Die neue GmbH als massgeschneidertes Rechtskleid für Joint Ventures

Von Dr. Beat Brechbühl, LL.M. und Dr. Daniel Emch, LL.M.*

Joint ventures are of eminent economic importance as the concentration of skills and financial power in the form of R&D, production or distribution joint ventures leads to synergies and therefore to economies of scale. Despite its deficiencies, the most common corporate form for joint venture companies in Switzerland is currently the Stock Company (Aktiengesellschaft, AG) according to art. 620 et seq. of the Swiss Code of Obligations CO. One major disadvantage of the stock corporation is that no personal obligations of the shareholders towards the company can be introduced on the corporate level.

On January 1st, 2008 the new law on the Limited Liability Company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) according to art. 772 et seq. CO will presumably come into effect. The experts that advised the government in the legislative process claimed that the new law shall address the specific needs of joint venture companies. The authors of this article scrutinize on the basis of the typical legal structure of an equity joint venture how the new GmbH can be used as a vehicle for joint venture companies and show that the new law is much more attractive for several reasons: the maximum nominal capital cap of CHF 2 Mio will be abandoned, and the possibility to impose duties on the shareholders can be applied for various reasons such as call and put options, pre-emption rights, drag along rights, non compete clauses, duties to conclude satellite contracts with the joint venture company etc. In summary, with the enhanced flexibility, a GmbH may be tailor made for the specific needs of the joint venture founding parties.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Typische Joint-Venture-Klauseln und deren gesellschaftsrechtliche Umsetzung in der Rechtsform der GmbH
1. **Wirtschaftliches Ziel und statutarischer Zweck**
2. **Beginn**
3. **Dauer und Beendigung**
4. **Organisation und Corporate Governance der JV-Gesellschaft**
5. **Patt-Situationen und Exit-Szenarien**
6. **Veräusserungsbeschränkungen**
7. **Austritt und Ausschluss**
8. **Finanzierung und Dividendenpolitik**
9. **Satellitenverträge**
10. **Treuepflichten und Konkurrenzverbot**

III. Fazit

I. Einleitung

Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen; nachfolgend auch «JV» genannt) haben eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung, da die Bündelung der Kräfte in Form eines F&E-, Produktions- oder Vertriebs-Joint-Ventures zu Synergieeffekten und damit zu economies of scale führt. Mit dem Boom von IT und Biotech sind in den letzten Jahren denn auch zahlreiche Joint Ventures gegründet worden.

Der Begriff des Joint Ventures ist mangels gesetzlicher Regelung schillernd, die Erscheinungsformen zahlreich. Wirtschaftlich lassen sie sich in Bezug auf die Wirtschaftsstufe[1] und auf ihre Funktion[2] unterscheiden. Rechtlich bedeutsam ist die Unterscheidung in 50:50-Joint-Ventures und solche, die eine andere Eigentümerstruktur aufweisen (mehr als zwei Gründer oder eine beherrschende Partei) sowie in korporative und vertraglich strukturierte Joint Ventures[3].

Die vorherrschende Rechtsform für korporative Joint Ventures ist in der Schweiz die Aktiengesellschaft, dies obwohl in der Literatur (zu Recht) darauf hingewiesen wird, dass sie sich wegen der Unzuläs-

* Die Autoren sind Partner bzw. Mitarbeiter einer Anwaltskanzlei mit Büros in Bern und Zürich.

[1] Horizontale JV sind auf derselben Stufe wie die Gründergesellschaften tätig; vertikale JV sind auf verschiedenen Wirtschaftsstufen aktiv und konglomerale haben keine Beziehungen zur Tätigkeit der Gründerunternehmen.

[2] F&E, Produktion, Beschaffung und Vertrieb.

[3] Ein korporatives Joint Venture (auch Equity-Joint-Venture genannt) zeichnet sich dadurch aus, dass die beteiligten Unternehmen eine gemeinsame Tochtergesellschaft errichten. Beim Contractual Joint Venture bestehen demgegenüber nur vertragliche Beziehungen (*Tschäni*, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 7 N 1).

sigkeit der Einführung von Nebenpflichten[4] sowie der Regeln über die Zusammensetzung, die Stimmrechte und die unentziehbaren Zuständigkeiten des VR nicht eigne[5].

Am 1. Januar 2008 wird voraussichtlich das neue GmbH-Recht in Kraft treten[6]. Nebst der Beseitigung diverser Nachteile des alten Rechts[7], sind als wichtigste Neuerungen die erleichterte Übertragbarkeit von Stammanteilen[8], die Aufhebung der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter im Umfang des nicht liberierten Kapitals[9], die Flexibilisierung der Vinkulierung[10] sowie die Neuregelung der Nachschuss- und Nebenleistungspflichten[11] zu nennen.

Die für den GmbH-Entwurf verantwortlichen Experten haben gefordert, das GmbH-Recht sei insbesondere auch im Hinblick auf die Bedürfnisse bei der Gestaltung von Joint-Venture-Gesellschaften anzupassen, da das schweizerische Recht hierfür keine geeignete Rechtsform zur Verfügung stelle[12]. Die bundesrätliche Botschaft geht davon aus, dass diese Forderung mit dem neuen Recht nun erfüllt wurde[13].

Nachfolgend wird die rechtliche Ausgestaltung von Equity Joint Ventures beleuchtet und der Frage nach der Eignung des neuen GmbH-Rechts für diese wirtschaftliche Gestaltungsform einer detaillierten Überprüfung unterzogen. Dabei orientieren sich die Autoren an der häufigsten, dreistufigen Grundstruktur für Gemeinschaftsunternehmen: (i) Der *JV-Vertrag* stellt das grundlegende Dokument dar, in dem die Parteien die Gründung und Beendigung sowie die Organisation des JV festlegen; (ii) in den Statuten und im Organisationsreglement der *JV-Gesellschaft* werden diese Punkte gesellschaftsrechtlich gespiegelt und (iii) in den sog. *Satellitenverträgen* werden die Vertragsbeziehungen zwischen der JV-Gesellschaft und ihren Gründern geregelt (Finanzierung, Lizenzen, Abnahme- und Lieferungsverpflichtungen usw.)[14].

An dieser organisatorischen Grundstruktur dürfte sich auch mit einer GmbH als Rechtsträgerin nichts ändern, denn ein JV-Vertrag bleibt unverzichtbar – erstens weil gewisse JV-spezifische-Regelungen nicht statutarisch verankert werden können (z. B. Stimmbindungen auf der GV-Ebene) und zweitens, weil die Parteien an der Vertraulichkeit gewisser Vereinbarungen interessiert sind, die Statuten der JV-Gesellschaft jedoch im Handelsregister für jedermann öffentlich zugänglich sind.

II. Typische Joint-Venture-Klauseln und deren gesellschaftsrechtliche Umsetzung in der Rechtsform der GmbH

1. Wirtschaftliches Ziel und statutarischer Zweck

Das wirtschaftliche Ziel bildet den Kernpunkt jedes Joint Ventures; es wird in der Regel im JV-Vertrag definiert, oft konkretisiert durch einen angehängten Businessplan und Meilensteine. Sinnvollerweise wird es im Zweckartikel der JV-Gesellschaft gespiegelt; da neu jede Zweckbestimmung für eine GmbH zulässig ist[15], bestehen diesbezüglich keine Schranken mehr, auch wenn diese eher theoretischer Natur waren.

