

# Aktuelles zur GmbH

Dr. Bernhard Madörin, Basel\*



## 1. Einleitung

1993 führte die vom Bundesrat eingesetzte «Groupe de Réflexion» zum Start der Revision des GmbH-Rechts, welche im Vorentwurf von 1996 den Fortgang fand. Die Vernehmlassung, an der auch der Schweizerische Treuhänder-Verband (STV) sehr aktiv mitwirkte, führte zum definitiven Vorentwurf von 1999 und schlussendlich zum Entwurf des Bundesrates mit Botschaft.

### Zusammenfassung

**Mit dem Thema «Aktuelles zur GmbH» soll im folgenden Artikel auf zwei Themenkreise eingegangen werden. Einerseits wird die GmbH im Umfeld zu anderen Rechtsformen vergleichend bezüglich Rechtswahl dargestellt. Dabei werden neben rein rechtlichen Aspekten auch abgabenspezifische Vergleiche erwähnt. Andererseits werden aus der laufenden Revision des GmbH-Rechts einige Aspekte, welche für den Treuhänder besonders wichtig sind, näher dargestellt.**

Durch die Revision des Aktienrechtes, mit Erschwerungen für die Klein- und Mittelunternehmungen, wurde die GmbH für Neugründungen wesentlich mehr benützt als die AG (umgekehrte Situation als zuvor). Nicht die Beliebtheit der GmbH, sondern die neue Unbeliebtheit der neuen AG führte zu diesem Boom. An der Revisionsbedürftigkeit des GmbH-Rechts hat sich auch durch diese neue statistische Situation nichts geändert.

Für die Rechtswahl der Unternehmensform verlieren sich die Grundsätze einer hehren juristischen Prüfung der Vor- und Nachteile von AG und GmbH oft im

pragmatischen Lösungsansatz des Kunden, welcher sich bereits für die eine oder andere Gesellschaftsform entschieden hat. Nichtsdestotrotz soll die Rechtswahl mit einem kurzen Vergleich zu anderen Rechtsformen unternehmerischer Tätigkeiten analysiert werden.

## 2. Einzel- und Personengesellschaft und die GmbH

Die GmbH war gesetzgeberisch als die AG des kleinen Mannes konzipiert. Diese Gesetzgebung ist deshalb auch auf Kleinst- und Kleinunternehmen zugeschnitten. Die Kommanditgesellschaft oder Kollektivgesellschaft sowie die Einzelfirma bilden oft Ausgangspunkt für die Rechtswahl der GmbH als zweite rechtliche Stufe nach der Gründung. Währenddem der Vergleich AG und GmbH auf der Hand liegt, soll zuerst an dieser Stelle ein Vergleich Personengesellschaft zur GmbH erfolgen, weil Klein- und Mittelunternehmungen sich in diesen Strukturen sehr stark bewegen. Der Vergleich sei zudem erlaubt, weil damit stark abgabenrechtliche Probleme angeschnitten werden.

- Die unbeschränkte Haftung des Komplementärs bei der *Kommanditgesellschaft* oder der Gesellschafter bei der *Kollektivgesellschaft* sowie der Inhaber einer *Einzelfirma* bildet oft Anlass für die Rechtswahl der GmbH. Dabei hat der Kunde den Konkurs vor Augen, der die Firma untergehen lässt, währenddem das Privatvermögen des Eigentümers der GmbH den Gläubigern entzogen ist und somit gerettet werden kann. Dieses Idealbild ist realitätsfremd. In den meisten bekannten Fällen ist der Unternehmer zu allem bereit, um sein Unternehmen zu stützen oder allenfalls zu retten. Als praktische Massnahmen dienen etwa Privateinlagen oder die Hinterlegung

von Grundpfandtiteln, lastend auf der privaten Liegenschaft zur Absicherung von Bankkrediten der Gesellschaft. Zu den gleichen Mechanismen einer Verbesserung der Liquidität führt die private Bürgschaft gegenüber der kreditierenden Bank. Es versteht sich von selbst, dass mit solchen Massnahmen der Konkurs der GmbH auf das Privatvermögen einen erheblichen Einfluss hat, und die GmbH wird damit zur «GmH», der Gesellschaft mit Haftung. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bezüglich Haftung ein Vorteil zugunsten der GmbH besteht, welcher jedoch in der Praxis zu relativieren ist.

