

Gesetzgeberische Entwicklungen im schweizerischen Gesellschaftsrecht für «Kleingesellschaften» – Notwendigkeit einer Revision des GmbH-Rechts?

Peter V. Kunz, Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Zürich

Développements législatifs en droit des sociétés suisses pour les petites sociétés – Nécessité d'une révision du droit des Sàrl?

Relevant que la révision du droit des SA de 1992 n'a pas prévu de distinction entre les petites et grandes sociétés, l'auteur donne sur la base de cette distinction un aperçu des travaux effectués dans le sens d'une modification du droit des sociétés pour une meilleure protection des créanciers et des actionnaires. Il existe un rapport et un projet d'un groupe d'experts proposant une révision du droit des Sociétés à responsabilité limitée (Sàrl) par des modifications rapprochant le droit des Sàrl du droit des SA. A côté de ce projet (officiel) existe un projet privé de «société anonyme privée» qui lance la discussion sur la meilleure forme juridique des petites sociétés, objet d'une deuxième phase de la révision du droit des SA. En principe, la question qui se pose est de savoir s'il faut rapprocher par les aspects capitalistes le droit des Sàrl du droit des SA ou rapprocher le droit des SA du droit des Sàrl par les aspects personnels. Si les deux projets existants sont matériellement assez proches, la modification du droit des Sàrl a, sur celle du droit des SA, l'avantage de la nouveauté et l'existence d'un projet officiel. Il ne faut cependant pas attendre une activité législative immédiate et les tribunaux et conseillers juridiques des petites entreprises seront encore appelés à corriger les omissions du législateur. (Pe)

1. Aktienrechtsrevision von 1992

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich beim vor sechs Jahren, also Mitte 1992, in Kraft getretenen revidierten Aktienrecht (Art. 620 ff. OR) dafür entschieden, zumindest grundsätzlich keine Unterscheidungen zwischen den «Grossgesellschaften» einerseits und den «Kleingesellschaften» andererseits vorzusehen; ein zentrales Problem hätte bereits das Abgrenzungskriterium der «Grösse» (z.B. Kotierung, Zahl der Arbeitnehmer, wirtschaftliche Bedeutung) dargestellt. Dieses Prinzip der «Nicht-Unterscheidung» führte in der vorparlamentarischen und in der parlamentarischen Phase zu teils hitzigen Diskussionen zwischen verschiedenen Interessengruppen.

Die viel gerühmte, oft aber auch gescholtene sogenannte Einheit des Aktienrechts wurde zwar in einigen Regelungsbereichen (z. B. bei der Vinkulierung von Namenaktien/Art. 685b ff. OR bzw. Art. 685d ff. OR oder auch bei der Offenlegung von Jahres- und Konzernrechnung/Art. 697h OR) durchbrochen, im Grossen und Ganzen indes durchgehalten. Da das Aktienrecht nach heute wohl unbestrittener Ansicht für die Aktiengesellschaft (AG) vom

Typus bzw. Leitbild der «Grossgesellschaft» ausgeht, hat dies meines Erachtens aber die folgende unliebsame Konsequenz:

Die Anliegen der «Kleingesellschaften» wurden im Rahmen der letzten Aktienrechtsrevision zwar nicht gänzlich vergessen, zumindest aber zu wenig berücksichtigt.

Das nach der Revision des Aktienrechts nächste grössere Revisionsvorhaben im Bereich des Gesellschaftsrechts – nämlich das erste Börsenrecht auf eidgenössischer Ebene – konzentrierte sich naturgemäss ebenfalls nicht auf die «Kleingesellschaften», sondern zwangsläufig auf die «Grossgesellschaften». Mit dem seit einiger Zeit nun in Kraft stehenden Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG) erhielten die etwa 260 Publikumsgesellschaften der Schweiz zwar eine zeitgemässe Auslegeordnung für ihre Tätigkeiten (z.B. verbesserter Investoren- bzw. Minderheitenschutz mittels Angebots- und Meldepflichten); die übrigen etwa 180 000 Aktiengesellschaften sind hingegen auf das Aktienrecht verwiesen.

