

**Das alte GmbH-Recht regelte die Kompetenzaufteilung zwischen der Gesellschafterversammlung und den Geschäftsführern nicht hinreichend. Das neue Recht sieht nun eine konkrete Kompetenzordnung vor. Es stellt klar, welche Befugnisse zwingend der Gesellschafterversammlung, den Geschäftsführern und der Revisionsstelle zukommen. Gleichzeitig belässt es jedoch Raum für eine beschränkt variable Zuteilung gewisser Kompetenzen im Sinne einer bedürfnisbezogenen Ausgestaltung der Organisation.**

GEMA OLIVAR PASCUAL  
ANDREA PETRA ROTH

# ORGANISATION DER GMBH GEMÄSS REVIDIERTEM RECHT

## Kompetenzordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten

### 1. ALLGEMEINE ORGANISATION DER GMBH

Die Organisation der GmbH ist im dritten Abschnitt in den Art. 804 ff. revOR geregelt. Dabei sieht das Gesetz explizit als oberstes Organ die Gesellschafterversammlung vor. Als Versammlung der Anteilseigner und Träger des wirtschaftlichen Risikos bleibt dieser vorbehalten, die wichtigsten Grundsatzentscheide selbst zu treffen, wobei ihr gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 1–18 revOR eine Reihe von unübertragbaren Befugnissen zukommt (Paritätstheorie [1]). Art. 807 revOR räumt jedoch die Möglichkeit ein, statutarisch ein Vetorecht gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu Gunsten einzelner oder aller Gesellschafter vorzusehen.

Die Geschäftsführung ist in Art. 810 revOR im Sinne einer Kompetenzvermutung zugunsten der Geschäftsführer geregelt, wobei die Gesellschafter gemäss Art. 809 Abs. 1 revOR mangels abweichender Bestimmungen in den Statuten, die Geschäftsführung gemeinsam ausüben. Art. 811 revOR statuiert sodann die Möglichkeit der statutarischen Einführung eines Genehmigungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung betreffend bestimmte Entscheide der Geschäftsführer. Mit dieser Unterstellung wird in gewissem Rahmen ein indirektes Vetorecht der Gesellschafter gegen die Entscheide der Geschäftsführer realisiert [2].

Neu ist die GmbH grundsätzlich der Revisionspflicht unterstellt, wobei die Anforderungen an die Prüfung je nach Grösse der Gesellschaft variieren. Sehr kleine Gesellschaften können unter bestimmten Umständen sogar auf eine Revision verzichten. Auf diese Thematik wird im Folgenden jedoch nicht weiter eingegangen.

### 2. STATUTARISCHES VETORECHT

**2.1 Allgemein.** Zu Gunsten der bedürfnisbezogenen Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse enthält der Entwurf zum neuen GmbH-Recht die Möglichkeit der statutarischen Einführung eines Vetorechts.

Gemäss Art. 807 revOR können die Statuten für einzelne oder mehrere Gesellschafter ad personam ein Vetorecht gegen einzelne bestimmte [3], statutarisch klar zu umschreibende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorsehen.

Ein solches Vetorecht kann beispielsweise nützlich sein, um einem Gesellschafter, der zwar nur eine kleine Minderheit der Stammanteile besitzt, von dem die GmbH jedoch auf andere Weise, z. B. finanziell, abhängig ist, vermehrten Einfluss einzuräumen.

Das Vetorecht gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ist ein ausgeprägt personenbezogenes Element und betont die starke Stellung der betreffenden Gesellschafter, ohne deren Zustimmung ein bestimmter Beschluss nicht gefällt werden kann. Damit wird der Entscheid eines Gesellschafters de facto über den Entscheid des obersten Organs gestellt [4].

Zu beachten ist dabei, dass der begünstigte Gesellschafter dadurch unter Umständen erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung – entsprechend der Stellung eines Geschäftsführers – erlangt und damit als faktisches Organ der Gesellschaft qualifizieren könnte. Dies wiederum könnte eine spezifische Organhaftung auslösen [5].

**2.2 Gefahren.** Mit der Einführung des Vetorechts wird die Willensbildung der Gesellschaft erheblich verändert und die



GEMA OLIVAR PASCUAL,  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PRICEWATERHOUSE-  
COOPERS, ZÜRICH,  
GEMA.OLIVAR.PASCUAL@  
CH.PWC.COM



ANDREA PETRA ROTH,  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PRICEWATERHOUSE-  
COOPERS, ZÜRICH,  
ANDREA.ROTH@  
CH.PWC.COM

Gefahr geschaffen, dass die Gesellschaft blockiert und damit deren Funktionstüchtigkeit gelähmt werden könnte.

