 3.

<sup>25</sup> Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

<sup>26</sup> Botschaft (FN 3), 3186.

fordernis der Zustimmung, nennt das Gesetz vier weitere Möglichkeiten: Die Statuten können Gründe festlegen, welche die Verweigerung der Zustimmung rechtfertigen; die Statuten können vorsehen, dass die Zustimmung verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet oder die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und keine Sicherheit geleistet wird; die Statuten können die Abtretung ausschliessen<sup>27</sup>.

Als Gründe im Sinne von Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR können beispielsweise Konkurrentenklauseln, Familienklauseln oder Prozentklauseln oder konkret umschriebene Sachverhalte statuiert werden. Diese statutarischen Erschwernisse gelten dann aber, wenn die Statuten dies nicht ausnehmen, nicht nur beim Eintritt neuer Gesellschafter, sondern auch, wenn Stammanteile unter den Gesellschaftern abgetreten werden und sich dadurch die Macht- und Stimmenverhältnisse innerhalb der GmbH ändern, ohne dass neue Gesellschafter dazukommen oder bisherige die Gesellschaft verlassen.

#### 5. **Der Gesellschafterwechsel bei besonderen Erwerbsarten**

Für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung gelten formal andere Regeln: Die Gesellschafteranteile gehen ohne Gesellschaftsbeschluss auf den Erwerber über<sup>28</sup>. Der Erwerber erwirbt die Stammanteile direkt, zeitlich vor der Anerkennung als Gesellschafter. Art. 788 Abs. 1 OR bezweckt, zu verhindern, dass Rechte und Pflichten „herrenlos“ werden. Dementsprechend ist die Aufzählung der besonderen Erwerbsarten nicht abschliessend, sondern analog auf ähnliche Sachverhalte anzuwenden<sup>29</sup>.

Will die Gesellschaftsversammlung dem Erwerber die Anerkennung als Gesellschafter verweigern, muss ihm die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Anerkennungsgesuches anbieten<sup>30</sup>. Die Statuten können auf das Erfordernis der Anerkennung verzichten. Möglich

<sup>27</sup> Art. 786 Abs. 2 OR.

<sup>28</sup> Art. 788 Abs. 1 OR.

<sup>29</sup> Botschaft (FN 3), 3188.

<sup>30</sup> Art. 788 Abs. 3 OR. Zum „wirklichen Wert“ vgl. NOBEL PETER, Bestimmung des wirklichen Wertes von Aktien ohne Börsenkurs, Recht 1996, 121 ff., 123 f.

ist auch, nur bestimmte Erwerbsarten, beispielsweise den erbrechtlichen Erwerb, von Erfordernis der Anerkennung auszunehmen<sup>31</sup>.

## II. Willensbildung in der GmbH, Mitwirkungsrechte der Gesellschafter

### 1. Gesellschafterversammlung

Die Entscheide, die innerhalb einer Gesellschaft gefällt werden müssen, lassen sich in zwei Kategorien aufteilen: in wichtige Entscheide, die nur durch die Gesellschafter insgesamt gefällt werden können und in weniger wichtige Entscheide, die durch diejenigen Gesellschafter gefällt werden können, welche die Geschäfte der Gesellschaft führen.

Das Prinzip ist in allen Gesellschaftsformen das Gleiche. Unterschiede bestehen jedoch in der Art und Weise, wie die Kompetenzen zwischen den geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Gesellschaftern abgegrenzt werden. Die Umsetzung des Prinzips in konkrete Kompetenzabgrenzungsnormen ist von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden. Bei der Aktiengesellschaft beispielsweise ist die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Mitgliederversammlung (GV) und der Geschäftsführung (VR) eine andere als bei der Kollektivgesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft hat der Verwaltungsrat weitreichende Kompetenzen, die in der Kollektivgesellschaft den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern zustehen.

Die GmbH orientiert sich an den typischen Bedürfnissen in kleineren Unternehmen: Wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft und die Gesellschafter üben die Geschäftsführung gemeinsam aus<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Botschaft (FN 3), 3189.

<sup>32</sup> Art. 809 Abs. 1 OR.

### a) Funktion; Abgrenzung zur Geschäftsführung

Die Gesellschafterversammlung ist oberstes Organ der Gesellschaft<sup>33</sup>. Diese Formulierung findet sich auch in der entsprechenden Vorschrift des Aktienrechts<sup>34</sup>, was zur Frage führt, ob auch im GmbH-Recht wie im Aktienrecht die Paritätstheorie<sup>35</sup> gilt, oder ob die Gesellschafterversammlung sich – wie man aus dem Wortlaut von Art. 804 Abs. 1 OR: „oberstes Organ“ eigentlich zu lesen glaubt – über ihre gesetzlich vorgesehenen Befugnisse hinaus alle Kompetenzen aneignen kann, die sie will (Omnipotenztheorie). Die Botschaft spricht sich für die Paritätstheorie aus: Die Bezeichnung als „oberstes Organ“ ist nicht im Sinne einer hierarchischen Überordnung zu verstehen; vielmehr werden damit die der Gesellschafterversammlung zugewiesenen Aufgaben angesprochen<sup>36</sup>. Jedem Organ sind gemäss seiner Funktion spezifische Aufgaben zugewiesen, welche ihm nicht entzogen werden können.

Tatsächlich legt Art. 810 OR die Kompetenzen fest, schränkt diese Regelung in Art. 811 OR aber gleich wieder ein: Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen bzw. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können<sup>37</sup>. So ist es zulässig, beispielsweise wichtige Investitionsentscheide, die Gewährung von Krediten oder auch die Einleitung von Prozessen einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen, was im Aktienrecht nicht möglich ist. Bei dieser Ausgangslage ist von einem relativierten Paritätsprinzip auszugehen.

Gemäss der Botschaft zeitigt die Genehmigung lediglich gesellschaftsintern Wirkung<sup>38</sup>. Extern kann der Geschäftsführer handeln, er darf nur nicht.

Art. 811 Abs. 2 OR stellt sodann fest, dass die Haftung der Geschäftsführer trotz einer Genehmigung der Gesellschafterversammlung bestehen bleibt. Die Genehmigung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein. Konkret bedeutet dies was folgt: Unterbreiten die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung einen widerrechtlichen Antrag und stimmt die Gesellschafterver-

<sup>33</sup> Art. 804 Abs. 1 OR.

<sup>34</sup> Art. 698 OR; sowie im Genossenschaftsrecht: Art. 879 Abs. 1 OR.

<sup>35</sup> Zum Begriff: FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20 N 9.

<sup>36</sup> Botschaft (FN 3), 3204.

<sup>37</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR.

<sup>38</sup> Botschaft (FN 3), 3213 f.

sammlung dem Antrag zu, bleiben die Geschäftsführer haftbar; unterbreiten die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung einen korrekten Antrag und lehnt die Gesellschafterversammlung diesen Antrag ab und zwingt dadurch die Geschäftsführer sich widerrechtlich zu verhalten, ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses gerichtlich feststellen zu lassen oder den Beschluss anzufechten. Der gewählte Geschäftsführer hat sodann die Möglichkeit, von seinem Amt zurückzutreten. Tut er es nicht, haftet er; das ergibt sich schon aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Geschäftsführers<sup>39</sup>. Gesellschaftsintern kommt der Genehmigungsbeschluss einer Entlastung gleich<sup>40</sup>.

b) *Arten; Ordentliche und ausserordentliche Gesellschafterversammlung; Universalversammlung*

Die Gesellschafterversammlung kann (und muss) immer dann stattfinden, wenn über ein Thema zu beschliessen ist, das in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fällt<sup>41</sup>. Zwingend vorgeschrieben ist ausserdem die jährlich abzuhaltende ordentliche Gesellschafterversammlung. Wie die ordentliche GV der Aktiengesellschaft soll sie spätestens innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs stattfinden<sup>42</sup>. Diese Frist kann statutarisch verkürzt, aber nicht ausgedehnt werden<sup>43</sup>. Die gesetzlich vorgeschriebene Jahresgesellschafterversammlung beschliesst zwingend über die Genehmigung der Jahresrechnung und über die Wahl der Geschäftsführer, wenn deren Amtszeit abgelaufen ist<sup>44</sup>. Die Statuten können zusätzliche ordentliche Gesellschafterversammlungen vorsehen, was dann sinnvoll sein kann, wenn nicht geschäftsführende Gesellschafter vorhanden sind, die dennoch enger in den Entscheidungsprozess innerhalb der GmbH eingebunden werden sollen.

Ausserordentliche Gesellschafterversammlungen erfolgen nicht gestützt auf gesetzliche oder statutarische Vorschriften, sondern immer dann, wenn inner-

<sup>39</sup> Art. 812 Abs. 1 OR.

<sup>40</sup> Botschaft (FN 3), 3213 sowie auch eingehend FORSTMOSER PETER, Das neue Recht der Schweizer GmbH, Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 535 ff. (zit. FORSTMOSER, GmbH), 559 ff.

<sup>41</sup> HANDSCHIN LUKAS, Die GmbH, ein Grundriss, Zürich 1996 (zit. HANDSCHIN, GmbH), 66.

<sup>42</sup> Art. 805 Abs. 2 OR.

<sup>43</sup> VON STEIGER (FN 13), N 2 zu Art. 809 OR.

<sup>44</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 66.

halb der GmbH ein Entscheid zu treffen ist, für den die Gesellschafterversammlung zuständig ist<sup>45</sup>.

Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Stammanteile können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Gesellschafterversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abhalten. Für die Universalversammlung gelten die Bestimmungen des Aktienrechts<sup>46</sup>.

c) *Einberufung der Gesellschafterversammlung*

Die Gesellschafterversammlung wird von den Geschäftsführern, nötigenfalls durch die Revisionsstelle, einberufen. Das Einberufungsrecht steht auch den Liquidatoren zu<sup>47</sup>. Was die Einberufung, das Einberufungs- und Antragsrecht der Gesellschafter, die Verhandlungsgegenstände, die Anträge, die Universalversammlung, die vorbereitenden Massnahmen, das Protokoll, die Vertretung der Gesellschafter und die unbefugte Teilnahme anbelangt, sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar<sup>48</sup>.

d) *Befugnisse und Aufgaben der Gesellschafterversammlung*

Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung entsprechen weitgehend denjenigen der Generalversammlung im Aktienrecht. Ihre gesetzlichen Aufgaben sind bis auf eine Ausnahme<sup>49</sup> nicht an andere Organe der GmbH übertragbar.

(1) *Änderung der Statuten; Änderung des Gesellschaftszwecks*

Statutenänderungen können nur durch die Gesellschafterversammlung beschlossen werden<sup>50</sup>. Das gilt nicht nur für formelle Statutenänderungen, sondern auch für die materielle Änderung des Gesellschaftszweckes. Für Geschäfte, welche den Gesellschaftszweck materiell ändern<sup>51</sup> ist die Geschäftsführung nicht zuständig; vielmehr muss darüber, im für Statutenänderungen vorge-

<sup>45</sup> Art. 805 Abs. 2 OR.

<sup>46</sup> Art. 805 Abs. 5 OR i.V.m. Art. 701 OR.

<sup>47</sup> Art. 805 Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Art. 805 Abs. 5 OR.

<sup>49</sup> Art. 804 Abs. 3 OR: Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

<sup>50</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

<sup>51</sup> Z.B. die Aufgabe der Produktion und die Beschränkung auf den reinen Handel.

schriebenen Verfahren, beschlossen werden. Vorbehalten bleibt die Anpassung der Statuten anlässlich der Kapitalerhöhung durch die Geschäftsführer<sup>52</sup>.

(2) *Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern*

Gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist die Gesellschafterversammlung zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zuständig. Dies gilt jedoch nur, wenn von der dispositiven gesetzlichen Ordnung der Selbstorganschaft statutarisch abgewichen und die Wahl der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung vorgesehen wird<sup>53</sup>.

(3) *Bestellung und Abberufung der Revisionsstelle bzw. des Konzernprüfers*

Die Gesellschafterversammlung ist für die Bestellung und Abberufung der Revisionsstelle zuständig<sup>54</sup>. Die Bestellung und Abberufung der Konzernprüfer liegt in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft.

(4) *Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung*

Im Jahresbericht äussert sich die Geschäftsführung über den Geschäftsverlauf des vergangenen Jahres sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft. Gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 4 OR genehmigt die Gesellschafterversammlung den durch die Geschäftsführung erstellten Jahresbericht und gegebenenfalls die Konzernrechnung.

(5) *Genehmigung der Jahresrechnung; Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes*

Die Genehmigung der Jahresrechnung und der Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende sowie gegebenenfalls der Tantiemen, sind obligatorische Traktanden der ordentlichen Gesellschafterversammlung<sup>55</sup>. Diese kann unabhängig von den Anträgen der Geschäftsführer im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften über die Verwendung des Gewinnes beschliessen.