Tatsächlich besteht eine gewisse Gefahr der Schutzlosigkeit, wenn die vom Gesetzgeber unterlassene «Hilfe» – beispielsweise für Gläubiger oder Aktionäre – ausschliesslich beim Richter gesucht werden muss. Unter anderem wohl auch aus diesem Grund hat das Bundesamt für Justiz im Herbst 1995 eine Arbeitsgruppe beauftragt, eine Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vorzubereiten. Erstmals ausdrücklich ins gesetzgeberische Blickfeld gerückt wurden damit die «Kleingesellschaften» bzw. die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Die Arbeitsgruppe – bestehend aus drei Mitgliedern (Peter Böckli, Peter Forstmoser und Jean-Marc Rapp) – legte nach anderthalbjähriger Arbeit einen entsprechenden Bericht und Expertenentwurf vor.

2. Bericht und Expertenentwurf zur GmbH-Revision

Für einmal sei mit dem vorläufigen Fazit gestartet: Der Entwurf nähert die GmbH in vielen – insbesondere «kapitalistischen» – Bereichen (z.B. erleichterte Übertragbarkeit der Anteile) zwar der AG an, gibt hierbei aber die charakteristischen «personalistischen» Elemente der GmbH (z.B. Treuepflicht und Austrittsrecht) nicht auf; die im Prinzip schon heute bestehende Hybrid-Form der GmbH wird damit weiter verstärkt.

Nur einige Revisionsvorschläge seien im folgenden kurz erwähnt:

Die Gesellschafter der GmbH, die nunmehr übrigens auch für nicht-wirtschaftliche Zwecke (Art. 772 (3) VE) zugelassen wer-

den soll, würden gemäss dem Expertenentwurf nicht mehr persönlich und solidarisch haften bis zum Betrag des eingetragenen Stammkapitals (Art. 772 (2) VE). Des weiteren sollten neu nun auch sogenannte «Ein-Personen-GmbH» zugelassen werden (Art. 775 (1) VE).

Das minimale Stammkapital der GmbH soll von heute CHF 20 000.– auf neu CHF 40 000.– heraufgesetzt werden (Art. 773 VE); die Obergrenze des Stammkapitals – heute CHF 2 Mio. – soll ersatzlos abgeschafft werden, womit ein faktisches Expansionshindernis («small is not beautiful») wegfallen würde. Die von Gesetzes wegen erforderliche Übertragungs-Zustimmung der übrigen Gesellschafter für die Stammanteile soll – immerhin mit gewissen Relativierungen – grundsätzlich wegfallen (Art. 791 VE).

Unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes würden Verweisungen die aktienrechtlichen Transparenz- und Kontroll-Regelungen als anwendbar auch für GmbH erklären. Die für den Minderheitenschutz wohl zentralsten Punkte – und hier liegt ein absolut entscheidender Unterschied zum Aktienrecht – betreffen die gesetzliche Treuepflicht (Art. 807a VE) sowie das statutarische Austrittsrecht (Art. 822 VE) der GmbH-Gesellschafter. Der Expertenentwurf (und übrigens auch das geltende GmbH-Recht) geht hier einen wesentlichen Schritt weiter als das heutige Aktienrecht.

3. Projekt einer «privaten AG»

Faktisch ein «Konkurrenz-Projekt» stellt der von Alain Hirsch/Peter Nobel auf privater Ebene verfasste Entwurf für eine sogenannte «private Aktiengesellschaft» dar (vgl. SZW 67 [1997] 126 ff.). Mit diesem Entwurf sollte und wurde in jedem Fall zumindest die notwendige Diskussion über die beste Rechtsreform für eine Regelung der «Kleingesellschaften» in Gang gesetzt, notabene in Übereinstimmung mit einer früheren rechtspolitischen Aussage aus der Botschaft zur letzten Aktienrechtsrevision:

«Die Frage nach einem besonderen Statut für Kleingesellschaften [...] ist nicht in diese Revision aufgenommen worden, sondern wird in der zweiten Phase geprüft werden. Dort wird sich auch Gelegenheit bieten, den Status und die Zukunft der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu überprüfen» (Sonderdruck, 28).

