

# Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH

Prof. Dr. iur. Peter Forstmoser, LL.M., Rechtsanwalt und Dr. iur. Patrik R. Peyer, LL.M., Rechtsanwalt (beide in Zürich)

## A. Einführung

Nachdem das Parlament die Totalrevision des GmbH-Rechts am 16. Dezember 2005 gutgeheissen hatte, kann gemäss Auskunft des Bundesamts für Justiz mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts auf den 1. Januar 2008 gerechnet werden<sup>1</sup>. Bezüglich der Inhalte der Gesetzesreform sei an dieser Stelle auf die bereits zahlreich erschienene Literatur verwiesen<sup>2</sup>.

Das neue Recht wird an vielen Stellen eine Modellpflege der inzwischen zweithäufigsten Rechtsform des schweizerischen Gesellschaftsrechts mit sich bringen. Da und dort sind aber Paradigmen-Wechsel vorgesehen<sup>3</sup>, und vereinzelt finden sich auch Novitäten, unter ihnen revOR 811 zum Verhältnis von Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung. Dieser Artikel lautet wie folgt:

«<sup>1</sup> Die Statuten können vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung:

1. bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen;
2. einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können.

<sup>2</sup> Die Genehmigung der Gesellschafterversammlung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein.»

Mit dieser Bestimmung befasst sich der vorliegende Aufsatz. Ausgegangen wird von den haftungsrechtlichen Grundlagen und der Aufteilung der

*Als Novität sieht das revidierte GmbH-Recht die Möglichkeit einer flexiblen Ausgestaltung des Zusammenwirkens von Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung vor. Art. 811 revOR erlaubt eine Delegation von Kompetenzen «nach oben» und stärkt damit das personalistische Element in der GmbH. Ausgehend von den geänderten haftungsrechtlichen Grundlagen und der Aufteilung der Organkompetenzen im revidierten GmbH-Recht analysieren die Autoren die vielfältigen Fragen, die sich aus dem Verhältnis von Genehmigungsvorbehalt und haftungsrechtlichen Konsequenzen für die Geschäftsführer ergeben.* Zi.

*Une nouveauté du droit révisé de la Sàrl est la possibilité d'aménager de manière flexible la collaboration entre l'organe de gestion et l'assemblée des associés. L'art. 811 nCO permet la délégation de compétences «vers le haut» et renforce ainsi l'aspect personnel dans la Sàrl. En partant des principes modifiés de responsabilité et de la répartition des compétences des organes dans le droit révisé de la Sàrl, les auteurs analysent les diverses questions qui découlent du rapport entre les actes soumis à approbation et les conséquences sur la responsabilité pour les gérants.* P.P.

<sup>1</sup> <<http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/the-men/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.html>> (zuletzt besucht am 17.4.2007). Die ursprünglich für die zweite Hälfte 2007 vorgesehene Inkraftsetzung hat sich verzögert, weil die Totalrevision der Handelsregisterverordnung abgewartet werden muss.

<sup>2</sup> Peter Böckli, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 1 ff.; derselbe, Présentation générale, in: Urs Portmann (Hrsg.), Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée, Lausanne 2006, 1 ff.; Peter Forstmoser, Das neue Recht der Schweizer GmbH, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 535 ff.; Peter Forstmoser/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott, Das neue Recht der GmbH, Einführung und synoptische Darstellung, Zürich 2006, 17 ff.; Lukas Handschin/Christof Truniger, Die neue GmbH, Zürich 2006, 1 ff.; Manfred Küng/Raphaël Camp, GmbH-Recht, Zürich 2006, 51 ff.

<sup>3</sup> So etwa bei der Gesellschafterhaftung: Die lästige subsidiäre Haftung der Gesellschafter für sämtliche nicht liberierte Anteile (und nicht nur die eigenen) wird durch eine Haftung entsprechend dem Aktienrecht (nur für die eigenen Liberierungspflichten) ersetzt, dazu sogleich nachstehend bei Anm. 5. Die Obergrenze für das Stammkapital wird sodann ersatzlos gestrichen, womit kundgetan werden soll, dass die GmbH nicht einfach die kleine Schwester der AG ist, sondern eine eigenständige Rechtsform, die sich von der AG nicht durch ihre Grösse, sondern durch ihre Ausgestaltung unterscheidet.

Organkompetenzen nach revidiertem GmbH-Recht (B. und C.). Auf dieser Basis werden der in revOR 811 enthaltene Genehmigungsvorbehalt und die daran geknüpften Haftungsfolgen analysiert (D. und E.). Nicht behandelt wird die Frage der Auswirkung einer Genehmigung bzw. ihres Ausbleibens auf Verträge, welche Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft mit Dritten abgeschlossen haben<sup>4</sup>.

## B. Haftung nach revidiertem GmbH-Recht

### I. Haftung der Gesellschafter

Nach revidiertem GmbH-Recht soll – es ist dies eine der wesentlichen Änderungen – für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen haften<sup>5</sup>. Abgesehen von allfälligen statutarisch vorgesehenen Nachschusspflichten<sup>6</sup> trifft den *Gesellschafter* – wie im Aktienrecht<sup>7</sup> – künftig lediglich die Liberierungspflicht, wobei neu das Stammkapital von Anfang an voll einbezahlt oder durch Sachwerte gedeckt sein muss<sup>8</sup>. Weitere Verpflichtungen bestehen für den Gesellschafter nach dispositivem Gesetzesrecht nicht, weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Eine Haftung der in der Gesellschafterversammlung handelnden Gesellschafter im Sinne der Organhaftung von revOR 827 i.V.m. OR 754 besteht grundsätzlich ebensowenig wie eine Haftung der Aktionäre für die Entschiede der Generalversammlung in der AG<sup>9</sup>. Zu prüfen ist jedoch, ob eine *Kompetenzattraktion* oder eine *Delegation von Kompetenzen «nach oben»* im Sinne von revOR 811 haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann<sup>10</sup>.

### II. Haftung der Geschäftsführer

Wie bei allen Körperschaften besteht auch bei der GmbH eine *persönliche Haftung* der *Geschäftsführer*: Sie unterliegen analog den mit der Geschäftsführung befassten Personen in der AG einer persönlichen Verantwortlichkeit für allfällige absichtliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen in der Ausübung ihrer Funktion<sup>11</sup>.

Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung üben *sämtliche Gesellschafter* die Geschäftsführung *gemeinsam* aus<sup>12</sup>. Es gilt somit der Grundsatz der *Selbstorganschaft*<sup>13</sup>, wobei die Gesellschafter *gemeinsam* handeln sollen. Davon abweichende statutarische Regelungen sind jedoch ohne Weiteres möglich. Daher kann die Geschäftsführung sowohl einem einzelnen Gesellschafter wie auch einem oder mehreren Dritten übertragen werden. Zulässig ist auch eine Kombination dieser Varianten<sup>14</sup>.

Aufgrund der Verweisung in revOR 827 sind die *aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen* anwendbar. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei den Organpersonen um Gesellschafter oder um Dritte handelt<sup>15</sup>. Vielmehr unterliegen alle Geschäftsführer derselben Sorgfalts- und Treuepflicht<sup>16</sup>.

Zu beachten ist, dass trotz des Verweises auf das Aktienrecht für die Bestimmung der Pflichten der Geschäftsführer und somit auch für die *Feststellung einer Pflichtverletzung* nicht die aktienrechtlichen Bestimmungen, sondern die der GmbH massgebend sind<sup>17</sup>. Der Geschäftsführer einer GmbH hat zahlreiche über das Aktienrecht hinausgehende Pflichten gegenüber den Gesellschaftern zu erfüllen, was dazu führt, dass Klagen der Gesellschafter aus unmittelbarer Schädigung im Recht der GmbH eine

grössere Bedeutung erlangen könnten als im Aktienrecht<sup>18</sup>.

### III. Haftung der Gesellschaft

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch unter dem revidierten GmbH-Recht die Gesellschaft für den Schaden aus *unerlaubter Handlung* haftet, welchen eine Person, die zur Geschäftsführung oder zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht hat<sup>19</sup>.

<sup>4</sup> Vgl. hiezu *Mathieu Blanc*, La répartition des compétences entre les associés et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl, SJZ 102 (2006) 221, 223 f.

<sup>5</sup> RevOR 772 I.

<sup>6</sup> S. hiezu revOR 795a ff.

<sup>7</sup> OR 680 I.

