

# **Gesellschaftsrecht und Notar**

## **La société au fil du temps**

**Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung  
Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015  
in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne**

**Contributions des séminaires de formation continue  
organisés par la Fondation Notariat Suisse  
le 1<sup>er</sup> septembre 2015 à Zurich  
et le 8 septembre 2015 à Lausanne**

Herausgeber:

**Jürg Schmid**, a. Notariatsinspektor

# Gründung und Kapital bei AG und GmbH – ausgewählte Fragen

LUKAS HANDSCHIN / CONRADIN CRAMER<sup>1</sup>

## Inhaltsübersicht

|   |    |
|---|----|
| Literatur .....   | 41 |
| Materialien .....   | 43 |
| 1. Einleitung .....   | 43 |
| 2. Eigenkapital .....   | 45 |
| 2.1 Grundlagen .....  | 45 |
| 2.2 Gesellschaftskapital .....  | 45 |
| 2.2.1 Grundlagen .....  | 45 |
| 2.2.2 Nicht einbezahltes Gesellschaftskapital .....                                       | 46 |
| 2.2.3 Bei Unterdeckung .....  | 46 |
| 2.3 Reserven .....  | 47 |
| 2.3.1 Grundlagen .....  | 47 |
| 2.3.2 Rechnungslegungsreserven (Neubewertungs- und Schwan-<br>kungsreserven) .....        | 47 |
| 2.3.3 Allgemeine gesetzliche Reserven .....   | 48 |
| 2.3.3.1 Grundlagen .....  | 48 |
| 2.3.3.2 Kapitalreserven und Gewinnreserven .....  | 48 |
| 2.3.3.3 Insbesondere Agio und Agioreserven .....  | 49 |
| 2.3.3.4 Exkurs: Muss das Agio auf ein Kapitaleinzahlungskonto<br>einbezahlt werden? ..... | 50 |
| 2.3.4 Statutarische und beschlussmässige Reserven .....                                   | 51 |
| 2.4 Gewinn/Verlust und Gewinn-/Verlustvortrag .....                                       | 51 |
| 2.5 Stille Reserven .....   | 51 |
| 2.5.1 Begriff .....   | 51 |
| 2.5.2 Wirkung der stillen Reserven .....  | 52 |
| 2.5.3 Bildung und Auflösung der stillen Reserven .....                                    | 53 |
| 2.6 Funktion des Eigenkapitals .....  | 54 |
| 2.6.1 Grundlagen .....  | 54 |
| 2.6.2 Ausschüttung von Eigenkapital an die Gesellschafter .....                           | 54 |

<sup>1</sup> Wir danken *Damian Schweighauser*, BLaw, für seine Mitwirkung bei der Verfassung dieses Aufsatzes.

|         |  |    |
|---------|--|----|
| 2.6.2.1 | Grundlagen .....   | 54 |
| 2.6.2.2 | Direkte Ausschüttung an Gesellschafter .....   | 55 |
| 2.6.2.3 | Erwerb eigener Aktien .....  | 56 |
| 2.6.2.4 | Verdeckte Gewinnausschüttungen .....   | 57 |
| 3.      | Barliberierung .....   | 59 |
| 3.1     | Kapitaleinzahlungskonto und Kapitaleinzahlungsbestätigung .....                                | 59 |
| 3.2     | Liberierung in Fremdwährung .....  | 60 |
| 4.      | Sacheinlagegründung .....  | 61 |
| 4.1     | Übersicht .....  | 61 |
| 4.2     | Sacheinlagefähigkeit .....   | 62 |
| 4.2.1   | Übersicht .....  | 62 |
| 4.2.2   | Aktivierbarkeit .....  | 63 |
| 4.2.3   | Insbesondere die Aktivierbarkeit von immateriellen Rechten ....                                | 63 |
| 4.2.3.1 | Grundlagen .....   | 63 |
| 4.2.3.2 | Begriff und Umfang immaterieller Werte .....   | 64 |
| 4.2.3.3 | Bewertung immaterieller Werte .....  | 64 |
| 4.3     | Bewertung der Sacheinlage .....  | 66 |
| 4.3.1   | Übertragbarkeit und freie Verfügbarkeit .....  | 67 |
| 4.3.1.1 | Grundlagen .....   | 67 |
| 4.3.1.2 | Bewegliche Sachen .....  | 68 |
| 4.3.1.3 | Rechte und immaterielle Werte .....  | 68 |
| 4.3.1.4 | Grundstücke .....  | 69 |
| 4.3.1.5 | Betriebe und Unternehmen .....   | 69 |
| 4.3.2   | Verwertbarkeit .....   | 70 |
| 4.4     | Sacheinlagevertrag .....   | 71 |
| 4.4.1   | Rechtsnatur, Inhalt und Form .....   | 71 |
| 4.5     | Rechtsfolgen bei Verletzung der Sacheinlagevorschriften .....                                  | 72 |
| 5.      | Sachübernahme und beabsichtigte Sachübernahme .....  | 73 |
| 5.1     | Was ist eine Sachübernahme? .....  | 73 |
| 5.2     | Sachübernahme als «Schatten» der Sacheinlage .....   | 74 |
| 5.3     | Was gilt bei Sachübernahmen ohne Gegenleistung? .....  | 75 |
| 5.4     | Wer ist nahestehend? .....   | 75 |
| 5.5     | Wann liegt die Absicht für eine Sachübernahme vor? .....                                       | 78 |
| 5.6     | Kann man zweifelhafte Sachübernahmen freiwillig deklarieren? .....                             | 79 |
| 5.7     | Prüfungspflicht der Urkundsperson .....  | 79 |
| 5.8     | Abschaffung der Sachübernahme? .....   | 81 |
| 6.      | Revisionsverzicht als Selbstverständlichkeit? .....  | 82 |
| 6.1     | Revision und Revisionspflicht .....  | 82 |
| 6.2     | Das Opting-out .....   | 82 |
| 6.3     | Problematik des Revisionsverzichts im Hinblick auf<br>Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 670 OR ..... | 83 |