Offensichtlich befinden wir uns nunmehr in dieser «zweiten Phase», und es wird interessant sein zu beobachten, wie diese Diskussion «GmbH versus private AG» weitergeht; bis anhin hat sich noch kaum jemand mit dieser Thematik ernstlich auseinandergesetzt. Meines Erachtens dürfte es durchaus Sinn machen, diese spezifische und ohne Zweifel noch nicht «ausdiskutierte» Problematik einer offiziellen Arbeitsgruppe vorzulegen.

Die bekannte sogenannte «Groupe de réflexion» von 1993, der übrigens Böckli/Forstmoser ebenfalls angehört haben, hat hierzu sicherlich noch nicht das letzte Wort gesprochen, ging es doch damals auch bloss darum, «die Revisionsanliegen und den Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts einer ersten Prüfung unterziehen zu lassen» (Schlussbericht, 5; Hervorhebung hinzugefügt).

Der Grundsatzentscheid – also: AG oder GmbH (bzw. AG und GmbH) – wurde meines Erachtens somit noch nicht gefällt.

4. Würdigung

Der Expertenentwurf Böckli/Forstmoser/Rapp hat die gesetzten Ziele ohne weiteres erreicht; Kritik kristallisiert sich an Einzelfragen: So ist meines Erachtens nicht ersichtlich, weshalb keine Sonderprüfung im GmbH-Recht möglich sein sollte (vgl. Bericht, 114 f.). Tatsächlich aber erfolgt in weiten Bereichen eine so intensive Annäherung an das Aktienrecht, dass sich die Frage aufdrängt, ob wirklich das GmbH-Recht revidiert werden soll oder nicht.

Im Prinzip geht es um die folgende Frage: Soll das GmbH-Recht dem Aktienrecht – insbesondere bei den «kapitalistischen» Elementen – oder soll das Aktienrecht – nunmehr auf der «personalistischen» Ebene – dem GmbH-Recht angenähert werden? Die Ergebnisse der beiden vorliegenden Entwürfe (GmbH und «private AG») liegen zumindest materiell ziemlich nahe beieinander.

Meines Erachtens spielt tatsächlich der Weg keine grosse Rolle, sofern nur das Ziel erreicht wird. Psychologisch dürfte es zurzeit aber kaum möglich sein, erneut mit einer Aktienrechtsrevision an das Parlament gelangen zu wollen; das GmbH-Recht, das erst in den 1930er-Jahren (im Zusammenhang mit dem aOR) geschaffen wurde, hat hierbei sicher den Neuheits-Effekt auf seiner Seite. Ein weiterer Vorteil für eine allfällige GmbH-Revision stellt zudem das Vorliegen eines ersten offiziellen Berichts/Entwurfs dar (trotz der Verdienste des erwähnten «Privat-Projekts» Hirsch/Nobel).

Für «Kleingesellschaften» und den gerade bei diesen vernachlässigten Minderheitenschutz besteht meines Erachtens insbesondere in den folgenden Bereichen ein echter gesetzgeberischer Handlungsbedarf (die Beispiele seien auch auf die Gefahr eines kollektiven «Nicht-schon-wieder»-Wehklagens hin genannt):

(i) Austrittsrecht, (ii) Ausschlussrecht (querulatorische Minderheitsaktionäre können geneigt sein, den Minderheitenschutz zu missbrauchen); (iii) Treuepflicht; sowie (iv) Gesellschafterbindungsverträge. Bei einer GmbH-Revision wäre zwar hierfür schon der «halbe Weg» zurückgelegt, und es ginge «nur» noch um die Attraktivitätssteigerung dieser Gesellschaftsform – ob diese aber gelingt, scheint doch sehr zweifelhaft.

So verdienstvoll der (offizielle) Entwurf von Böckli/Forstmoser/Rapp sowie der (private) Vorschlag von Hirsch/Nobel auch sind, gesetzgeberische Aktivitäten werden sie kaum – oder zumindest nicht in nächster Zeit – auslösen. Das grösste Verdienst der beiden «Gruppen» liegt sicherlich aber darin, die juristische Diskussion ein weiteres Stück vorangebracht zu haben. Im übrigen sind aber weiterhin die Gerichte – und natürlich auch die juristischen Berater der zahlreichen «Kleingesellschaften» in der Schweiz – gefordert, die Unterlassungssünden des Gesetzgebers zu korrigieren.