<sup>8</sup> RevOR 777c I.

<sup>9</sup> *Forstmoser* (zit. Anm. 2) 560; *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 4 zu Art. 811.

<sup>10</sup> S. hinten lit. E.

<sup>11</sup> OR 753 ff. i.V.m. revOR 827; neben der Haftung aus Geschäftsführung und Verwaltung besteht auch eine Gründungs- und eine Revisionshaftung.

<sup>12</sup> RevOR 809 I.

<sup>13</sup> *Forstmoser/Peyer/Schott* (zit. Anm. 2) 37 u. 45 f.; *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 151 f.

<sup>14</sup> *Böckli* (zit. Anm. 2) 30; s. ferner Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2001 3148 ff. (zit. Botschaft 2001); s. ferner zur Kompetenzaufteilung hinten C.

<sup>15</sup> Vgl. *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 277.

<sup>16</sup> RevOR 812 I u. II; s. hiezu *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 1 ff. zu Art. 812.

<sup>17</sup> *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 271.

<sup>18</sup> Mit Bezug auf das bisherige Recht *Herbert Wohlmann*, GmbH-Recht, Basel 1997 (2. A. in Vorbereitung), 124.

<sup>19</sup> RevOR 817; es ist dies eine Folge der sog. Realitätstheorie, dazu *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 2 N 16 ff.

<sup>20</sup> Anstelle vieler *Brigitte Tanner*, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V5b: Die Generalversammlung, Art. 698–706b OR, Zürich 2003, N 34 ff. zu Art. 698, sowie *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 12 N 3 und § 13 N 284 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 19) § 16 N 352 f.

<sup>21</sup> *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 117 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 19) § 18 N 107; ebenso bereits *Botschaft 2001* (zit. Anm. 14) 3204.

<sup>22</sup> *Nicolas Duc*, L'autonomie des associés: droit dispositif et droit impératif, notamment à l'exemple de la révision des comptes, in: Urs Portmann (Hrsg.), Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée, Lausanne 2006, 89 ff. 125.

<sup>23</sup> S. zu den einzelnen Befugnissen und Aufgaben der Gesellschafterversammlung im Einzelnen *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 126 ff.

<sup>24</sup> Dieses weist den Gesellschaftern als «Eigentümern» die Kompetenz und damit grundsätzlich die Entscheidungsgewalt über alle Fragen der Versammlung der Gesellschafter als der «Eigentümer» zu, vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 19) § 16 N 352 f.; *Tanner* (zit. Anm. 20) N 14 ff. zu Art. 698.

<sup>25</sup> RevOR 804 II.

<sup>26</sup> *Blanc* (zit. Anm. 4) 222.

<sup>27</sup> *Botschaft 2001* (zit. Anm. 14) 3205.

<sup>28</sup> OR 716a I.

<sup>29</sup> RevOR 810.

<sup>30</sup> RevOR 810 I; *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 1 zu Art. 810, sowie die *Botschaft 2001* (zit. Anm. 14) 3212, sprechen von einer «subsidiären Generalkompetenz»; diese Regelung dient der Vermeidung von negativen Kompetenzkonflikten.

<sup>31</sup> RevOR 810 II.

<sup>32</sup> Vgl. dort OR 716a I.

<sup>33</sup> Vgl. OR 716a I mit revOR 810 II; *Herbert Wohlmann*, GmbH – Positionierung der GmbH und Fragen zur Geschäftsführung, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 132, spricht von «einigen mehr oder weniger semantischen Abweichungen».

<sup>34</sup> Vgl. revOR 810 II, Einleitungssatz, welcher die abweichende Regelung der nachfolgenden Bestimmungen – womit nur revOR 811 gemeint sein kann – vorbehält.

### C. Aufteilung der Organkompetenzen als Grundsatz

Das Paritätsprinzip, welches im schweizerischen Körperschaftsrecht Anwendung findet, weist *jedem Organ bestimmte Aufgaben* zu, für deren Erfüllung es *allein zuständig* ist<sup>20</sup>. Diese Theorie findet auch im GmbH-Recht ihren Ausdruck<sup>21</sup>.

Das neue GmbH-Recht präzisiert die Aufteilung der Organkompetenzen und somit der Rechte und Pflichten der Gesellschafterversammlung einerseits und der Geschäftsführer auf der anderen Seite<sup>22</sup>. Zu deren Rechtsstellung im Einzelnen Folgendes:

#### I. Rechte und Pflichten der Gesellschafterversammlung

Gemäss revOR 804 I ist die Gesellschafterversammlung – analog der Generalversammlung in der AG – das *oberste Organ* der GmbH<sup>23</sup>. Dies bedeutet ebensowenig wie bei der AG, dass die Gesellschafterversammlung im Sinn des Omnipotenzprinzips<sup>24</sup> alle Entscheidungen an sich ziehen könnte, sondern nur – aber immerhin –, dass ihr gewisse grundlegende Befugnisse unübertragbar zugewiesen sind<sup>25</sup>. Diese spezifischen Aufgaben entsprechen weitgehend denen der Generalversammlung in der AG, wobei aber dem personenbezogenen Element der GmbH besonders Rechnung getragen wird<sup>26</sup>. Dass dem Paritätsprinzip nur beschränkte Bedeutung zukommt, wenn sämtliche Gesellschafter gemeinsam die Geschäftsführung besorgen, versteht sich von selbst<sup>27</sup>.

#### II. Rechte und Pflichten der Geschäftsführer

Im revidierten Recht werden – analog der Regelung für den Verwaltungsrat in der AG<sup>28</sup> – die Kompetenzen und

Pflichten der Geschäftsführer explizit festgehalten<sup>29</sup>.

Grundsätzlich sind sie – auch dies in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht – für all diejenigen Bereiche zuständig, welche nicht explizit durch das Gesetz oder die Statuten der Gesellschafterversammlung zugewiesen sind<sup>30</sup>.

Darüber hinaus weist das Gesetz den Geschäftsführern ausdrücklich gewisse Angelegenheiten als *unübertragbare* und *unentziehbare Aufgaben* zu<sup>31</sup>. Dieses Konzept der expliziten Auflistung von Pflichten der Exekutive wurde ebenfalls aus dem Aktienrecht übernommen<sup>32</sup>. Die aufgeführten Aufgaben stimmen denn auch grösstenteils mit den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates der AG überein<sup>33</sup>. Zu beachten ist aber, dass die Kompetenzen der Geschäftsführer *zugunsten der Gesellschafterversammlung eingeschränkt* werden können<sup>34</sup>. Dazu Folgendes:

### D. Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung als Ausnahme

#### I. Die relevante Bestimmung und deren Vorgeschichte

Während im Aktienrecht das Paritätsprinzip rigide durchgehalten wird, erfolgt im neuen Recht der GmbH wie bereits erwähnt ein Eingriff, indem statutarisch vorgesehen werden kann, dass gewisse nach der dispositiven gesetzlichen Regelung den Geschäftsführern zukommende Entscheidungen oder Fragen der *Gesellschafterversammlung vorgelegt werden können oder müssen*.

Im heute noch geltenden GmbH-Recht findet sich keine entsprechende Bestimmung. Doch sah schon der Vor-

entwurf I<sup>35</sup> (VE I) in Art. 812a Abs. 2 die Möglichkeit einer Genehmigungskompetenz zugunsten der Gesellschafterversammlung vor<sup>36</sup>. Die Bestimmung, welche zu einer gewissen «Vermengung der Gewalten» führt<sup>37</sup>, erregte während den Gesetzgebungsarbeiten wenig Aufsehen<sup>38</sup>. Sie wurde unverändert in den Vorentwurf II<sup>39</sup> (VE II) übernommen<sup>40</sup>.

Die vier Vernehmlassungsantworten, welche zu VE II 812a II Stellungnahmen, waren mehrheitlich positiv<sup>41</sup>. Insbesondere haben das Centre Patronal und die Liberale Partei der Schweiz diese Bestimmung begrüsst<sup>42</sup>. Die Vernehmlassungsantwort der Universität Lausanne war ebenfalls grundsätzlich positiv, wobei aber auf die weite Formulierung aufmerksam gemacht wurde, und künftige Verfasser von Statuten zur Vorsicht ermahnt wurden<sup>43</sup>. Die vierte Stellungnahme, welche der frühere Handelsregisterführer des Kantons Genf, *Marc-Antoine Schaub*, eingereicht hatte, war die einzige, welche sich negativ äusserte, mit der Begründung, diese Regelung verstosse gegen das Gewaltenteilungsprinzip innerhalb der Gesellschaft, und es dürften die Geschäftsführer nicht durch eine solche Genehmigung von ihrer Verantwortung befreit werden<sup>44</sup>.

