



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut



Fall 5: Eisköniginnen GmbH

OA Dr. iur. Anne Mirjam Schneuwly



Frage 1: Sachverhalt

Anna und Elsa sind diplomierte Ingenieurinnen der ETH und haben sich auf Kühlungssysteme für Büroräumlichkeiten spezialisiert. Sie haben eine neue Maschine entwickelt, die halb so viel Strom verbraucht als ihre Konkurrenz. Sie möchten eine Gesellschaft gründen, um ihr Produkt in der Schweiz zu vermarkten, aber es fehlt ihnen an liquiden Mitteln, um das nötige Startkapital einer Kapitalgesellschaft zusammenzutragen. Sie besitzen lediglich die drei Prototypen, deren Gesamtwert CHF 30'000.- beträgt.

Welche Gesellschaftsformen würden sich für ihr Geschäft eignen?



Frage 1: Mögliche Gesellschaftsformen (Personen)

Einfache Gesellschaft: : Mind. zwei Gesellschafter

Kollektivgesellschaft: : Mind. zwei Gesellschafter

Kommanditgesellschaft: Mind. Kommanditär + Komplementär

Aktiengesellschaft: Mind. ein Gesellschafter

GmbH: Mind. ein Gesellschafter

Genossenschaft: Mind. 7 Personen zur Gesellschaftsgründung



Frage 1: Mögliche Gesellschaftsformen (Startkapital)

Einfache Gesellschaft: Kein Startkapital notwendig

Kollektivgesellschaft: Kein Startkapital notwendig; persönliche Haftung

Kommanditgesellschaft: Kein Startkapital notwendig; persönliche Haftung für Komplementär; begrenzte Haftung für Kommanditär

Aktiengesellschaft: Mindestkapital CHF 100'000 und Mindestliberierung CHF 50'000 (sogar mit Sacheinlage von CHF 30'000 wird die Mindestliberierungssumme nicht erreicht)

GmbH: Mindestkapital CHF 20'000; Sacheinlage möglich (*in casu* CHF 30'000 in Form von Maschinen)

Genossenschaft: Kein Startkapital notwendig



Frage 1: Mögliche Gesellschaftsformen (kaufmännisches Gewerbe)

Einfache Gesellschaft: Eintragung ins Handelsregister nicht möglich und kann kein kaufmännisches Gewerbe sein

Kollektivgesellschaft: für kaufmännisches Gewerbe konzipiert

Kommanditgesellschaft: für kaufmännisches Gewerbe konzipiert

Aktiengesellschaft: für kaufmännisches Gewerbe konzipiert

GmbH: für kaufmännisches Gewerbe konzipiert

Genossenschaft: für kaufmännisches Gewerbe konzipiert

Frage 2: Sachverhalt

Christoph, der Kühlmittellieferant für die Kühlungssysteme, mit dem sie bis anhin zusammengearbeitet haben, möchte auch in die Gesellschaft eingebunden werden. Auch er hat nicht viel Liquides auf der Seite, bietet aber an, das notwendige Kühlmittel zu liefern.

Wie könnte er in die GmbH eingebunden werden? Gibt es eine Möglichkeit seine Mitarbeit statutarisch festzuhalten?





Frage 2: Aufzählung der Möglichkeiten

Derivativer Erwerb eines oder mehrerer Stammanteile:

- Evtl. Splitting der Stammanteile

Originärer Erwerb eines oder mehrerer Stammanteile

- Kapitalerhöhung
- Sacheinlage oder Verrechnung

Statutarische Möglichkeit:

- Nebenleistungspflicht

Einbindung als Geschäftsführer ohne Stammanteile zu halten



Frage 2: Splitting

Durch Splitting der Stammanteile können die Stammanteile mit Nennwert von CHF 1'000 in Stammanteile mit einem kleineren Nennwert angeboten werden (OR 623 I). Das Stammkapital bleibt dabei unverändert.

Es bedarf hierfür einer Statutenänderung (OR 804 II i.V.m. 623 I).



Frage 2: Übertragung der Stammanteile

1. Gültige Abtretung (OR 785):

Im Abtretungsvertrag müssen neben dem eindeutigen Übertragungswillen auch Angaben zum Kaufpreis, zu den Stammanteilen und zu den Parteien enthalten sein.

OR 785 II setzt voraus, dass die in OR 777a II aufgeführten Hinweise auf Rechte und Pflichten in den Abtretungsvertrag aufgenommen werden (z.B. Nachschusspflichten), sofern entsprechende statutarische Bestimmungen bestehen.

2. Zustimmung der GesV (OR 786 I):

Der Zustimmungsbeschluss untersteht einem qualifizierten Mehr von 2/3 der vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit des gesamten Stammkapitals (OR 808b I Ziff. 4).