4 OR 680 I.

5 Vgl. etwa *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 480; *Böckli/Forstmoser/Rapp*, Reform des GmbH-Rechts, Zürich 1997, S. 109.

6 Für die Referendumsvorlage vgl. BBl 2005, S. 7289 ff.

7 Angesprochen sind etwa die subsidiäre persönliche Haftung, die schwerfällige Übertragung der Stammanteile, die Höchstkapitalbegrenzung von CHF 2 Mio. oder die unklare Kompetenzaufteilung zwischen Gesellschafter und Geschäftsführung. Für eine Zusammenstellung der Mängel des geltenden Rechts vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, S. 3150 ff. sowie *Böckli*, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 10 ff.

8 Vgl. dazu unten Ziff. II.6.

9 Die Haftung war unbefriedigend, weil auch jene Gesellschafter in Anspruch genommen werden konnten, welche ihre Stammanteile voll liberiert haben. Neu ist das Kapital voll zu liberieren, so dass auf die subsidiäre Haftung verzichtet werden konnte. Vgl. hierzu ausführlicher und mit Beispielen *Forstmoser*, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 51 f.

10 Vgl. dazu unten Ziff. II.6.

11 Vgl. dazu unten Ziff. II.8. und II.9.

12 Vgl. *Böckli/Forstmoser/Rapp* (Fn. 5), S. 109 f.

13 Vgl. Botschaft (Fn. 7), S. 3256 und S. 3258.

14 Vgl. hierzu etwa *Tercier*, Les contrats spéciaux, 3e ed., Zürich 2003, N 6617.

15 aOR 772 III, welcher nur wirtschaftliche Zwecke erlaubte, wurde gestrichen (vgl. hierzu Botschaft [Fn. 7], S. 3171).

Der Gesellschaftszweck kann entweder konkret bezeichnet werden oder aber «als Verfolgung des Joint-Venture-Geschäfts, wie von den Gründern definiert» umschrieben werden. Diese, soweit ersichtlich, erstmals von *Tschäni* vorgeschlagene dynamische Formulierung reduziert potenzielle Interessenkonflikte für die VR, welche einerseits die Interessen der JV-Gesellschaft und jene der entsendenden Gesellschaft wahrnehmen müssen[16].

2. Beginn

Normalerweise wird die JV-Gesellschaft neu gegründet, ausnahmsweise kauft sich die eine Partei mittels Kapitalerhöhung oder durch Anteilserwerb in das JV ein. Ebenfalls häufig ist das Einbringen von Betriebsteilen auf dem Weg einer Sachübernahme oder -einlage.

Durch das neue GmbH-Recht wird der Gründungsablauf weitgehend demjenigen der AG mit Namenaktien angeglichen[17]. Nach wie vor werden die Gesellschafter bei der GmbH im Handelsregister publiziert[18]. Dies kann allenfalls für sehr vertrauliche R&D-Joint Ventures ein Hinderungsgrund darstellen, die GmbH als Rechtsform zu wählen; bei der Mehrheit der JV, vor allem im Vertriebs- und Produktionsbereich, besteht allerdings kein Bedürfnis auf Geheimhaltung der Identität der Anteilsinhaber, umso mehr als die Parteien ihre JV häufig öffentlich ankündigen.

3. Dauer und Beendigung

Der JV-Vertrag wird entweder auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen. In beiden Fällen tun die Parteien gut daran, die Voraussetzungen, Mechanismen und Folgen der Beendigung im JV-Vertrag selber zu regeln. Ansonsten laufen sie Gefahr, dass bei Verträgen auf unbestimmte Zeit jede Partei das Joint Venture jederzeit mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten kündigen kann – dies gilt sowohl für gesellschaftsrechtliche Verhältnisse qua ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (OR 546)[19] als auch für schuldrechtliche Verhältnisse aufgrund analoger Anwendung dieser Bestimmung durch das Bundesgericht (BGE 97 II 399); dazu kommt in diesem Fall die Gefahr der richterlichen Festlegung der Vertragsdauer[20].

Sinnvoll und in der Praxis häufig sind Klauseln, welche die Dauer des JV-Vertrags auf den alternativen Eintritt eines der folgenden Ereignisse beschränken: (i) Auflösung/Liquidation der JV-Gesellschaft[21], (ii) Zweckerreichung (z. B. Fertigstellung eines Forschungsprojekts), (iii) Unmöglichkeit der Zweckerreichung, (iv) Verlust der Gesellschafterstellung einer der Parteien (sei es durch Verkauf an einen Dritten oder an den Vertragspartner) und (v) das Patt in der Entscheidfindung[22]. Kumulativ dazu sollten die in Dauerschuldverhältnissen üblichen einseitigen Kün-

[16] *Tschäni* (Fn. 3), 7 N 28.

[17] Dasselbe gilt für die neuen Vorschriften in Bezug auf Sacheinlagen und -übernahmen, deren Werthaltigkeit neu und wie bei der AG durch die Revisionsstelle zu bestätigen ist (OR 777c II): Da sich die JV-Partner ohnehin über die Bewertung der Geschäftsteile einigen müssen, wird sich der Zwang zu einer «objektiven» Drittmeinung neutral oder sogar positiv auf den Einigungsprozess auswirken.

[18] OR 791.

[19] Während ein grosser Teil der Lehre von einer einfachen Gesellschaft ausgeht (*Oertle,* Das Gemeinschaftsunternehmen [Joint Venture] im schweizerischen Recht, Zürich 1990, S. 34; *Handschin,* Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 82; *Tschäni* [Fn. 3], 7 N 9) geht die andere Auffassung von einem Innominatkontrakt aus (*Reymond,* Le contrat de «Joint Venture», in: Forstmoser/Tercier/Zäch [Hrsg.], Innominatverträge, FS Schluep, Zürich 1988, S. 386; *Huber,* Vertragsgestaltung, in: Meier-Schatz [Hrsg.], Kooperations- und Joint-Venture-Verträge, Bern 1994, S. 55 f.). Das Bundesgericht tendiert zwar eher zur einfachen Gesellschaft, es hat sich aber nicht in absoluter Form für die eine oder andere Qualifikation entschieden, sondern behält sich die Bestimmung der Rechtsnatur im Einzelfall vor (vgl. BGer Urteil vom 5. Mai 2006, 4C.22./2006 Erw. 5).

[20] Der Richter muss allerdings bei der Festlegung der Vertragsdauer den hypothetischen Parteiwillen berücksichtigen, vgl. BGE 114 II 159.

[21] Diese Bestimmung sollte nur dann gewählt werden, wenn entweder die Dauer der JV-Gesellschaft bereits statutarisch bestimmt ist (was sehr selten der Fall sein dürfte) oder mit einem zeitlich klar definierten Projekt verknüpft ist (z. B. gemeinsame Herstellung eines Systems, das auf einen bestimmten Zeitpunkt ablieferbar ist). Ohne diese Präzisierung besteht die Gefahr, dass bei solchen Klauseln die sechsmonatige Kündigungsfrist zur Anwendung gelangt (in diesem Sinn z. B. *Böckli/Morscher,* Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW 1997, S. 63).

