

Wo hat die GmbH Vorteile gegenüber der AG?

Griffige statutarische Gesellschafterpflichten

Von Lukas Handschin*

Seit der Revision des Aktienrechts im Jahr 1991 hat die bisher in der Schweiz kaum verbreitete Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) einen enormen Aufschwung erlebt: Ende 1995 gab es bereits über 10 000 GmbH, also fast 70% mehr als im Vorjahr. Vorteile bietet die GmbH neben den vereinfachten Gründungsvorschriften und der Zulässigkeit der Vinkulierung vor allem durch die Möglichkeit, den Gesellschaftern im Innenverhältnis statutarische Pflichten aufzuerlegen, was die GmbH auch für mittelgrosse Unternehmen und Joint ventures attraktiv machen kann.

Bis zur Revision des Aktienrechts im Jahr 1991 war für die Gründer eines kaufmännischen Unternehmens der Entscheid über die Rechtsform mit der Wahl der Aktiengesellschaft (AG) meistens rasch gefällt. Neben rund 170 000 Aktiengesellschaften bestanden im Jahr 1991 bloss 2500 GmbH. Erst die verschärften Anforderungen an die Gründung und Handhabung der AG haben in den letzten Jahren zu einem sprunghaften Anstieg der GmbH auf heute über 10 000 geführt. Dabei empfindet die Praxis diejenigen Eigenschaften der GmbH als deren wichtigsten Vorteile, welche die Aktiengesellschaft nicht mehr hat: Die einfachere Gründung (20 000 statt 100 000 Fr. Kapital) und das freie Vinkulierungsregime, das es erlaubt, die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Diese Betrachtungsweise wird aber der GmbH *nicht gerecht*: Die GmbH hat andere Vorteile, die schwerer wiegen und sie auch dort zur richtigen Gesellschaftsform machen, wo die einfachere Gründung und das freiere Vinkulierungsregime des GmbH-Rechts weniger wichtig sind.

Nachteile des Aktionärbindungsvertrags

Der vermutlich wichtigste Vorteil der GmbH gegenüber der AG liegt in der grossen Flexibilität im *Innenverhältnis*. Das GmbH-Recht lässt zu, dass sich die Gesellschafter intern gegenseitig Rechte einräumen und Pflichten auferlegen, z. B. in der Form von Konkurrenzverboten, Nachschusspflichten, Vorkaufsrechten, Leistungs-, Beitrags- und Unterlassungspflichten usw. Das Bedürfnis zusätzlicher interner Gesellschaftspflichten besteht in Gesellschaften mit nur wenigen Gesellschaftern fast immer. Es ist ein Nachteil des Aktienrechts, dass die AG diesem Bedürfnis nicht

entsprechen kann, weil solche gesellschaftsrechtlich begründeten Pflichten unzulässig sind; die einzige Pflicht, die dem Aktionär statutarisch auferlegt werden kann, ist die Liberierungspflicht. Die erwähnten Konkurrenzverbote, Nachschusspflichten, Vorkaufsrechte, Leistungs- und Beitragspflichten können als Aktionärspflicht nicht gültig vereinbart werden.

Die Praxis hat sich über diese Unzulänglichkeiten des Aktienmarkts mit dem *Aktionärbindungsvertrag* hinweggeholfen. Er ist ein zweiter Gesellschaftsvertrag unter den gleichen Gesellschaftern, der diejenigen Pflichten vorsieht, die aktienrechtlich nicht zulässig sind. Der Aktionärbindungsvertrag hat schwerwiegende *Nachteile*, denn die in der einfachen Gesellschaft vereinbarten zusätzlichen Pflichten sind nicht aktienrechtlicher Natur und können daher auch nicht mit den Mitteln des Aktienrechts vollstreckt werden. Das Stimmverhalten eines Mitglieds im Verwaltungsrat oder in der Generalversammlung, das gegen den Aktionärbindungsvertrag verstösst, mag zwar vertragswidrig sein, ist aktienrechtlich jedoch gültig. Das Mitglied, dessen Rechte verletzt worden sind, kann von seinen vertragsbrüchigen Mitgesellschaftern allenfalls Schadenersatz verlangen. Gegen die gefällten aktienrechtlichen Beschlüsse kann es aber nicht vorgehen. Sollte sich gar die in der Wissenschaft teilweise vertretene Auffassung durchsetzen, wonach Aktionärbindungsverträge, die in die zwingende Kompetenzordnung der AG eingreifen, nichtig sind, fällt nicht nur die effektive Durchsetzung weg, sondern auch die Schadenersatzfolge bei ihrer Verletzung.