- Die *gesetzliche Haftung* bei den Sozialversicherungsbeiträgen und den Quellensteuern auf Salären für das Personal bringt es mit sich, dass trotz Konkurs Forderungen nicht untergehen und gegenüber den geschäftsführenden Organen geltend gemacht werden können. Nach dem Konkurs herrscht während einiger Zeit trügerische Ruhe, bis sich die Ausgleichskassen melden. Allenfalls kommen Strafanzeigen hinzu mit den Sonderstrafatbeständen der AHV- und BVG-Gesetzgebung. Auch hier kann der Konkurs einen erheblichen Einfluss auf das Privatvermögen der Gesellschafter haben, zumal Sozialabzüge auf Salären des Personals substanziell und wesentlich sind. Es bedarf einiger Anstrengungen, dass ein Konkurs eines Klein- und Mittelunternehmers die GmbH isoliert betrifft. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bezüglich Haftung für Sozialversicherungsbeiträge kein grosser Unterschied besteht.
- Die *wirtschaftliche Doppelbesteuerung*, wird oft vernachlässigt, obwohl unter der Prämisse einer steueroptimalen Gestaltung des Geschäftsabschlusses faktisch die Besteuerung der GmbH und der Privatperson für das gleiche Substrat (Erfolg und Vermögen) reduziert werden kann. Es verbleibt jedoch eine Vermögens- und Einkommenssteuer für die natürliche Person sowie eine Kapital- und Ertragssteuer für die juristische Person (hier GmbH), welche sich in einem Teilbereich addieren. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bezüglich Besteuerung ein Nachteil zu Lasten der juristischen Person besteht.
- Die *Bemessung der AHV* hat zur Folge, dass bei der juristischen Person (GmbH) der Unternehmerlohn mit 10,1% belastet wird. Der Teil des Verdienstes, der das rentenbildende Maximum von derzeit 74 160.– übersteigt, ist mangels Vorteilsbildung eine reine Steuer. Demgegenüber steht der Beitragssatz für Selbstständigerwerbende von 9,5%. Was auf den ersten Blick als Vorteil für den Selbstständigerwerbenden aussieht, muss näher betrachtet werden. Die

AHV-Gesetzgebung sieht vor, dass die an die AHV geleisteten Beiträge nicht als für die Bemessung der Beiträge absetzbare Unkosten gelten. Ein Einkommen von CHF 100 000.– mit einem bereits steuerlich abgezogenen AHV-Beitrag von CHF 9500.–, (hier 9,5% von CHF 100 000.–) führt deshalb zu einer AHV-Bemessung von 9,5% von CHF 109 500.–, was somit im Ergebnis wieder zum AHV-Satz für Unselbstständige von 10,1% (auf CHF 100 000.–) führt. Die genaue Rechnung führt zu gleichwertigen Sätzen. Die 11. AHV-Revision sieht einen gleichen Satz für Selbstständige und Unselbstständigerwerbende vor, was tatsächlich zu einer Verschlechterung der Selbstständigen führt, da die notwendige systemkonforme Egalisierung der Bemessungsgrundlage unterbleibt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bezüglich AHV zurzeit eine äquivalente Belastung besteht, welche sich jedoch in der Zukunft zu Lasten der Personengesellschaften entwickelt.