[22] Wird das Patt in der Entscheidfindung als Auflösungsgrund genannt, hat dies in der Regel eine disziplinierende und präventive Wirkung auf die Parteien, sich zu einem Entscheid zusammen zu raufen. Dies führte aber auch schon dazu, dass eine Partei bewusst eine Patt-Situation herbeiführte, um das Joint Venture aufzulösen, weil aufgrund der konkreten Ausgestaltung der vor- und nachgela-

digungsrechte eingeräumt werden bei (i) materiellen Vertragsverletzungen[23], (ii) Konkurs/Nachlassverfahren und (iii) Kontrollwechseln (inkl. Veräusserung wesentlicher Aktiven).

Ebenso wichtig ist, dass klar geregelt wird, welches Schicksal die Satellitenverträge und die JV-Gesellschaft bei Beendigung des JV-Vertrags erleiden sollen – insbesondere im Lichte allfälliger Ansprüche Dritter[24]. Wenn die Parteien die Liquidation der Gesellschaft als Konsequenz vorsehen wollen, sollten sie dies sowohl im JV-Vertrag als auch in den GmbH-Statuten (OR 821 I Ziff. 1) stipulieren. Denkbar ist aber auch, dass die JV-Gesellschaft weiterbesteht und die Anteile entweder an Dritte (z. B. im Rahmen einer Auktion) oder einer der Parteien verkauft werden (für die Preisfindung und die entsprechende Statutenbestimmung siehe unten Ziff. II.5). In allen Fällen ist darauf zu achten, dass die Auflösungsklage aus wichtigem Grund keinen Strich durch die Parteivereinbarung macht (OR 821 III); doch auch wenn aufgrund des zwingenden Charakters diese Klagemöglichkeit nicht auszuschliessen ist, kann durch eine «Positivliste» der Auflösungsgründe in den Statuten, allenfalls ergänzt um eine «Negativliste» von Gründen, die nicht zur Auflösung führen im JV-Vertrag, das Risiko des Durchdringens minimiert werden[25] – umso mehr als das Gesetz den Richter anweist, wenn möglich auch mildere Massnahmen zu erkennen.

4. Organisation und Governance der JV-Gesellschaft

In jedem Joint-Venture-Vertrag wird den Entscheidungsmechanismen grosse Beachtung geschenkt. Das neue GmbH-Recht erlaubt im Vergleich zur AG einen grösseren Spielraum für die statutarische Spiegelung der Kompetenzabgrenzungen, auch wenn das neu eingeführte Paritätsprinzip gewisse Schranken auferlegt. Im JV-Vertrag selber verpflichten sich die Parteien in der Regel, als Gesellschafter der JV-Gesellschaft im Sinne des JV-Zwecks zu stimmen und die von ihnen delegierten Geschäftsführer entsprechend zu instruieren. Charakteristisch ist sodann die grundsätzliche Gleichberechtigung zwischen den Partnern – im Gegensatz zu Private-Equity-Finanzierungen finden sich z. B. selten Bestimmungen über Vorzugs- und Stimmrechtsanteile.

Im Unterschied zur AG kennt die GmbH keinen Verwaltungsrat. Da das GmbH-Recht vermutungsweise die Selbstorganschaft vorsieht (OR 809 I i.V.m. 810 II), besteht gerade in kleineren Verhältnissen keine Kontrolle über die Geschäftsführung durch ein selbständiges Organ. Für Joint Ventures dürfte diese Regelung bedeutungslos sein, weil die Parteien die Organisation regelmässig abweichend und detailliert regeln, und weil angesichts dessen, dass die Gründerunternehmen praktisch nur juristische Personen sind, Geschäftsführer aber natürliche Personen sein müssen (OR 809 II), ohnehin fast immer Drittorganschaft vorliegt.

Idealtypisch wird ein Joint Venture auf mehreren Ebenen organisiert:

(i) *Festlegung der Eskalationsmöglichkeiten im JV-Vertrag*[26]: Katalog derjenigen Entscheide, die bei einem Patt in den Organen der JV-Gesellschaft auf die Ebene der Mutterunternehmen eskaliert und dort häufig von den CEO gelöst werden sollen, wie z. B. Strategiedifferenzen.

(ii) *Festlegung des Aufgabenkatalogs der Gesellschafterversammlung (GV) in den Statuten der JV-Gesellschaft*[27]: Der gesetzliche Minimalstandard der undelegierbaren Aufgaben gemäss OR 804 kann ergänzt werden durch einen Katalog von Aufgaben, die andernfalls in die Subsidiärkompetenz des Geschäftsführers fallen würden (z. B. Entscheid über die Akquisition von Drittunternehmen) sowie neu und im Gegensatz zur AG durch Entscheide, die gemäss Gesetz in die

gerten Satellitenverträge, die vom JV unabhängig waren, die andere Partei die primär haftende war.

23 Explizit sollte auch die wesentliche Verletzung der Satellitenverträge einbezogen werden.

24 So ist in der Praxis häufig die Situation anzutreffen, in welcher neben zwei oder drei an der Muttergesellschaft beteiligten Unternehmen Dritte hinzutreten, die für die Realisierung des gemeinsamen Vorhabens einen bedeutenden Anteil leisten, sich jedoch nicht an der Joint Venture Gesellschaft beteiligen wollen und lediglich in einer vertragsrechtlichen Beziehung zum JV stehen.

25 Der Richter muss u.E. den JV-Vertrag im Rahmen der für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes erforderlichen Interessenabwägung (vgl. BGE 105 II 125) mitberücksichtigen. Wird dort ein Ereignis explizit als wichtiger Grund ausgeschlossen, dürften die Prozessaussichten einer entsprechenden Klage äusserst gering sein.

26 Es versteht sich von selbst, dass diese Punkte nicht in den Statuten der JV-Gesellschaft gespiegelt werden können.

27 Selbstverständlich können sie auch Bestandteil eines identischen Katalogs im JV-Vertrag sein – das ist jedoch unnötig, sodass ein Verweis genügt.

zwingende Zuständigkeit der Geschäftsführer fallen, aber durch eine statutarische Vorschrift der GV zur Genehmigung unterbreitet werden müssen (OR 810 i.V.m. 811 I Ziff. 1). Dafür eignen sich in Joint-Ventures-Fragen, die man nicht gerade auf die CEO-Ebene der Muttergesellschaften eskalieren, andererseits auch nicht der operativen JV-Führung überlassen will – wie z. B. die Änderungen in der Organisation oder die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle der JV-Gesellschaft. Dass dabei angesichts der unglücklichen Formulierung von OR 811 II die externe Haftung der Geschäftsführer nicht ausgeschlossen werden kann, reduziert die Praxistauglichkeit des Genehmigungsvorbehalts für JV u.E. nicht, da er primär als Baustein zur Errichtung einer zweckmässigen *internen* Kompetenzabgrenzung dient und allfällige externe Haftungsansprüche durch Freistellungen gelöst werden können[28].

