

Frage 1: Während es sich bei der AG grundsätzlich um eine reine Kapitalgesellschaft handelt, spricht das Gesetz bei der GmbH von einer personenbezogenen Kapitalgesellschaft (OR 772 I), also einer Mischform von AG und Personengesellschaft. Beide Gesellschaften haben Rechtspersönlichkeit (OR 779 I, 643) und eignen sich zur Verfolgung von wirtschaftlichen Zielen sowie zur Führung eines kaufmännischen Unternehmens (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, §18 N31ff.). Haftungssubstrat ist bei beiden nur das Gesellschaftsvermögen (OR 772, 620). Auch bei der Firma bestehen ausser der Gesellschaftsabkürzung keine Unterschiede (OR 950). Somit sind beide Gesellschaften zur Führung der Zahnarztpraxis und zur Vermeidung einer persönlichen Haftung geeignet.

Da es sich bei beiden Gesellschaften um Kapitalgesellschaften handelt, entsprechen sich die Regeln bezüglich des Kapitals grösstenteils, insbesondere wird bei der GmbH oft auf die AG verwiesen (z.B. OR 777c II, 782 IV, 800). Ein wichtiger Unterschied besteht in der Höhe des Grundkapitals. Bei der GmbH hat das Stammkapital bloss CHF 20'000 zu betragen und muss voll liberiert sein (OR 773, 777c I), während das Aktienkapital der AG mindestens CHF 100'000 betragen muss, jedoch nur CHF 50'000 liberiert sein müssen (OR 621, 632 II). Daneben ist bei der GmbH bloss eine ordentliche Kapitalerhöhung möglich (OR 781). Der Minimalbetrag eines Stammanteils beträgt CHF 100 und Stammanteile sind nicht kapitalmarktfähig (OR 774, 784), eine Aktie hat bloss einen Mindestnennwert von CHF 0.01 (OR 622). Da die einzubringenden Vermögenswerte der UVW die Mindestkapitalhöhe beider Gesellschaften bei weitem übersteigen dürften und weder ein Börsengang noch eine Kapitalerhöhung geplant ist, ergeben sich hier noch keine entscheidenden Unterschiede.

Durch die Personenbezogenheit der GmbH unterscheidet sich die Stellung der Gesellschafter stark. Für den Aktionär besteht nur die Liberierungspflicht, welche auch nicht durch Statuten erweitert werden kann (OR 680 I). Der Gesellschafter der GmbH hat neben der Liberierungspflicht (OR 793) eine Loyalitätspflicht, welche durch die Statuten zu einem Konkurrenzverbot erweitert werden kann (OR 803), daneben ist durch die Statuten auch die Vereinbarung von Nebenleistungs- und Nachschusspflichten möglich (OR 796, 795). Weiter ist bei der GmbH jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt (OR 809). Bei der AG müssten dafür alle jeweils in den Verwaltungsrat gewählt werden, was einen unnötigen Aufwand mit sich bringt. Bei der AG sind der Austritt und die Übertragung der Anteile grundsätzlich unbeschränkt möglich. Bei der GmbH bedarf die Übertragung der Anteile der Zustimmung der Geschäftsversammlung, welche diese ohne Gründe verweigern darf, wobei in den Statuten sogar ein Übertragungsverbot vereinbart werden kann (OR 786). Ein Austritt ist grundsätzlich nur aus wichtigen Gründen möglich (OR 822). Aus wichtigen oder anderen statuarischen Gründen kann ein Gesellschafter auch ausgeschlossen werden (OR 823), was bei der AG nur bei Nichterfüllung der Liberierungspflicht möglich ist (OR 681 II).

Da U, V und W die Geschäftsführung wie bisher gemeinsam übernehmen wollen, ist eine GmbH besser geeignet. Auch um einen Alleingang eines Zahnarztes zu verhindern, ist die GmbH mit ihren Austrittsschranken und der Loyalitätspflicht zu bevorzugen. Allgemein bestehen bei der GmbH mehr Freiräume, um die Gesellschaft durch die Statuten den individuellen Bedürfnissen der Gesellschafter anzupassen. Die AG ist dafür zu starr und zu sehr auf einen grossen Aktionärskreis ausgerichtet.

Fazit: Da es sich bei der UVW um einen eng verbundenen, auf freundschaftlicher Basis beruhenden Zusammenschluss handelt, ist die Form der GmbH zu empfehlen. Diese wird durch die Personenbezogenheit und die grossen statuarischen Freiräume der Situation eher gerecht. Insbesondere die erschwerte Zusammensetzungsänderung, die Loyalitätspflicht und die Selbstorganschaft entsprechen den Bedürfnissen von U, V und W.

Frage 2: Es gibt 3 Möglichkeiten einer solchen Umwandlung der Kollektivgesellschaft UVW (vgl. Fall 1) in eine AG. Dies sind die Sacheinlage- oder Sachübernahmegründung, die Absorptionsfusion und die Umwandlung. Bei der 1. Variante ist zunächst eine neue AG nach OR 629ff. zu gründen. Die Aktien werden dann durch eine Sacheinlage liberiert (OR 628 I).