- Die *Bemessung der ALV* hat zur Folge, dass der Unternehmerlohn bei der GmbH zusätzlich gegen Arbeitslosigkeit versichert ist, währenddem der Selbstständigerwerbende nicht der ALV angeschlossen ist. Aber auch hier gibt es versicherungstechnisch ein rentenbildendes Maximum von CHF 106 800.–. Nur bis zu diesem Betrag erhält man für den Prämienabzug eine Versicherungsleistung, währenddem die 1%-Abgabe von CHF 106 800.– bis CHF 267 000.– eine reine Steuer ist. Hier gibt es keine Leistung. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bezüglich ALV-Versicherung beide Rechtsformen gleich sind. Bei der einen erhält man eine Leistung und zahlt eine Prämie, bei der anderen erhält man keine Leistung und zahlt keine Prämie. Nachdem Unternehmer faktisch «nie» arbeitslos sind, dürfte eine summarische Betrachtung einen leichten Vorteil für die Personengesellschaft ohne obligatorische ALV ergeben.
- Die *Bemessung der AHV* erlaubt ferner nicht, dass vorgeschobene GmbHs oder AGs eine Fakturierung als Selbstständigerwerbender an die eigene GmbH oder AG zulassen. Sie werden von den Ausgleichskassen nicht zugelassen und führen zu einer Nichtanerkennung der Selbstständigerwerbenden.
- Die *Mehrwertsteuer* möchte ich als eigentliche Krux im abgabenrechtlichen Bereich bezeichnen. Bei der GmbH ist die Behandlung kein Problem. Die GmbH bildet das Subjekt der MWST und ist ein in sich geschlossener Kreis. Bei den Selbstständigerwerbenden (als Einzelunternehmer) ist nicht die Einzel-firma Subjekt, sondern die natürliche Person. Dies hat zur Folge, dass private Geschäfte, wie z.B. das

Vermieten der eigenen Ferienwohnung, zu MWST-pflichtigen Erträgen führen. Das Thema soll hier nicht weiter ausgeführt werden. Zusammenfassend soll festgestellt werden, dass aus MWST-Sicht eine eigene juristische Person Sinn macht und leicht vorteilhaft ist.

- Die *gesetzliche* Situation ist ambivalent. Pro und Contra juristische Person versus natürliche Person stehen sich gegenüber. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in einfacheren Verhältnissen die Personengesellschaft sehr tauglich ist, jedoch sehr bald aufgegeben werden muss zugunsten einer juristischen Person.

Für die so genannten freien Berufe, wie Ärzte, sind GmbH oder AG als Erscheinungsbild fremd, aber nicht unmöglich. Rechtsanwälte müssen freiberuflich agieren.

### 3. Die Haftung der GmbH

Der Aktionär hat nur eine Pflicht, er muss das Kapital einzahlen. Weitere Aufgaben hat er nicht. Demgegenüber hat das GmbH-Recht eine ganz andere Struktur, und der Gesellschafter wird in das Geschehen der Gesellschaft einbezogen. Es bestehen Treuepflichten, Konkurrenzverbote und das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung, welche kraft Gesetz bestehen oder in den Statuten näher definiert werden können.

In den Statuten der GmbH kann eine Nachschusspflicht der Gesellschafter festgelegt werden. Die Einführung einer solchen Pflicht kann zum Ziel haben, die Kreditwürdigkeit der GmbH zu fördern. Diese Möglichkeit war im alten und ist auch im neuen Recht vorgesehen, allerdings ist jetzt die Nachschusspflicht auf das doppelte des Nennwertes beschränkt (alt: unbeschränkt). Eine unbeschränkte Nachschusspflicht nach altem Recht hat wohl den Titel «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» nicht verdient. Das neue Recht grenzt klarer ab. Dass von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, dürfte wohl eher die Ausnahme sein. Zum einen suchen die meisten Unternehmer eine begrenzte Haftung und wollen eben gerade keine Nachschusspflicht. Allenfalls werden Verpflichtungen vertraglich vereinbart, nicht jedoch auf gesellschaftsrechtlicher und öffentlicher Ebene, sondern rein auf gegenseitiger vertraglicher Basis. Zum anderen gehen wohl auch Dritte nicht davon aus, dass Nachschusspflichten bestehen, was somit auf die Kreditwürdigkeit einen sehr beschränkten Einfluss hat. Was die Kreditwürdigkeit der GmbH im Wesentlichen fördert,

sind private Garantien der Gesellschafter für Banken zur Sicherheit von Verpflichtungen der Gesellschaft, womit wieder der Kreis der nicht beschränkten Haftung angeschnitten ist.