Für die einzelnen Beschlüsse der GV ist überdies zu entscheiden, ob die einfache Mehrheit genügt oder ob höhere statutarische Quoren verlangt werden (OR 808b II), sofern dies nicht bereits gesetzlich vorgesehen ist (OR 808b I). In der Praxis häufig anzutreffen sind sodann Anwesenheitsquoren, die jedoch bei Zweiparteien-JV ihre Tücken haben, weil so eine Partei durch ihr Fehlbleiben eine Entscheidung blockieren kann[29]. Schliesslich können gemäss neuem GmbH-Recht die Statuten sogar ein Vetorecht eines, mehrerer oder aller Gesellschafter gegen bestimmte (statutarisch festzulegende) Beschlüsse stipulieren (OR 807). Grundsätzlich kann sich das Vetorecht nur gegen GV-Beschlüsse richten, über den Umweg des Genehmigungsvorbehalts der GV für Geschäftsführerbeschlüsse (OR 811), kann es aber auch für solche eingeführt werden[30]. Es ist persönlich und nicht übertragbar, d.h. nicht an einen Stammanteil gebunden, deshalb sind unpersönliche Quorumsbestimmungen u.E. vorzuziehen. Weil das Vetorecht auch zeitlich befristet eingeräumt werden kann, sind jedoch Situationen v.a. zu Beginn eines JV denkbar, wo es sinnvoll sein könnte (z. B. Vetorechte zugunsten einer Minderheitsgesellschafterin gegen Auflösung, Abtretung der Stammanteile oder finanzielle Beschlüsse während den ersten zwei Jahren nach Gründung).

Schliesslich sind auch allfällig weitere Gremien in den Statuten der JV-Gesellschaft einzuführen: So ist es denkbar, in den Statuten vorzusehen, dass die Gesellschafterversammlung einen Teil oder die gesamte Überwachung der Geschäftsführung an einen Ausschuss delegiert[31] – so zum Beispiel, um das Finanz-Controlling sicherzustellen. Zwar bleiben aufgrund des Paritätsprinzips die Kompetenzen der gesetzlichen Organe bestehen, sodass z. B. der Ausschuss über kein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht verfügen kann, doch es ist den JV-Parteien unbenommen, ein solches im JV-Vertrag vorzusehen und dafür zu sorgen, dass sich der Geschäftsführer daran hält.

(iii) Festlegung des Aufgabenkatalogs der Geschäftsführung in den Statuten des JV: Auch für die Geschäftsführung gibt es einen Minimalkatalog (OR 810 II); darüber hinaus ist die generelle Subsidiärkompetenz gemäss OR 810 I zu beachten. Möglich ist somit das Zuweisen beliebiger Aufgaben, sofern sie nicht in die unentziehbare Kompetenz der GV gemäss OR 804 II fallen.

Die Kompetenzordnung ist eng verknüpft mit der Organisation der Geschäftsführung. Da, wie eingangs in Ziff. II.4. erwähnt, in Abweichung zur idealtypischen GmbH keine Selbstorganschaft vorliegt, sollten die Statuten abgesehen von der Zuständigkeit für die Wahl der GL[32] folgende Minimalregelungen enthalten: a) Anzahl Geschäftsführer, b) allenfalls Wegbedingung des subsidiär

[28] Die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft wird durch die GV-Genehmigung demgegenüber ausgeschlossen (vgl. BGE 131 III 640). *Wohlmann*, GmbH – Positionierung der GmbH und Fragen zur Geschäftsführung, in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 132 f. hält dafür, dass die Gesellschafterversammlung in solchen Fällen zum statutarischen Organ wird, welches für seine Entscheide der verantwortungsrechtlichen Haftung unterworfen sei.

[29] Um dies zu verhindern, sollte diesfalls eine zweite Runde vorgesehen werden, wo das Quorum nicht mehr beachtet werden muss.

[30] So explizit die Botschaft (Fn. 7), S. 3209.

[31] So auch *Böckli* (Fn. 7), S. 25.

[32] Sehen die Statuten keine anderslautende Regelung vor, bestimmt die juristische Person ihren Vertreter in der Geschäftsführung. Die Statuten können aber vorsehen, dass für die Bezeichnung von Geschäftsführern durch juristische Personen oder Handelsgesellschaften die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist (OR 809 II).

geltenden Delegationsrechts der einzelnen Gesellschafter gemäss OR 809 II, c) Wahlperiode, d) allfällige Rotationspflichten sowie – im JV-Vertrag – allfällige Anforderungen an die Geschäftsführer.

(iv)Festlegung der Art der Revision, sofern diese nicht gesetzlich vorgegeben ist: Die Revisionspflicht ist zukünftig nicht mehr abhängig von der Rechtsform, sondern von der wirtschaftlichen Bedeutung. Angesichts des Kontrollinteresses der Gesellschafter dürfte die Revision auch dann die Regel sein, wenn ein Joint Venture weniger als zehn Vollzeitbeschäftigte hat (OR 727a II). Denkbar ist, dass sich die Parteien auf eine eingeschränkte Revision einigen, sofern die Grössenverhältnisse dies zulassen (OR 727).

5. Patt-Situationen und Exit-Szenarien

Eine Regelung ist für Patt-Situationen vorzusehen, die u.a. dadurch auftreten, dass sich die Geschäftsführer (u.U. trotz mehrfacher Versuche) nicht einigen können oder die notwendigen Mehrheiten in der Gesellschafterversammlung nicht erreicht werden.

Der in der Praxis wohl häufigste Lösungsansatz bildet ein Eskalationsmechanismus, in dem die Einigung hierarchisch und nach ungenutztem Ablauf von Einigungsfristen nach oben delegiert wird, wenn auf der unteren Stufe keine Lösung gefunden wird: Wenn sich z.B. zwei gleichberechtigte GmbH-Geschäftsführer nicht einigen können, wird das Problem der GV unterbreitet; ist auch dort keine Einigung möglich, gelangt es auf die Stufe der Gründergesellschaften – zunächst zu den Business-Verantwortlichen und dann zu den CEOs (allenfalls, aber nur sehr selten, zu deren VR). Alternativen dazu sind etwa die Ernennung eines Schiedsrichters, die Wahl eines zusätzlichen unabhängigen VR der JV-Gesellschaft als «Zünglein an der Waage» oder der (rotierende) Stichentscheid, sei es des Vorsitzenden der GL oder der GV (sofern nicht ohnehin in Personalunion).

Es ist offensichtlich, dass all diese Lösungen (auch) in den Statuten und dem Organisationsreglement der JV-Gesellschaft abgebildet werden können[33], bis diese die Entscheidkompetenz verlässt; d.h. wenn auf die Stufe der Gründergesellschaften eskaliert wird, kann dies selbstverständlich nur noch im JV-Vertrag vorgesehen werden.