## II. Motive des Gesetzgebers

Bereits im Expertenbericht zum VE II wie auch später in der Botschaft zum Entwurf des Bundesrates<sup>45</sup> (E BR) werden als Motive für die Einführung einer Genehmigungskompetenz der Gesellschafterversammlung angeführt, das Ziel einer «flexiblen, personenbezogenen Organisationsstruktur der GmbH» sei nicht vereinbar mit dem «rigiden» Gewaltenteilungsprinzip der AG<sup>46</sup>. Aus diesem Grund habe sich der

Gesetzgeber entschieden, von einer strikten Trennung zwischen den Kompetenzen der einzelnen Organe Abstand zu nehmen. Mit dieser bewussten Inkaufnahme einer Verwischung der Grenzziehung zwischen den einzelnen «Gewalten» sollte insbesondere den Bedürfnissen der kleineren und mittleren Unternehmen, in welchen die Gesellschafter eine aktive Rolle auch auf taktischer Ebene spielen wollen, Rechnung getragen werden<sup>47</sup>. Die Regelung war damit als Ausdruck des personalistischen Elements der GmbH gedacht<sup>48</sup>.

## III. Möglichkeiten der Kompetenzübertragung: obligatorischer und fakultativer Genehmigungsvorbehalt

RevOR 811 unterscheidet zwischen der *obligatorischen* (Abs. 1 Ziff. 1) und der *fakultativen* Genehmigungskompetenz (Abs. 1 Ziff. 2). Eine Differenzierung findet sich – wenn auch im Einzelnen abweichend<sup>49</sup> – bereits in den Vorentwürfen<sup>50</sup>.

Der Unterschied zwischen Ziff. 1 und Ziff. 2 besteht im Wesentlichen darin, dass die Geschäftsführer Entscheidungen, welche unter den *obli-*

<sup>37</sup> Vgl. hierzu *Peter Böckli/Peter Forstmoser/Jean-Marc Rapp*, Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1997, 39; Botschaft 2001 (zit. Anm. 14) 3213.

<sup>38</sup> Lediglich *Peter Böckli* widmete VE I 812a II ein paar Zeilen: *Peter Böckli*, Les sept différences principales entre SA et Sàrl – avant et après la révision, in: *Rochat/Ferrari*, Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, 104.

<sup>39</sup> Vorentwurf II (VE II): Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von 1999; s. zu VE II 812a II *Herbert Wohlmann*, Reform der GmbH, in: *Meier-Schatz* (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, 38.

<sup>40</sup> Zu beachten ist auch die Komplementärbestimmung in VE I/II 808 II Ziff. 1.

<sup>41</sup> Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Zusammenstellung der Vernehmlassungen – Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (zit. Vernehmlassungsantworten), Bern 2000, 270 f.

<sup>42</sup> Vernehmlassungsantworten, 271.

<sup>43</sup> Vernehmlassungsantworten, 270; die kritisierte weite Formulierung und insbesondere der Begriff der «geschäftsführenden Entscheidungen grundsätzlicher Tragweite» wurde in der Folge nicht in den E BR aufgenommen.

<sup>44</sup> Vernehmlassungsantworten, 271.

<sup>45</sup> Botschaft 2001 (zit. Anm. 14) 3148 ff.; die Botschaft 2001 wurde später ergänzt durch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBI 2004 3969 ff.

<sup>46</sup> *Peter Böckli/Peter Forstmoser/Jean-Marc Rapp*, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (zit. Expertenbericht VE II), 1999, 39; Botschaft 2001 (zit. Anm. 14) 3213.

<sup>47</sup> Botschaft 2001 (zit. Anm. 14) 3213.

<sup>48</sup> Vgl. a. *Duc* (zit. Anm. 22) 125.

<sup>49</sup> Siehe zur abweichenden Regelung in den VE I/II *Forstmoser* (zit. Anm. 2) 559 Fn. 152, 561.

<sup>50</sup> VE I/II 812a II.

*gatorischen* Genehmigungsvorbehalt fallen, *zwingend* der Gesellschafterversammlung *vorlegen müssen*, wohingegen bei Geschäften, welche unter den *fakultativen* Genehmigungsvorbehalt fallen, es den Geschäftsführern grundsätzlich unbenommen bleibt, *ohne Genehmigung zu handeln* und so auf eine Delegation der Beschlussfassung zu verzichten.

### 1. Zulässigkeit und Umfang der «Kompetenzattraktion»

Lässt sich die *Gesellschafterversammlung* statutarisch eine Geschäftsführungsaufgabe einräumen, indem die Geschäftsführer einen Entscheid zwingend der *Gesellschafterver-*

sammlung zur Genehmigung unterbreiten müssen, handelt es sich um eine sogenannte *Kompetenzattraktion*<sup>51</sup>. Diese führt zu einem «Quasivetorecht» durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung gegenüber Entscheiden der Geschäftsführer<sup>52</sup>. Es besteht somit – neben dem im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen *statutarischen Vetorecht der Gesellschafter* gegenüber Beschlüssen der Gesellschafterversammlung<sup>53</sup> – eine *zweite Kategorie Vetorecht*, nun gerichtet gegen Entscheidungen oder Absichten des geschäftsführenden Organs<sup>54</sup>.

### 2. Zulässigkeit und Umfang der «Beschlussdelegation»

a) Obliegt der Entscheid, ob eine Frage der *Gesellschafterversammlung* zur Genehmigung vorgelegt wird, den *Geschäftsführern*, so handelt es sich um eine so genannte *Beschlussdelegation*<sup>55</sup>. Das Aktienrecht regelt die Frage der Zulässigkeit der «Delegation nach oben» – wie die *Beschlussdelegation* auch genannt wird – nicht ausdrücklich. Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich für deren Zulässigkeit aus, jedoch nur in denjenigen Bereichen, welche nicht die undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates betreffen<sup>56</sup>.

b) Im Recht der GmbH findet sich künftig mit revOR 811 I eine ausdrückliche Regelung betreffend die «Delegation nach oben», weshalb – zumindest im Anwendungsbereich dieser Norm – die Frage nach der Zulässigkeit gesetzlich geklärt ist.

Von einem Teil der Lehre wird freilich postuliert, dass revOR 811 I nur ausserhalb der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben gemäss revOR 810 II zur Anwendung komme<sup>57</sup>. Eine solche Auslegung stimmt zwar

mit der Regelung im Aktienrecht überein, wonach der Verwaltungsrat nur Aufgaben ausserhalb von OR 716a I delegieren kann. Gegen diese Auslegung spricht aber erstens der Umstand, dass eine Delegation ausserhalb der undelegierbaren und unentziehbaren Aufgaben – zumindest nach herrschender Lehre – ohnehin zulässig und somit eine gesetzliche Regelung diesbezüglich entbehrlich wäre. Zweitens weist auch die Gesetzesystematik in eine andere Richtung, denn der zweite Absatz von revOR 810 wird wie folgt eingeleitet: «Unter Vorbehalt der *nachfolgenden Bestimmungen* haben die Geschäftsführer folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben: [...]». Die erste *nachfolgende Bestimmung* ist revOR 811, welche somit eine erste Ausnahme zur Unübertragbarkeit der in revOR 810 II aufgelisteten unübertragbaren und undelegierbaren Aufgaben darstellt. Der erwähnte Einleitungssatz des revOR 810 II kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass eine Delegation der Genehmigung im Sinne von revOR 811 *sowohl entziehbare und übertragbare als auch unentziehbare und unübertragbare Aufgaben beinhaltet*. Zum selben Resultat führt auch eine Auslegung der genannten Bestimmungen unter Berücksichtigung des Revisionsziels des Gesetzgebers<sup>58</sup> und des personalistischen Charakters der GmbH<sup>59</sup>.

RevOR 811 I Ziff. 1 führt daher zu einem *Einbruch in den Kanon der undelegierbaren und unentziehbaren Aufgaben der Geschäftsführer*, ohne dass<sup>60</sup> eine grundsätzliche Abkehr vom Paritätsprinzip und Zuwendung hin zum Omnipotenzprinzip gewollt wäre.

c) In Analogie zur Rechtslage im Aktienrecht muss es der *Gesellschafterversammlung* bei dieser «Delegation

<sup>51</sup> Zum Begriff der «Kompetenzattraktion» s. *Adrian Kammerer*, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997, 131 f.; im Aktienrecht sind solche Statutenbestimmungen aufgrund der strikten Umsetzung des Paritätsprinzips nur beschränkt zulässig; vgl. *Marie-Therese Müller*, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP 1 (1992) 785.