**Literatur**

*Rashid Bahar*, Le capital social: à quand la révolution? – Questions choisies autour des révisions des règles sur le capital, ZSR 128 (2009) S. 253 ff.; *Carl Baudenbacher*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, Art. 530–1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012; *Marc Bauen/Robert Bernet*, Schweizer Aktiengesellschaft: Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zürich 2007; *Piera Beretta*, in: Vischer Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Basel 2009 (zit. Aktienrecht); *Peter Böckli*, Neue OR-Rechnungslegung, Basel 2014 (zit. Rechnungslegung); *derselbe*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007 (zit. Revisionsstelle); *Max Boemle/Carsten Stolz*, Unternehmungsfinanzierung, Band 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. Aufl., Zürich 2010; *Markus Bösiger*, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014; *Markus Bösiger/Philipp M. Engel*, Sacheinlagevertrag, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, S. 973 ff.; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; *Wolfhart F. Bürgi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957; *Rico A. Camponovo/Monique Von Graffenried-Albrecht*, Neues Revisionsrecht – Offene juristische Fragen, Präzisierungs- und Auslegungsbedarf im neuen Recht, ST 82 (2008) S. 204 ff.; *Conradin Cramer*, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 2016; *Niklaus Dietschi*, Beabsichtigte Sachübernahmen, Diss. St. Gallen 2011, Zürich 2012; *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014; *Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann*, in: Jean Nicolas Druey (Hrsg.) Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015; *Peter Forstmoser*, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Zürich 1981 (zit. Aktienrecht); *derselbe*, Die «grosse» Aktienrechtsrevision – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Watter Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, St. Gallen 2010, S. 1 ff. (zit. Aktienrechtsreform); *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996; *Peter Forstmoser/Gaudenz G. Zindel*, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, Neuaustrichtung der Sacheinlagekriterien, REPRAX 2/2001 S. 1 ff.; *Thomas Geiser*, Fussballspieler als Sacheinlage? Gutachten zu Händen des Bundesamtes für Justiz, REPRAX 2/2001 S. 37 ff.; *Ernst Giger*, Der Erwerb eigener Aktien, aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1995; *Lukas Glanzmann*, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 108 (2012) S. 205–214 (zit. Rechnungslegungsrecht); *derselbe*, Wann liegt eine Sachübernahme vor? BGE 128 III 178 (Urteil 7B.4/2002 vom 21. März 2002), SZW 75 (2003) S. 166 ff. (zit. Sachübernahme); *derselbe*, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 19 ff. (zit. Fallstricke); *Michael Gwelessiani*, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2012; *Lukas Handschin*, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2012 (zit. Rechnungslegung); *derselbe*, Rechnungslegungs- und Revisionsrecht – In a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. nutshell); *derselbe*, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 2016; *derselbe*, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2015; *Peter Kartscher/Bruno Rossi/Daniel Suter*, Finanzberichterstattung, systematischer Überblick für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich 2012; *Peter Kurer/Christian Kurer*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, Art. 530–1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012; *Carlo Lombardini*, in: Marc Amstutz/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Code des obligations art. 530–1186, Loi

