

## Informationsschreiben an KMU

### Ziele und Übersicht

Sie halten ein Informationsschreiben der Anwalts- und Notariatspraxis Schwegler & Partner in Ihren Händen. Ziel des vorliegenden sowie der künftig regelmässig erscheinenden Informationsschreiben ist es, Sie laufend über die Sie interessierenden Rechtsbereiche zu orientieren und auf aktuelle Problemkreise *hinzuweisen*. Wir sind überzeugt, Ihnen mit dieser *unentgeltlichen Dienstleistung* einen Gefallen erweisen zu können, damit Sie für verschiedene Themenbereiche rechtlich gewappnet sind. Sollten Sie weitergehende Informationen wünschen, sind wir gerne bereit, Sie nach Kräften zu unterstützen bei der Gestaltung Ihres wirtschaftlichen Erfolges.

In diesem ersten Informationsschreiben gehen wir *einerseits* auf Fallstricke der Unabhängigkeit von Revisionsstellen ein, *andererseits* weisen wir auf einen neuen Grundsatzentscheid des schweizerischen Bundesgerichts hin, wonach auch die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft *ohne vorgängige Auflösung und Liquidation* möglich ist.

### Fallstricke der Unabhängigkeit von Revisionsstellen

#### Einführung

Kleinere und mittlere Unternehmungen wählen gerne die Rechtsform der Aktiengesellschaft, oder in neuerer Zeit auch vermehrt die Rechtsform der GmbH. Währenddem bei der GmbH eine Kontrollstelle *nicht zwingend vorgeschrieben* ist, besteht im Aktienrecht der Grundsatz der Unabhängigkeit der Revisoren. Diese gesetzlich geforderte Unabhängigkeit hat in den letzten Monaten verschiedentlich zu Problemen geführt, weil die beauftragte Revisionsgesellschaft mit der zu revidierenden Gesellschaft zu eng verknüpft war. Dies ist nicht nur für die betreffenden Revisionsgesellschaften problematisch, sondern auch *für die revidierten Gesellschaften*: So haftet doch der Verwaltungsrat für die Unabhängigkeit der Revisionsstelle und kann allenfalls persönlich zur Verantwortung gezogen werden, sofern es der entsprechenden Revisionsgesellschaft an der erforderlichen Unabhängigkeit *fehlt*.

Zu beachten ist dabei, dass nach der herrschenden Rechtsauffassung auch bei der Rechtsform der GmbH, wenn eine Revisionsstelle bestellt ist, die Unabhängigkeit derselben verlangt wird. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, nachfolgend auf die konkreten *Erfordernisse für die Unabhängigkeit einzugehen, da diese in jedem Fall bei der AG und unter Umständen (bei Vorhandensein einer Revisionsstelle) auch bei der GmbH beachtlich sind*.

#### Erfordernisse der Unabhängigkeit

Nach Art. 727c OR müssen die Revisoren vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit ver-

fügt, unabhängig sein. Dabei dürfen Revisionsstellen insbesondere weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft

sein noch für diese Arbeiten ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind. In der Praxis wurden *diese Erfordernisse* mittels mehrerer Gerichtsentscheide *konkretisiert*.

In einem kürzlich beurteilten Fall hatte ein Treuhänder geltend gemacht, die Verarbeitung der Buchhaltung und Mitwirkung bei der Abschlussgestaltung sei nach den Richtlinien der Treuhänderkammer mit seiner Tätigkeit als Revisionsstelle vereinbar. Die Entscheidungsinstanz trat dem entschieden entgegen und hielt fest, dass der Verwaltungsrat die Pflicht zur Auswahl einer Revisionsstelle treffe, welche die Wählbarkeitsvoraussetzungen habe und überdies *über eine genügende Unabhängigkeit verfüge*. Die Wahl einer *abhängigen* Revisionsstelle durch die Generalversammlung sei zwar gültig, Aktionäre hätten aber das Recht, die jederzeitige Abberufung einer die erforderliche Unabhängigkeit nicht besitzende Revisionsstelle zu verlangen.