<sup>52</sup> *Böckli* (zit. Anm. 2) 35.

<sup>53</sup> RevOR 807.

<sup>54</sup> *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 138 f.

<sup>55</sup> *Kammerer* (zit. Anm. 51) 129 ff.

<sup>56</sup> S. die Verweise bei *Tanner* (zit. Anm. 20) N 41 zu Art. 698; sowie den Überblick über die Lehrmeinungen bei *Eric Sibbern*, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung, in: *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung*, Festschrift von der Crone, Zürich 2007, 231 ff.

<sup>57</sup> *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 150.

<sup>58</sup> Jedenfalls entspricht dies den Vorstellungen der Autoren des VE I und VE II; vgl. etwa *Böckli/Forstmoser/Rapp* (zit. Anm. 46) 39.

<sup>59</sup> Im Resultat übereinstimmend *Blanc* (zit. Anm. 4) 226.

<sup>60</sup> Entgegen *Blanc* (zit. Anm. 4) 226.

nach oben» frei stehen zu entscheiden, ob sie über eine Genehmigung im Bereich des fakultativen Genehmigungsvorbehaltes überhaupt beschliessen will oder nicht<sup>61</sup>. Die Gesellschafterversammlung kann sich mithin weigern, auf eine ihr vorgelegte Frage einzutreten<sup>62</sup>.

### 3. Abgrenzung zur Konsultativabstimmung

a) Von der eben beschriebenen «Delegation nach oben» ist die Konsultativabstimmung zu unterscheiden. Bei einer Konsultativabstimmung sucht das mit der Geschäftsführung betraute Organ in Bezug auf einen konkret umschriebenen Gegenstand den Rat des übergeordneten Organs. Dieses wird angefragt, zu einer bestimmten Sachfrage seine Meinung abzugeben. Die Geschäftsführer stellen dabei – im Unterschied zu den Fällen von revOR 811 I – allenfalls keinen konkreten eigenen Antrag.

b) Dem Resultat einer Konsultativabstimmung kommt *keine rechtliche Bindung* zu. Die involvierten Organe und die einzelnen Gesellschafter können daraus nur sehr beschränkt rechtliche Wirkungen ableiten<sup>63</sup>. Da mit der Konsultativabstimmung nicht verbindlich entschieden wird und daher auch keine Kompetenzverletzung stattfindet, sind Konsultativabstimmungen zu Sachfragen aus dem Kompetenzbereich der Geschäftsführer generell und auch ohne statutarische Grundlage zulässig. Dies muss unabhängig davon zutreffen, ob der Gegenstand der Abstimmung eine delegierbare oder eine undelegierbare Aufgabe der Geschäftsführer betrifft<sup>64</sup>. Mithin haben Konsultativabstimmungen grundsätzlich auch keinen Einfluss auf die Beurteilung des Verhaltens der mit der Geschäftsführung betrauten Per-

sonen als allenfalls schuldhaft pflichtwidrig<sup>65</sup>.

Freilich wird in der Praxis das Resultat einer Konsultativabstimmung oftmals eine nicht zu unterschätzende Auswirkung auf den späteren Entscheid der Geschäftsführer haben, und ist es auch angemessen und sorgfaltsgemäss, dass Exekutivorgane eine entsprechende Willenskundgebung der Gesellschafter *in ihrer eigenen Entscheidung berücksichtigen*.

c) Der Hauptunterschied zwischen einer Konsultativabstimmung und der Genehmigung nach revOR 811 I Ziff. 1 liegt somit darin, dass die Verweigerung einer Genehmigung verbindlich ist, während nach einer Konsultativabstimmung das vorliegende Organ immer noch anders entscheiden und handeln kann. Der Unterschied zur Genehmigung nach revOR 811 I Ziff. 2 besteht darin, dass die Geschäftsführer – obwohl sie im Rahmen von revOR 811 I Ziff. 2 frei entscheiden können, ob sie eine Frage zur Genehmigung vorlegen wollen – an die Genehmigung oder Nichtgenehmigung gebunden sind, falls sie eine Frage vorgelegt haben und die Gesellschafterversammlung darüber entschieden hat.

### IV. Delegationsinhalt: «bestimmte Entscheide» und «einzelne Fragen»

a) War in den VE I und II noch von «Entscheiden grundsätzlicher Tragweite» die Rede<sup>66</sup>, so betrifft der obligatorische Genehmigungsvorbehalt gemäss revOR 811 I Ziff. 1 «bestimmte Entscheide», und der fakultative Genehmigungsvorbehalt gemäss revOR 811 I Ziff. 2 ist lediglich für «einzelne Fragen» vorgesehen. In den Materialien wird nicht auf diese begriffliche Differenzierung eingegangen.

b) Im Zusammenhang mit dem Vetorecht der Gesellschafter gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung (E BR 807 I, nun revOR 807 I) wurde in den Beratungen des Nationalrates jene Bestimmung präzisiert, indem der Zusatz «*bestimmte Beschlüsse*» eingefügt wurde. Aus dem Votum der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zu dieser Präzisierung ist ersichtlich, dass damit eine Einschränkung vorgenommen werden sollte in dem Sinne, dass die entsprechenden Beschlüsse in den Statuten ausdrücklich und konkret erwähnt sein müssten<sup>67</sup>. Für die Bestimmung von revOR 811 I Ziff. 1, welche von «*bestimmten Entscheiden*» spricht, darf daraus wohl abgeleitet werden, dass der Zusatz «*bestimmte*»

<sup>61</sup> Müller (zit. Anm. 51) 786 sowie 787; in diesem Sinne bereits Christoph von Greyerz, Besprechung von BGE 100 II 384, SAG 48 (1976) 172.

<sup>62</sup> Zu den Folgen des Nichteintretens s. hinten Ziff. E. II. 6.

<sup>63</sup> Mit Bezug auf die analoge Situation im Aktienrecht Felix Horber, Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SJZ 101 (2005) 102, welche davon ausgeht, dass aus einer Konsultativabstimmung keine rechtlichen Wirkungen abgeleitet werden können; diese Aussage ist zu präzisieren, denn es ergibt sich daraus immerhin eine Einschränkung des Kreises der zur Klage Legitimierten.

<sup>64</sup> Horber (zit. Anm. 63) 102 f.

<sup>65</sup> Ebenfalls mit Bezug auf die analoge Situation im Aktienrecht Alain Hirsch, Les limites des compétences de l'assemblée générale et du conseil d'administration, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 16; anzumerken ist, dass analog der Bestimmung zur Décharge diejenigen Gesellschafter, welche zugestimmt haben, von der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage ausgeschlossen sein dürften.

<sup>66</sup> VE I und II 812a II 1. Satz.

<sup>67</sup> AB 2005 N 101; AB 2005 S 631.

wörtlich zu verstehen ist und mithin die Entscheide, welche dem obligatorischen Genehmigungsvorbehalt unterstehen, *ausdrücklich und spezifiziert in den Statuten erwähnt* sein müssen. Ein Globalverweis genügt nicht.

Diese Folgerung setzt allerdings voraus, dass die Terminologie im E BR einheitlich ist, wovon nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Aber auch der Wortlaut als solcher und der Umstand, dass ein Eingriff in das Paritätsprinzip erfolgt, legen nahe, dass revOR 811 I Ziff. 1 nur bestimmte konkrete Entscheide meint und eine

allgemeine Kompetenzattraktion durch die Gesellschafterversammlung, mit welcher das Paritätsprinzip ausgehöhlt würde, unzulässig wäre.

Der Umstand, dass die Einschränkung auf Entscheide von «grundsätzlicher Tragweite» gemäss VE I/II 812a II 1. Satz in der nun Gesetz werdenden Fassung nicht mehr enthalten ist, zeigt andererseits dass der Genehmigungsvorbehalt in den Statuten *nicht ausschliesslich Grundsatzfragen* betreffen muss. Eine solche Beschränkung würde denn auch die den individuellen Bedürfnissen angepasste Ausgestaltung einer GmbH unnötig behindern.

c) Da im Rahmen von revOR 811 I Ziff. 2 keine Einschränkung des Kompetenzbereichs der Geschäftsführer erfolgt, ist es u.E. nicht erforderlich, dass die Statuten die «einzelnen Fragen» spezifizieren. Dass jedoch auch

im Rahmen von Ziff. 2 *Anträge* zu stellen sind, zeigt sich daraus, dass es auch hier – wie das Gesetz explizit festhält – um eine «Genehmigung» geht.