Insbesondere in Fällen, in denen – auf welcher Stufe auch immer – eine Einigung erzielt werden muss, sind eigentliche deadlocks nicht auszuschliessen, ja rechnen die Parteien oft damit. Diesfalls wird das Joint Venture (nicht zwingend aber die JV-Gesellschaft) in der Regel aufgelöst, da eine Weiterführung angesichts des grundlegenden Dissens' wirtschaftlich kaum Sinn machen wird. Diese häufig spieltheoretisch ausgestalteten Entkoppelungsmechanismen verfolgen das Ziel, dass am Schluss 100% der Anteile bei einer Partei oder einem Dritten liegen, ohne dass hierfür langwierige Preisverhandlungen erforderlich sind. Beispiele solcher Ansätze sind etwa die Texas shoot-out-Klausel (eine Partei unterbreitet der anderen eine Offerte; diese kann zum gebotenen Preis entweder ihre Anteile verkaufen oder aber die Anteile der anderen Partei kaufen) oder ein blind bid (beide Parteien unterbreiten ein Angebot ohne zu wissen, wie hoch der Betrag der anderen ausfällt; diejenige, die höher geboten hat, kann die Anteile der anderen Partei kaufen). In beiden Beispielen sind die Spielregeln so ausgestaltet, dass das erste Angebot «fair» ausfällt. Die rechtliche Umsetzung dieser Mechanismen erfolgt im JV-Vertrag durch Call- und Put-Optionen. Eine gesellschaftsrechtliche Verankerung in den GmbH-Statuten ist über Kaufrechte (OR 804 II Ziff. 10) oder über den Umweg des Austritts- und Ausschlussrechts möglich (OR 804 II Ziff. 15 bzw. OR 822 II – siehe dazu sogleich).

6. Veräusserungsbeschränkungen

Weil ein JV einen personalistischen Charakter hat, vereinbaren die Parteien regelmässig Veräusserungsbeschränkungen für die Anteile der JV-Gesellschaft. Dafür ist die GmbH sehr gut geeignet: Während seit 1992 in den Statuten der AG lediglich bestimmte Vinkulierungsgründe verankert werden können, steht in der GmbH die ganze Palette von Gestaltungsmöglichkeiten, d.h. inklusive Vorkaufs-, Kauf- und Mitveräusserungsrechte zur Verfügung. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil eine rein schuldrechtliche Regelung im JV-Vertrag die (vertragsver-

[33] Ebenso *Böckli/Forstmoser/Rapp* (Fn. 5), S. 109.

letzende) Veräusserung bekanntlich nicht verhindert[34].

Sinnvollerweise werden deshalb die Anteile der JV-Gesellschaft vinkuliert ausgegeben, wofür die neue flexiblere Vinkulierungsordnung der GmbH geeignet ist[35]. Das Gesetz sieht subsidiär die Zustimmung der GV für die Abtretung und die Möglichkeit vor, diese ohne Angabe von Gründen zu verweigern. Diese subsidiäre Regelung dürfte allenfalls bei stark personenbezogenen 50:50-JV den Bedürfnissen der Parteien entsprechen. Häufiger werden die Parteien dieses willkürliche Element wegbedingen und abweichende statutarische Regelungen vorsehen wollen, so insbesondere den Ausschluss der Übertragung entweder auf unbestimmte Zeit, für eine gewisse Mindestdauer oder bis zur Zielerreichung[36], kombiniert mit einer abschliessenden Aufzählung von Verweigerungsgründen (OR 786 II Ziff. 2): So könnte eine Konkurrenzklausel ebenso angezeigt sein, wie die Bewahrung der Gesellschaft als eigenständiges JV-Unternehmen[37]. Im Gegensatz zur AG wäre auch eine Statutenbestimmung zulässig, wonach die Übertragung nur genehmigt wird, wenn der Erwerber dem JV-Vertrag, d.h. der Grundvereinbarung, beitritt, was für sachbezogene oder Mehrparteien-JV angezeigt sein könnte. Dies ergibt sich aus der Möglichkeit, positive Nebenleistungspflichten für die Gesellschafter zu stipulieren (OR 796), was u.E. auch ein Vertragsabschluss sein kann[38] sowie aus dem Umstand, dass die Abtretung ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann[39]. Schliesslich sollte als Auffangbestimmung die Escape-Klausel aufgenommen werden (Verweigerung der Abtretung gegen Übernahme zum wirklichen Wert)[40] – hier ist zu beachten, dass sie im Unterschied zur AG ausdrücklich in den Statuten erwähnt werden muss. Leider ist es u.E. unzulässig, sie so zu formulieren, dass das Angebot nicht nur auf eigene Rechnung sondern auch auf Rechnung von Gesellschaftern erfolgen kann[41].

Des Weiteren lässt sich durch eine geschickte Kombination von Nebenleistungen und Nachschüssen einerseits sowie einer Vinkulierungsbestimmung andererseits verhindern, dass eine Partei eine Patt-Situation herbeiführt, um aus dem JV auszusteigen, weil sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen will: Gemäss OR 786 II Ziff. 5 können die Statuten vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- und Nebenleistungspflichten «zweifelhaft» ist. Es braucht somit lediglich einen (allerdings nachweisbaren) «anticipa-

34 Gestützt auf die schuldrechtliche Verpflichtung ist höchstens *ex ante* eine Verhinderung der Übertragung durch vorsorgliche Massnahmen möglich.

35 Der Gesetzgeber liess sich dabei von den JV-Bedürfnissen leiten (Botschaft [Fn. 7], S. 3187).

36 Da die Übertragbarkeit gänzlich ausgeschlossen werden kann (OR 786 II Ziff. 4), ist a majore ad minus zu folgern, dass auch ein zeitlich begrenzter Ausschluss zulässig sein muss. Vorbehalten bleibt in diesem Fall selbstverständlich das Austrittsrecht aus wichtigem Grund (OR 822).

37 Selbst der von *Tschäni* (Fn. 3), 7 N 77, für die AG vorgeschlagene Vinkulierungsgrund der Bewahrung als selbständiges JV- Unternehmen «unter stimmenmässiger Kontrolle von X und Y» wäre für die GmbH ohne Weiteres möglich, aber überflüssig, da dasselbe Resultat mit dem Abtretungsverbot (OR 786 II Ziff. 4) erreicht wird.

38 Die Gesellschafter sind innerhalb der Grenzen von ZGB 27 II frei, sich zu Nebenleistungen zu verpflichten, solange diese dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dienen (OR 796 II; vgl. Botschaft [Fn. 7], S. 3161). Problematisch ist einzig, dass vom Gesetz gefordert wird, dass der Gegenstand und der Umfang der Nebenleistungspflicht in den Statuten festzulegen ist (OR 796 III Satz 1). Besteht die Nebenpflicht im Abschluss eines Vertrags, schulden die Gesellschafter mittelbar auch die Erfüllung der darin enthaltenen Pflichten. Wird die Vertragsabschlusspflicht zusammen mit den wichtigsten Pflichten der Grundvereinbarung (essentialia negotii) aber in der entsprechenden Statutenbestimmung erwähnt, sollte eine solche Nebenpflicht zulässig sein. Der Gesetzgeber lässt nämlich ein Verweis auf ein Reglement der Geschäftsführung zu (OR 796 III Satz 2), was dieser die Möglichkeit eröffnet, in ihrem Reglement zusätzlich auf die in einem Vertrag geregelten Rechte und Pflichten hinzuweisen, um auf diese Weise den gesamten Vertrag sozusagen zum Reglement und damit indirekt zur Nebenpflicht zu erheben. Kann der gesamte Vertrag zur Nebenpflicht erhoben werden, sollte es auch zulässig sein, die Verpflichtung zum Vertragsabschluss als solche auszugestalten.

39 Da die Abtretung ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann, sollte es auch zulässig sein, die Abtretung an die Unterzeichnung der Grundvereinbarung zu knüpfen.