Diese potentielle Gefahr bedenkend, sollte es nicht standardmässig vorgesehen werden. Des weiteren sollte darauf geachtet werden, dass das Vetorecht nicht dazu führt, dass

---

*«Neu ist die GmbH grundsätzlich der Revisionspflicht unterstellt.»*

die vorgeschriebenen Organe nicht mehr rechtskonform bestellt werden können, ansonsten das Vetorecht gemäss den Art. 731b i. V. m. Art. 819 revOR wiederum derogiert würde.

Die Tragweite des Vetorechts berücksichtigend sieht das Gesetz für die nachträgliche Einführung eines solchen gemäss Art. 807 Abs. 2 revOR eine einstimmige Beschlussfassung vor, so dass jedem Gesellschafter im Zeitpunkt vor dessen Implementierung sozusagen ein Vetorecht gegen das Vetorecht zukommt [6].

Darüber hinaus regelt das Gesetz das statutarische Vetorecht als persönliches, nicht übertragbares Recht [7]. Das hat zur Konsequenz, dass das Vetorecht nicht mit dem Stamm-

anteil verbunden ist und mit Ausscheiden oder im Todesfall des berechtigten Gesellschafters erlischt. Zu Gunsten eines allfälligen Rechtsnachfolgers müsste wiederum ein neues Vetorecht einstimmig beschlossen und in die Statuten aufgenommen werden. Ausschliesslich zu Gunsten einer juristischen Person kann das Vetorecht de facto zeitlich unbegrenzt eingeräumt werden [8].

### **3. STATUTARISCHER GENEHMIGUNGS-VORBEHALT**

**3.1 Allgemein.** Gemäss Art. 810 revOR sind die Geschäftsführer im Sinne einer subsidiären Generalkompetenz in allen Angelegenheiten zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung zugewiesen sind. Das neue GmbH-Recht hat darüber hinaus aus dem revidierten Aktienrecht die Idee übernommen, die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Exekutive im Gesetz explizit aufzulisten [9].

Dabei werden diese unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Exekutive im neuen GmbH-Recht lediglich unter Vorbehalt der dem Art. 810 revOR nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen zugewiesen. So erfährt die oben beschriebene Kompetenzordnung durch die in Art. 811 revOR vorgesehene Möglichkeit der Einführung eines statutarischen Genehmigungsvorbehalts sogleich wiederum eine

Einschränkung. Im Unterschied zur AG [10] können die Statuten also vorsehen, dass die Geschäftsführer der Generalversammlung bestimmte, näher zu umschreibende Einzelentscheide entweder zur Genehmigung vorlegen müssen (obligatorischer Genehmigungsvorbehalt Abs. 1 Ziff. 1) oder fakultativ vorlegen können (fakultativer Genehmigungsvorbehalt Abs. 1 Ziff. 2).

Bei dieser Ausgangslage geht man unter neuem Recht von einem relativen Paritätsprinzip aus [11].

Dabei muss betont werden, dass die unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben also solche nicht dem Genehmi-

---

*«Art. 811 Abs. 2 revOR statuiert, dass die Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführer nicht berührt.»*

gungsvorbehalt unterliegen, sondern lediglich diesbezügliche punktuelle Einzelentscheidungen. Unzulässig wäre es, Gegenstände als Ganzes, wie zum Beispiel die Oberleitung der Gesellschaft, die den Geschäftsführern als institutionelle Gegenseite der Gesellschafterversammlungen zugeordnet sind, einer Genehmigung durch die Gesellschafter zu unterstellen [12].

Mit der Einführung eines Genehmigungsvorbehalts kann bei der GmbH – im Gegensatz zur AG – die Gesellschafterversammlung teilweise direkt auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen. Bei der AG ist dies wegen des konsequent durchgehaltenen Prinzips, wonach strategische Grundsatzentscheide im Sinne von unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen dem Exekutivorgan zugeordnet sind [13], unmöglich [14].

Auf den ersten Blick erscheint die Einführung der statutarischen Genehmigungsvorbehaltsmöglichkeit nach Art. 811 revOR bei Selbstorganschaft sinnlos zu sein, da in diesem Fall die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung personell identisch ist. Dies ist jedoch solange nicht der Fall, als nicht von der dispositiven, gesetzlichen Regelung des Kopfstimmrechts in der Geschäftsführung und dem Stimmrecht nach Höhe der übernommenen Kapitaleinlage in der Gesellschafterversammlung statutarisch abgewichen wird. Sobald das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung gleich geregelt und ausgestaltet ist wie dasjenige in der Geschäftsführung, erübrigt sich die Einführung des Genehmigungsvorbehalts.