<sup>52</sup> Art. 781 Abs. 5 Ziff. 5 OR i.V.m. Art. 652g OR.

<sup>53</sup> Art. 809 Abs. 1 OR.

<sup>54</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

<sup>55</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

(6) *Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer*

Die Entschädigung der Geschäftsführer wird durch die Gesellschafterversammlung festgelegt<sup>56</sup>. Diese Bestimmung gewährleistet transparente Verhältnisse und beabsichtigt, Interessenkonflikte zu vermeiden.

(7) *Entlastung*

Gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 7 OR liegt es in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung, die Geschäftsführer zu entlasten. Mit dem Beschluss über die Jahresrechnung erfolgt auch der Beschluss über die Entlastung der Geschäftsführer (Décharge). Der Beschluss kann sich auf die Geschäftsführung als Ganzes oder auf einzelne Personen beziehen.

Beim Beschluss über die Entlastung haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht<sup>57</sup>. Der Ausschluss vom Stimmrecht gilt auch für die Beteiligung, die der geschäftsführende Gesellschafter vertritt<sup>58</sup>. Der betroffene Geschäftsführer darf sich jedoch äussern und Anträge stellen<sup>59</sup>.

(8) *Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen*

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen sowie über die Anerkennung des Erwerbers als stimmberechtigten Gesellschafter<sup>60</sup>.

(9) *Zustimmung zur Bestellung eines Pfandrechts an Stammanteilen*

Sehen die Statuten vor, dass die Bestellung eines Pfandrechts an den Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschaft bedarf, ist hierfür die Gesellschafterversammlung zuständig<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

<sup>57</sup> Art. 806a Abs. 1 OR.

<sup>58</sup> BGE 128 III 142 ff.

<sup>59</sup> FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit), N 434.

<sup>60</sup> Vgl. dazu oben, Ziff. 1.3.

<sup>61</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 9 OR.

*(10) Ausübung statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte*

Ist die Gesellschaft Berechtigter statutarischer Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte, entscheidet die Gesellschafterversammlung über deren Ausübung<sup>62</sup>.

*(11) Erwerb eigener Stammanteile*

Die Geschäftsführer bedürfen für den Erwerb eigener Stammanteile einer Ermächtigung durch die Gesellschafterversammlung<sup>63</sup>. Werden eigene Stammanteile ohne entsprechende Ermächtigung erworben, kann die Gesellschafterversammlung nachträglich ihre Genehmigung erteilen. Gemäss Art. 783 Abs. 2 OR können bis zu 35% des Stammkapitals als eigene Stammanteile erworben werden. Da dies zu einer wesentlichen Verschiebung der Beherrschungsverhältnisse führen kann, bedarf die Geschäftsführung für den Erwerb eigener Stammanteile einer Ermächtigung. Erteilt die Gesellschafterversammlung eine Ermächtigung, ist darin sachnotwendigerweise auch die Zustimmung zur Abtretung der Stammanteile an die Gesellschaft eingeschlossen<sup>64</sup>.

*(12) Regelung von Nebenleistungspflichten*

Die nähere Regelung von Nebenleistungspflichten obliegt der Gesellschafterversammlung<sup>65</sup>. Erfolgt die nähere Regelung im Rahmen eines Reglements<sup>66</sup>, bedarf auch dieses der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung. Zu beachten ist, dass Nebenleistungspflichten nur zulässig sind, soweit sie dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung der Gesellschafter dienen, wobei die nachträgliche Einführung oder Erweiterung stets der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedarf<sup>67</sup>.

*(13) Zustimmung zu konkurrenzierenden Tätigkeiten*

Gemäss Art. 803 Abs. 3 OR sowie Art. 812 Abs. 2 OR bedürfen Geschäftsführer für Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein allfälliges Konkurrenzverbot verstossen, grundsätzlich der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter.

<sup>62</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 10 OR.

<sup>63</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR.

<sup>64</sup> Botschaft (FN 3), 3206.

<sup>65</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 12 OR.

<sup>66</sup> Art. 796 Abs. 3 OR.

<sup>67</sup> Botschaft (FN 3), 3161.

Falls die Statuten dies vorsehen, kann die Gesellschafterversammlung zur Erteilung der Zustimmung für zuständig erklärt werden<sup>68</sup>.

*(14) Antrag auf Ausschluss eines Gesellschafters*

Die Gesellschaft kann beim Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Ob eine Klage auf Ausschluss eingereicht werden soll, entscheidet die Gesellschafterversammlung<sup>69</sup>.

*(15) Ausschluss eines Gesellschafters*

Sehen die Statuten besondere Ausschlussgründe vor, entscheidet die Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit über den Ausschluss<sup>70</sup>.

*(16) Auflösung der Gesellschaft*

Die Gesellschafterversammlung kann mit qualifizierter Mehrheit die Auflösung beschliessen<sup>71</sup>. Der Beschluss ist öffentlich zu beurkunden<sup>72</sup>. Vorbehalten bleibt die Auflösung durch den Entscheid einer Behörde oder des Richters<sup>73</sup>.

*(17) Genehmigung von Geschäften der Geschäftsführung*

Gemäss Art. 811 OR können die Statuten vorsehen, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorlegen müssen. Sehen die Statuten ein Genehmigungserfordernis vor, begründet dies die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung<sup>74</sup>.

*(18) Weitere Befugnisse*

Gemäss Art. 805 Abs. 2 Ziff. 18 OR ist die Gesellschafterversammlung für alle weiteren Fragen zuständig, die ihr vom Gesetz oder von den Statuten vorbehalten werden. Die Aufzählung der Kompetenzen in Art. 804 OR ist dementsprechend nicht abschliessender Natur<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 13 OR.

<sup>69</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR.

<sup>70</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 15 OR i.V.m. Art. 823 Abs. 1 und Abs. 2 OR.

<sup>71</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 16 OR.

<sup>72</sup> Art. 821 Abs. 2 OR.

<sup>73</sup> Art. 731b OR i.V.m. Art. 819 OR bzw. Art. 821 OR.

<sup>74</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 17 OR.

<sup>75</sup> Botschaft (FN 3), 3206.

e) *Die Durchführung der Gesellschafterversammlung*

Wenn die Statuten die Art der Durchführung der Gesellschafterversammlung nicht regeln, konstituiert sich die Gesellschafterversammlung selbst<sup>76</sup> und wählt den Vorsitzenden, den Sekretär und die Stimmzähler. Als Sekretär und Stimmzähler, nicht aber als Vorsitzender<sup>77</sup>, sind auch Dritte wählbar, die nicht Gesellschafter sind<sup>78</sup>. Geleitet wird die Versammlung durch den Vorsitzenden.

Die Gesellschafter sind befugt, sich anlässlich der Gesellschafterversammlung zu den traktandierten Themen zu äussern. Ein Gesellschafter ist grundsätzlich selbst dann befugt, sich zu einem Traktandum zu äussern, wenn er selber vom Stimmrecht ausgeschlossen ist<sup>79</sup>.

## 2. Die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung

a) *Stimmrecht*

Das Stimmrecht der Gesellschafter ist wie im Aktienrecht grundsätzlich kapitalbezogen ausgestaltet. Nach der dispositiven Regel von Art. 806 OR bemisst es sich nach dem Nennwert der Stammanteile. In der partnerschaftlich strukturierten GmbH mag die gesetzliche Regel unpassend sein. Die Gesellschaft ist frei vom Grundsatz „*soviel Kapital, – soviel Recht*“ abzuweichen. Die Statuten können die Stimmenmacht kapitalmässig schwacher Mitglieder stärken oder die Stimmenmacht kapitalmässig starker Gesellschafter beschränken.

Beispielsweise ist es möglich, einzelne Stammanteile mit unterschiedlicher Stimmkraft auszugestalten oder eine Staffelung des Stimmrechts vorzusehen. Bei der Gestaltung des Stimmrechts ist allerdings zu beachten, dass das Stimmrecht neu mit dem Stammanteil verbunden ist, was beispielsweise ein statutarisches Kopfstimmrecht ausschliesst. Gemäss Art. 806 Abs. 2 OR können Stammanteile mit unterschiedlichen Nennwerten ausgegeben werden, wobei die Statuten das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert so festsetzen dürfen, dass

<sup>76</sup> DUBS DIETER/TRUFFER ROLAND, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 809 N 33.

<sup>77</sup> WOHLMANN (FN 13), 101; HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 76.

<sup>78</sup> Art. 812 OR; DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 809 N 33; HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 76.

<sup>79</sup> Vgl. so auch zum Aktienrecht FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 35), § 23 N 105.

auf jeden Stammanteil eine Stimme entfällt. Die Stammanteile mit einem tieferen Nennwert werden dadurch in ihrer Stimmkraft privilegiert. Um eine gänzliche Loslösung der Mitwirkungsrechte von der Beteiligung am Risikokapital auszuschliessen, sieht das Gesetz vor, dass unterschiedliche Nennwerte wie im Aktienrecht<sup>80</sup> das Verhältnis eins zu zehn nicht überschreiten dürfen.

b) *Nichtanwendbarkeit der Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile*

Gemäss Art. 806 Abs. 3 Ziff. 3 OR ist die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile nicht anwendbar für die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, die Wahl der Revisionsstelle und die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung.

c) *Stimmbindungsvereinbarung*

Das Gesetz belässt den Gesellschaftern bei der statutarischen Ausgestaltung des Stimmrechts grosse Freiheiten. Insbesondere gilt es zu beachten, dass das Recht der GmbH gemäss Art. 796 OR die Möglichkeit bietet, statutarisch Nebenleistungspflichten zu begründen. Nebenleistungspflichten müssen dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dienen<sup>81</sup>. In diesem Rahmen kann jedes Tun, Dulden oder Unterlassen Gegenstand von Nebenleistungspflichten sein und insbesondere auch die Ausübung des Stimmrechts betreffen.

d) *Ausschluss vom Stimmrecht/Stimmrechtsbeschränkung*

Der Ausschluss vom Stimmrecht ist nur in wenigen Ausnahmen vorgesehen: Der Geschäftsführer ist bei der Abstimmung über seine Entlastung vom Stimmrecht ausgeschlossen<sup>82</sup>. Ebenfalls vom Stimmrecht ausgeschlossen sind die eigenen Stammanteile der Gesellschaft<sup>83</sup>.

Gemäss Art. 806a OR bleiben Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei der Entlastung der Geschäftsführer vom Stimmrecht ausgeschlossen. Ebenso kommt den Veräusserern bei Beschlüssen über den Erwerb

<sup>80</sup> Art. 693 Abs. 2 OR.

<sup>81</sup> Botschaft (FN 3), 3161; vgl. dazu oben Ziff. II.1.d)12).

<sup>82</sup> Art. 806a Abs. 1 OR.

<sup>83</sup> Art. 806a Abs. 2 OR; Art. 783 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 659a OR.

eigener Stammanteile durch die Gesellschaft kein Stimmrecht zu und die betroffenen Personen sind bei Beschlüssen über die Zustimmung zu Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder ein Konkurrenzverbot verstossen, vom Stimmrecht ausgeschlossen. Die Statuten können weitere Fälle von Interessenkonflikten bezeichnen, die zum Ruhen des Stimmrechts führen<sup>84</sup>. Zu denken ist etwa an den Beschluss über die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter oder an Beschlüsse über die Frage des Ausschlusses und die Abfindung eines Gesellschafters.

Die Stimmkraft kann sodann in den Statuten beschränkt werden. Die Statuten können die Stimmenzahl der Besitzer mehrerer Aktien beschränken. In einer Höchststimmeklausel legen die Gesellschafter eine prozentuale Maximalzahl oder eine bestimmte Anzahl Stimmen fest, welche ein Gesellschafter maximal an der Gesellschafterversammlung ausüben kann. Besitzt ein Gesellschafter eine diese Grenze überschreitende Beteiligung, ruht das Stimmrecht dieser die Limite übersteigenden Stammanteile<sup>85</sup>.

#### e) Stellvertretung

Die Stellvertretung bei der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung ist wie bei der Aktiengesellschaft zulässig<sup>86</sup>, kann aber statutarisch ausgeschlossen oder eingeschränkt werden<sup>87</sup>.

#### f) Nutzniessung

Im Falle der Nutzniessung an Stammanteilen steht das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte dem Nutzniesser zu<sup>88</sup>. Die Regelung entspricht Art. 755 Abs. 2 ZGB. Es ist zu beachten, dass der Nutzniesser dem Eigentümer der Stammanteile ersatzpflichtig wird, wenn er bei der Ausübung seiner Rechte nicht in billiger Weise auf die Interessen des Eigentümers Rücksicht nimmt<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 78.