Frage 2: Übertragung der Stammanteile (formelle Bedingungen)

I.d.R. wird der Beschluss protokolliert.

Zustimmung bzw. Ablehnung der Abtretung an der Gesellschafterversammlung ist im Vorfeld zu traktandieren.

Die Einladung an die Gesellschafterversammlung muss 20 Tage im Voraus die Gesellschafter erreichen (OR 805 III und V Ziff. 3 i.V.m. 700 II).



Frage 2: Kapitalerhöhung (formelle Bedingungen)

Die Kapitalerhöhung wird von der Gesellschafterversammlung beschlossen (OR 781 I):

- mit einem qualifizierten Mehr, d.h. 2/3 der vertretenen Stimmen und 50% des gesamten Stammkapitals (OR 808b I Ziff. 5).
- Der Beschluss wird öffentlich beurkundet (OR 781 V Ziff. 6 i.V.m. 650 II).

Die Kapitalerhöhung wird ins HR eingetragen. Folgende Unterlagen sind einzureichen (HRegV 74):

- öffentliche Urkunde über den Beschluss,
- Feststellungserklärung der Geschäftsführer über die Statutenänderung,
- die angepassten Statuten,
- der Kapitalerhöhungsbericht,
- bei Bareinlagen (Bankbescheinigung) oder bei Sacheinlagen (Sacheinlagevertrag) (HRegV 46 III).



Frage 2: Kapitalerhöhung (Sacheinlage)

Ist Christoph Eigentümer des Kühlmittels kann dieses grundsätzlich in die Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht werden.

Bei Sacheinlagen verweist OR 781 III auf das Aktienrecht (OR 634 ff.).

- OR 777c i.V.m. 634 IV: Leistet ein Aktionär eine Sacheinlage, so müssen die Statuten den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die ihm zukommenden Aktien angeben.
- Es muss ein schriftlicher oder öffentlich beurkundeter Sacheinlagevertrag vorliegen (OR 634 I Ziff. 1).
- Der Gründungsbericht (OR 634 I Ziff. 3 i.V.m. 635) gibt Auskunft über die Art und den Zustand der Sacheinlagen sowie über die Angemessenheit der Bewertung.
- Geprüft durch einen zugelassenen Revisor (RAG 3 ff./OR 635a).



Frage 2: Kapitalerhöhung (Verrechnung)

Die Zahlungsschuld der Eisköniginnen GmbH gegenüber Christoph für die Lieferung des Kühlmittels kann grundsätzlich mit der Liberierungsschuld von Christoph für den Erwerb von Stammanteilen verrechnet werden (OR 634a I i.V.m. 777c II Ziff. 3).

OR 120 I setzt die Gleichartigkeit, die Gegenseitigkeit und die Fälligkeit der Forderungen voraus.



Frage 2: Nebenleistungspflicht

Die Statuten können nur Nebenleistungen vorsehen, die dem Zweck der Gesellschaft, ihrer Selbständigkeitserhaltung oder der Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dienen (OR 796 II).

Nebenleistungspflichten dürfen nicht der Speisung des Eigenkapitals oder zur Sanierung der GmbH dienen (OR 796 IV).

Die Nebenleistungspflicht kann mit allen oder einem Teil der Stammanteile verbunden sein. *In casu* würden nur die Stammanteile von Christoph davon betroffen sein, da er die Kühlmittellieferung sicherstellt.



Frage 2: Einbindung als Geschäftsführer

Die GmbH geht dem Prinzip der Selbstorganschaft nach. Alle Gesellschafterinnen sind i.d.R. auch Geschäftsführerinnen (OR 809 I erster Satz).

Eine Drittorganschaft ist aber nicht ausgeschlossen (OR 809 I zweiter Satz).



Frage 3: Sachverhalt



Hans Prinz, ein wohlhabender Investor, würde gerne in die Eisköniginnen GmbH investieren, aber er möchte weder in die Geschäftsführung eingebunden sein noch im Handelsregister aufgeführt werden.

Welche Möglichkeiten bieten sich?



Frage 3: Aufzählung der Möglichkeiten

- Darlehen
- Stille Gesellschaft
- Umwandlung in eine AG
- Beteiligung einer AG als Gesellschafterin
- Vergabe von Genussscheinen



Frage 3: Darlehen

Fremdkapitalinvestitionen können in Form von Darlehen (OR 312 ff.) geschehen. Dabei wird bei der GmbH keine Kapitalerhöhung vorgenommen; der Darleiher erhält keine Stammanteile im Gegenzug zu seiner Investition sondern einen Zins (OR 313 II).

Ein partiarisches Darlehen gründet auf einen Darlehensvertrag, bei dem kein fester Zins oder nur ein geringer Zins vom Darleiher (Hans) verlangt wird. Dem Darleiher wird aber eine Beteiligung am Geschäftsgewinn versprochen.