40 OR 786 II Ziff. 3.

41 OR 788 III stipuliert diese Möglichkeit ausdrücklich für «besondere Erwerbsarten», nicht aber die Vorschrift von OR 786 II Ziff. 3. Hierbei ist zwar von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen, weil die aktienrechtliche Regelung ohne Anpassung an die personalistische Struktur des GmbH-Rechts übernommen wurde. Die Materialien bieten aber u.E. keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Korrektur dieses Versehens via Lückenfüllung möglich wäre. In der Praxis kann diesem Problem immerhin durch geschickt formulierte Vorkaufsrechte abgeholfen werden.

tory breach of contract», um den Veräusserungsabsichten der anderen Partei einen Riegel zu schieben.

Häufig vereinbaren die Gesellschafter neben den erwähnten Abwehrmechanismen auch Klauseln, die einer veräusserungswilligen Partei entgegenkommen, der oder den verbleibenden Partnern jedoch die Möglichkeit einräumen, ihre eigene Position zu überdenken und entweder zusätzliche Anteile zu erwerben oder eigene abzubauen. Regelmässig werden deshalb Vorhand- oder Vorkaufsrechte eingeräumt und häufig werden diese auch kombiniert[42]. Seltener sind anteilsmässige Mitverkaufsrechte (Tag along Rights) des einen Partners bei einem Verkauf eines anderen Partners an einen Dritten und Mitverkaufspflichten (Drag along Rights), mit welchen die verkaufswillige Partei die anderen Partner dazu verpflichten kann, ebenfalls an den Dritten zu verkaufen. Auch diese Instrumente können miteinander kombiniert bzw. erst bei Schwellenwerten eingesetzt werden, welche den Charakter des JV verändern könnten – z. B. Einräumung des Mitverkaufsrechts erst beim Übergang von mindestens einem Drittel (weil der Käufer damit ein Blockierungsrecht erhält) und Mitverkaufsverpflichtung erst, wenn der Käufer mit dem Verkauf zwei Drittel des Grundkapitals erwirbt (weil er damit wichtige Entscheide durchsetzen kann). Die Modalitäten (Berechtigung, Preis oder Bestimmungsmechanismen, Fristen, Ablauf) sollten so detailliert geregelt werden wie nötig, um den self-executing-Charakter der Regelungen sicherzustellen.

Als weitere Kategorie sind die Kauf- und Verkaufsrechte anzusehen. Wie schon erwähnt, werden sie für das Überwinden von Patt-Situationen eingesetzt. Darüber hinaus können sie eine wirksame Vertragsstrafe mit präventivem Charakter darstellen, indem bei einer (schweren) Vertragsverletzung die andere(n) Partei(en) berechtigt ist/sind, eine gewisse Anzahl von Anteilen von der verletzenden Partei zu erwerben – häufig mit einem Abschlag auf dem Verkehrswert. Schliesslich werden sie auch eingesetzt, um den personalistischen JV-Charakter zu bewahren, so u.a. bei existenziellen Problemen eines Gesellschafters (Illiquidität/Konkurs/Nachlassverfahren), neuen Eigentümern (change of control) oder der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn das Management am JV beteiligt ist.

All diesen Veräusserungsbeschränkungen ist gemeinsam, dass sie nur dann Drittwirkung entfalten, wenn sie in den Statuten der JV-Gesellschaft verankert werden (sonst bleibt nur der Schadenersatzanspruch gegen die verletzende Partei). Während dies für die AG seit 1992 nicht mehr möglich ist, sind die Vorschriften in Bezug auf die GmbH bedeutend flexibler. Die Statuten können gemäss OR 796 Nebenleistungspflichten vorsehen, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen, womit Vorhand- und Vorkaufsrechte sowie Mitverkaufsrechte und u.E. selbst Mitverkaufspflichten statutarisch verankert werden können[43].

7. Austritt und Ausschluss

Zusätzlich zu den Regeln für die Übertragung der Anteile werden die Parteien festlegen wollen, unter welchen Voraussetzungen ein Partner aus dem Joint Venture ausscheidet oder ausgeschlossen werden kann – das Letztere z. B. mit dem Unvermögen der Weiterfinanzierung oder allenfalls auch einer wesentlichen Pflichtverletzung[44]. Bei einer GmbH können die Parteien sowohl die Ausschluss- als auch die Austrittsgründe in den Statuten festlegen (OR 822 und 823); diesfalls kann darüber die Gesellschafterversammlung abstimmen[45], wobei auch beim Ausschluss der betroffene Gesellschafter grundsätzlich mit stimmt und somit z. B. beim 50:50-Joint-Venture die

[42] Vorhandrechte verpflichten den Veräusserungswilligen, seine Anteile den anderen Partnern anzubieten, bevor er mit Dritten verhandelt, während die verbleibenden Partner bei einem Vorkaufsrecht erst dazwischentreten können, wenn bereits ein Käufer gefunden (und häufig der Preis fixiert) worden ist. Mit anderen Worten liegt beim Letzteren ein Drittvergleich vor.

[43] Botschaft (Fn. 7), S. 3199. Gerade auch Mitverkaufspflichten können der Wahrung des bisherigen Anteils, aber mit einem neuen Partner sichern: Soll bei einer Joint-Venture-Gesellschaft mit vier gleichberechtigten Partnern mit je einem Stammanteil von 25% des Kapitals gemäss Mehrheitsbeschluss in der Gesellschafterversammlung ein fünfter Gesellschafter aufgenommen werden, kann mit der Mitverkaufspflicht dafür gesorgt werden, dass auch der die Abtretung ablehnende Gesellschafter, wie alle anderen Gesellschafter, nach dem Eintritt des neuen Partners nur noch mit 20% an der Gesellschaft beteiligt ist.

[44] Hierzu scheinen aber Kaufrechte mit einem Abschlag besser geeignet zu sein bzw. grössere präventive Wirkung zu entfalten, weil beim Ausschluss der wirkliche Wert gemäss OR 825 zu vergüten ist.

[45] OR 804 II Ziff. 14 und 15.

Ausschlussregelung aushebeln kann. Um dies zu verhindern, sollte es u.E. zulässig sein, statutarisch festzulegen, dass in solchen Fällen dem betroffenen Gesellschafter kein Stimmrecht zukommt[46]. Ohne statutarische Grundlage können Ausschluss und Austritt nur aus wichtigen Gründen und auf entsprechende Klage hin durch den Richter verfügt werden[47].

Grundsätzlich hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung zum wirklichen Wert seines Anteils (OR 825 I)[48]. Die Höhe des Abfindungsanspruchs kann nur im Falle des freiwilligen Ausscheidens reduziert werden (OR 822 II i.V.m. OR 825 II).