<sup>85</sup> Zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht), § 12 N 431 ff. sowie N 467 ff.

<sup>86</sup> VON STEIGER (FN 13); PETER, N 12 zu Art. 809 OR.

<sup>87</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 30; WOHLMANN (FN 13), 101.

<sup>88</sup> Art. 806b OR.

<sup>89</sup> Botschaft (FN 3), 3208. Zur Bestellung einer Nutzniessung vgl. Art. 789a OR.

#### g) Vetorecht

Die Statuten können den Gesellschaftern gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ein Vetorecht einräumen<sup>90</sup>. Das Vetorecht kann allen oder einzelnen Gesellschaftern eingeräumt werden und betrifft bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung<sup>91</sup>. Die erfassten Beschlüsse sind in den Statuten klar zu umschreiben. Kein Vetorecht besteht gegenüber den Entscheiden der Geschäftsführer. Da die Statuten aber bestimmte Entscheide der Geschäftsführer der Genehmigung der Gesellschafterversammlung unterstellen können, lässt sich in einem gewissen Rahmen dennoch indirekt ein Vetorecht gegen Entscheide der Geschäftsführer realisieren<sup>92</sup>. Das Vetorecht birgt die Gefahr, dass die Gesellschaft blockiert wird.

Die nachträgliche Einführung eines Vetorechts bedarf der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter<sup>93</sup>. Die Zustimmung durch sämtliche Gesellschafter ist erforderlich, weil die Willensbildung der Gesellschafter durch das Vetorecht erheblich verändert wird.

Statutarische Vetorechte können nicht übertragen werden<sup>94</sup>. Vetorechte sind persönliche Rechte. Sie sind nicht mit dem Stammanteil verbunden und erlöschen mit dem Ausscheiden oder dem Tod des berechtigten Gesellschafters. Wenn dem Rechtsnachfolger ebenfalls ein Vetorecht eingeräumt werden soll, bedarf dies wiederum der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Der juristischen Person kann das Vetorecht zeitlich unbegrenzt eingeräumt werden<sup>95</sup>.

Zu beachten ist, dass Personen, die über ein Vetorecht verfügen, unter Umständen einen erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung erlangen und sich damit als faktisches Organ der Gesellschaft qualifizieren können. Führt das Vetorecht dazu, dass der Berechtigte faktisch eine Stellung inne hat, die derjenigen eines Geschäftsführers entspricht, trifft ihn unter Umständen eine spezifische Organhaftung.

<sup>90</sup> Art. 807 OR.

<sup>91</sup> Botschaft (FN 3), 3209; Beachte: Die Einschränkung erfolgte im Nationalrat, vgl. Amtl. Bull. NR 2005 N 101.

<sup>92</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 807 OR; Botschaft (FN 3), 3209.

<sup>93</sup> Art. 807 Abs. 2 OR.

<sup>94</sup> Art. 807 Abs. 3 OR.

<sup>95</sup> Botschaft (FN 3), 3209.

h) *Beschlussfassung; Quoren*

Die Position des einzelnen Gesellschafters kann dadurch gestärkt werden, indem die Beschlussfassung anlässlich der Gesellschafterversammlung mittels Quorum erschwert oder erleichtert wird. Das Recht der GmbH zeichnet sich durch eine grosse Gestaltungsfreiheit aus: Gemäss Art. 808 OR werden Gesellschafterbeschlüsse mangels abweichender gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften mit der absoluten Mehrheit der vertretenen<sup>96</sup> Stimmen gefasst. Das Gesetz lässt damit ausdrücklich statutarische Abweichungen zu. Mehr noch, für bestimmte Beschlüsse sieht das Recht der GmbH selbst teils dispositiv, teils einseitig zwingend qualifizierte Quoren vor. In letzterem Fall kann die Beschlussfassung statutarisch lediglich zusätzlich erschwert, nicht aber erleichtert werden. Im Rahmen des dispositiven Rechts hingegen können die Statuten die gesetzlichen Quoren sowohl erleichtern, als auch verschärfen<sup>97</sup>.

aa) *Gesetzliche Quoren*

Gemäss Art. 808b OR ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals auf sich vereinigt, erforderlich für die Änderung des Gesellschaftszwecks; die Einführung von stimmrechtsprivilegierten Stammanteilen; die Erschwerung oder die Erleichterung der Übertragbarkeit der Stammanteile; die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen; die Erhöhung des Stammkapitals; die Einschränkung des Bezugsrechts; die Zustimmung zu Tätigkeiten, die gegen die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verstossen; den Antrag an das Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters; die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft; die Auflösung der Gesellschaft. Das gesetzliche Quorum bedeutet folgendes: Ist an der Beschlussfassung nicht mindestens 50% des Stammkapitals vertreten, kann kein gültiger Beschluss zu Stande kommen.

<sup>96</sup> Beachte: Anders als im alten Recht sind nicht die abgegebenen, sondern die vertretenen Stimmen entscheidend. Enthaltungen und ungültige Stimmen wirken im neuen Recht wie Nein-Stimmen.

<sup>97</sup> TRUNIGER CHRISTOF, Die partnerschaftliche Ausgestaltung kapitalbezogener Gesellschaftsformen, Diss. Zürich 1999, 90 f.

bb) *Statutarische Quoren*

Die Statuten können im Rahmen des sachlich vertretbaren Präsenzquoren vorsehen. Zu beachten ist jedoch, dass Präsenzquoren die Gefahr der Beschlussunfähigkeit mit sich bringen. Dieser Gefahr kann begegnet werden, indem für den Fall der Nichterreicherung des Präsenzquorums, die Durchführung einer zweiten Gesellschafterversammlung mit einem reduzierten Präsenzquorum vorgesehen wird. Neben Präsenzquoren können sodann Beschlussquoren eingeführt werden, welche nicht nur Mindestvoraussetzungen an die Präsenz, sondern auch für das Zustandekommen eines Beschlusses definieren<sup>98</sup>.

Die Statutenbestimmungen, die für die Fassung bestimmter Beschlüsse grössere Mehrheiten als die vom Gesetz vorgeschriebenen festlegen, können nur mit dem dafür vorgesehenen Mehr eingeführt werden<sup>99</sup>. Damit soll verhindert werden, dass statutarische Mehrheiten festgeschrieben werden, die sich später nicht erreichen lassen.

i) *Urabstimmung*

Gemäss Art. 805 Abs. 4 OR können Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auch schriftlich, das heisst auf dem Zirkularweg, gefasst werden, sofern nicht ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt. Die Gesellschafterversammlung kann damit wie die Genossenschaft im Rahmen der Urabstimmung durch schriftliche Stimmabgabe per Post Beschlüsse fassen. Im Aktienrecht hingegen sind auf dem Korrespondenzweg gefasste Generalversammlungsbeschlüsse nicht möglich<sup>100</sup>. Die Zulassung der Urabstimmung bei der GmbH ist nicht ganz unbedenklich, weil gerade in der personalistisch strukturierten GmbH die Gesellschafter die Möglichkeit haben sollten, nicht nur ihre Stimme abzugeben, sondern auch beratend an der Beschlussfassung mitzuwirken<sup>101</sup>. Dieses Recht wird den Gesellschaftern mit der Urabstimmung genommen bzw. eingeschränkt, wobei allerdings zu beachten ist, dass jeder Gesellschafter die mündliche Beratung verlangen kann, wenn die Urabstimmung nicht in den Statuten vorgesehen ist.

<sup>98</sup> Zum Aktienrecht vgl. hierzu eingehend BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 12 N 348 ff.

<sup>99</sup> Art. 808b Abs. 2 OR.

<sup>100</sup> BGE 67 I 342 ff.

<sup>101</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 19; VON STEIGER (FN 13), N 38 zu Art. 777 OR.

Eine Einladung zur Urabstimmung ist im Gegensatz zur Gesellschafterversammlung nicht erforderlich. Vielmehr werden den Gesellschaftern die Abstimmungsunterlagen unter Beachtung der für die Einladung geltenden Vorschriften mit dem Wortlaut aller Anträge und den Erläuterungen dazu, verbunden mit der Festsetzung einer Frist für die Stimmabgabe, zugestellt. Beschlüsse werden schriftlich unter Beachtung der gleichen Quoren gefasst, wie sie für die Gesellschafterversammlung gelten. Berechnet werden diese Quoren, mangels abweichender Bestimmung, ausgehend von den abgegebenen oder den eingegangenen Stimmen.

Das Verfahren der Urabstimmung ist detailliert in den Statuten zu regeln, da nur wenige dispositive Gesetzesregeln Hilfe bieten. Die Statuten können die schriftliche Abstimmung zwingend oder wahlweise, das heisst neben der Beschlussfassung in der Versammlung, vorsehen. Auch wenn die Urabstimmung zwingend vorgesehen ist, können die Revisionsstelle oder Gesellschafter, die 10% des Stammkapitals vertreten, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen<sup>102</sup>. Gültig entscheiden kann diese aber nur, wenn die Voraussetzungen für die Universalversammlung<sup>103</sup> erfüllt sind. Sind nicht alle Gesellschafter anwesend, kann dagegen lediglich beraten werden; die entsprechenden Entscheide müssen daran anschliessend in einer Urabstimmung gefasst werden<sup>104</sup>. Ist die schriftliche Beschlussfassung lediglich wahlweise vorgesehen, bleibt die Durchführung einer Gesellschafterversammlung jederzeit möglich.

Die Formvorschriften für Gesellschafterbeschlüsse gelten auch für Urabstimmungen; schreibt das Gesetz die öffentliche Beurkundung vor, zum Beispiel bei Statutenänderungen<sup>105</sup>, muss dieses Formerfordernis auch für die Urabstimmung eingehalten werden. Es stellt sich die Frage, wie in diesen Fällen vorzugehen ist: Muss trotz der vorgesehenen Urabstimmung in diesen Fällen eine Versammlung stattfinden, oder gibt es einen Weg, die Urabstimmung öffentlich zu beurkunden? Letzteres wird von Teilen der Lehre<sup>106</sup> vertreten, verbunden mit dem Vorschlag, dass die Urkundsperson die Stimmunterlagen selber verschicken

<sup>102</sup> Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 699 Abs. 3 OR. Wie bereits erwähnt kann der Gesellschafter darüber hinaus die mündliche Beratung verlangen. Vgl. Art. 805 Abs. 4 OR.

<sup>103</sup> Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 OR i.V.m. Art. 701 OR.

<sup>104</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 22; VON STEIGER (FN 13), N 43 zu Art. 777 OR.

<sup>105</sup> Art. 780 OR.

<sup>106</sup> JANGGEN A./BECKER H., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern 1939, N 18 zu Art. 777 OR; HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 83.

cken und empfangen soll<sup>107</sup>. Mit diesem Vorgehen wird jedoch nicht annähernd die gleiche Qualität der Kontrolle erreicht, wie dies in der öffentlich beurkundeten Gesellschafterversammlung der Fall wäre; insbesondere wird mit dieser Methode nicht ausgeschlossen, dass Dritte für die Mitglieder stimmen<sup>108</sup>. Unter neuem Recht scheint die Rechtslage klar: Das Gesetz lässt die schriftliche Beschlussfassung vorbehaltlos zu, das heisst grundsätzlich auch für Beschlüsse, die eine öffentliche Beurkundung verlangen.

#### j) *Anfechtung und Nichtigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen*

Art. 808c OR verweist für die Frage der Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung auf die Vorschriften des Aktienrechts.

Wie bei der Aktiengesellschaft sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung anfechtbar, die unter Verletzung von Gesetz und Statuten<sup>109</sup> oder ohne vernünftigen Grund<sup>110</sup> den Gesellschaftern Rechte entziehen bzw. einschränken oder welche die Gewinnstrebigkeit der GmbH ohne Zustimmung aller Gesellschafter aufheben. Nicht ohne weiteres auf die GmbH anwendbar ist indessen der Anfechtungsgrund von Art. 706 Ziff. 3 OR: das Verbot der Ungleichbehandlung von Gesellschaftern, wenn diese Ungleichbehandlung nicht durch den Gesellschaftszweck begründet sind. Bei der GmbH sind aufgrund der personalistischen Struktur Ungleichbehandlungen – zum Beispiel beim Stimmrecht – durchaus möglich, die in der Aktiengesellschaft unzulässig wären<sup>111</sup>.