Darleiher werden nicht in das Handelsregister eingetragen. Die Partizipation in die Geschäftsführung ist nicht besonders vorgesehen.



Frage 3: Stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft wurde in der Lehre ursprünglich als eine Abart der Kommanditgesellschaft oder als spezielle Art des Darlehens verstanden.

Die h.L. geht aber davon aus, dass es eine Sonderform der einfachen Gesellschaft ist.

Der stille Gesellschafter (Hans) beteiligt sich mit einer Einlage an der Geschäftstätigkeit der Hauptgesellschafterin (Eisköniginnen GmbH) gegen eine Gewinnbeteiligung.

Stille Gesellschafter werden nicht in Handelsregister eingetragen. Die Partizipation in die Geschäftsführung im Innenverhältnis ist grundsätzlich vorgesehen.



Frage 3: Umwandlung in eine AG

Bei Investition in das Eigenkapital der Gesellschaft wird eine Kapitalerhöhung vorausgesetzt.

Um dem Wunsch von Hans (nicht in die Geschäftsführung eingebunden und nicht ins Handelsregister eingetragen zu werden) zu entsprechen, muss die personenbezogene GmbH in eine kapitalbezogene AG umgewandelt werden.



Frage 3: Umwandlung in eine AG (formelle Bedingung)

Die Geschäftsführerinnen erstellen einen Umwandlungsplan (FusG 59) und einen Umwandlungsbericht (FusG 61), die von einem zugelassenen Revisionsexperten überprüft werden (FusG 62).

Die Umwandlung wird von der Gesellschafterversammlung beschlossen (FusG 64 lit. c):

- mit einem qualifizierten Mehr, d.h. 2/3 der vertretenen Stimmen und 50% des gesamten Stammkapitals (OR 808b).
- Der Beschluss wird öffentlich beurkundet (FusG 65).

Die Umwandlung wird ins Handelsregister eingetragen (FusG 66/HRegV 136).



Frage 3: Kapitalerhöhung vor Umwandlung

Gemäss h.L. ist die Anpassung der Kapitalstruktur der Ursprungsrechtsform durch Kapitalerhöhung im Vorfeld der Umwandlung zwingend. *In casu* muss das Stammkapital der Eisköniginnen GmbH von CHF 30'000 in Hinblick auf eine Umwandlung in eine AG auf 100'000.- erhöht werden.

Hans würde als Gegenzug für seine Investition CHF 70'000 Stammanteile der GmbH erhalten. Als Gesellschafter müsste er ins Handelsregister eingetragen werden. Auch wenn es nur für einen Augenblick wäre, bis die GmbH in eine AG und die Stammanteile in Aktien umgewandelt werden.

Ein Teil der Lehre spricht sich für die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung nach der Umwandlung gemäss den Regeln der Zielrechtsform aus.



Frage 3: Beteiligung einer AG als Gesellschafter

Gesellschafter einer AG (Aktionäre) werden weder ins Handelsregister eingetragen noch sind sie *per se* in die Geschäftsführung eingebunden.

Hans müsste eine AG gründen, welche in die GmbH investiert. Er darf aber nicht Geschäftsführer dieser AG werden, sonst muss er ins Handelsregister eingetragen werden.

Auch darf Hans nicht als Vertreter der AG operieren, da die Vertretung der AG als Gesellschafterin ebenfalls ins Handelsregister eingetragen wird (OR 809 II).



Frage 3: Vergabe von Genussscheinen

Gemäss OR 774a können die Statuten einer GmbH die Schaffung von Genussscheinen vorsehen und verweist auf das Aktienrecht.

Genussscheine gewähren Vermögensrechte aber keine Mitgliedschaftsrechte (OR 657 II).

Genussscheine dürfen ausschliesslich an Personen ausgegeben werden, die mit der Gesellschaft verbunden sind (OR 657 I). D.h. Aktionär, Gläubiger oder Arbeitnehmender ist/war.

Genussscheine haben keinen Nennwert und dürfen nicht gegen eine Einlage ausgegeben werden.

In den Statuten muss die Anzahl der verteilten Genussscheine aufgeführt werden. Die Anzahl und die damit verbundenen Rechte sind ausserdem ins Handelsregister einzutragen (HRegV 45 I lit. m).

Frage 4: Sachverhalt

Anna hat sich Hals über Kopf in Hans verliebt und hat mit ihm die konkurrenzierende Coolblowing AG gegründet. Elsa ist wütend und lässt Anna von ihrem Amt als Geschäftsführerin entheben, was auch in das Handelsregister eingetragen wird. Aufgebracht geht Elsa in die Berge, um sich von den negativen Gedanken zu befreien. Leider wird sie in einem Schneesturm verschollen. Das Handelsregister schreibt nach 6 Monaten Anna an, weil es ein Organmangel feststellt.