Das alte Recht kennt eine verschuldensunabhängige Haftung der Gesellschafter. Diese Haftung ist beschränkt auf die Höhe des Kapitals und setzt voraus, dass das Kapital zu Beginn der Gesellschaft nicht oder nicht im vollen Umfange vorhanden war. Die Bestimmung korrespondiert mit den Bestimmungen zur Gründung, wonach eine Erklärung genügt, dass das Kapital einbezahlt wurde. Die Haftung wird für jeden Gesellschafter aktuell, unabhängig davon, ob ihm die mangelhafte Kapitalstatuierung bekannt war oder nicht und ob er aktiv mitwirkte oder nicht. Infolge strengerer Gründungsvorschriften fällt nun diese verschuldensunabhängige Haftung richtigerweise weg.

### 4. Die Aktiengesellschaft und die GmbH

Die stark gestiegene Zahl von GmbH-Gründungen lässt eine Steigerung der Attraktivität der GmbH vermuten. Tatsache ist jedoch, dass die GmbH unverändert da steht, währenddem die AG durch die Revision erheblich unattraktiver geworden ist. Dazu gehören:

- Die Erhöhung des Mindestaktienkapitals
- Die gesteigerten Anforderungen an das Rechnungswesen und die Revision
- Die gesteigerte Verantwortung des Verwaltungsrates

Zu beachten ist, dass die Revision des GmbH-Rechts gerade mit der Einführung der im Revisionsentwurf zwingend vorgeschriebenen Revisionsstelle einen bedeutenden Kostenvorteil zugunsten der GmbH vernichtet. Es gibt selbstverständlich zahlreiche gute Gründe für diese Änderung. Aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens wurde das Obligatorium für eine Revisionsstelle an gewisse Kriterien gebunden (siehe weiter unten).

An dieser Stelle sollen ein paar wenige Punkte verglichen werden.

#### 4.1. Gesetzliche Vinkulierung

- Die Übertragung der GmbH-Anteile nur mittels notarieller Beurkundung wird oft als Nachteil erwähnt. Dies kann jedoch auch als Vorteil ausgelegt werden. Die Gesellschafterverhältnisse sind durch Formzwang immer klar und unmissverständlich. Jeder Berater, der schon einmal eine Aktiengesellschaft verkauft hat, weiss zu berichten, wie mühsam

- oft die nachträgliche Erstellung eines Aktienbuches ist. Es fehlt eine Geschichte, und nicht alle notwendigen Indossamente lassen sich innerhalb der gebotenen Zeit einholen, Zertifikate sind unauffindbar, usw. Das Gesetz zwingt zur Klarheit. Die neu vorgesehene Schriftlichkeit führt zu einer Vereinfachung der Übertragbarkeit. Andererseits dürfte damit auch das Erfordernis klar geführter Anteilsbücher leiden. In die gleiche Richtung geht die jährliche Meldung der Stammkapitalhalter an das Handelsregisteramt, welche nun wegfällt. Was bleibt, ist die notwendige Eintragung des Gesellschafters im Handelsregister. Eine Anonymität der Inhaber gibt es nicht. Damit dürfte einer der wichtigsten Unterschiede zur AG angeschnitten sein. Die Einführung der Anonymität wäre ohne Not möglich.
- Die Vinkulierung von Aktien ist ein komplexes Thema; Stichworte seien hier: Rechtsnatur, Form, Kündigung, Bestimmungen im Hinblick auf das Ableben von Aktionären, Preisbildungsmechanismen usw. Aktionärbindungsverträge mit Vinkulierungen führen regelmässig zu aufwändigen Auseinandersetzungen. Bei der GmbH ist schon von Gesetzes wegen eine recht starke Vinkulierung vorhanden, welche ohne Einschränkungen ausgebaut werden kann. Hier haben wir sicher einen der wichtigsten Vorteile für die KMUs bei personenabhängigen Unternehmungen. Die GmbH taugt deshalb besonders gut bei langfristigen Partner-

schaften. Weiter ist sie als Organisation gedacht, bei der die Gesellschafter zugleich im Geschäft aktiv tätig sind. Viele Elemente, welche in Aktionärbindungsverträgen aufgenommen werden, existieren schon kraft Gesetz bei der GmbH.