Anfechtbar sind nur Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, nicht aber solche der Geschäftsführer<sup>112</sup>. Üben die Gesellschafter, wie dispositiv vorgesehen, die Geschäftsführung gemeinsam aus und sind die Geschäftsführer identisch mit den Gesellschaftern, kann sich die Frage stellen, ob ein Entscheid, der angefochten werden soll, ein Gesellschafterentscheid oder ein Geschäftsführerentscheid ist. Keinesfalls richtig wäre es, in derartigen Fällen allein auf die Bezeichnung des Entscheiders abzustellen – und damit die Frage der Anfechtbarkeit in die Hände der (Mehrheits-) Gesellschafter zu legen – womit die Minder-

<sup>107</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 24; JANGGEN/BECKER (FN 106), N 18 zu Art. 777 OR.

<sup>108</sup> A.M. DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 24.

<sup>109</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

<sup>110</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>111</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 36.

<sup>112</sup> WOHLMANN (FN 13), 104.

heitsgesellschaften regelmässig auf den Weg der Verantwortlichkeitsklage verwiesen würden<sup>113</sup>. Vielmehr ist bei der Frage, ob ein Beschluss anfechtbar ist, das Thema massgebend, und nicht seine Bezeichnung: Fällt der Entscheid in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung, ist er gestützt auf Art. 808c OR anfechtbar. Ganz besonders ist dies bei Entscheiden zu beachten, die materielle Statutenänderungen darstellen<sup>114</sup>.

Die Frist zur Anfechtung beträgt zwei Monate<sup>115</sup> ab Versammlungsdatum oder – bei Urabstimmungen – dem Tag, an dem das Ergebnis der schriftlichen Abstimmung dem betroffenen Gesellschafter bekannt geworden ist<sup>116</sup>.

Das Anfechtungsrecht steht in erster Linie den Gesellschaftern zu, wo es auch vorwiegend praktische Bedeutung erlangt. In der aktienrechtlichen Vorschrift ist als Anfechtungsberechtigter ausdrücklich auch der Verwaltungsrat genannt, der die gegen seinen Willen gefällten Generalversammlungsbeschlüsse anfechten kann<sup>117</sup>. Diese Vorschrift spielt schon bei der Aktiengesellschaft eine geringe Rolle; bei der GmbH dürfte das noch mehr der Fall sein, sind doch – allein schon aufgrund der dispositiven Ordnung der Selbstorganschaft – die Kräfteverhältnisse in Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung in der Regel gleich. Kommt es trotzdem zur Anfechtung durch die Geschäftsführer, hat der Richter der GmbH einen Vertreter zu bestimmen, der diese im Anfechtungsprozess vertritt.

#### k) *Nichtige Entscheide*

Obwohl die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht im Gegensatz zum Aktienrecht nicht ausdrücklich erwähnt wird, war von jeher anerkannt, dass mit groben Mängeln behaftete Entscheide nichtig sein können<sup>118</sup>. Formell mangelhafte Gesellschafterentscheide sind bei groben Mängeln daher nicht nur anfechtbar, sondern nichtig; so zum Beispiel Entscheide, die unter Verletzung der Einladungs- oder Quorumsvorschriften gefällt wurden. Das gleiche gilt für Beschlüsse, die gegen die Fundamentalordnung der

<sup>113</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 83.

<sup>114</sup> Z.B. die Aufgabe der Produktion und die Beschränkung auf den reinen Handel.

<sup>115</sup> Art. 706a OR.

<sup>116</sup> A.M. DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 38, welche die Zweimonatsfrist von der Bekanntgabe des Ereignisses an berechnen.

<sup>117</sup> Art. 706 Abs. 1 OR.

<sup>118</sup> VON STEIGER (FN 13), N 10 zu Art. 809; HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 84.

Gesellschaft oder gegen die grundlegenden Kapitalschutzvorschriften<sup>119</sup> (z.B. der Beschluss über unzulässige Gewinnausschüttungen) verstossen.

Nichtige Gesellschafterbeschlüsse sind von Anfang an unwirksam. In der gerichtlichen Auseinandersetzung wird die Nichtigkeit nicht mit der Anfechtungsklage geltend gemacht, sondern mit einer Feststellungsklage, die auch nach Ablauf der Zweimonatsfrist grundsätzlich noch zulässig bleibt. Gegen eine verspätete Geltendmachung der Nichtigkeit kann allenfalls die Einrede des Rechtsmissbrauchs oder des fehlenden Feststellungsinteresses erhoben werden. Legitimiert ist grundsätzlich jedermann<sup>120</sup>, allerdings prozessual nur, wenn ein genügendes Feststellungsinteresse vorliegt. Behörden haben die Nichtigkeit sodann von Amtes wegen zu beachten<sup>121</sup>.

### III. Die Geschäftsführung

#### 1. Grundlagen

Die GmbH nimmt, was die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft anbelangt, unter den Körperschaften eine Sonderstellung ein. Anstelle der bei Körperschaften typischen Drittorganschaft sieht das Recht der GmbH grundsätzlich Selbstorganschaft vor: Gemäss Art. 809 Abs. 1 OR üben die Gesellschafter, mangels einer abweichenden Bestimmung in den Statuten, die Geschäftsführung gemeinsam aus. Die Befugnis zur Geschäftsführung steht den Gesellschaftern grundsätzlich ohne Wahl durch die Gesellschafterversammlung zu. Dieses Modell der Selbstorganschaft wurde also auch im neuen Recht beibehalten. Es führt dazu, dass die GmbH auch im neuen Recht in Bezug auf ihre Geschäftsführung näher der Kollektivgesellschaft ist, als der Aktiengesellschaft, bei welcher die Drittorganschaft zwingend ist.

Neben der gemeinsamen Geschäftsführung durch alle Gesellschafter sieht das Gesetz zwei weitere Modelle vor: Die Geschäftsführung wird von einem einzigen oder einigen wenigen Gesellschaftern wahrgenommen, wobei die übrigen Gesellschafter als nicht geschäftsführende Gesellschafter zu behandeln sind; die Geschäftsführung wird nicht von den Gesellschaftern, sondern von Dritten übernommen.

<sup>119</sup> VON STEIGER (FN 13), N 10 zu Art. 809.

<sup>120</sup> DUBS/TRUFFER (FN 76), Art. 808 N 44.

<sup>121</sup> VON STEIGER (FN 13), N 11 zu Art. 808 OR.

## 2. Inhalt der Geschäftsführung, Abgrenzungen

### a) Abgrenzung zur Gesellschafterversammlung

Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Geschäftsführung und der Gesellschafterversammlung ergibt sich aus den der Gesellschafterversammlung gesetzlich und statutarisch zugestandenen Kompetenzen; die Geschäftsführer sind für all jene Handlungen und Themen zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung übertragen wurden<sup>122</sup>.

### b) Abgrenzung zu untergeordneten Entscheiden

Nicht alle Entscheide innerhalb der Gesellschaft die nicht in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fallen, sind damit aber automatisch durch die Geschäftsführer als Geschäftsführungsentscheid zu fällen. Es gibt vielmehr ein Entscheidungsniveau unterhalb der Geschäftsführungsebene. Die Frage, welche Entscheide unterhalb dieser Geschäftsführungsebene anzusiedeln sind, ist beispielsweise dann von praktischer Bedeutung, wenn umstritten ist, ob ein Geschäftsführer seine Kompetenzen dadurch überschritten hat, dass er einen Sachentscheid alleine fällt, statt das für Geschäftsführungsentscheide vorgesehene Verfahren zu beachten.

Bei der Bestimmung solcher untergeordneter Entscheide darf der Wunsch nach Flexibilität und einfachen Entscheidungswegen keine übergeordnete Rolle spielen; wollen die Gesellschafter derartige Erleichterungen schaffen, müssen sie statutarisch vorgesehen werden, beispielsweise durch die Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen an einzelne Gesellschafter.

Echte untergeordnete Entscheide, die auch ohne statutarische Vorkehrungen nicht als Geschäftsführungsentscheide gelten können, sind daher nur Entscheide, die sich inhaltlich auf einen Geschäftsführungsentscheid abstützen, zum Beispiel indem sie diesen vollziehen<sup>123</sup>.

### c) Dringende Entscheide

Eine Ausnahme ergibt sich gestützt auf Art. 419 ff. OR: War die Geschäftsführung im Gesellschaftsinteresse dringlich geboten und liess sich das Verfahren für Geschäftsführungsentscheide nicht durchführen, kann jeder Geschäftsführer

<sup>122</sup> Art. 810 Abs. 1 OR.

<sup>123</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 87.

alleine entscheiden. Sein Entscheid ist aber nicht endgültig; sobald die Geschäftsführer wieder entscheiden können, muss deren Beschluss nachgeholt werden. Dabei sind die Geschäftsführer allenfalls faktisch an den dringenden Entscheid ihres Kollegen gebunden<sup>124</sup>, nicht aber rechtlich; sie können ihn zurücknehmen oder einen gegenteiligen Entscheid fällen.

### d) Aufgaben der Geschäftsführung

Art. 810 Abs. 1 OR statuiert eine allgemeine Kompetenzvermutung zu Gunsten der Geschäftsführung: Die Geschäftsführer sind zuständig in allen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung zugewiesen sind. Art. 810 Abs. 2 OR listet sodann verschiedene unübertragbare und unentziehbare Aufgaben auf: Die Geschäftsführer sind zuständig für die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen; die Festlegung der Organisation; die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung; die Aufsicht über die Personen, denen ein Teil der Geschäftsführung übertragen ist; die Erstellung des Geschäftsberichts; die Vorbereitung der Gesellschafterversammlung sowie die Ausführung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung; sowie die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung. Neben diesen gesetzlichen Kompetenzen ergeben sich aus dem Gesetz weitere Kompetenzen der Geschäftsführung, wie beispielsweise die Pflicht zur Anpassung der Statuten; Pflichten im Rahmen der Durchführung der Kapitalerhöhung; oder auch Pflichten im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Fusionsvertrages bzw. weiterer Rechtsgeschäfte nach dem Fusionsgesetz.

Wie bereits erwähnt, können die Statuten gemäss Art. 811 OR vorsehen, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide oder bestimmte Fragen der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorlegen müssen bzw. können.

## 3. Bestellung der Geschäftsführer

### a) Dispositive Regel: Selbstorganschaft

Enthalten die Statuten keine abweichende Regel, üben die Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus<sup>125</sup>. Die Befugnis zur Geschäftsführung steht

<sup>124</sup> Z.B. weil er sich im Aussenverhältnis bereits ausgewirkt hat.

<sup>125</sup> Art. 809 Abs. 1 OR.

den Gesellschaftern ohne Wahl durch die Gesellschafterversammlung zu. Bei Selbstorganschaft ist eine Abberufung grundsätzlich nur mittels einer einstimmigen Änderung der Statuten möglich. Dasselbe gilt für die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft. Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Gesellschafter dem Richter beantragen, die Geschäftsführungs- und die Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken<sup>126</sup>.

Trotz Personalunion von Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung ist auch im Rahmen der dispositiven Ordnung die Differenzierung zwischen Gesellschafter- und Geschäftsführungsbeschluss wichtig, weil bei jenen grundsätzlich nach Grösse des Stammkapitalanteils abgestimmt wird, bei diesen nach Köpfen<sup>127</sup>.

b) *Statutarisch begründbare Regel: Drittorganschaft; Wahl- und Abwählbarkeit*

Eine Wahl oder Abwahl von Geschäftsführern durch die Gesellschafterversammlung ist nur möglich, wenn sie in den Statuten vorgesehen ist<sup>128</sup>. Anders als im geltenden Recht<sup>129</sup> ist eine Beendigung der Selbstorganschaft auch gegen den Willen einzelner Geschäftsführer möglich, wenn mit dem dafür vorgesehenen Mehr durch Statutenänderung Drittorganschaft eingeführt wird. Wollen die Gründer der GmbH die spätere Einführung der Drittorganschaft ohne ihre Zustimmung ausschliessen, können sie zu diesem Zweck für den Beschluss über die Einführung der Drittorganschaft Einstimmigkeit vorsehen.

Mit der Möglichkeit, Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung zu wählen, oder eben nicht zu wählen, gibt sich die Gesellschafterversammlung die Kompetenz, durch Gesellschafterbeschluss vom Grundsatz der Selbstorganschaft abzuweichen und Gesellschafter von der Geschäftsführung auszuschliessen. Wenn die Pflicht zur Geschäftsführung in den Statuten nicht ausdrücklich aufgehoben wurde, sind die gewählten Geschäftsführer zur Geschäftsführung verpflichtet und müssen ihr Amt unabhängig von einer Annahmeerklärung an-

<sup>126</sup> Art. 815 Abs. 2 OR.

<sup>127</sup> Art. 809 Abs. 4 OR. Beachte: Die Geschäftsführer können sich im Übrigen ihrer Verantwortlichkeit nicht dadurch entziehen, dass sie ihren Entscheid als Gesellschafterentscheid bezeichnen. Umgekehrt können sie auch eine Anfechtung des Entscheids der Gesellschafterversammlung nicht dadurch verhindern, dass sie dieser zustehende Entscheide formell als Geschäftsführungsbeschluss bezeichnen (wie dies bei der AG möglich wäre).