Eine Revisionsstelle hat ein Mandat abzulehnen, sofern sie ihre Unabhängigkeit sowohl „in fact“ als auch „in appearance“ verloren hat. *Zusammenfassend* kann eine Abhängigkeit eines Revisors auch durch persönliche Beziehungen bestehen, namentlich durch Annahme von Aufträgen der Gesellschaft, die ihn sachlich als befangen erscheinen lassen oder die der Stossrichtung der Prüfung zuwiderlaufen könnten. Die Entscheidungsinstanz hielt mit der nötigen Klarheit fest, dass es zwar einer verbreiteten Praxis entspricht, dass der Revisor oder mit ihm verbundene Personen die revidierte Gesellschaft in rechtlichen, steuerlichen und unternehmenspolitischen Fragen berät und oft deren Buchhaltung führe, doch diese Praxis sei *unter dem neuen Aktienrecht unzulässig*.

Das Bundesgericht präzisiert in einem *neueren Entscheid* (vgl. BGE 123 III 31 ff.), dass die Unabhängigkeit *nicht erst bei tatsächlicher Voreingenommenheit fehlt*, sondern sich bereits gegen äussere Beziehungen richtet, die den Anschein der Voreingenommenheit entstehen lassen können. Die Unabhängigkeit beziehe sich

nicht nur auf die innere Haltung des Abschlussprüfers, sondern dieser muss vielmehr auch gegen aussen hin als unabhängig erscheinen. Dabei ist jede Weisungsgebundenheit, aber auch die weniger leicht erkennbare beteiligungsmässige, hierarchische oder wegen anderer Zusammenhänge gegebene Abhängigkeit des Revisors problematisch. So sind nach diesem Entscheid mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit insbesondere unvereinbar – neben formellen vertraglichen Bindungen – *Geschäftsbeziehungen, die zwar keine rechtliche, wohl aber eine wirtschaftliche Verpflichtung mit der zu prüfenden Gesellschaft erzeugen*, so dass bei der Revisionsstelle die Prüfungsaufgabe in Konflikt mit eigenen Interessen geraten kann.

*Fazit:* Das mittlerweile durch höchstrichterliche Entscheide konkretisierte Erfordernis der Unabhängigkeit der Revisionsstelle muss ernst genommen werden! Sowohl Verwaltungsräte, als auch Aktionäre oder Revisionsgesellschaften tun gut daran, für die notwendige Unabhängigkeit der Revisionsstellen besorgt zu sein, um nicht unliebsame Überraschungen und Haftungen zu erleben.

## **Unkomplizierte Umwandlung einer GmbH in eine AG**

### *Einführung*

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) kann nach einem neuen Grundsatzentscheid des Bundesgerichts *ohne vorgängige Auflösung und Liquidation* in eine Aktiengesellschaft (AG) umgewandelt werden. Dieser Vorgang ist zwar im geltenden Recht (noch) nicht vorgesehen, doch sprechen die Bedürfnisse der Wirtschaft sowie das unserer Privatrechtsordnung zu Grunde liegende Prinzip der Privatautonomie für *mehr Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*.

### *Erwägungen und Voraussetzungen*

Die Bedürfnisse der Wirtschaft sowie das Prinzip der Privatautonomie verlangen eine Durchlässigkeit der Umwandlungen, obwohl diese im jetzigen Gesetz noch nicht vorgesehen ist. Das (noch nicht in Kraft getretene) Fusionsgesetz gestattet die Fusion sowie die Umwandlung unter

den drei Voraussetzungen, dass *erstens* die entsprechenden juristischen Formen grundsätzlich kompatibel sind, *zweitens* die Kontinuität des Vermögens und der Gesellschafterbasis garantiert ist und *drittens* der angestrebte Umwandlungsakt weder direkt noch indirekt Interessen der Gläubiger beeinträchtigt. Aufgrund des Umstandes, dass die Lehre praktisch einhellig die im Gesetz nicht vorgesehenen Umwandlungsformen begrüsst und überdies auch das Bundesgericht bereits die Fusion von zwei Stiftungen gutgeheissen hat, lässt das Bundesgericht unter den nachfolgend genannten Voraussetzungen die *direkte Umwandlung einer GmbH in eine AG ohne Liquidation* zu. *Offen gelassen* hat das Bundesgericht aber die Grundsatzfrage, ob der Umwandlungsbeschluss einstimmig gefällt werden muss oder eine qualifizierte Mehrheit dafür genügt (weil der Beschluss im konkret zu beurteilenden Fall einstimmig gefällt wurde). Folgende Punkte müssen erfüllt sein für eine direkte Umwandlung:

- Das Kapital der GmbH muss vollständig liberiert (= erbracht) sein, zumal sich die solidarische Haftung der Gesellschafter (Art. 772 Abs. 2 sowie 802 des Obligationenrechtes) nicht in das Recht der Aktiengesellschaft übertragen lässt.
- Weiter muss das Kapital im Zeitpunkt der Umwandlung vollständig gedeckt sein, was eine aktuelle und nach den entsprechenden Rechnungslegungsgrundsätzen erstellte Bilanz sowie für Sacheinlagen die Bestätigung eines Revisors voraussetzt.
- Weiter wird verlangt, dass das Gesellschaftskapital gegebenenfalls auf das gesetzliche Minimum von Fr. 100'000.-- erhöht wird (vgl. Art. 621 OR).
- Schliesslich müssen die auf die GmbH zugeschnittenen statutarischen Bedingungen aufgehoben und alle für die Aktiengesellschaft notwendigen Änderungen vorgenommen werden (insbesondere Beseitigung des Konkurrenzverbotes). Im Übrigen müssen sämtliche Organe, namentlich der Verwaltungsrat sowie die Revisionsstelle bestellt werden.

#### *Ausblick auf das Fusionsgesetz*

Auch für kleinere und mittlere Unternehmungen von Bedeutung ist das Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), für welches die Vernehmlassungsfrist am 31. Mai 1998 abgelaufen ist und für welches derzeit die Botschaft des Bundesrates *vorbereitet wird*. Der Vorentwurf des Fusionsgesetzes hält in Art. 68 den Grundsatz fest, dass ein Rechtsträger durch Umwandlung seine Rechtsform unter Weiterbestand aller Rechtsverhältnisse ändern kann. Das Verfahren der Umwandlung ist dabei jenem der Fusion und Spaltung ähnlich. Die Umwandlung muss sich auf einen Umwandlungsplan, einen Umwandlungsbericht sowie einen Revisionsbericht abstützen, wobei die Erstellung eines Umwandlungsplans den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen des Rechtsträgers obliegt. Der Umwandlungsplan bedarf dabei der schriftlichen Form sowie der *Zustimmung der Generalversammlung*. Ein besonders befähigter Revisor muss überdies prüfen, ob der Umwandlungsplan, der Umwandlungsbericht und die der Umwandlung zugrundeliegende Bilanz die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Vorgesehen sind im weiteren zwei *verschiedene Formen der Publizität* der Unterlagen: Der Rechtsträger, der sich umwandeln will, muss den Umwandlungsplan mindestens 30 Tage vor der Beschlussfassung der Generalversammlung beim Handelsregister an seinem Sitz zur Einsicht auflegen, wo er von Gläubigern und andern Dritten eingesehen werden kann. Der Rechtsträger hat überdies den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht, den Prüfungsbericht und die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz an seinem *Sitz aufzulegen*. Immerhin steht anders als bei der Fusion und der Spaltung den Gläubigern bei der Umwandlung *kein erweitertes Einsichtsrecht* zu.

#### *Sofortige Umwandlung?*

Alles in allem werden mit dem Fusionsgesetz *weitere Formalitäten* hinzutreten, so dass sich vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes die Frage stellt, ob bei allfälligen Rechtsformänderungen diese noch

nach altem Recht durchzuführen sind, weil dieses einfacher und mit weniger Aufwand verbunden ist.

die administrativen Umtriebe eher erhöht als herabgesetzt werden.

*Fazit*

Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid die Umwandlung einer GmbH in eine AG entscheidend gefördert und lässt, wie dargelegt, die Umwandlung derzeit unter vereinfachten Voraussetzungen zu. Es ist absehbar, dass mit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes die Höhe der Hürden wiederum nach oben geschraubt wird und

**Stand: Oktober 1999**

© by Schwegler Fasel & Partner, Nr. 125102001