8. Finanzierung und Dividendenpolitik

In der Start-up- und Wachstumsphase oder bei R&D-Joint-Ventures sogar ständig ist die Finanzierung ein wichtiges Thema. Regelmässig legen ihr die Parteien einen Businessplan zugrunde und orientieren sich daran. Somit wird nur die Höhe des Initialinvestments und evtl. der ersten Folgefinanzierung verpflichtend geregelt. Dies ist angesichts der fehlenden Plangenauigkeit sinnvoll. Sofern aber kein im Vornherein fixierter Mechanismus[49] implementiert wird und die weitere Finanzierung dem Schicksal künftiger Verhandlungen überlassen wird, besteht das Risiko, dass das Gemeinschaftsunternehmen entweder durch eine einseitige Weigerung der Weiterfinanzierung ohne triftigen Grund eines JV-Partners gefährdet wird oder dass ein anderer durch «unnötige» Kapitalerhöhungen den Anteil des weniger finanzstarken Partners verwässert. Somit ist es sinnvoll, zumindest eine «best-effort»-Klausel für weitere Finanzierungen in der Grundvereinbarung vorzusehen – je nach Situation zusammen mit einer vertraglichen Verwässerungsschutzklausel[50] oder lediglich mit dem Erfordernis eines erhöhten Quorums für den Kapitalerhöhungsbeschluss[51]. Analoges ist für das Fremdkapital zu stipulieren. Zwar fällt dieses gemäss OR 810 I bei der GmbH in die Subsidiärkompetenz der Geschäftsführer (bei der AG in die des VR), doch die Parteien können entweder statutarisch die Kompetenzdelegation an die Gesellschafterversammlung mit entsprechender Mehrheit vorsehen (OR 811 I Ziff. 1) oder ein erhöhtes Quorum auf der Geschäftsführerebene einführen (OR 809 IV).

Als ebenso scharfes wie zweischneidiges Schwert erweist sich die Möglichkeit der Einführung einer Nachschusspflicht bei GmbH-JV. Diese kann nur bis zum doppelten Nennwert des damit verbundenen Stammanteils statutarisch festgelegt werden (OR 795 II). Nachschüsse dürfen ausserdem nur dann durch die Geschäftsführer eingefordert werden, wenn eine Unterbilanz vorliegt und die JV-Gesellschaft ihre Geschäfte nicht mehr ordnungsgemäss weiterführen könnte oder ein in den Statuten umschriebener Fall gegeben ist. Bei JV wäre bspw. eine Regelung denkbar, wonach die Nachschusspflicht durch den Abschluss der Produkteentwicklung ausgelöst wird[52], damit die anschliessend vorgesehene Vertriebstätigkeit finanziert werden kann. Dabei empfiehlt sich, die Aufhebung der Nachschusspflicht einem qualifizierten Quorum zu unterstellen, um zu verhindern, dass diese nach der Gründung durch eine

46 Der Beschluss über den Ausschluss eines Gesellschafters ist zwar in der Aufzählung der Ausschlussgründe vom Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung in OR 806a nicht aufgezählt; dies sollte aber die Möglichkeit der Einführung eines statutarischen Ausstandsgrundes nicht verhindern, da hier ein mit den gesetzlichen Ausstandsgründen vergleichbarer Interessenskonflikt vorliegt (gl.M. *Handschin/Truniger,* Die neue GmbH, Zürich 2006, § 13 N 75).

47 OR 823 I.

48 Die Abfindung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit der Stammanteil veräussert werden kann, die Gesellschaft über genügend EK verfügt oder ihr Stammkapital herabsetzen darf. Für den nicht ausbezahlten Teil hat der Ausscheidende eine unverzinsliche, nachrangige Forderung (OR 825a).

49 Denkbar ist eine Formel, mit welcher die Höhe der Finanzierung anhand von Kennzahlen berechnet wird.

50 Wenn das notwendige Kapital in einer Finanzierungsrunde von neuen Partnern eingebracht wird, führt dies zur Verwässerung der Investition. Mit einer anti dilution-Klausel verlangen neue Investoren häufig, dass sie in einer späteren Finanzierungsrunde von den bisherigen Gesellschaftern so viele weitere Stammanteile zu einer niedrigeren Bewertung beziehen dürfen, bis ihr durchschnittlicher Einstandspreis der niedrigeren Bewertung entspricht (selbstverständlich kann dieser Effekt auch durch Kapitalerhöhung erzielt werden).

51 Das Gesetz sieht für Kapitalerhöhungen bereits das qualifizierte Mehr von OR 808b vor. Je nach Zusammensetzung der Gesellschafter könnte eine Erhöhung des Quorums (OR 808b II) einen zusätzlichen Schutz der finanzschwächeren Gesellschafter bieten.

52 Hierbei ist allerdings darauf zu achten, dass der Grund für die Auslösung der Nachschusspflicht in den Statuten möglichst präzis umschrieben wird, vgl. dazu *Chapuis,* Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 2007, S. 90.

knappe Mehrheit in der GV wieder abgeschafft werden kann[53]. Der Vorteil einer solchen statutarischen Nachschusspflicht liegt auf der Hand: Das JV wird in konkret definierten Fällen weiterfinanziert – ohne Wenn und Aber. Dies ist gleichzeitig auch die grösste Fussangel, da die Finanzsituation der Gesellschafter nicht berücksichtigt wird. Allerdings ist das Instrument für grössere Gemeinschaftsunternehmen und damit für grössere Summen aufgrund der Limitierung auf das Doppelte des Nennwerts je nach Höhe des Grundkapitals ohnehin nicht geeignet[54]. Eine weitere Schwierigkeit bei 50:50%-Joint-Ventures besteht darin, dass die für die Einforderung der Nachschüsse erforderliche Beschlussfassung auf Stufe Geschäftsführung durch eine Patt-Situation blockiert sein kann[55].

9. Satellitenverträge

Die Satellitenverträge regeln das Verhältnis zwischen der JV-Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Es ist zu empfehlen, diese gleichzeitig mit dem JV-Vertrag auszuhandeln, damit diese möglichst gut aufeinander abgestimmt werden können, oder zumindest in einem Anhang die wesentlichen Vertragselemente festzulegen. So oder anders sind sie wirtschaftlich mit dem gesamten Joint Venture verknüpft, sodass es ratsam ist, das Verhältnis der Satellitenverträge zur JV-Gesellschaft und zum Grundvertrag ausdrücklich zu regeln[56] – insbesondere deren Inkrafttreten bzw. allfällige gegenseitige Bedingtheit und Beendigung. Hinsichtlich der «Boilerplate»-Klauseln[57] sollte entweder auf den Hauptvertrag referenziert oder zumindest sichergestellt werden, dass die Bestimmungen identisch sind.

Entscheidend sind die Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen: Erfüllt der eine JV-Gesellschafter nämlich seinen Satellitenvertrag nicht, hat dies u.U. nicht nur Auswirkungen auf das betroffene Vertragsverhältnis, sondern auf das gesamte Joint Venture. Verweigert eine Partei die Erfüllung ihres Satellitenvertrags, hat die JV-Gesellschaft die Möglichkeit der Erfüllungsklage, wobei die Entscheidung über die Klageeinleitung auf Stufe Geschäftsführung gerade bei 50:50-Joint-Ventures durch eine Patt-Situation blockiert sein könnte. Hier empfiehlt es sich, durch eine zweckmässige Ausstandsregelung das Stimmrecht des Vertreters der fehlbaren Partei bei der entsprechenden Beschlussfassung auszuschliessen. Demgegenüber haben u.E. die vertragstreuen Parteien nur dann eigene Rechtsbehelfe (z. B. Leistungsklage zugunsten der JV-Gesellschaft oder Verweigerung des eigenen Vertragsabschlusses gemäss OR 82), wenn dies im Sinne eines echten Vertrags zugunsten Dritter vertraglich ausdrücklich vorgesehen ist, sonst fehlt es an der Aktivlegitimation[58].