<sup>128</sup> Art. 809 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>129</sup> VON STEIGER (FN 13), N 15 ff. zu Art. 784 OR; WOHLMANN (FN 13), 108.

treten<sup>130</sup>; ist die Pflicht zur Geschäftsführung aufgehoben<sup>131</sup>, werden die Gewählten durch Annahmeerklärung Geschäftsführer.

c) *Die Delegation der Geschäftsführung*

Gemäss Art. 776a Abs. 2 Ziff. 7 OR kann in den Statuten eine vom Gesetz abweichende Regelung der Geschäftsführung und Vertretung vorgesehen werden. Die Statuten können namentlich die Befugnis zur Ernennung von Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten an die Geschäftsführung delegieren und die Geschäftsführer zur Delegation bestimmter Aufgaben ermächtigen. Delegierbar sind all jene Aufgaben, die der Geschäftsführung gemäss Art. 810 OR nicht als unübertragbare Aufgaben zugewiesen sind. Zulässig ist auch, für die Einzelheiten der vom Gesetz abweichenden Regelung auf ein von der Geschäftsführung erlassenes Organisationsreglement zu verweisen<sup>132</sup>. Schranke der Gestaltungsmöglichkeit bilden die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Geschäftsführer. Daraus ergibt sich auch, dass die Kompetenz zur Delegation von der Geschäftsführung in der Regel nicht weiter delegiert werden kann.

Die Geschäftsführung ist das Exekutivorgan der GmbH. Der Geschäftsführer ist nicht Verwaltungsrat; er hat nicht eine Aufsichtsfunktion über die Geschäftsleitung, sondern ist selber für die Geschäftsführung verantwortlich. Bei der GmbH kann lediglich innerhalb der Geschäftsführung eine „zweite Ebene“, diejenige der den Geschäftsführern unterstellten Direktoren und Prokuristen, vorgesehen werden. Werden im Rahmen eines Organisationsreglements Aufgaben delegiert, die nicht in die zwingende Zuständigkeit der Geschäftsführer fallen, reduziert sich die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer in diesen Bereichen auf die korrekte Auswahl, Überwachung und Anweisung.

d) *Delegation der Geschäftsführung an eigene Gesellschafter*

Für delegierte Geschäftsführer gilt die Regel, dass eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis durch Einführung der Wahl- und Abwählbarkeit, wenn nicht von Anfang an vorgesehen, nur mit der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter und der Geschäftsführer, die diesen gleichgestellt sind, möglich ist.

<sup>130</sup> WAITER (FN 129), Art. 811 N 10.

<sup>131</sup> VON STEIGER (FN 13), N 13a zu Art. 811 OR.

<sup>132</sup> Botschaft (FN 3), 3176 bzw. 3216.

Ebenfalls nur unter diesen Voraussetzungen kann die Ausweitung der Geschäftsführungsbefugnis auf alle Gesellschafter beschlossen werden, denn die Aufnahme zusätzlicher Geschäftsführer verwässert die Geschäftsführungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer<sup>133</sup>.

Zu beachten ist ferner, dass die interne Organisation an der Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich nichts ändert; jeder Geschäftsführer, auch der intern „nicht zuständige“ Geschäftsführer, kann durch seinen Widerspruch jederzeit einen formellen Geschäftsführungsentscheid herbeiführen<sup>134</sup>. Ergibt sich innerhalb einer GmbH eine Aufgabenteilung stillschweigend durch gelebte Praxis, liegt nie eine echte Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen vor, vielmehr immer nur eine interne Aufteilung im beschriebenen Sinn.

#### e) *Bestellung Dritter als Geschäftsführer*

Die Geschäftsführung der GmbH kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung auch an Personen delegiert werden, die nicht Gesellschafter sind<sup>135</sup>. Die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter und der Geschäftsführer, die diesen gleichgestellt sind, benötigen solche Delegationen dann, wenn durch die Bestellung eines neuen Geschäftsführers die Position der bisherigen Geschäftsführer geschwächt wird, was namentlich dann der Fall ist, wenn dem neuen delegierten Geschäftsführer Stimmrechte eingeräumt werden.

#### f) *„Aufsichtsrat-Geschäftsführer“ in der GmbH?*

Anders als im Aktienrecht sollen nur diejenigen Personen Geschäftsführer sein, die effektiv das Geschäft der GmbH leiten.

Will innerhalb der Aktiengesellschaft eine Person die Geschäftsführung effizient überwachen können und will sie sich das Recht sichern, im Notfall auch eingreifen zu können, dann muss sie das Verwaltungsratsamt anstreben; allein aufgrund ihrer Stellung als Aktionär kann sie dieses Ziel nicht erreichen.

In der GmbH wählt diese Person einen anderen Weg: Wer lediglich die Geschäfte überwachen, in die Verantwortung für das Tagesgeschäft aber nicht eingebunden sein will, wird in der GmbH in der Regel nicht Geschäftsführer, sondern nicht geschäftsführender Gesellschafter. In dieser Funktion bestehen

<sup>133</sup> Auch VON STEIGER (FN 13), N 19 zu Art. 784 OR; a.M. WOHLMANN (FN 13), 108.

<sup>134</sup> WATTER (FN 129), Art. 811 N 6.

<sup>135</sup> Art. 809 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 815 Abs. 1 OR.

gesetzliche<sup>136</sup> und – wenn nötig zusätzlich zu schaffende – statutarische Überwachungsrechte und Einflussmöglichkeiten, die denjenigen eines Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, der sich auf Aufsichtsfunktionen beschränkt, sehr nahe kommen<sup>137</sup>.

#### g) *Bestellbarkeit zum Geschäftsführer*

Mit der Frage der Bestellbarkeit zum Geschäftsführer hängt zusammen, dass die rechtsverbindliche Kommunikation sichergestellt und ein personeller Anknüpfungspunkt in der Schweiz gewährleistet sein muss.

Mindestens eine zur Vertretung der GmbH befugte Person muss Wohnsitz in der Schweiz haben. Dabei muss es sich nicht zwingend um einen Geschäftsführer handeln, es genügt beispielsweise ein Direktor. Verfügt keine in der Schweiz wohnhafte Person über eine Einzelzeichnungsberechtigung, kann das Wohnsitzerfordernis durch das Zusammenwirken mehrerer Personen erfüllt werden<sup>138</sup>. Nationalitätsvorschriften für die Mitglieder der Verwaltung – wie bei der Aktiengesellschaft – fehlen.

Geschäftsführer können – wie im Aktienrecht – grundsätzlich<sup>139</sup> nur natürliche Personen sein. Sind juristische Personen Gesellschafter, werden nicht diese Geschäftsführer, sondern die von ihnen bestimmten Vertreter<sup>140</sup>. Die Statuten können vorsehen, dass für die Bezeichnung des Vertreters juristischer Personen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist<sup>141</sup>.

Hat die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer, betraut sie einen Geschäftsführer mit dem Vorsitz<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 802 OR. Beim Fehlen einer Revisionsstelle hat jeder Gesellschafter ein umfassendes Einsichtsrecht; dieses Recht kann auch beim Vorliegen einer Revisionsstelle statutarisch vorgesehen werden.

<sup>137</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 89.

<sup>138</sup> Botschaft (FN 3), 3216.

<sup>139</sup> Vgl. hierzu nachfolgend Ziff. IV.

<sup>140</sup> Art. 809 Abs. 2 OR.

<sup>141</sup> Art. 776a Abs. 1 Ziff. 12 OR.

<sup>142</sup> Art. 809 Abs. 3 OR.

#### 4. Pflichten der Geschäftsführer

##### a) Pflicht zur Kompetenzwahrnehmung

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, seine Kompetenzen wahrzunehmen; er ist grundsätzlich zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Die Statuten können eine abweichende Regelung treffen<sup>143</sup>.

##### b) Pflicht zur persönlichen Ausübung des Amtes

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, sein Amt persönlich auszuüben; eine allfällige interne Aufgabenteilung entlastet ihn nicht; der Geschäftsführer muss auch in denjenigen Bereichen voll informiert sein, die intern einem anderen Geschäftsführer zugeordnet wurden<sup>144</sup>.

Die Geschäftsführer dürfen Dritte als Hilfspersonen beiziehen, allerdings dürfen sie diesen keine Geschäftsführerbefugnisse zukommen lassen, weder formell noch materiell. Letzteres kann vorliegen, wenn ein ganzer Tätigkeitsbereich der Geschäftsführung an Dritte weitergegeben wird<sup>145</sup>.

##### c) Sorgfalts- und Treuepflicht

Wie der Gesellschafter<sup>146</sup> unterliegt erst recht auch der Geschäftsführer einer Treuepflicht<sup>147</sup>. Er ist bei seinen Entscheiden und seinem Handeln ausschliesslich an das Gesellschaftsinteresse gebunden. Er hat seine Aufgabe mit aller Sorgfalt auszuüben und haftet für jede Fahrlässigkeit<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Art. 809 Abs. 1 OR bzw. Art. 814 Abs. 2 OR.

<sup>144</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes ist jedes Mitglied der Geschäftsführung verpflichtet, sich über wichtige Beschlüsse ausserhalb des ihm zugewiesenen Ressorts zu informieren und bei Unregelmässigkeiten umgehend die erforderlichen Abklärungen zu treffen. Vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgericht H 337/00 vom 7. Juni 2001.

<sup>145</sup> Z.B. Buchführung; Dritte dürfen nur Hilfsperson sein und keine faktische Verantwortlichkeit übernehmen; weniger streng allerdings: WOHLMANN (FN 13), 112.

<sup>146</sup> Art. 803 OR.

<sup>147</sup> Art. 812 OR.

<sup>148</sup> Insbesondere auch bei sog. Übernahmeverschulden, wenn er seiner Aufgabe nicht gewachsen ist; WOHLMANN (FN 13), 112.

##### d) Insbesondere: Das Konkurrenzverbot des Geschäftsführers

Ohne die schriftliche Zustimmung aller anderen Gesellschafter, darf der Geschäftsführer der GmbH weder für eigene, noch für fremde Rechnung konkurrenzierende Tätigkeiten ausüben. Während für die Gesellschafter nur dann ein Konkurrenzverbot besteht, wenn die Statuten dies vorsehen<sup>149</sup>, gilt für Geschäftsführer sowie für Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, die umgekehrte Regelung: Geschäftsführer unterstehen dem Konkurrenzverbot, es sei denn, alle übrigen Gesellschafter stimmen dieser Tätigkeit schriftlich zu oder die Statuten sehen eine abweichende Regelung vor<sup>150</sup>.

Die Statuten können vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung der konkurrenzierenden Tätigkeit zustimmen muss. In diesem Fall hat der Geschäftsführer beim Beschluss betreffend die Zustimmung kein Stimmrecht<sup>151</sup>.

Die Vorschrift gilt für alle Geschäftsführer, unabhängig von ihrer Vertretungsbefugnis<sup>152</sup>. Ob diese geschäftsführenden Gesellschafter ihr Amt aufgrund einer Wahl der Gesellschafterversammlung ausüben, oder direkt gestützt auf die Statuten, spielt keine Rolle<sup>153</sup>. Das Konkurrenzverbot gilt sodann nicht nur für Gesellschafter, sondern auch für Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind.

Inhaltlich und räumlich<sup>154</sup> gilt das Konkurrenzverbot für Tätigkeiten im Geschäftsbereich der GmbH. Massgebend für seine Bestimmung ist die effektive Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, was auch ernsthaft geplante, aber noch nicht umgesetzte Tätigkeiten der GmbH umfasst<sup>155</sup>. Trotz des schweren Eingriffs des Konkurrenzverbotes in das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, scheint eine strenge Betrachtungsweise beim Konkurrenzverbot des Geschäftsführers richtig<sup>156</sup>. Anders als beim Arbeitnehmer<sup>157</sup> gibt es beim

<sup>149</sup> Art. 803 Abs. 2 OR. Botschaft (FN 3), 3214.

<sup>150</sup> Art. 812 Abs. 3 OR.

<sup>151</sup> Art. 812 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 806a Abs. 3 OR.

<sup>152</sup> Vgl. AMSTUTZ MARC, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 818 N 6; VON STEIGER (FN 13), N 2 zu Art. 818 OR; a.M. JANGGEN/BECKER (FN 106), N 1 zu Art. 818 OR.

<sup>153</sup> A.M. AMSTUTZ (FN 152), Art. 818 N 6.

<sup>154</sup> AMSTUTZ (FN 152), Art. 818 N 17.

<sup>155</sup> So auch VON STEIGER (FN 13), N 4 zu Art. 818 OR; a.M. AMSTUTZ (FN 152), Art. 818 N 10.