Ob es sich bei den begrifflichen Unterscheidungen zwischen VE I/II und dem revidierten Recht sowie innerhalb des revidierten Rechts um «subtile Nuancen» handelt<sup>68</sup>, kann aufgrund der Materialien nicht eindeutig beantwortet werden. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist aber davon auszugehen, dass die Begriffswahl nicht willkürlich getroffen wurde und sie sich auch auf die Haftungsfolgen auswirkt, was im Folgenden gezeigt werden soll.

*Die Darstellung der Auswirkungen der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung auf die persönliche Verantwortlichkeit folgt im nächsten Heft der SJZ.*

---

<sup>68</sup> Die Frage wurde von Peter Forstmoser aufgeworfen; s. Forstmoser (zit. Anm. 2) 560.

# Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH

## (Fortsetzung)

Prof. Dr. iur. Peter Forstmoser, LL.M., Rechtsanwalt und Dr. iur. Patrik R. Peyer, LL.M., Rechtsanwalt (beide in Zürich)

### E. Auswirkungen der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung auf die persönliche Verantwortlichkeit

#### I. Vorbemerkungen

a) Damit der Genehmigungsvorbehalt gemäss revOR 811 I nicht dazu missbraucht werden kann, das persönliche Haftungsrisiko der Geschäftsführer dadurch auszuschliessen, dass eine Entscheidung zur Genehmigung an die Gesellschafterversammlung überwiesen wird, wurde der neue Art. 811 im bundesrätlichen Entwurf durch einen zweiten Absatz ergänzt<sup>69</sup>, in welchem Folgendes festgehalten wird:

«Die Genehmigung der Gesellschafterversammlung schränkt die Haftung der Geschäftsführer nicht ein.»<sup>70</sup>

Mit der Einfügung dieses zweiten Absatzes in den Gesetzestext zeigte der Gesetzgeber, dass er sich der Problematik einer Vermischung der Gewalten durchaus bewusst war<sup>71</sup>. Offenbar nicht bewusst war er sich des Umstandes, dass er mit dieser Ergänzung zwar eine Frage (scheinbar) geklärt, gleichzeitig aber unzählige neue Probleme aufgeworfen hat.

b) Mit «Haftung der Geschäftsführer» ist die strenge, dem Aktienrecht entsprechende *persönliche Verantwortlichkeit* gemeint, welcher die Geschäftsführer der GmbH aufgrund einer gesetzlichen Verweisung unterworfen sind<sup>72</sup>. Für die Gesellschafterversammlung und für die einzelnen Gesellschafter finden sich im Gesetz keine Haftungsbestimmungen, obwohl sie im Rahmen von revOR 811 an der Entscheidungsfindung mitwirken. Dies wirft zahlreiche Fragen bezüglich der haftungsrechtlichen Konsequenzen auf, welche im Folgenden unter anderem anhand von Fallgruppen angesprochen – wenn auch nicht endgültig geklärt – werden sollen.

Grundsätzlich werden die Fragen anhand der Situation gemäss revOR 811 I Ziff. 1 («bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen») erörtert. Auf den Fall gemäss revOR 811 I Ziff. 2 («bestimmte Fragen zur

Genehmigung vorlegen können») wird nur bei denjenigen Konstellationen spezifisch eingegangen, bei welchen von abweichenden Haftungsfolgen auszugehen ist.

#### II. Haftung der Geschäftsführer

Die vom Gesetzgeber gewählte Terminologie «zur Genehmigung vorlegen»<sup>73</sup> macht deutlich, dass die Geschäftsführer sich den Entscheid nicht einfach von der Gesellschafterversammlung abnehmen lassen können. Sie müssen der Gesellschafterversammlung einen *konkreten Antrag* stellen, mithin ihrerseits bereits einen Entscheid gefällt haben<sup>74</sup>. Mit anderen Worten kommen die Geschäftsführer nicht um das «decision shaping» herum und müssen bzw. können lediglich die letzte Entscheidkompetenz, das «decision taking» der Gesellschafterversammlung zuweisen<sup>75</sup>. Für ihren zur Genehmigung vorgelegten Antrag – also für das «decision shaping» – tragen die Geschäftsführer die Verantwortung<sup>76</sup>.

Diese Regelung schliesst also nicht aus, dass die Geschäftsführer je nach Konstellation für einen Entscheid und/oder dessen Ausführung persönlich haften, obwohl sie allenfalls den Entscheid nicht selbst gefällt haben beziehungsweise dieser von der Gesellschafterversammlung abgesegnet worden ist<sup>77</sup>. Doch fragt es sich, ob

<sup>69</sup> E BR 811 II, nun revOR 811 II.

<sup>70</sup> Diese Bestimmung, welche in den VE I und II noch nicht enthalten war, ist wohl unter anderem auf die vorn bei Anm. 44 erwähnte Vernehmlassungsantwort von *Marc-Antoine Schaub* zurückzuführen.

<sup>71</sup> *Andreas von Planta*, L'organisation, in: Urs Portmann (Hrsg.), *le nouveau droit de la société a responsabilité limitée*, Lausanne 2006, 73.

<sup>72</sup> RevOR 827.

<sup>73</sup> RevOR 811 I Ziff. 1 und 2.

<sup>74</sup> *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 4 zu Art. 811.

<sup>75</sup> So *Böckli* (zit. Anm. 20) § 12 N 33.

<sup>76</sup> Diese Verantwortlichkeit folgt direkt aus revOR 827.

<sup>77</sup> *Forstmoser* (zit. Anm. 2) 559.

dies entsprechend der apodiktischen Feststellung des Gesetzes schlechthin gilt oder nur unter gewissen Voraussetzungen und mit Ausnahmen.

Fest steht vorab, dass der Genehmigungsentscheid der Gesellschafterversammlung die Geschäftsführer *nicht davon entbindet, sorgfältig zu handeln*<sup>78</sup>. Dies beinhaltet zunächst die sorgfältige Vorbereitung der Antragstellung an die Gesellschafterversammlung im Sinne von revOR 811 I. Im Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflicht obliegt es den Geschäftsführern, im Hinblick auf die Fällung eines «richtigen» Entscheides auf die Gesellschafterversammlung Einfluss zu nehmen. Insofern unterscheidet sich das Handeln/Unterlassen der Geschäftsführer bei der Antragsstellung in keiner Weise von ihrem sonstigen Verhalten<sup>79</sup>.

Im Rahmen von revOR 811 II können Geschäftsführer mit unterschiedlichen Szenarien konfrontiert sein. Konkret sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

### 1. Genehmigung eines rechtlich gebotenen Antrages

Die Gesellschafterversammlung genehmigt einen rechtlich gebotenen oder zumindest *zulässigen* und von den Geschäftsführern *beantragten* Entscheide. Fragen einer persönlichen Haftung stellen sich nicht: Der Entscheide ist als solcher ja rechtmässig. Verantwortlich bleiben die Geschäftsführer für die sorgfältige Umsetzung des Beschlossenen.

### 2. Nichtgenehmigung eines rechtswidrigen Antrages

Die Gesellschafterversammlung *verweigert* die Genehmigung eines *rechtswidrigen* Antrages der Geschäftsführer. Dies hat nur dann Haftungsfolgen,

wenn sich die Geschäftsführer nicht an die Ablehnung halten, sondern trotz Nichtgenehmigung ihren Antrag umsetzen. Die Haftung ist dann allerdings nicht eine Folge von revOR 811 II. Sie ergibt sich vielmehr direkt aus revOR 827, denn rechtswidriges Verhalten der Geschäftsführer kann stets zu deren Verantwortlichkeit führen.

### 3. Genehmigung eines rechtswidrigen Antrages

Die Gesellschafterversammlung *genehmigt* einen *rechtswidrigen* Antrag der Geschäftsführer. Für die schuldhaftige Pflichtwidrigkeit der Geschäftsführer ergibt sich aus dieser Konstellation *keine Besonderheit*, denn ein rechtswidriges Verhalten wird durch Genehmigung nicht rechtmässig. Dagegen fragt es sich, welchen Einfluss eine Genehmigung auf das Klagerecht der Gesellschafter und der Gesellschaft selbst hat.