#### 4.2 Übrige Aspekte

Die GmbH wird auch unter dem neuen Recht noch einige wesentliche Abweichungen gegenüber der AG aufweisen.

- Die *Publizität* führt dazu, dass die Eigner bekannt sind.
- Das *liberierte Mindestkapital* beträgt bei der AG CHF 50 000.– und bei der GmbH CHF 40 000.– gemäss Vorentwurf. Damit dürfte ein wesentlicher Grund für die Rechtswahl zugunsten der GmbH, das billige Eigenkapital, wegfallen. Es bleibt zu hoffen, dass die Variante mit CHF 20 000.– Mindestkapital sich durchzusetzen vermag (gemäss korrigiertem Entwurf).
- Die neuen Normen zur *Rechnungslegung* der GmbH führen dazu, dass diese bei der AG und der GmbH identisch sind. Zusammen mit der zwingenden Revisionsstelle bestehen im Rechnungswesen und in der Prüfung keine Unterschiede mehr. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens lassen hoffen, dass das Erfordernis der Revisionsstelle doch noch weitgehend fakultativen Charakter hat, was sicher für die GmbH spricht (gemäss korrigiertem Entwurf).

Viele ausländische Rechte kennen keine generelle Revision für kleine Gesellschaften (8. EU RL: 5 Mio. Euro Umsatz, 50 Mitarbeiter). Insofern dürfte eine schweizerische Pflicht zu einer Revisionsstelle weiter gehen als EU-Recht.

- Die neuen Normen zur *Aufhebung der Kapitalobergrenze* der GmbH dürfte einen marginalen Einfluss haben. Wohl ist es richtig, dass diese unnötige Grenze aufgehoben wird, einen Einfluss auf die Gesellschaft dürfte dies nur äusserst selten gehabt haben, zumal bei einem nominellen Kapital in dieser Höhe die Rechtswahl der Aktiengesellschaft das Übliche sein dürfte.
- Die neuen Normen zu den *Sperrminoritäten* der GmbH dürften zu den typischen Merkmalen der GmbH gehören. Qualifizierte Quoren (das Doppelte an Kapitalstimmen und das Doppelte an Kopfstimmen) führen zu einem Minderheitenschutz, wie ihn oft Aktionärsbindungsverträge suchen. Die Statuten können noch weiter gehen und Einstimmigkeit verlangen.

## 5. Konklusion

Die erwähnten Gründe führen dazu, dass der Unternehmer sich zur Rechtswahl einer juristischen Person

entscheidet und die Personengesellschaft nur am Anfang in einfachen Verhältnissen sich als die bessere Variante darstellt. Eine sorgfältige Analyse für und wider AG oder GmbH wird in der Praxis selten gemacht. In den meisten Fällen bestehen klare Vorstellungen. Sofern die modifizierten Bestimmungen in das Rechtsleben Eingang finden, dürfte sich an dieser Tatsache wenig ändern.

Diejenigen, welche sich für die GmbH entscheiden, haben wenig Kapital und wollen mit CHF 10 000.– oder CHF 20 000.– eine Gesellschaft gründen. Sie sind in der Regel noch nicht ertragsstark, weshalb eine kostengünstige Lösung gesucht werden soll, und somit ist auch kein Bedürfnis nach einer Revisionsstelle vorhanden. Mit diesen Tatsachen erübrigen sich oft alle weiteren Überlegungen zu einer vertieften Rechtswahl.

Diejenigen, welche sich für eine AG entscheiden, sind kapitalkräftiger und suchen die Lösung in einer anonymen Kapitalgesellschaft. In der Regel wollen sie mit dieser Rechtswahl dem Nimbus der «billigen» GmbH entgehen. Eine Beurteilung, welche weit verbreitet ist und auch eine gewisse Richtigkeit hat. ■

\* Dr. iur. Bernhard Madörin, Präsident der Sektion Basel-Nordwestschweiz des Schweizerischen Treuhänderverbandes STV, Basel