### 3.2 Genehmigungsvorbehalt und Verantwortlichkeit.

Während die Geschäftsführer einer gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen [15], fehlt für Entscheide der Gesellschafterversammlung jede entsprechende Haftung. Aus diesem Grunde sollte grundsätzlich vermieden werden, dass potentiell haftungsrelevante Entscheide zum Schaden Dritter an die Gesellschafterversammlung überstellt werden [16].

Art. 811 Abs. 2 revOR statuiert sodann auch, dass die Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Haftung der Geschäftsführer nicht berührt. Es ist jedoch klar, dass eine solche Genehmigung gesellschaftsintern dennoch einer Entlastung gleichkommen muss – «volenti non fit iniuria» – und dass sich die Gesellschaft bzw. die an der Genehmigung teilhabenden Gesellschafter im Falle einer Klage durch die Gesellschaft die frühere Willensentscheidung entgegenhalten lassen müssen [17].

Dies führt zu folgenden Szenarien: Unterbreiten die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung einen widerrechtlichen Antrag und stimmt die Gesellschafterversammlung demselben zu, so bleiben die Geschäftsführer haftbar. Wird der Gesellschafterversammlung jedoch ein rechtmässiger Antrag unterbreitet und lehnt die Gesellschafterversammlung diesen ab, so geraten die Geschäftsführer in dem Sinne in eine Konfliktsituation, dass sie entgegen ihrem Antrag dem Entscheid der Versammlung entsprechend handeln müssten. Lehnen dies die Geschäftsführer ab, so bleibt ihnen nur die Möglichkeit, den Versammlungsbeschluss zu ignorieren, den Beschluss anzufechten beziehungsweise dessen Nichtigkeit gerichtlich feststellen zu lassen oder von ihrem Amt zurückzutreten. Tun sie dies nicht, werden sie für ihr Handeln wiederum haftbar.

Da gesellschaftsintern der Versammlungsbeschluss einer Entlastung gleichkommt, wird in der Literatur vor allem die Frage diskutiert, ob aufgrund der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung eine faktische Organschaft und damit eine Haftung der Gesellschaft oder aller am entsprechenden Beschluss teilhabenden Gesellschafter anzunehmen ist [18].

Die Frage der Auswirkung eines Genehmigungsbeschlusses auf die Verantwortlichkeit wird in der Literatur folgendermassen kontrovers behandelt. Ein Teil der Autoren vertritt die Theorie, die Gesellschafterversammlung werde durch die statutarische Regelung, wonach die Gesellschafterversammlung gewisse Akte der Geschäftsführung genehmigen muss, nicht nur zum faktischen, sondern zum eigentlichen statutarischen Geschäftsführungsorgan zusammen mit der Geschäftsführung. Dies bedeute, dass im Falle eines solchen Entscheides die Verantwortlichkeit zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung aufgeteilt werden müsse [19]. Eine andere Meinung lehnt diese Theorie als unzulässig ab und spricht sich dafür aus, dass eine faktische Organschaft lediglich dann gegeben sei, wenn die Gesellschafterversammlung sich nicht darauf beschränkt, gegen den Geschäftsführungsentscheid keinen Einspruch einzulegen, sondern diesen inhaltlich abändert oder erweitert. Ebenfalls sei eine Haftung eines einzelnen Inhabers von GmbH-Anteilen angezeigt, wenn dieser durch sein persönliches Verhalten – nicht einfach durch seine Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung – die Merkmale eines faktischen Organs erfüllt, indem er sich typische Verhaltensweisen eines GmbH-Geschäftsführers anmasst [20].

Es ist anzunehmen, dass diese kontrovers diskutierte Frage die juristische Meinungsbildung qua Literatur und Judikatur noch einige Zeit beschäftigen wird, eine eindeutige Tendenz ist derzeit jedenfalls noch nicht hervorgetreten.

#### 4. FAZIT

Vor jeder Unternehmensgründung sind die Erwartungen an die Rechtsform und die tatsächlichen Bedürfnisse der Gründer sorgfältig abzuklären. Mit dem revidierten GmbH-Recht stellt das Gesetz eine Rechtsform mit für sie typischen Merk-

malen zur Verfügung. Damit wird die Palette möglicher Rechtsformen zwar nicht per se um eine Gesellschaftsform erweitert, diese jedoch so spezifiziert, dass individuellen Ausgestaltungswünschen vermehrt Rechnung getragen werden kann. ■