<sup>156</sup> HANDSCHIN, GmbH (FN 41), 91.

<sup>157</sup> Dem gekündigt werden kann, auch wenn die Konkurrenzverbotsverletzung nicht bewiesen oder eindeutig ist.

geschäftsführenden Gesellschafter praktisch keine Möglichkeit, ihn seines Amtes zu entheben. Besonders problematisch wäre es, ernsthaft geplante Tätigkeiten vom Konkurrenzverbot auszunehmen. Dies würde dem Geschäftsführer erlauben, auf Kosten der GmbH gemachte Entwicklungen und Erfahrungen laufend zu Gunsten ihrer (zukünftigen) Konkurrenz einzusetzen.

Verboten ist das Tätigen von Geschäften, sowohl auf eigene, wie auch für fremde Rechnung; ebenso die Beteiligung an Unternehmen, die in diesen Bereichen tätig sind, als beschränkt oder als unbeschränkt haftender Gesellschafter. Der Gesellschafter, der sich in der genannten Art an einer Gesellschaft beteiligt, kann nicht geltend machen, dass er weder direkt, noch indirekt konkurrierend tätig sei.

Das Konkurrenzverbot wirkt bis zur Beendigung der Geschäftsführerstellung; es bleibt bestehen, auch wenn der betroffene Geschäftsführer zurücktreten will, denn der Geschäftsführer, der Gesellschafter ist, kann – im Gegensatz zum Verwaltungsrat – grundsätzlich nicht frei zurücktreten. Das Amt als Geschäftsführer endet erst, wenn die Gesellschafter den Geschäftsführer entlassen<sup>158</sup>.

Der Verstoß gegen das Konkurrenzverbot ist ein wichtiger Grund, der den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis<sup>159</sup>, in schweren Fällen auch den Ausschluss des Gesellschafters gestützt auf Art. 823 Abs. 1 OR rechtfertigt. Denkbar sind auch statutarische Sanktionen, zum Beispiel Konventionalstrafen. In jedem Fall kann der fehlbare Geschäftsführer zur Leistung von Schadenersatz oder zur Unterlassung verurteilt werden.

#### e) *Die Benachrichtigung des Richters*

Zu den Pflichten bei Verlust des Stammkapitals äussert sich das GmbH-Recht nicht mit einer eigenen materiell-rechtlichen Bestimmung, sondern in Art. 820 OR mit einem Verweis auf die Bestimmungen des Aktienrechts, welche entsprechend anwendbar sind.

#### f) *Pflichten des Vorsitzenden*

Hat die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer, muss die Gesellschafterversammlung einen von ihnen mit dem Vorsitz betrauen<sup>160</sup>. Der Vorsitzende ist für

<sup>158</sup> VON STEIGER (FN 13), N 25 zu Art. 811 OR.

<sup>159</sup> Art. 814 OR i.V.m. Art. 565 OR.

<sup>160</sup> Art. 809 Abs. 3 OR.

die Einberufung und Leitung der Gesellschafterversammlung, für Bekanntmachungen gegenüber den Gesellschaftern und die Sicherstellung der Anmeldung beim Handelsregister zuständig<sup>161</sup>. Die Aufgaben des Vorsitzenden können sodann in Anlehnung an das Aktienrecht wie folgt umschrieben werden: Der Vorsitzende hat die Sitzungen der Geschäftsführung einzuberufen und zu leiten; er nimmt Informationsbegehren entgegen; er nimmt administrative Aufgaben wahr; er repräsentiert die Verwaltung der Gesellschaft nach innen und nach aussen; in dringenden Fällen erteilt er im Namen der Geschäftsführung Anweisungen und trifft Massnahmen; der Vorsitzende hat den Stichtenscheid<sup>162</sup>.

### 5. Rechte der Geschäftsführer

#### a) *Entschädigung der Geschäftsführer*

Die Mitglieder der Geschäftsführer haben ein Recht auf angemessene Vergütung ihrer Tätigkeit. Die Vergütung kann in Form eines Honorars und einer Gewinnbeteiligung (Tantieme) erfolgen.

Eine Gewinnbeteiligung der Mitglieder der Geschäftsführung bedarf einer statutarischen Grundlage und darf ausschliesslich aus dem Bilanzgewinn erfolgen. Legen die Statuten die Höhe der Gewinnbeteiligung fest, begründet dies auf Seiten des Mitglieds der Geschäftsführung einen vertraglichen Anspruch, der mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden kann<sup>163</sup>.

Das Honorar der Mitglieder der Geschäftsführung kann fest oder erfolgsabhängig vereinbart werden. In der Regel wird in den Statuten das Recht auf eine angemessene Entschädigung und deren Festlegung durch die Gesellschafterversammlung<sup>164</sup> verankert. Die Bemessung des Honorars richtet sich nach dem Umfang der geleisteten Arbeit, dem Erfolg der Geschäftsführung, der Komplexität des Mandates, dem Risiko der persönlichen Verantwortlichkeit sowie der finanziellen Lage des Unternehmens<sup>165</sup>.

Zu beachten ist, dass übersetzte Entschädigungen an die Mitglieder der Geschäftsführung an die Gesellschaft zurückzuerstatten sind. Der Anspruch auf

<sup>161</sup> Art. 810 Abs. 3 OR.

<sup>162</sup> Zum Aktienrecht vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 28 N 137 ff.

<sup>163</sup> BGE 75 II 153 E 2a.

<sup>164</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

<sup>165</sup> BGE 111 II 480 ff.

Rückerstattung steht der Gesellschaft zu, welche auf Leistung an die Gesellschaft klagen kann<sup>166</sup>.

#### b) *Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer*

Die Geschäftsführung und die Vertretung sind unterschiedlich geregelt. Während die Gesellschafter die Geschäftsführung grundsätzlich gemeinsam ausüben<sup>167</sup>, ist grundsätzlich jeder Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt<sup>168</sup>.

Art. 814 OR bestimmt als dispositiven Regel, dass alle Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschafter berechtigt sind. Statutarisch kann davon abgewichen werden. Die GmbH kann beispielsweise für Geschäftsführungsbeschlüsse Einstimmigkeit fordern, im Aussenverhältnis aber jedem Geschäftsführer das Einzelvertretungsrecht geben; sie kann auch, was in grösseren Gesellschaften üblich ist, Personen zur Vertretung gegenüber Dritten bestimmen, die im Innenverhältnis nicht Geschäftsführer sind; sie könnte sogar vorsehen, dass ein Geschäftsführer die GmbH gegenüber Dritten nicht vertreten kann.

Die einem Geschäftsführer durch Gesetz oder Statuten übertragene Vertretungsbefugnis ist grundsätzlich unwiderruflich. Basiert die Vertretungsbefugnis hingegen auf einem Gesellschaftsbeschluss, kann sie auch ohne wichtigen Grund durch Gesellschaftsbeschluss entzogen werden<sup>169</sup>.

Für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, den eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht, haftet die Gesellschaft<sup>170</sup>.

#### c) *Informationsrechte in der Geschäftsführung*

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben Anspruch auf Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Der Vorsitzende ist beispielsweise nicht befugt, einzelne Minderheitsvertreter in der Geschäftsführung von bestimmten Informationen fern zu halten. Dabei ist auch zu beachten, dass die Mitglieder

<sup>166</sup> Art. 800 OR i.V.m. Art. 678 OR.

<sup>167</sup> Art. 809 OR.

<sup>168</sup> Art. 814 OR.

<sup>169</sup> BGE 81 II 545 f.

<sup>170</sup> Art. 817 OR.

der Geschäftsführung nicht nur befugt sind, sich über den Stand der Dinge zu erkundigen, sondern hierzu auch verpflichtet sind.

Auskunftspflichtig sind alle Mitglieder der Geschäftsführung sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen<sup>171</sup>. Der Vorsitzende der Geschäftsführung nimmt die Anfragen entgegen und leitet sie an das mit dem entsprechenden Sachbereich befassende Mitglied der Geschäftsführung weiter. Der Vorsitzende sorgt für die rechtzeitige und zweckmässige Erteilung der Information an die Mitglieder der Geschäftsführung. Um allfälligen Konflikten innerhalb der Geschäftsführung vorzubeugen, empfiehlt es sich, das Informationsrecht im Rahmen eines Organisationsreglements zu regeln und eine institutionalisierte Berichterstattung vorzusehen<sup>172</sup>.

Zu unterscheiden ist zwischen dem Informationsrecht innerhalb und ausserhalb der Sitzungen der Geschäftsführung. Innerhalb der Sitzungen sind die mit der Geschäftsführung betrauten Personen grundsätzlich uneingeschränkt zur Auskunft verpflichtet. Ausserhalb der Sitzungen geht das Informationsrecht weniger weit: Das Mitglied der Geschäftsführung ist berechtigt, Auskunft über den Geschäftsgang zu verlangen. Nicht zum Geschäftsgang gehören Einzelheiten über bestimmte Sachverhalte oder auch spezifische Informationen über weiter zurückliegende Vorgänge<sup>173</sup>.

Der grundsätzliche Informationsanspruch in der Geschäftsführung unterliegt sodann folgenden Bedingungen: Die Information muss dem Mitglied der Geschäftsführung dazu dienen, seine gesetzliche Aufgabe erfüllen zu können; das Informationsbegehren muss hinsichtlich dem Zeitpunkt<sup>174</sup> und dem Umfang der Anfrage verhältnismässig sein; das Informationsbegehren darf nicht rechtsmissbräuchlich sein; Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse können bei konkreter Gefahr der Informationsweitergabe eine Verweigerung der Information rechtfertigen, wenn die Einsicht für die Erfüllung der Aufgabe nicht erforder-

<sup>171</sup> Art. 802 OR; analog Art. 715a OR.

<sup>172</sup> Zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 188.

<sup>173</sup> Zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 198 ff. Beachte: Die Informationsrechte der Geschäftsführer dienen dazu, dem Geschäftsführer die Erfüllung seiner Aufgaben zu ermöglichen. Dem aus der Geschäftsführung ausgeschiedenen Mitglied der Geschäftsführung stehen auf der Ebene Geschäftsführung grundsätzlich keine Einsichtsrechte mehr zu. Vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4C.9/2003 vom 4. April 2003 sowie Entscheid des Bundesgerichts 4C.7/2003 vom 26. Mai 2003.

<sup>174</sup> Vgl. Hierzu auch Entscheid des Bundesgerichts 4C.7/2003 vom 26. Mai 2003.

lich ist; das Informationsbegehren ist im Falle eines Interessenkonflikts zurückzuweisen<sup>175</sup>.

Die Mitglieder der Geschäftsführung haben einen Anspruch auf eine umfassende vorgängige Information über die Traktanden der Sitzung der Geschäftsführung. Die Ausgangslage, die Handlungsmöglichkeiten sowie deren Auswirkungen sind darzulegen und es ist eine Empfehlung abzugeben. Die Abgabe dieser Informationen im Verlauf der Sitzung genügt den Anforderungen an eine zweckmässige Entscheidvorbereitung nicht. Die Informationen müssen den Mitgliedern der Geschäftsführung vor der Sitzung zugestellt werden. Sofern die Pflicht zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse dies verlangt, kann auf die Abgabe von Akten verzichtet werden bzw. die Pflicht zur Rückgabe von spezifischen Akten angeordnet werden<sup>176</sup>.

Lehnt der Vorsitzende der Geschäftsführung ein Gesuch um Auskunft ab, kann das Begehren der Gesamtgeschäftsführung vorgelegt werden, welche entgeltlich entscheidet. Gegen den Entscheid der Gesamtgeschäftsführung gibt es keinen Instanzenzug<sup>177</sup>.

## 6. Beschlussfassung; Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

### a) *Entscheidfindung und Beschlussfassung*

Die Organisation der Geschäftsführung wird mit Vorteil in einem Organisationsreglement festgelegt. In der Regel erfolgt die Einberufung der Sitzungen der Geschäftsführer durch den Vorsitzenden. Jedes Mitglied der Geschäftsführung ist aber befugt, die Durchführung einer Sitzung der Geschäftsführung zu verlangen. Die Form der Einberufung ist frei; die Frist zur Einberufung richtet sich nach Treu und Glauben.

Geschäftsführungsentscheide sind gemeinsame Entscheide aller Geschäftsführer, mehrheitlich oder einstimmig je nach statutarischer Regel. Ist in den Statuten nichts geregelt, entscheiden die Geschäftsführer mehrheitlich nach Köpfen<sup>178</sup>, nicht nach Stammkapital. Diese Differenzierung ist insbesondere dort wichtig, wo alle Gesellschafter Mitglieder der Geschäftsführung sind.

<sup>175</sup> Zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 169 ff.

<sup>176</sup> Zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 215 ff.