Das Gesetz schweigt sich darüber aus bzw. es müsste aus revOR 811 II eigentlich folgen, dass die Klageberechtigungen unverändert bleiben. Ein solcher Schluss widerspricht jedoch dem Rechtsgefühl und der Wertung des Gesetzgebers im vergleichbaren Fall des Entlastungsbeschlusses<sup>80</sup>.

Es fragt sich daher, ob die Ordnung analog beizuziehen ist, welche der Gesetzgeber für die Erteilung der Décharge getroffen hat<sup>81</sup>. Dies ist u.E. zu bejahen:

Wegen der identischen Interessenlage muss dem Genehmigungsbeschluss die gleiche Wirkung – Untergang des Klagerechts der Gesellschaft und der zustimmenden Gesellschafter – zukommen wie einem Déchargebeschluss gemäss revOR 804 II Ziff. 7. Freilich schützt dieses stets nur bedingt vor Verantwortlichkeitsan-

sprüchen. Die Geschäftsführer bleiben für die *sorgfältige Vorbereitung der Entscheidfindung* in der Gesellschafterversammlung verantwortlich. Dazu gehört auch die angemessene Information und Begründung eines Antrages. Fehlt es daran, dann kann dies von der Gesellschaft und allen – nicht nur den ablehnenden – Gesellschaftern gerügt werden. Im Ergebnis entspricht dies dem Umstand, dass die Entlastung nur für *offengelegte* Umstände Wirkung zeitigt<sup>82</sup>.

### 4. Nichtgenehmigung eines rechtlich gebotenen Antrages

Die Gesellschafterversammlung *verweigert* die Genehmigung eines rechtlich gebotenen und von den Geschäftsführern *beantragten* Entscheides und verhindert damit, dass die Geschäftsführer sich entsprechend ihrer Pflicht gemäss revOR 812 I verhalten dürfen. Diese Konstellation bringt die Geschäftsführer in ein Dilemma. Aufgrund ihrer Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht<sup>83</sup> müssen sie das rechtlich und sachlich Gebotene umsetzen. Vollziehen sie aber ihren Antrag trotz Ablehnung durch die

<sup>78</sup> RevOR 812 I.

<sup>79</sup> Wenn etwa die Geschäftsführer durch eine irreführende Information einen nicht im Interesse der Gesellschaft liegenden Entscheide der Gesellschafterversammlung provozieren, sind sie dafür haftbar.

<sup>80</sup> Vgl. revOR 804 II Ziff. 7 und OR 758.

<sup>81</sup> In diesem Sinne – mit Bezug auf die Situation im Aktienrecht – a. *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, 316 f.; für weitere Verweise s. Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juni 1999, 4C.397/1998, auszugsweise abgedruckt in SJ 121 (1999) 481 ff. und SZW 70 (2000) 197 f..

<sup>82</sup> BGE 95 II 320 Erw. IV.

<sup>83</sup> RevOR 812 I.

Gesellschafterversammlung, dann verletzen sie die statutarisch vorgesehene Weisung des ihnen übergeordneten Organs und gehen daher wiederum das Risiko ein, hierfür haftbar zu werden.

RevOR 811 II könnte durch eine auf dem Wortlaut allein basierende Auslegung dazu führen, dass ein Gesellschafter für «fremdes Verschulden», nämlich für dasjenige der Gesellschafterversammlung beziehungsweise der in ihr handelnden Gesellschafter, zur Rechenschaft gezogen würde<sup>84</sup>. Eine solche «Haftung für Drittverschulden ohne Exkulpationsbeweis»<sup>85</sup> wäre zweifellos unangebracht und kann auch nicht gewollt sein.

Angemessen erscheint vielmehr der Beizug der Verhaltensregeln, die für Verwaltungsratsmitglieder im Hinblick auf rechts- oder pflichtenwidrige Ent-

scheide des Verwaltungsrates entwickelt worden sind: Es ist vom Geschäftsführer zu verlangen, dass er sich – beispielsweise mittels eines Widererwägungsantrags – dem Verweigerungsbeschluss widersetzt und dass er – als ultima ratio – einen Rücktritt in Betracht zieht<sup>86</sup>.

Akzeptiert ein Geschäftsführer den die Genehmigung verweigernden Beschluss vorbehaltlos, dann könnte er grundsätzlich verantwortlich werden, doch muss er vom beschränkten Schutz vor Verantwortlichkeitsklagen profitieren können, wie er aufgrund eines Entlastungsbeschlusses vorgesehen ist. Den Gläubigern gegenüber bleiben die Geschäftsführer freilich zum rechtmässigen Handeln verpflichtet, und sie können sich nicht mit dem Hinweis auf den Gesellschafterbeschluss aus der Verantwortung ziehen. Eine Haftung entfällt jedoch, wenn sie sowohl im Vorfeld wie auch im Nachgang einer Nichtgenehmigung alles Zumutbare zur Erreichung eines «richtigen» Entscheides unternommen haben.

##### 5. Modifikation eines Antrages

Denkbar ist auch, dass die Gesellschafterversammlung weder zustimmt noch ablehnt, sondern den Antrag in von ihr abgeänderter Form genehmigt<sup>87</sup>. Auch in diesem Fall müssten die Geschäftsführer einen Entscheid ausführen, den sie selbst nicht gefällt haben, ohne dass dies – hält man sich an den Wortlaut von RevOR 811 II – einen Einfluss auf ihre Verantwortlichkeit hätte<sup>88</sup>.

Immerhin trifft dies dann nicht zu, wenn das von der Gesellschafterversammlung Beschlossene rechtens ist, denn für rechtmässiges Verhalten gibt es keine Verantwortlichkeit. Führte die Modifikation aber zu einem rechts-

widrigen Entscheid, so ist die Rechtslage gleich zu beurteilen wie eine Verweigerung der Genehmigung eines rechtlich gebotenen Antrages. Denn die Abänderung eines von den Geschäftsführern gestellten Antrages beinhaltet letztlich immer auch eine Verweigerung der Genehmigung des von den Geschäftsführern Beantragten, was die Geschäftsführer in das geschilderte Dilemma bringt<sup>89</sup>.

##### 6. Nichteintreten auf einen Antrag

Die Gesellschafterversammlung hat auch die Möglichkeit, gar nicht erst auf einen ihr vorgelegten Antrag einzutreten. Bei dieser Konstellation ist wie folgt zu differenzieren:

Wenn die Geschäftsführer einen Antrag gemäss RevOR 811 I Ziff. 2 nur *vorlegen können*, aber nicht müssen, dann bleibt die Entscheidungsverantwortung uneingeschränkt bei ihnen, wenn sich die Gesellschafterversammlung weigert, auf die Vorlage einzutreten. Das allfällige Klagerecht von Gesellschaft und Gesellschaftern bleibt unverändert erhalten.

Ist dagegen statutarisch vorgesehen, dass ein Thema gemäss RevOR 811 I Ziff. 1 der Gesellschafterversammlung *vorgelegt werden muss* und tritt diese auf die Frage nicht ein, dann ist dies wohl zu behandeln wie die Stimmenthaltung eines Gesellschafters bei einer Abstimmung: Stimmenthaltungen sind beim nach der dispositiven Ordnung von OR 703 massgebenden absoluten Mehr wie Neinstimmen zu zählen<sup>90</sup>, und entsprechend ist das Nichteintreten auf einen Antrag wie dessen *Ablehnung* zu werten. Denn wenn die Gesellschafterversammlung statutarisch eine Entscheidung an sich gezogen hat, muss ihr Verhalten für die Entscheidfindung von Bedeutung sein<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 5 zu Art. 811; s. ferner *Forstmoser* (zit. Anm. 2) 559, der diese Frage schon vorher aufgeworfen hat.

<sup>85</sup> Vgl. *Küng/Camp* (zit. Anm. 2) N 5 zu Art. 811, welche diesen Umstand zu Recht als «nicht unproblematisch» erachten.

<sup>86</sup> Vgl. zur Situation im Aktienrecht *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 313.

<sup>87</sup> Die Zulässigkeit der Genehmigung von durch die Gesellschafterversammlung modifizierten Entscheiden wird – unseres Erachtens zu Recht – von *Wohlmann* (zit. Anm. 33) 133, aufgrund praktischer Überlegungen postuliert.