Wie schätzen Sie die Lage ein?

Was sind die möglichen Konsequenzen?





Frage 4: Was gilt es zu untersuchen?

- Hat Anna das Konkurrenzverbot verletzt?
- Durfte Elsa Anna entsprechend von ihrem Amt als Geschäftsführerin entheben?
- Was sind die Voraussetzung einer Verschollenheitserklärung?
- Was ist Organisationsmangel?
- Wie wird der Organisationsmangel beseitigt?



Frage 4: Treuepflicht und Konkurrenzverbot

Aus OR 812 I geht hervor, dass Geschäftsführer die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren haben (Sorgfalts- und Treuepflicht analog zu OR 717 I).

OR 812 II besagt, dass die Geschäftsführer derselben Treuepflicht wie die Gesellschafter (vgl. OR 803 I) unterstehen.

OR 812 III: Das Konkurrenzverbot muss nicht explizit in den Statuten stehen, sondern wird vorausgesetzt.

Sachlich knüpft das Konkurrenzverbot an den Begriff des Geschäftsbereiches der Gesellschaft an.



Frage 4: Ausschluss aus der Geschäftsführung

Die Gesellschafterversammlung kann von ihr gewählte Geschäftsführer jederzeit abberufen (OR 815 I), was bedeutet, dass die Regelung der Selbstorganschaft (OR 809 I) in den Statuten abgeändert wurde. Ist das nicht der Fall und wurde Anna von Gesetzeswegen Geschäftsführerin, ist die Abwahl nach OR 815 I nicht möglich.

Aus wichtigem Grund (grober Pflichtverletzung) kann jeder Gesellschafter beim Gericht beantragen, dass ein Geschäftsführer vom Amt entzogen wird (OR 815 II).



Frage 4: Weitere Klagemöglichkeiten gegen Anna

- Ausschluss von Anna als Gesellschafterin (OR 823 I; wenn Fortsetzung der GmbH unzumutbar; *in casu* nicht möglich gegen den Willen von Anna, vgl. OR 808b I Ziff. 8 und OR 806a *e contrario*)
- Austritt von Elsa (OR 822 I; wenn Fortsetzung der Gesellschaft unzumutbar ist)
- Auflösung der GmbH (OR 821 III; wenn Fortsetzung der Gesellschaft unzumutbar ist)
- Konventionalstrafe (nur falls statutarisch vorgesehen)
- Unterlassungsklage: OR 98 III gibt dem Gläubiger Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes. Der Anspruch auf Unterlassung setzt dabei eine Pflichtverletzung voraus.

Frage 4: Verschollenheit

Eine Person gilt als verschollen, wenn ihr Tod höchst wahrscheinlich ist, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langer Zeit nachrichtenlos abwesend ist (ZGB 35 I).

Gemäss ZGB 36 I kann das Gesuch erst nach mindestens einem Jahr seit der hohen Todesgefahr oder nach mindestens fünf Jahren von nachrichtenloser Abwesenheit gestellt werden.





Frage 4: Organisationsmangel (Feststellung)

Ein Mangel in der Gesellschaftsorganisation liegt vor, wenn der Gesellschaft ein vorgeschriebenes Organ (*in casu* die Geschäftsführung) fehlt oder das Gesellschaftsorgan nicht richtig zusammengesetzt ist (OR 819 i.V.m. 731b I Ziff. 1 und 2).

Die permanente Unerreichbarkeit oder Inaktivität eines Organs wird auch als Fehlen eines vorgeschriebenen Organs verstanden.

Stellt das Handelsregisteramt einen Organisationsmangel fest, so fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben, und setzt ihr dazu eine Frist (OR 939).



Frage 4: Organisationsmangel (Beseitigung)

Die Gesellschafterversammlung muss eine neue Geschäftsführung bezeichnen (OR 804 II Ziff. 2), dafür muss eine Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführung (ggf. durch die Revisionsstelle) einberufen werden (OR 805 I).

Anna kann nicht als Geschäftsführerin gewählt werden, ohne dass die Gesellschafterversammlung ihre konkurrenzierende Tätigkeit absegnet (OR 808b II Ziff. 7).

Eine Drittperson kann nur als Geschäftsführerin berufen werden, wenn die Statuten nicht vorgängig angepasst wurden (OR 809 I i.V.m. 808).



Frage 4: Organisationsmangel (Beseitigung)

Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (OR 939 II).

Das Gericht kann das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (OR 731b I^{bis} Ziff. 2).

Der Sachwalter deckt Organfunktionen ab und bezweckt die Überwindung des Organisationsmangels.

Ernennt das Gericht das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt es die Dauer, für die die Ernennung gültig ist (OR 731b II).