<sup>177</sup> Semjud 2000, 437; zum Aktienrecht vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 222.

<sup>178</sup> Art. 809 Abs. 4 OR.

Werden die Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, entscheidet nicht die Anzahl der anwesenden Geschäftsführer, sondern die Zahl der stimmenden Geschäftsführer. Der Vorsitzende der Geschäftsführung hat den Stichtentscheid<sup>179</sup>. Die Statuten können eine abweichende Regelung vorsehen<sup>180</sup>. Beispielsweise können Präsenz- und Beschlussfassungsquoten festgelegt oder es kann auf den Stichtentscheid verzichtet werden<sup>181</sup>.

Die Vertretung eines Geschäftsführers ist analog zum Aktienrecht nicht möglich. Zulässig ist allerdings die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg, sofern diese Möglichkeit in den Statuten vorgesehen ist<sup>182</sup>.

### b) *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit*

Beschlüsse der Geschäftsführung können – anders als die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung – nicht beim Richter angefochten werden. Beschlüsse der Geschäftsführung können hingegen nichtig sein, was mittels einer Feststellungsklage geltend gemacht werden kann. Die Regeln über die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft sind analog für die Beschlüsse der Geschäftsführung anzuwenden<sup>183</sup>.

## 7. Ende der Geschäftsführung

### a) *Rücktritt*

Alle Gesellschafter üben die Geschäftsführung gemeinsam aus. Der Gesellschafter ist grundsätzlich zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Gesellschafter können, wenn die Statuten keine abweichenden Regeln enthalten, nicht einseitig von ihrem Geschäftsführungsamt zurücktreten<sup>184</sup>; die Geschäftsführung ist auch eine Pflicht<sup>185</sup>. Geschäftsführer, denen der Austritt verweigert wird, müssen daher auf Austritt oder Auflösung klagen.

<sup>179</sup> Art. 809 Abs. 4 OR.

<sup>180</sup> Art. 809 Abs. 4 OR.

<sup>181</sup> Botschaft (FN 3), 3212.

<sup>182</sup> Art. 776a Abs. 2 Ziff. 5 OR.

<sup>183</sup> Art. 816 OR.

<sup>184</sup> VON STEIGER (FN 13), N 25 zu Art. 811 OR; WATTER (FN 129), Art. 811 N 4.

<sup>185</sup> WATTER (FN 129), Art. 811 N 3.

Weichen die Statuten vom Grundsatz der Selbstorganschaft ab und werden die Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung gewählt, können die Geschäftsführer einseitig von ihrem Amt zurücktreten.

#### b) Entzug der Geschäftsführung

Die Gesellschafterversammlung kann die von ihr gewählten Geschäftsführer – unabhängig davon, ob es sich um Gesellschafter oder Dritte handelt – jederzeit abberufen<sup>186</sup>. Steht hingegen den Gesellschaftern das Recht zur Geschäftsführung unabhängig von der Wahl durch die Gesellschafterversammlung zu<sup>187</sup>, ist eine Abwahl nur mittels einer Neuregelung der Geschäftsführung in den Statuten möglich<sup>188</sup>.

Immerhin kann gemäss Art. 815 Abs. 2 OR jeder Gesellschafter bei Vorliegen wichtiger Gründe vom Richter verlangen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und die Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken. Als wichtige Gründe nennt das Gesetz grobe Pflichtverletzungen und den Verlust der Fähigkeit zur guten Geschäftsführung. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten kann die Vertretungsbefugnis jederzeit von den Geschäftsführern entzogen werden<sup>189</sup>. Die Voraussetzungen zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sind zwingend. Die Voraussetzungen dürfen in den Statuten nicht erschwert werden<sup>190</sup>.

## IV. Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern

### 1. Grundlagen

Konzerne sind von grosser praktischer Bedeutung. Der grösste Teil der wirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften in der Schweiz sind als Tochter- oder Muttergesellschaften in einem Konzern mit anderen Aktiengesellschaften

<sup>186</sup> Art. 815 Abs. 1 OR.

<sup>187</sup> Art. 809 OR.

<sup>188</sup> Botschaft (FN 3), 3216 f. Vgl. so auch BGE 81 II 545 f.

<sup>189</sup> Art. 815 Abs. 3 OR.

<sup>190</sup> Botschaft (FN 3), 3217.

verbunden<sup>191</sup>. Im volkstümlichen Verständnis verbinden wir den Konzern mit etwas Grossem, die GmbH mit etwas Kleinem. Die Thematisierung der GmbH im Zusammenhang mit dem Konzern erscheint daher als Widerspruch.

Der Begriff des Konzerns fand erstmals mit der Revision des Aktienrechts Eingang in das Gesetz. Art. 663e OR bestimmt: „*Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung).*“

Der Konzern definiert sich als mehrere Gesellschaften (juristische Vielfalt) unter einer einheitlichen Leitung (durch die Mutter), so dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht<sup>192</sup>. In dieser Kombination von juristischer Vielfalt und wirtschaftlicher Einheit liegt das „*Konzern-Paradoxon*“: Die Tochtergesellschaften sind rechtlich selbstständig, aber wirtschaftlich in die Einheit des Konzerns eingebunden<sup>193</sup>. Die Tochtergesellschaften stehen unter der einheitlichen Leitung der Muttergesellschaft<sup>194</sup>.

Die meisten Konzerne sind faktische Konzerne, bei denen der Zusammenhalt der Gesellschaften durch die Ausübung des Stimmrechts und die Entsendung von Vertrauenspersonen in die Organe gewährleistet wird. Vertragliche Verpflichtungen innerhalb des Konzerns sind selten. Über die Entsendung von Vertrauenspersonen in die Organe wird eine einheitliche Leitung im Rahmen eines strukturierten Gebildes, dem Konzern, sichergestellt<sup>195</sup>.

Die Struktur und die Organisation des Konzerns lässt sich an die verschiedenen Bedürfnisse anpassen. Der Konzern erlaubt die Kombination einer straffen, zentral ausgerichteten Gesamtleitung mit weitgehenden Gestaltungs- und Umsetzungskompetenzen in den örtlichen Untergesellschaften<sup>196</sup>. Der Konzern er-

<sup>191</sup> HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994 (zit. HANDSCHIN, Konzern, 6). Nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 60 N 4 wird die Verbundenheit im Konzern bei Publikumsgesellschaften mehr und mehr zur Regel, anders bei den kleinen, personenbezogenen Aktiengesellschaften.

<sup>192</sup> Zum Konzernbegriff: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 60 N 8; HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 21, 30; DRUEY/VOGEL, Das Schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 5 f.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Basel/Frankfurt 1997, 15.

<sup>193</sup> HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 56.

<sup>194</sup> HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 42 ff.

<sup>195</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 11 N 145.

<sup>196</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 11 N 138.

möglichst darüber hinaus, Unternehmenseinheiten mit eigener juristischer Persönlichkeit, Sondervermögen und Organen zu schaffen und damit die Haftung auf bestimmte Geschäftseinheiten zu beschränken. Im internationalen Verhältnis sind Konzernstrukturen sodann aus steuerlichen Gründen interessant.

## 2. Die Leitung des Konzerns

Der Konzern verfügt über eine einheitliche Leitung, eine einheitliche Willensbildung und eine einheitliche Organisation. Die Konzernleitung legt die Strategie und die daraus abgeleiteten Vorgehensweisen fest. Die Konzernleitung legt insbesondere Umsatz- und Ertragsziele sowie auch die Marktstrategie fest. Die Finanzkontrolle und die Finanzplanung sowie ganz generell die Oberaufsicht über die Gruppe obliegt der Konzernleitung. Dabei ist zu beachten, dass die in Art. 716a OR bzw. Art. 810 OR als grundsätzlich nicht delegierbare Aufgaben definierten Geschäftsbereiche auch für die Konzernführungsorganisation verbindlich sind.

Als Führungsinstrument der Konzernleitung dient in erster Linie die Stimmenmehrheit und damit die Ausübung der Stimmenmacht in den Konzerngesellschaften, teilweise auch Verträge zwischen der Obergesellschaft und der Untergesellschaft sowie insbesondere Konzernweisungen. Im Rahmen von Konzernweisungen werden Verhaltensrichtlinien im Konzern festgelegt<sup>197</sup>.

## 3. Der Konzern im Aktienrecht

Das Auseinanderklaffen von rechtlicher Selbständigkeit und wirtschaftlicher Abhängigkeit steht in einem scheinbaren Widerspruch zu zwingenden Normen des Aktienrechts, gemäss denen der Verwaltungsrat zwingend oberstes Geschäftsführungsorgan der Aktiengesellschaft ist<sup>198</sup>. Die Geschäftsführungskompetenz in der Aktiengesellschaft obliegt ausschliesslich dem Verwaltungsrat<sup>199</sup>. Art. 716a OR geht von einer konzernfreien, nicht einer einheitlichen Leitung unterworfenen Aktiengesellschaft aus<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 11 N 237 ff.; SCHNYDER, Aktienrecht VOLLZITAT!!!!, N 1267 ff.

<sup>198</sup> Art. 716 Abs. 1 OR sowie Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>199</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 355; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 85), § 13 N 279 ff.; BÖCKLI PETER, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994 (zit. BÖCKLI, Kernkompetenzen), 36.

<sup>200</sup> BÖCKLI, Kernkompetenzen (FN 199), 55.

Die im Konzern eingebundene Tochtergesellschaft verfügt oft nur über eine einzige Gesellschafterin, die Muttergesellschaft, welche sämtliche Aktien der Tochter hält. Dies hat zur Folge, dass die Generalversammlung des Tochterunternehmens faktisch von der Muttergesellschaft bestimmt wird und die Muttergesellschaft – faktisch – zum Organ der Tochtergesellschaft wird. Der von der Muttergesellschaft beherrschten Generalversammlung der Tochtergesellschaft, stehen rechtlich keinerlei Geschäftsführungskompetenzen zu; faktisch aber bestimmt sie durch die einheitliche Leitung die Geschicke der Tochtergesellschaft. Die vollständige Unterwerfung der Tochtergesellschaft unter die einheitliche Leitung der Muttergesellschaft, d.h. unter die Generalversammlung, führt unweigerlich zu einem unlösbaren Konflikt<sup>201</sup>.

Die Personalunion von Gesellschafter und Verwaltungsrat in der Tochtergesellschaft ist im Aktienrecht nur bedingt möglich. Gemäss Art. 707 Abs. 3 OR kann der Alleinaktionär<sup>202</sup> der Tochtergesellschaft nur dann die Stelle eines Verwaltungsrats bekleiden, wenn er eine natürliche Person ist<sup>203</sup>. Ist der Alleinaktionär eine juristische Person, ist eine Selbstorganschaft ausgeschlossen<sup>204</sup>.

Die Praxis versucht, auf verschiedene Art und Weise mit dem Problem umzugehen. So befolgen die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft im Rahmen eines „autonomen Nachvollzuges“ die Weisungen der Muttergesellschaft. Im Rahmen dieses autonomen Nachvollzuges überprüft der Verwaltungsrat lediglich, ob die Weisungen der Muttergesellschaft im Einklang mit den Bestimmungen des Aktienrechts stehen, insbesondere mit den Normen über das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen<sup>205</sup>. Oft wird dem Verwaltungsrat der

<sup>201</sup> BÖCKLI, Kernkompetenzen (FN 199), 59. Vgl. hierzu auch Entscheid des Bundesgerichts 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000.

<sup>202</sup> Art. 625 Abs. 3 OR; zur Einmann-AG vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 62 N 26 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 199), § 2 N 135.

<sup>203</sup> WERNLI, OR, Art. 707 N 15; zum Aktienrecht vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 199), § 16 N 370, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 27 N 9 sowie § 60 N 27.

<sup>204</sup> Zur grundsätzlichen Frage, ob eine natürliche Person eine Konzernmutter sein kann, vgl. HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 38, 79.

<sup>205</sup> BÖCKLI, Kernkompetenzen (FN 199), 60, schlägt vor, die Bestimmung des Art. 716a OR folgendermassen auszulegen: „Der Verwaltungsrat einer vollständig in einem Konzern eingegliederten Untergesellschaft wacht darüber, dass die folgenden Aufgaben, in Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten, insbesondere unter Wahrung der Bestimmungen über den Kapitalschutz, erfüllt werden“. Unter dieser Betrachtung komme dem Verwaltungsrat der beherrschten Gesellschaft durchaus noch eine eigenständige Bedeutung zu.

Tochtergesellschaft im Gegenzug Schadloshaltung im Falle einer persönlichen Inanspruchnahme zugesichert<sup>206</sup>.

