

Konkurrenzkampf um die beste Rechtsform für KMU – Kapitalgesellschaft oder

Besteht ein gesetzgeberischer

Von Peter V. Kunz

Medien und Publikum interessieren sich vorab für Grossunternehmen, für nationale oder internationale Konzerne, Gesellschaften also, die kotiert sind. Mehrheitlich sind die Gesellschaften in der Schweiz indes kleine und mittlere Unternehmen (KMU), für die nur ein geringes Interesse besteht, die jedoch nichtsdestotrotz das Rückgrat der Wirtschaft darstellen. Die Rechtsordnung – insbesondere das Schweizer Obligationenrecht (OR) – muss deshalb Gesellschaftsformen zur Verfügung stellen, die gerade für solche KMU geeignet sind.

Wer ein KMU gründet, kann zwischen verschiedenen Rechtsformen wählen. Im Vordergrund stehen die Aktiengesellschaft (AG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Personengesellschaften, die Letzteren in zwei Formen: Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft. Für die Wahl der konkreten Gesellschaftsform eines KMU mitentscheidend sind insbesondere die Themen der Haftung der Gesellschafter sowie der Kosten, die mit den jeweiligen Rechtsformen verbunden sind. Gerade die Haftungsunterschiede sind für KMU-Gründer und KMU-Betreiber zentral.

In der Schweiz dominieren heute die mehr als 177 000 Aktiengesellschaften, die eine Haftung der Aktionäre gänzlich ausschliessen, aber zur Gründung teuer sind. An zweiter Stelle kommen die knapp 96 000 GmbH, die zwar billiger zu gründen sind, indes die Haftung (noch) nicht vollständig ausschliessen, sondern bloss beschränken. Schliesslich folgen die etwa 20 000 Personengesellschaften mit den eindeutig tiefsten Gründungskosten und den geringsten Formalien, jedoch auch mit einem zentralen Nachteil, der wenig ermutigend sein dürfte für risikoorientierte KMU: Die Personengesellschafter haften Gesellschaftsgläubigern gegenüber unbeschränkt, solidarisch und mit ihrem gesamten persönlichen Privatvermögen.

Erhebliche Haftungsrisiken

In den Kollektivgesellschaften gilt die unbeschränkte Haftung für sämtliche Gesellschafter, während in den Kommanditgesellschaften zu unterscheiden ist zwischen einerseits den Komplementären (mit unbeschränkter Haftung) und andererseits den Kommanditären (mit beschränkter Haftung). Ausserdem kann nicht jede Person jede Funktion als Personengesellschafter erfüllen: Unternehmen bzw. juristische Personen sind in Personengesellschaften heute als unbeschränkt haftbare Gesellschafter (also als Kollektivgesellschafter bzw. als Komplementäre) nicht zugelassen, sondern



Das GmbH-Recht wird total überarbeitet – eine Chance für die KMU. Federführend ist das

ausschliesslich als beschränkt haftbare Kommanditäre.

Daraus wird klar, dass eine Privatperson, die ein KMU gründet oder betreibt, immer in der persönlichen Haftung stecken bleibt und keine juristische Person (zum Beispiel eine AG oder eine GmbH) als Personengesellschafter sozusagen «vorschieben» kann, um faktisch die eigene Haftung zu «beschränken» – ganz anders verhält es sich in den meisten ausländischen Rechtsordnungen. Wer also in der Schweiz eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft gründet oder führt, hat heute immer erhebliche Haftungsrisiken.

GmbH werden populär

Die Gesellschaftsformen in der Schweiz stehen miteinander in einem Konkurrenzkampf. Gerade KMU entscheiden sich sehr oft zwischen GmbH und Personengesellschaft; die Letzteren haben eine grosse Tradition, geniessen grösste Rechtssicherheit, vermeiden eine Doppelbesteuerung, bedürfen nur weniger Formalien und ermöglichen eine weitestgehende Flexibilität in der Ausgestaltung. Wenig überraschend ist die Personengesellschaft, trotz ihrem Haftungsrisiko, schon seit Jahrzehnten der Idealtypus des KMU, und zwar gerade für Familiengesellschaften.

Doch die Situation könnte sich in naher Zukunft dramatisch ändern, ohne dass sich der Gesetzgeber dessen wohl bewusst war. Einerseits hat die GmbH seit der Aktienrechtsrevision von 1991 enorm auf die Aktiengesellschaft aufgeholt. Andererseits wird das GmbH-Recht per 1. Januar 2008

total überarbeitet und stärkt die GmbH auf ihrem Weg zur möglichen Nummer eins der Gesellschaftsformen weiter, indem die bis anhin beschränkte Haftung der Gesellschafter im OR – neu – sogar gänzlich ausgeschlossen wird (es findet eine Angleichung an die AG statt).

Damit gewinnt die GmbH gegenüber der Personengesellschaft einen zentralen Wettbewerbsvorteil, nämlich den gänzlichen Haftungsausschluss. Trotz ihrer übrigen positiven Faktoren drohen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in den kommenden Jahren überflüssig zu werden.