Dabei gelten besondere Schutzvorschriften. Die Statuten müssen den Gegenstand, die Bewertung, den Einleger und die erhalten Einlagen enthalten (OR 628 I), daneben braucht es einen schriftlichen Sacheinlagevertrag (OR 634), einen Gründungsbericht (OR 635) und eine Prüfungsbestätigung durch einen zugelassenen Revisor (OR 635a). Die Sache hat bestimmte Anforderung zu erfüllen: Sie muss übertragbar, frei und sofort verfügbar, werthaltig, und aktivierbar sein, sowie einen wirtschaftlichen Wert haben (VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, N152). I.c. soll das gesamte Geschäftsvermögen, also das Unternehmen der UVW übertragen werden. Dieses ist sacheinlagefähig. Für die Einbringung stehen 2 Varianten zur Verfügung: die Vermögensübertragung nach FusG oder die Singularsukzession nach OR. Nach FusG 69 ist die Übertragung von einer im HReg eingetragenen Gesellschaft auf eine privatrechtliche Gesellschaft möglich. Die UVW ist deshalb zunächst ins HReg einzutragen, was sie eigentliche sowieso sollte (vgl. Fall 1). Die AG ist eine privatrechtliche Gesellschaft und deshalb übertragungsfähig. Zwischen der UVW und der neuen AG müsste dann ein Übertragungsvertrag mit bestimmtem Inhalt geschlossen werden, der bei der Übertragung von Grundstücken öffentlich beurkundet werden muss (FusG 70f.). Die Übertragung wird dann durch Eintrag ins HReg wirksam (FusG 73). Dadurch werden alle Aktiven und Passiven der Gesellschaft übertragen, die UVW haftet aber noch während 3 Jahren für die Passiven solidarisch (FusG 75). Bei der Singularsukzession nach OR werden alle Aktiven einzeln übertragen und unter Einhaltung der jeweiligen Formvorschriften (OR 164ff., 184ff.). Die Passiven können durch Schuldübernahmen übertragen werden (OR 175ff.), wobei aufgrund des fehlenden Handelsregistereintrags eine Gesamtübernahme nach OR 181 möglich ist. Danach ist die UVW zu liquidieren, wodurch U, V und W an die Aktien der AG gelangen. Dasselbe Vorgehen ist bei der Sachübernahmegründung möglich, dabei wird zunächst barliberiert, jedoch verpflichtet sich die AG schon zur Übernahme des Unternehmens, wodurch das Ergebnis dasselbe ist. Bei der Absorptionsfusion wird die UVW von der vorher gegründeten, barliberierten AG übernommen. Die Fusion zwischen Kollektivgesellschaft und AG ist zulässig (FusG 4 II lit. b). Ev. ist zunächst eine Zwischenbilanz zu erstellen (FusG 11), danach ist ein durch die obersten Organe abgeschlossener, schriftlicher Fusionsvertrag nötig, der von der GV und den Kollektivgesellschaftler genehmigt werden muss und verschiedene Punkte zu beinhalten hat (FusG 12f.). Daneben ist ein Fusionsbericht nötig (FusG 14) und beides ist durch einen Revisor zu prüfen (FusG 15). Die Gesellschafter haben dann ein 30-tägiges Einsichtsrecht (FusG 16), die AG muss noch einen öffentlich-beurkundeten Fusionsbeschluss fassen (FusG 18, 20). Danach wird das Ganze ins HReg eingetragen und die UVW darin wieder gelöscht (FusG 21). Bei der Umwandlung wird die UVW zur AG, ohne dass diese vorher zu gründen wäre. Eine Umwandlung zwischen diesen Gesellschaftsformen ist möglich (FusG 54 II lit. a). Für die Umwandlung ist die UVW ins HReg einzutragen und ev. ist eine Zwischenbilanz zu erstellen (FusG 58). Danach erfolgt ein schriftlicher Umwandlungsplan der UVW mit bestimmtem Inhalt, der von den Gesellschaftern zu genehmigen ist (FusG 59f.). Danach ist ein Umwandlungsbericht zu erstellen, der von einem Revisor zu prüfen ist (FusG 61f.). Die Gesellschafter haben dann ein Einsichtsrecht von 30 Tagen (FusG 63), worauf ein einstimmiger, öffentlich-beurkundeter Umwandlungsbeschluss gefasst werden muss (FusG 64f.), danach wird die Umwandlung ins HReg eingetragen (FusG 65). Bei der UVW handelt es sich um ein KMU nach FusG 2 lit. e, da keine Börsenkotierung, keine 200 Vollzeitstellen und kein Umsatzerlös von 40 Mio. vorliegen. Dadurch kann auf einen Fusions- oder Umwandlungsbericht, dessen Prüfung durch einen Revisor und das Einsichtsrecht der Gesellschafter verzichtet werden (FusG 14ff. II, 61ff. II). Allerdings sind dann bei der Umwandlung die Vorschriften über die Sacheinlage wieder einzuhalten, die zuvor durch FusG 57 ausgeschlossen waren (VON DER CRONE ET AL., Fusionsgesetz, N748).

Fazit: Der UVW ist eine Umwandlung nach FusG 53ff. zu empfehlen, da dies die einfachste Variante ist, insbesondere ist keine vorzeitige Gründung einer AG nötig.