**Anmerkungen:** 1) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3204; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 18 N 107; Peter Forstmoser/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott: Das neue Recht der GmbH, Einführung und synoptische Darstellung, Zürich/St. Gallen 2006, S. 43. Zum Begriff Paritätstheorie: Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20 N 9. 2) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3209; Peter Böckli: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Was ist wirklich neu? in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 29. 3) Amtliches Bulletin des Nationalrates 2005 N 101; Lukas Handschin/Christof Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 13 N 79. 4) Lukas Handschin/Christof Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 11 N 25. 5) Lukas Handschin/Christoph Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 13 N 82. 6) Peter Böckli: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Was ist wirklich neu?, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 32 und 33. 7) Art. 807 Abs. 3 revOR. 8) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002,

S. 3209. 9) Peter Forstmoser: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 67. 10) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3204; Art. 716a revOR. 11) Mathieu Blanc: La répartition des compétences entre les associés et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl., in: SJZ 102 (2006) S. 211 ff. 12) Peter Böckli: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Was ist wirklich neu?, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 32; Lukas Handschin/Christof Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 13 N 5; Arthur Meyer-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 18 N 116; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3212 und 3213. 13) Art. 716a Abs. 1 OR. 14) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3213; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 18 N 110; Peter Forstmoser/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott: Das neue Recht der GmbH, Einführung und synoptische Darstellung, Zürich/St. Gallen 2006, S. 36 f. und S. 44; Peter Forstmoser: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und

Stellung der Gesellschafter, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, S. 67. 15) Art. 754 OR i. V. m. Art. 827 revOR. 16) Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBL 2002, S. 3213. 17) Peter Böckli: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Was ist wirklich neu?, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 35; Lukas Handschin/Christof Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 13 N 7. 18) Lukas Handschin/Christof Truniger: Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 13 N 7; Mathieu Blanc: La répartition des compétences entre les associés et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl., in: SJZ 102 (2006), S. 226. 19) Herbert Wohlmann: GmbH – Positionierung der GmbH und Fragen zur Geschäftsführung, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 133 und 134; Mathieu Blanc: La répartition des compétences entre les associés et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl., in: SJZ 102 (2006), S. 227. 20) Peter Böckli: Das neue Schweizerische GmbH-Recht – Was ist wirklich neu?, in: Das neue Schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 35 und 36; zu den organotypischen Verhaltensweisen: BGE 128 III 95.

## RÉSUMÉ

### Organisation de la Sàrl selon le droit révisé

Contrairement à l'ancien droit, le droit révisé de la Sàrl prévoit, d'une part, une définition claire des compétences des organes par l'attribution impérative de tâches précises à chacun de ceux-ci; d'autre part, il prend en compte le fait que la Sàrl est fortement liée à la personnalité des associés et offre des possibilités d'aménagement de l'organisation en fonction des besoins. Ainsi, il sera à l'avenir possible de prévoir dans les statuts non seulement un droit de veto en faveur de tout ou partie des associés qui pourront ainsi s'opposer à certaines décisions de l'assemblée générale (art. 807 CO rév), mais également une réserve qui impose aux gérants l'obligation de soumettre des décisions déterminées à l'assemblée des associés ou leur en offre la possibilité (art. 811 CO rév).

Depuis la réforme du droit de la société anonyme, la forme juridique de la Sàrl était de plus en plus souvent choisie,

parfois à tort, pour en faire une «petite société anonyme». Il convient par conséquent de saluer le fait que le droit révisé de la Sàrl introduit un éventail plus large de possibilités d'en personnaliser l'organisation. Le lien avec la personnalité des associés, au sein de la Sàrl, est à nouveau plus fortement pris en compte et les fondateurs disposent d'une grande marge de manœuvre pour la mise en place du schéma organisationnel de leur société, ce qui peut se révéler important surtout pour les PME et les entreprises familiales, tout particulièrement lorsque les fondateurs redoutent de perdre le contrôle de l'entreprise.

Mais au regard des risques inhérents qu'ils présentent, il ne serait pas judicieux de faire un usage «standard» des aménagements autorisés par le droit révisé; ils doivent être choisis avec circonspection, mûrement réfléchis et personnalisés avant d'être inscrits dans les

statuts. En aucun cas, ces aménagements ne doivent conduire, contrairement à la tendance actuelle, à une dégradation de la forme juridique de la Sàrl qui en ferait une entreprise individuelle sous couvert d'une société de capitaux, dans laquelle les organes de gestion ne joueraient qu'un simple rôle de figuration.

Conclusion: avant toute création d'entreprise, il convient d'examiner avec soin les besoins réels des fondateurs et ce qu'ils attendent de la forme juridique. À travers le droit révisé de la Sàrl, le législateur met à notre disposition une forme juridique aux caractéristiques clairement typées. Certes, ceci n'ajoute pas un type de société supplémentaire à la gamme de formes juridiques possibles, mais apporte des spécifications qui permettent de mieux prendre en compte les souhaits personnels en termes d'organisation. *GOP/APR/JA*