Dies gilt es meines Erachtens zu verhindern, indem eine beschränkte Haftung für Personengesellschafter eingeführt wird. Die Vielfalt möglicher Rechtsformen erscheint als wichtiger Standortvorteil der Schweiz. Die Kapitalgesellschaften (also AG und GmbH) sollten die Personengesellschaften nicht gänzlich ausradieren oder bedeutungslos machen. Doch dieses Risiko droht als Folge der jüngsten GmbH-Rechtsrevision. Eine Angleichung der Personengesellschaft an die neue GmbH scheint somit unerlässlich zu sein. Zwei Modelle könnten und sollten den Gesetzgeber inspirieren.

Zwei Modelle

Erstens das Modell einer GmbH & Co. KG: Entgegen dem ersten Anschein würde es sich hier nicht um eine Kapitalgesellschaft (also nicht um eine GmbH) handeln, sondern um eine eigentliche Personengesellschaft mit den entsprechenden Vorzügen. Spezifisch daran wäre indes, dass eine juristische Person (z. B. eine GmbH) als unbe-

Personengesellschaft? – GmbH oder bald PmbH?

Revisionsbedarf?



EJPD unter Bundesrat Blocher. BILD: KEY ONLINE

schränkt haftbarer Gesellschafter bei dieser Personengesellschaft fungieren könnte. Bis anhin dürfen nur natürliche Personen als Kollektivgesellschafter oder als Komplementäre eingesetzt werden (Art. 594 Abs. 2 OR), die im Rahmen des OR eine unbeschränkte Haftung mit sich bringen, ohne dass ein überzeugender Grund für diese Einschränkung besteht.

Die GmbH & Co. KG wurde in Deutschland bereits 1922 eingeführt und hat sich seither bewährt. Die Schweiz könnte diese Rechtsform sozusagen abkupfern und äusserst einfach im OR einführen, indem Art. 594 Abs. 2 OR ersatzlos gestrichen würde – es bräuchte nicht mehr und nicht weniger. Damit könnte der KMU-Gründer also eine GmbH, die keine persönliche Haftung mehr mit sich bringen wird, als unbeschränkt haftbare Gesellschafterin einsetzen und würde dadurch seine eigene Haftung erheblich reduzieren, ohne auf die Vorteile der Personengesellschaft verzichten zu müssen. Sein Maximalrisiko wäre also die GmbH, aber nicht mehr das vollständige Privatvermögen.

PmbH als neue Alternative?

Das zweite Modell ist das einer «Partnerschaft mit beschränkter Haftung» (PmbH). In der Schweiz wäre die Einführung der PmbH, die eine vollständig neue Gesellschaftsform darstellen würde, etwas aufwendiger – die Streichung eines einzigen Satzes im OR würde nicht genügen. Für die PmbH gibt es ebenfalls Vorlagen im Ausland, nämlich die Limited Liability Partnership (LL). Im Wesentlichen geht es darum,

die heutige Komplementärstellung (mit unbeschränkter Haftung des Gesellschafters) abzuschaffen, sodass die PmbH nur noch aus beschränkt haftbaren Kommanditären bestehen würde – die PmbH wäre eigentlich eine Art von «Kommanditgesellschaft ohne Komplementäre».

Den Gesellschaftsgläubigern ginge gegenüber der heutigen Rechtslage bei der PmbH mindestens ein unbeschränkt haftbarer Komplementär «verloren», sodass der Gläubigerschutz irgendwie verstärkt werden sollte – und auch dies wäre ohne weiteres möglich: Einerseits sollte für die PmbH (anders als heute für die übrigen Personengesellschaften) eine Revisionspflicht vorgesehen werden; andererseits dürfte es sinnvoll sein, für sämtliche Gesellschafter der PmbH eine Mindesthaftungssumme pro Person vorzusehen (Beispiel: «Haftungssumme beträgt für jeden Partner mindestens 10 000 Fr.»). Dann würde es am Gläubiger der PmbH liegen zu entscheiden, ob ihm die Gesellschaft kreditwürdig genug erscheint oder eben nicht.

Sollte keines dieser beiden Modelle für eine (revidierte) Personengesellschaft mit beschränkter Haftung der Gesellschafter in der Schweiz verwirklicht werden, dürften künftige KMU am ehesten als GmbH gegründet werden. Ausserdem könnten sich heute bereits bestehende KMU-Personengesellschaften nach neuem Fusionsgesetz leicht in GmbH umwandeln, um die unbeschränkte Haftung der Personengeschafter «auszuschliessen». Der Haftungsausschluss als jüngster Wettbewerbsvorteil der GmbH sollte deshalb zugunsten der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ausgeglichen werden.

Das Parlament ist gefordert

Wer das Überleben der Personengesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften sichern will, ist zum raschen Handeln aufgefordert. Es braucht in Zukunft eine beschränkte Haftung für Personengesellschaften bzw. ihre Gesellschafter – ausländische Vorbilder können ohne weiteres für eine baldige OR-Revision herangezogen werden.

Es handelt sich indes nicht um eine juristische, sondern um eine politische Frage. Das Parlament, das seit Jahren hektisch das OR revidiert und revidiert und noch einmal revidiert, sollte zugunsten der KMU ein ermutigendes Zeichen setzen, das Flexibilität ausdrückt, Kreativität beweist, niemanden – inklusive der Gläubiger – benachteiligt und ausserdem nichts kostet. Wie lange geht es, bis die (Rechts-)Politiker in Bern dies merken?

Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Fürsprecher, ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.