Ändert sich der Mitgliederbestand der Aktiengesellschaft, sind die neuen Aktionäre an den Aktionärbindungsvertrag nur gebunden, wenn sie sich diesem unterwerfen. Unter dem alten Aktien-

recht, das die uneingeschränkte Vinkulierung noch zuliesse, konnte dies mit der Drohung erzwungen werden, dass der neue Aktionär ohne seine Zustimmung zum Aktionärsbindungsvertrag nicht eingetragen werde. Unter dem geltenden Recht ist das nicht mehr in jedem Fall möglich. Ist die AG z. B. nicht in der Lage, den veräussernten Anteil selber zu erwerben oder durch einen anderen Aktionär erwerben zu lassen, kann sie den Gesellschafterwechsel nicht verhindern (und damit auch nicht die Aufnahme eines Aktionärs, der nicht an den Aktionärsbindungsvertrag gebunden ist).

Statutarische Gesellschafterpflichten

In der GmbH ist der «Kunstgriff», der im Abschluss des Aktionärsbindungsvertrags liegt, nicht nötig, denn im GmbH-Recht können zusätzliche Gesellschafterpflichten *statutarisch vorgesehen* werden, ohne dass dazu zusätzlich ein Aktionärsbindungsvertrag (bzw. wohl richtigerweise ein «Gesellschafterbindungsvertrag») eingegangen werden muss. Die Nachteile des Aktionärsbindungsvertrags entfallen daher im GmbH-Recht. Weil die zusätzlichen Pflichten statutarisch sind, können sie gesellschaftsrechtlich vollstreckt werden. Gesellschafterbeschlüsse, die dagegen verstossen, sind mangelhaft und nicht gültig zustande gekommen. Dagegen bleiben beim Aktionärsbindungsvertrag Gesellschaftsbeschlüsse, die diesen verletzen, gültig; allenfalls werden Schadenersatzansprüche oder - wenn vereinbart - Konventionalstrafen fällig. Ist ein Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen, *darf* der Gesellschafter nicht gegen die internen Pflichten verstossen, bei der GmbH hingegen *kann* er nicht. Die zusätzlichen Pflichten wirken auch auf zukünftige Gesellschafter, während der Aktionärsbindungs-

vertrag nur unter den Parteien gilt, die ihn abgeschlossen haben, ohne dass neue Gesellschafter daran gebunden wären. Die Gesellschafter der GmbH haben die Gewissheit, dass auch ein neu eintretender Gesellschafter an die statutarischen Pflichten gebunden ist. Auf eigene «Gesellschafterbindungsverträge» unter den Gesellschaftern einer GmbH kann daher fast immer verzichtet werden. Solche Verträge können in der GmbH allenfalls noch Sinn machen, wenn bestimmte Gesellschafterpflichten aus Geheimhaltungsgründen nicht umfassend in den Handelsregisterstatuten geregelt werden sollen.

Eignung für Joint ventures

Die Verknüpfung der beiden Eigenschaften der juristischen Persönlichkeit und der Zulässigkeit von Pflichten im Innenverhältnis machen die GmbH nicht nur zur geeigneten Gesellschaftsform für kleine und mittelgrosse Unternehmen mit wenig Gesellschaftern, sondern auch und gerade für Joint ventures, die meistens nur zwei Gesellschafter aufweisen, die sich in bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen gegenseitig Pflichten auferlegen wollen (jedenfalls dann, wenn das geplante Joint venture nicht eine Grössenordnung erreicht, die ein Stammkapital - ohne Reserven - von über 2 000 000 Fr. zwingend notwendig macht). *Nur in der Rechtsform* der GmbH können die beiden Partner dieses Ziel erreichen, ohne dass sie sich dazu in einer Personengesellschaft vereinigen müssen. Mit der Wahl der GmbH können die Nachteile vermieden werden, die sich aus dem Vorliegen der beiden Gesellschaftsverträge unter den gleichen Gesellschaftern ergeben.

* Lukas Handschin ist Rechtsanwalt in Zürich und Privatdozent an der Universität Basel.