<sup>88</sup> Vgl. auch von *Planta* (zit. Anm. 71) 73.

<sup>89</sup> Vgl. vorstehend Ziff. 2.4.

<sup>90</sup> *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 24 N 9.

<sup>91</sup> Vorbehalten bleibt natürlich eine Änderung der Statuten.

### III. Haftung der Gesellschafterversammlung?

Die Genehmigung oder Nichtgenehmigung bzw. die Abänderung eines Antrages der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung kann nie zu einer Haftung der Gesellschafterversammlung als solcher führen, sowenig wie die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft als Gesamtorgane haften können<sup>92</sup>. Bei der Verantwortlichkeit handelt es sich stets um eine persönliche, d.h. eine *einzelne Person* treffende Konsequenz<sup>93</sup>.

### IV. Haftung der Gesellschafter?

#### 1. Im Allgemeinen

a) Unabhängig von Art und Umfang einer allfälligen Haftung der Geschäftsführer stellt sich die Frage, ob ein Genehmigungs- oder Ablehnungsentscheid der Gesellschafterversammlung Haftungsfolgen für die in der Gesellschafterversammlung handelnden Gesellschafter bzw. für einzelne unter ihnen nach sich ziehen kann. In der Lehre zum Aktienrecht wird teilweise die Ansicht vertreten, dass in den Fällen einer «Delegation nach oben» – vom Verwaltungsrat an die Generalversammlung – die in der Generalversammlung handelnden Aktionäre jedenfalls dann zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie einen entsprechenden Beschluss selber fassen<sup>94</sup>. Begründet wird dies damit, dass, soll der Verwaltungsrat für den Entscheid verantwortlich bleiben, die Generalversammlung bzw. die in ihr handelnden Aktionäre eine Beschlussfassung verweigern können<sup>95</sup>. Freilich gilt dies im Aktienrecht lediglich für die Beschlussdelegation und nicht für die bei der AG unzulässige Kompetenzattraktion.

b) Die in der Lehre zur vergleichbaren Situation im Aktienrecht vorgebrachten Argumente können nicht unbesehen in das Recht der GmbH übernommen werden. Beispielsweise hat der GmbH-Gesellschafter anders als der Aktionär eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft<sup>96</sup>. Aus der Treuepflicht abgeleitete Loyalitätspflichten sind auch bei der Stimmabgabe zu beachten. Unter diesem Aspekt könnten das Erzielen eines rechtswidrigen Beschlusses, aber auch die Ablehnung eines rechtmässigen Antrages zu einer Verantwortlichkeit führen. Macht die Gesellschafterversammlung von ihrem Genehmigungsvorbehalt im positiven oder negativen Sinne Gebrauch, so führt dies zwar nicht zu einem schlichten Übergang der Verantwortlichkeit auf die beschlussfassenden Gesellschafter. Aber es sollte die Ausübung des Genehmigungsrechts auch nicht ohne verantwortlichkeitsrechtliche Konsequenzen bleiben<sup>97</sup>. Je nach Fallgruppe<sup>98</sup> kann zumindest eine parallele Haftung der handelnden Gesellschafter gerechtfertigt sein. Eine entsprechende Haftung lässt sich allenfalls aus faktischer Organschaft oder mit Durchgriffsüberlegungen begründen. Im Einzelnen Folgendes:

#### 2. Gesellschafter als faktisches Organ?

a) Gemäss Lehre und Praxis zum Aktienrecht gilt als faktisches Organ einer Gesellschaft, wer – ohne formell Organ zu sein – den Geschäftsgang einer Gesellschaft effektiv massgeblich beeinflusst und an der Willensbildung der Gesellschaft wesentlich beteiligt ist<sup>99</sup>. Lehre und Rechtsprechung gehen in Bezug auf die Geltendmachung allfälliger Ansprüche gegen eine entsprechende Person von

<sup>92</sup> Anstelle vieler *Bärtschi* (zit. Anm. 81) 94 f. m.w.H.

<sup>93</sup> Offenbar a.M. von *Greyerz* (zit. Anm. 61) 172; *Müller* (zit. Anm. 51) 786; *Petra Schmitt*, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Zürich 1991, 44; s. ferner *Rolf Watter/Dieter Dubs*, Organverhaltens- und Organhaftungsregelung im Börsenrecht, AJP 7 (1998) 1308 ff., 1323, welche bei Generalversammlungsbeschlüssen im Zusammenhang mit BEHG 29 II eine spezialgesetzliche Verantwortlichkeit der Generalversammlung bejahen. Dass es eine solche nicht geben kann, wird offenkundig, wenn man sich fragt, wie eine solche Verantwortlichkeit klageweise durchgesetzt werden könnte. Wer wäre als Beklagter aufzuführen, und gegen wen wäre ein Urteil zu vollstrecken?

<sup>94</sup> Von *Greyerz* (zit. Anm. 61) 172; *Müller* (zit. Anm. 51) 786; *Schmitt* (zit. Anm. 93) 44; welche aber alle unpräzise von einer Verantwortlichkeit der Generalversammlung anstatt einer solchen der Aktionäre, welche in der Generalversammlung handeln, sprechen.

<sup>95</sup> *Müller* (zit. Anm. 51) 787.

<sup>96</sup> Zu beachten ist dabei, dass der konkrete Umfang der Treuepflicht der Gesellschafter wesentlich von der Ausgestaltung und Struktur der betreffenden GmbH abhängt und eine abstrakte Definition deshalb nicht möglich ist; in diesem Sinne auch *Handschin/Truniger* (zit. Anm. 2) 213 f.

<sup>97</sup> Getreu der Aussage «there is no such thing as a free lunch», zitiert bei *Urs Bertschinger*, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 10 (2001) 903 ff., 907.

<sup>98</sup> Vgl. vorstehend Ziff. 2.1–2.5.

<sup>99</sup> BGE 132 III 523, BGE 128 III 29, je mit weiteren Verweisen.

<sup>100</sup> Welche insbesondere auch bei der Bestimmung der Passivlegitimation zum Tragen kommt: *Bärtschi* (zit. Anm. 81) 95 f.; *Meinrad Vetter*, Der verantwortlichsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich 2007, 16 ff.; *Alexander Vogel*, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 613 f.; *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006, 39.

<sup>101</sup> *Forstmoser* (zit. Anm. 86) N 664.

<sup>102</sup> *Vogel* (zit. Anm. 100) 623.

<sup>103</sup> *Forstmoser* (zit. Anm. 86) N 687.

<sup>104</sup> *Peter Isler*, Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, FS für Dieter Zobel, Zürich 2004, 287 ff., 293; *Vetter* (zit. Anm. 100) 22; *Peter Widmer/Oliver Banz*, Kommentar zu Art. 745–761 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 11 zu Art. 754.

<sup>105</sup> *Böckli* (zit. Anm. 20) § 11 N 487.

<sup>106</sup> Vgl. hiezu *Vogel* (zit. Anm. 100) 625.; von der Crone/Carbonara/Hunziker (zit. Anm. 100) 39.

<sup>107</sup> *Vetter* (zit. Anm. 100) 35.

<sup>108</sup> BGE 126 V 237 Erw. 4 i.f.

<sup>109</sup> Siehe bez. Abänderung oder Erweiterung eines vorgelegten Entscheides durch die Gesellschafterversammlung auch *Böckli* (zit. Anm. 2) 36 Fn 163, welcher praktisch ausschliesslich für diesen Fall von einer faktischen Organschaft ausgeht.

<sup>110</sup> *Blanc* (zit. Anm. 4) 227; *Wohlmann* (zit. Anm. 33) 133; ebenfalls angedacht von *von Planta* (zit. Anm. 71).

<sup>111</sup> *A.M. von Planta* (zit. Anm. 71) 73.

<sup>112</sup> Insofern ist *Böckli* (zit. Anm. 2) 35, beizupflichten.

<sup>113</sup> *Böckli* (zit. Anm. 2) 36; in diese Richtung weist auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche das Kriterium der organtypischen Stellung durch das zeitliche Element der dauernden Zuständigkeit erheblich einschränkt, vgl. BGE 128 III 29 Erw. 3.c.)

<sup>114</sup> Dies ergibt sich ebenfalls aus den Regeln zur adäquaten Kausalität: Ein Gesellschafter mit einer kleinen Beteiligung, welcher mit einem Mehrheitsgesellschafter mitstimmt, hat keinen Einfluss auf das Resultat.

einer *funktionellen Betrachtungsweise* aus<sup>100</sup>. Dabei ist stets von objektiven Kriterien auszugehen<sup>101</sup>.