Die Synchronisierung zwischen den Interessen der Muttergesellschaft und den Interessen der Tochtergesellschaft kann sodann auch dadurch erreicht werden, dass der Zweck der Tochtergesellschaft auf die Verfolgung des Konzerninteresses ausgerichtet wird<sup>207</sup>. Eine absolute Abhängigkeit der Tochter- von der Muttergesellschaft wird dadurch jedoch nicht erreicht, zumal der Gesellschaftszweck mehr oder weniger weit ausgelegt werden kann und die zwingenden Bestimmungen des Gläubigerschutzes, insbesondere, was Ausschüttungen an die Muttergesellschaft anbelangt, beachtet werden müssen.

Durch eine vollständige oder teilweise Personalunion der Mitglieder der Konzernleitung und der Mitglieder des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft kann erreicht werden, dass Personen, die im Rahmen des Konzerns für die operative Führung zuständig sind, gleichzeitig als Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften diese Entscheide in der Tochtergesellschaften umsetzen können. Die Lösung ist praktisch sinnvoll, setzt aber eine gewisse räumliche Nähe zwischen der Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft voraus, wobei auch in diesem Fall die formellen Grenzen der Konzernleitung beachtet werden müssen.

Die vorstehend aufgezeigten Lösungsversuche halten am gesetzlichen Modell der Oberleitung einer Gesellschaft durch den Verwaltungsrat formell fest, können aber an den effektiven Machtverhältnissen im Konzern nichts ändern. Es verbleibt der Widerspruch zwischen der formellen Struktur und den materiellen Machtverhältnissen. De lege ferenda postuliert daher die Lehre den Erlass gesetzlicher Bestimmungen zum Konzernrecht. Die Anforderungen an eine solche gesetzliche Regelung weisen in zwei Richtungen: Zum einen soll es der Generalversammlung erlaubt sein, über einzelne Geschäftsführungsentscheide Beschluss zu fassen. Dadurch würde das Prinzip der Parität von Generalversammlung und Verwaltungsrat aufgehoben. Im Konzern käme somit der Generalversammlung eine „Kompetenzkompetenz“ zu, indem sie selber darüber bestimmen kann, für welche Entscheide sie zuständig sein will. Zum anderen

<sup>206</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 60 N 37.

<sup>207</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35), § 60 N 35. Der Gesellschaftszweck kann beliebig festgelegt werden, sofern die Zweckverfolgung als solche erlaubt ist. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 199), § 1 N 99. Zur Frage, ob in dieser Zweckbestimmung eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB liegt vgl. HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 86 ff., insb. 90.

soll die Muttergesellschaft als formelles Organ der Tochtergesellschaft anerkannt werden. Der Muttergesellschaft kommt dabei die Stellung eines Doppelorgans zu, indem ihr die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft obliegt, und zwar im Rahmen ihrer Oberleitung über die Tochtergesellschaft<sup>208</sup>.

#### 4. Die GmbH als Konzerntochtergesellschaft

Es stellt sich die Frage, ob sich die GmbH als Organisationsform für Konzerntochtergesellschaften eignet, allenfalls sogar besser eignet als die Aktiengesellschaft. Im Aussenverhältnis ist die GmbH gleichwertig zur Aktiengesellschaft. Die GmbH ist eine juristische Person für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Eine weitergehende Haftung besteht nur bei entsprechendem Verschulden der Organe.

Im Innenverhältnis ist die GmbH flexibler. Im Recht der GmbH ist das Paritätsprinzip weniger stark ausgeprägt als im Aktienrecht. Zum einen versteht es sich von selbst, dass die Paritätstheorie von begrenzter Bedeutung bleibt, wenn zwischen der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung personelle Identität besteht. Zum anderen gibt es im Recht der GmbH keine dem Art. 716a OR entsprechende Regelung, welche unübertragbare Befugnisse der Geschäftsführer bezeichnet. Wohl legt Art. 810 OR die Kompetenzen fest, schränkt diese Regelung in Art. 811 OR aber gleich wieder ein: Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen bzw. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können<sup>209</sup>.

Art. 811 Abs. 1 OR sieht zwar keine eigentliche Verschiebung der Zuständigkeiten vor, bietet jedoch die Möglichkeit, der Gesellschafterversammlung eine obligatorische<sup>210</sup> oder eine fakultative<sup>211</sup> Genehmigungskompetenz einzuräumen<sup>212</sup>. Dadurch wird der Gesellschafterversammlung letztlich die Kompetenzkompetenz eingeräumt. Das Recht der GmbH erlaubt, der Gesellschafterversammlung Geschäftsführungskompetenzen einzuräumen.

<sup>208</sup> Vgl. hierzu eingehend HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 122; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 199), § 23 N 48 ff.

<sup>209</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR.

<sup>210</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>211</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

<sup>212</sup> Botschaft (FN 3), 3213.

In den Statuten der Konzerntochtergesellschaft in der Form der GmbH kann festgehalten werden, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung (welche im Konzern durch die Muttergesellschaft verkörpert wird) vorlegen müssen bzw. vorlegen können. Formell würde dadurch die rechtlich gültige Grundlage dafür geschaffen, dass sich die Muttergesellschaft in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft verbindlich einmischen und im Konzern die Oberleitung über Tochtergesellschaften ausüben kann.

Art. 811 Abs. 2 OR stellt gleichzeitig klar, dass die Haftung der Geschäftsführer gegenüber Dritten wegen Pflichtverletzung trotz einer Genehmigung der Gesellschafterversammlung bestehen bleibt. In dieser Bestimmung liegt ein sinnvolles Regulativ, welches sicherstellt, dass die formellen Organe der GmbH keine Weisungen der Konzernmuttergesellschaft umsetzen, die zur Schädigung der Tochtergesellschaft führen. Gesellschaftsintern kommt die Genehmigung einem Entlastungsbeschluss gleich<sup>213</sup>.

Diese strukturelle Legalisierung der Konzernleitung ist damit im GmbH-Recht möglich. Im Aktienrecht besteht diese Möglichkeit nicht.

##### 5. Die Muttergesellschaft als formelles Organ der Konzerntochtergesellschaft?

Noch konsequenter würde die Konzernleitung legalisiert, wenn die Muttergesellschaft als formelles Organ der Tochtergesellschaft in der Form einer GmbH anerkannt werden würde.

Grundsätzlich spricht nichts dagegen, dass eine juristische Person formelles Organ einer anderen juristischen Person sein kann: Einerseits ist anerkannt, dass nicht geschäftsführende Organe auch mit juristischen Personen besetzt werden können, man denke nur etwa an die Revisionsstelle. Andererseits können juristische Personen als faktische Organe qualifiziert werden<sup>214</sup>. Schliesslich können juristische Personen in besonderen Situationen als Geschäftsführer eingesetzt werden, man denke an den Liquidator oder den Sachwalter einer Aktiengesellschaft oder GmbH.

Gemäss Art. 772 OR ist die GmbH eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Es

<sup>213</sup> Botschaft (FN 3), 3213.

<sup>214</sup> HANDSCHIN, Konzern (FN 191), 319 f.

besteht die Möglichkeit, eine Einpersonen-GmbH zu gründen. Wenn nun die GmbH aus einer einzigen Gesellschafterin besteht, diese einzige Gesellschafterin eine juristische Person ist und die Statuten dieser Einpersonen-GmbH nicht vom subsidiären gesetzlichen Prinzip der Selbstorganschaft abweichen, stellt sich die Frage, ob die juristische Person die Funktion der Geschäftsführerin wahrnehmen kann.

Gemäss Art. 809 Abs. 2 OR können als Geschäftsführer nur natürliche Personen eingesetzt werden. Ist an der Gesellschaft eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt, bezeichnet sie gegebenenfalls eine natürliche Person, die diese Funktion an ihrer Stelle ausübt. Die Statuten können dafür die Zustimmung der Gesellschafterversammlung verlangen.

Die Gesetzesbestimmung lässt unterschiedliche Interpretationen zu: (i) der Gesetzgeber wollte die Organschaft durch eine juristische Person ausschliessen; (ii) bei der in Selbstorganschaft geführten GmbH ist die juristische Person als Geschäftsführerin zulässig.

Die erste Interpretation ist nahe liegend und stützt auf den Wortlaut von Satz 1 ab. Als Geschäftsführer können nur natürliche Personen eingesetzt werden.

Die zweite Interpretation stützt sich auf folgende Überlegung: Die Aussage, als Geschäftsführer können nur natürliche Personen eingesetzt werden, betrifft die GmbH, die nach dem Prinzip der Drittorganschaft geführt wird, bei der Geschäftsführer „eingesetzt“ werden. Bei der GmbH die nach dem Prinzip der Selbstorganschaft geführt wird, werden keine Geschäftsführer eingesetzt, folglich ist die Bestimmung, dass nur natürliche Personen „eingesetzt“ werden können, auf in Selbstorganschaft organisierte GmbH nicht anwendbar. Die in Satz 2 und 3 dieser Bestimmung vorgesehene Bezeichnung einer natürlichen Person besagt nicht, dass bei Selbstorganschaft der Gesellschafter, der juristische Person ist, nicht Geschäftsführer ist, sondern verlangt lediglich, dass diese juristische Person eine natürliche Person bezeichnet, die sie vertritt. Um sicherzustellen, dass diese natürliche Person in die Geschäftsführung passt, können die Statuten die Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorsehen. Obligatorisch ist diese Zustimmung aber nicht und beim Fehlen einer entsprechenden Statutenbestimmung kann die juristische Person als Gesellschafterin die von ihr eingesetzte natürliche Person beliebig einsetzen und ersetzen. Auch dadurch unterscheidet sich der gewählte Geschäftsführer (oder bei der Aktiengesellschaft: Verwaltungsrat) vom Vertreter der juristischen Person als Geschäftsführerin in Selbstorganschaft.

Grundsätzliche Bedenken gegen die juristische Person als Geschäftsführerin einer GmbH gibt es nicht. Juristische Personen sind zu den gleichen Rechten fähig, wie natürliche Personen, es sei denn, dass die natürliche Persönlichkeit eine zwingende Voraussetzung für die Ausübung des fraglichen Rechtes darstellt. Eine solche Voraussetzung ist bei der Geschäftsführung einer Gesellschaft nicht zu erkennen. Der persönliche Charakter des Geschäftsführungsmandates sowie die persönliche Haftung schliessen die Geschäftsführung durch eine juristische Person nicht grundsätzlich aus. Zu beachten ist, dass die GmbH anders als die Aktiengesellschaft vom Prinzip der Selbstorganschaft geprägt wird. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft besteht bei der GmbH grundsätzlich Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführung, wie beispielsweise bei einfachen Gesellschaften, bei denen die Geschäftsführung durch juristische Personen keine Schwierigkeiten bereitet und in der Praxis auch verbreitet vorkommt.

Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob die Bedenken gegen eine juristische Person als Geschäftsführerin stark genug sind, um die dispositive Regel der Selbstorganschaft zu durchbrechen. Das Prinzip der Selbstorganschaft ist nicht Selbstzweck, sondern stellt ein Organisationsmodell dar, das auf die Bedürfnisse einer kleinen Gesellschaft zugeschnitten ist. Die Selbstorganschaft vereinfacht formlose Entscheidungsfindungen. Eine solche Vereinfachung ist zulässig und unproblematisch, weil das Entscheidgremium mit den Gesellschaftern identisch ist. Überschaubar sind die Verhältnisse aber nicht nur bei Kleinunternehmen, sondern auch bei Tochtergesellschaften, die von einer einzigen Gesellschafterin, nämlich der Muttergesellschaft, beherrscht werden.

Die in Selbstorganschaft geführte GmbH befindet sich näher bei der Personengesellschaft als bei der Aktiengesellschaft. Auch nach neuem Recht bleibt die GmbH eine personenbezogene Kapitalgesellschaft. Das heisst, bei der Auslegung sind nicht nur die aktienrechtlichen Bestimmungen, sondern auch die Bestimmungen des Personengesellschaftsrechts massgebend. Ein Blick ins Recht der einfachen Gesellschaft zeigt, dass hier die Geschäftsführung durch juristische Personen unbestritten ist: Juristische Personen können nach einmütiger Auffassung in Lehre und Rechtsprechung Geschäftsführer einer einfachen Gesellschaft sein. In diesem Zusammenhang sei auf die Arbeitsgemeinschaft und das Joint Venture verwiesen.

Sprechen weder zwingende sachliche, noch rechtliche Gründe gegen die Zulässigkeit von juristischen Personen als Geschäftsführer, ist dies bei der in Selbstorganschaft geführten GmbH als zulässig zu erachten. Im Konzern führt

dies dazu, dass die Muttergesellschaft Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft sein kann<sup>215</sup>.

<sup>215</sup> Vgl. hierzu eingehend HANDSCHIN, Die GmbH als Tochter, 67 ff.