Bei der GmbH können diese Satellitenverträge in Form von Nebenleistungspflichten statutarisch verankert werden (OR 796). Entscheidend ist eine sorgfältige Redaktion der essentialia negotii in den Statuten, sodass eine Realdurchsetzung möglich ist; allerdings sollte die Lesbarkeit erhalten bleiben – für Nebenpunkte kann auch auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden (OR 796 III); in praxi dürfte dieses das Verhandlungsergebnis der Parteien über die restlichen Punkte des Vertrags enthalten. Dem Nachteil der Schwerfälligkeit (gesellschaftsrechtliche Willensbildung auch für konkludentes und beidseitig akzeptiertes Abweichen vom ursprünglichen Vertragstext) und den Schwierigkeiten bei der Vertragsredaktion steht der Vorteil der schärferen Rechtsfolgen gegenüber: So kann man z. B. die Verletzung einer statutarischen Neben-

[53] Die Aufhebung der Nachschusspflichten erfolgt zwar im Verfahren der Kapitalherabsetzung (OR 795c II), für die Beschlussfassung genügt aber das absolute Mehr der vertretenen Stimmen gemäss OR 808.

[54] Vgl. auch *Chapuis* (Fn. 52), S. 92, welcher insbesondere die weitgehende Publizität der statutarischen Nachschusspflicht als unpraktikabel erachtet.

[55] Geschäftsführer, welche gegen die Einforderung der Nachschüsse stimmen, machen sich unter Umständen gegenüber Gesellschaftsgläubigern haftbar, da das GmbH-Recht auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit verweist (OR 827 i.V.m. OR 754 ff.; vgl. hierzu auch *Böckli* (Fn. 7), S. 19.

[56] *Oertle* (Fn. 19), S. 143 ff. hat die subsidiäre Ordnung zwischen den Verträgen überzeugend hergeleitet, doch es gibt noch keine Gerichtspraxis dazu.

[57] Wie der Name sagt, sind Boilerplate-Klauseln Bestimmungen, die standardmässig in Verträge integriert werden, oft ohne Verhandlung (z. B. Salvatorische Klausel, Geheimhaltungsverpflichtungen usw.).

[58] Vgl. dazu *Tschäni* (Fn. 3), 7 N 108. Die Probleme bei Leistungsstörungen sind von den Klagemöglichkeiten beim Vertragsabschluss zu unterscheiden. Sieht die Grundvereinbarung den Abschluss individueller Satellitenverträge vor, kann ein Gründungsmitglied selbst dann direkt gegen den fehlbaren JV-Partner auf Abschluss des Satellitenvertrags klagen, wenn ihm der entsprechende Vertrag kein Klagerecht auf Durchsetzung der darin enthaltenen Pflichten einräumt.

leistungspflicht als Ausschlussgrund qualifizieren (OR 823 II), was eine disziplinierende Wirkung hat. Da diese Pflichten nicht mit den Gesellschaftern, sondern mit deren Stammanteilen verbunden sind, kann überdies indirekt (und auch ohne rigide Veräusserungsbeschränkungen) sichergestellt werden, dass für die JV-Gesellschaft auch bei einem Parteiwechsel ihre Funktionsfähigkeit erhalten bleibt, indem die Nebenleistungen neu vom Erwerber übernommen werden müssen und somit nur ein solcher in Frage kommt, der diese auch gewährleisten kann.

10. Treuepflichten und Konkurrenzverbot

Im Gegensatz zur AG enthält das GmbH-Recht Treuepflichten der Gesellschafter. So sind sie bereits von Gesetzes wegen zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet und müssen alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt, z. B. Geschäfte zu ihrem Vorteil abschliessen, die den Gesellschaftszweck schädigen (OR 803 I und II). Zwar ist der Begriff des Gesellschaftsinteresses im schweizerischen Recht nach wie vor unscharf[59], aber immerhin kann diese Norm dazu dienen, missbräuchliche Verhaltensweisen zu unterbinden. Bei JV kann eine Treuepflichtverletzung etwa bei mutwilliger Blockierung des Entscheidungsprozesses oder willkürlicher Weigerung der Nachfinanzierung trotz Meilensteinen angenommen werden.

Die Parteien werden überdies auch ihr Konkurrenzverhalten regeln wollen. In Bezug auf das wirtschaftliche Ziel des JV dürfte sich ein Konkurrenzverbot aufdrängen – Ausnahmen wegen kartellrechtlicher Fragen oder aufgrund der spezifischen Situation der beiden JV-Partner vorbehalten. Und auch hier erweist sich die Rechtsform der GmbH als geeigneter als jene der AG, weil durch die Aufnahme des Konkurrenzverbots in die Statuten (OR 803 III i. V.m. OR 776a Ziff. 3) auch Gesellschafter, welche der GmbH erst später hinzutreten, verpflichtet werden.

Das Problem liegt in jedem Fall in der Durchsetzung des Konkurrenzverbots. In Frage kommen Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen. Grundsätzlich können Ansprüche der Gesellschaft nur durch die Gesellschaft geltend gemacht werden, was einen entsprechenden Geschäftsführungsbeschluss oder – falls die Statuten dies vorsehen – einen GV-Beschluss voraussetzt, womit erneut die verletzende Partei die Durchsetzung u.U. verhindern kann. Eine Lösung besteht darin, die Klagebefugnis den einzelnen Gesellschaftern zuzugestehen, wovon ein Teil der Lehre ausgeht[60]. Obwohl es dafür gute Argumente gibt, sollte man sich mangels Gerichtspraxis nicht darauf verlassen; ganz abgesehen davon, sind andere Massnahmen effektiver und wirken präventiv, so z. B. eine statutarische Konventionalstrafe in Form eines Kaufrechts von Gesellschafteranteilen der anderen Partei(en) zu einem Preis unter dem Marktwert.

III. Fazit

Wie sich aus dem oben Ausgeführten ergibt, wird die GmbH zukünftig als Rechtskleid für Joint Ventures wesentlich attraktiver werden; dies insbesondere dank der Aufhebung des Maximalkapitals von CHF 2 Mio., des gegenüber der AG flexibleren und vielfältig nutzbaren Regimes der Nebenpflichten (positive Leistungspflichten, wie z. B. den Abschluss von Satellitenverträgen, Vorkaufsrechte, Call und Put Options, usw.) und der Neuordnung der Vinkulierungsmöglichkeiten. Dem steht nicht entgegen, dass das neue GmbH-Recht durch das Paritätsprinzip die Flexibilität der Kompetenzordnung zwischen Geschäftsführung und GV beschränkt.

[59] Im Zusammenhang mit öffentlichen Übernahmen vgl. *Brechbühl/Hurni,* «Gesellschaftsinteresse» im Übernahmekampf, AJP 2005, S. 1547 ff. Im Unterschied zur bevorstehenden Schweizer Aktienrechtsreform wurde im Vereinigten Königreich bei der letzten grossen Gesellschaftsrechtsreform (Companies Act 2006, nach welchem nun der sog. Enlightened-Shareholder-Value-Ansatz gilt) ein Grossteil der gesetzgeberischen Energie für die Klärung genau dieser sehr bedeutsamen Frage verwendet.

[60] So *Handschin/Truniger* (Fn. 46), § 18 N 17.