Die faktische Organstellung führt dazu, dass die entsprechenden Personen grundsätzlich wie ein formelles Organ zur Verantwortung gezogen werden können<sup>102</sup>. Der Verantwortungsbereich eines faktischen Organs bemisst sich allerdings nach der effektiven Einflussnahme und nicht nach einer allenfalls bestehenden Einflussmöglichkeit<sup>103</sup>. Die Verantwortlichkeit des faktischen Organs entsteht mithin erst mit der «Ausübung des organtypischen Einflusses»<sup>104</sup>, und sie reicht nur so weit, als tatsächlich organtypisch auf die Geschäftsführung einer Gesellschaft eingewirkt wird, dort allerdings für den ganzen betroffenen Bereich<sup>105</sup>. Insofern kann ein faktisches Organ auch infolge Unterlassung haftbar werden<sup>106</sup>. Solange aber ein organschaftliches Handeln fehlt und kein organtypischer Einfluss ausgeübt wird, kann auch keine gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit vorliegen.

b) Im Recht der *GmbH* ist ebenfalls von einem «funktionellen verantwortlichsrechtlichen Organbegriff auszugehen»<sup>107</sup>. Dieser Ansicht folgt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung<sup>108</sup>.

c) Werden die Voraussetzungen für die Qualifikation einer Person als faktisches Organ mit der Situation verglichen, in welcher eine Gesellschafterversammlung aufgrund einer statutarischen Ermächtigung einen Genehmigungsentscheid fällt oder allenfalls einen ihr zur Genehmigung vorgelegten Entscheid nach ihrem Gutdünken abändert<sup>109</sup>, so ist augenfällig, dass die Gesellschafterversammlung bzw. die in ihr handelnden Gesellschafter in einer Art und Weise in die Geschäftsführung eingreifen

bzw. auf die Willensbildung Einfluss nehmen, welche eine Qualifikation der handelnden Gesellschafter faktische Organe der relevanten GmbH nahelegt<sup>110</sup>. Dies muss u.E. selbst für eine Genehmigung im Rahmen des fakultativen Genehmigungs vorbehaltes gelten, denn im Unterschied zu einer schlichten Konsultativabstimmung fragen die Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung nicht einfach um Rat, sondern sie legen ihr eine konkrete Frage zur Genehmigung vor<sup>111</sup>.

Eine faktische Organstellung ergibt sich aber nicht bereits aus dem statutarischen Vorbehalt<sup>112</sup>. Stets ist eine konkrete massgebende Einflussnahme oder ein wesentliches Einwirken auf die Willensbildung in der Gesellschaft erforderlich. Dabei reicht die schlichte Stimmabgabe für sich allein nicht aus<sup>113</sup>. Vielmehr kann es zu einer Haftung nur – aber immerhin – dann kommen, wenn im Rahmen eines Genehmigungsbeschlusses die strengen von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für die Qualifikation als faktisches Organ erfüllt sind. Mitzubeherrschenden sind dabei stets die Art und der Umfang der Beteiligung der handelnden Gesellschafter. Eine Verantwortlichkeit ist beim Einpersonen- und beim Mehrheitsgesellschafter eher zu bejahen als bei einem Gesellschafter mit kleiner Beteiligung<sup>114</sup>. Von der Verweigerung der Beschlussfassung ist die schlichte Stimmenthaltung zu unterscheiden: Aus der Treuepflicht des Gesellschafters ist keine Pflicht zur Stimmabgabe abzuleiten, weshalb eine solche keine Haftungsfolgen nach sich ziehen kann.

d) Ist in einem konkreten Fall von einer faktischen Organschaft der in der Gesellschafterversammlung handelnden Gesellschafter auszugehen, dann

tritt deren Verantwortlichkeit neben diejenige der Geschäftsführer. Denn revOR 811 II lässt keinen Zweifel daran, dass die Geschäftsführer weiter – mithin trotz positivem oder negativem Genehmigungsbeschluss der Gesellschafterversammlung – für ihr Handeln zur Verantwortung gezogen werden können.

### 3. Durchgriff?

Ein sogenannter Durchgriff kann zum Zug kommen, wenn der oder die eine Gesellschaft kontrollierenden Gesellschafter in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise ihr Privatvermögen ungenügend vom Gesellschaftsvermögen trennen und es zu einer «Vermischung der Sphären» kommt<sup>115</sup>. Die Folge eines solchen Verhaltens ist, dass sich die Gläubiger im Fall eines Gesellschaftskonkurses die Trennung von Gesellschafts- und Privatvermögen nicht entgegenhalten lassen müssen und somit die «Trennwand» zwischen Gesellschaft und Gesellschafter beiseitegeschoben wird<sup>116</sup>.

Da revOR 811 je nach Konstellation zu einer solchen Sphärenvermischung führen kann, ist nicht auszuschliessen, dass Genehmigungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung, welche Eingriffe der Gesellschafter in die Geschäftsführung darstellen, als Basis für einen Durchgriff dienen können<sup>117</sup>.

## V. Solidarität und Rückgriff

a) Wie soeben gezeigt, kann es im Rahmen von revOR 811 zu einer parallelen Haftung der Geschäftsführer und einzelner oder allenfalls aller in

der Gesellschafterversammlung handelnden Gesellschafter kommen. Durch den in revOR 827 enthaltenen Verweis auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht kommt in solchen Fällen OR 759 zur Anwendung. Dies hat zur Folge, dass bei einer parallelen Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern – letztere im Sinne von faktischen Organen – alle potenziell Haftenden nur insofern ersatzpflichtig werden, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der relevanten Umstände persönlich zugerechnet werden kann<sup>118</sup>. Es gilt die sog. *differenzierte Solidarität*<sup>119</sup>. Im Sinne einer Erleichterung des Klagerechts sieht das Gesetz vor, dass ein Kläger die Beteiligten gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und es dem Richter überlassen kann, die Ersatzpflicht der einzelnen Beteiligten zu bestimmen<sup>120</sup>. Dies muss auch bei einer Erweiterung der Haftung auf Gesellschafter – gestützt auf deren faktische Organstellung – gelten.

b) Inwiefern und in welchem Umfang die Beteiligten unter sich *Rückgriff* nehmen können, ist auch im GmbH-Recht in Würdigung aller Umstände durch den Richter zu bestimmen<sup>121</sup>.

## F. Schlussbemerkung

RevOR 811 ist als Möglichkeit einer flexiblen und bedürfnisgerechten Ausgestaltung der GmbH positiv zu werten. Die Bestimmung verdeutlicht die gesetzgeberische Absicht, das personalistische Element der GmbH zu erhalten und zu stärken. Doch damit

findet das Lob der Norm auch schon sein Ende.

Der zweite Absatz der besagten Bestimmung wirft unzählige delikate Fragen auf. Die vorstehenden Erwägungen stellen einen ersten Versuch dar, für diese Lösungen zu finden. Nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts wird sich zeigen, ob die andiskutierten Lösungsansätze in konkreten Fällen zu sachgerechten Ergebnissen führen, und wie sie weiter zu entwickeln – oder auch zu korrigieren – sein werden.

RevOR 811 II wäre wohl besser ungeschrieben geblieben, und es hätte die Haftungsfrage Lehre und Praxis zur Lösung überlassen werden sollen.

<sup>115</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 90) § 62 N 52; Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 312 f.; Dieter Kehl, Der sogenannte Durchgriff, Zürich 1991, 9; Ronald U. Ruepp, Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zürich 1994, 35; Nina Sauerwein, La responsabilité de la société mère, Bern 2006, 325 f.; s. auch Jean Nicolas Druey, Neues aus dem Konzernrecht, AJP 2005 1083 f.; Roland von Büren, Der Konzern, 2. A., Basel 2005, 181, 183 f.

<sup>116</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 90) § 62 N 48 f.

<sup>117</sup> Enrico Friz, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 1 (2006) 327 Fn 11.

<sup>118</sup> Vgl. OR 759 I.

<sup>119</sup> Bärtschi (zit. Anm. 81) 117 ff.; Böckli (zit. Anm. 20) § 18 N 181 ff., 486 ff.; Stefan Hasenböhler, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, Zürich 2003, 216 ff.

<sup>120</sup> OR 759 II i.V.m. revOR 827.

<sup>121</sup> RevOR 827 i.V.m. OR 759 III.