sur les bourses art. 22–33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Basel 2008; *Carlo Lombardini/Caroline Clemetson*, in: Marc Amstutz/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Code des obligations art. 530–1186, Loi sur les bourses art. 22–33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Basel 2008; *Lukas Müller*, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, GesKR 2008 S. 50–60 (zit. Sacheinlage); *derselbe*, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag; AJP 21 (2012) S. 1412 ff. (zit. Sachübernahme); *Markus R. Nehaus/Patrick Balkanyi*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, Art. 530–1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012; *Karl Rebsamen*, Das Handelsregister, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 1999; *Reto Sanwald/Sabine D'Amelio Favez*, Wahl der Revisionsstelle, SPR VIII/10, Basel 2014; *Franz Schenker*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, Art. 530–1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012; *Alfred Siegwart*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband a, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659 OR), Zürich 1945; *Rino Siffert/Adrian Tagmann*, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013; *Fritz von Steiger*, Sacheinlagen, Formerfordernis bei gleichzeitigem Einbringen von Immobilien und Fahrnis, SAG 39 (1967) S. 57 f.; *Thomas Stenz*, Führt die neue Revisionsordnung zu einer grösseren Zuverlässigkeit der Revision und Rechnungslegung?, SZW 79 (2007) S. 480 ff.; *Walter A. Stoffel*, in: Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber (Hrsg.), Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011; *Paul Thalman*, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003 S. 19 ff.; *Markus D. Vischer*, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 100 (2004) S. 105 ff.; *Martin Waldburger*, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1), Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 2007 S. 411 ff.; *Hans Peter Walter/Maja Blumer*, Sieben Thesen und sieben Denkanstösse zur Sachübernahme, in: Robert Waldburger/Charlotte M. Baer/Ursula Nobel/ Benno Bernet (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 405 ff.; *Rolf Watter*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; *derselbe*, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmeverordnungen im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994 S. 150 f. (zit. Bemerkungen); *Rolf Watter/Karim Maizar*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; *Rolf H. Weber*, in: Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011; *Christoph K. Widmer*, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998; *Stefan Wirz*, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Diss. Basel 2014/2015; *Hanspeter Wüstinger*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; *Florian Zihler*, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013; *Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; *Wolfgang Zürcher*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009.

### Materialien (komplett)

HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Kommission für Wirtschaftsprüfung der Treuhand-Kammer (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2009; HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Kommission für Wirtschaftsprüfung der Treuhand-Kammer (Hrsg.), Band Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2014; HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Kommission für Wirtschaftsprüfung der Treuhand-Kammer (Hrsg.), Band Eingeschränkte Revision, Zürich 2014; Swiss GAAP FER; Fachempfehlungen zur Rechnungslegung, Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung (FER) (Hrsg.), Zürich 2010; IFRS/IAS; International Financial Reporting Standards, International Accounting Standards Board (IASB) (Hrsg.), London 2015; PS, Schweizer Prüfungsstandards, Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten (Hrsg.), Zürich 2010; Vereinbarung der SBVG über die Ständeregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7. April 2008 (VSB 08), abrufbar unter: <http://www.swissbanking.org/20080410-vsb-cwe.pdf> (zit. Vereinbarung der SBVG über die Ständeregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08)); Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 S. 1589 ff.; (zit. Botschaft 2007); Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. Botschaft 1983); Mitteilung EHRA betreffend Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, abrufbar unter: <https://www.e-sevice.admin.ch/wiki/download/attachments/76287740/Mitteilung+EHRA+vom+15.08.2001+betreffend+Sacheinlage+und+Sach%C3%BCbernahme.pdf?version=1&modificationDate=1350468490000> (zit. Mitteilung EHRA vom 15. August 2001); Praxismitteilung EHRA 1/11 vom 25. Oktober 2011, abrufbar unter: <https://www.e-service.admin.ch/wiki/download/attachments/76287740/Praxismitteilung+1-11+D.pdf?version=1&modificationDate=1322469630000> (zit. Praxismitteilung EHRA 1/11); Erläuternder Bericht des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter: [https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision\\_14/vn-berd.pdf](https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision_14/vn-berd.pdf) (zit. Bericht VE-OR 2014).

## 1. Einleitung

Das Eigenkapital ist die Risikoreserve der Gesellschaft und muss stets durch werthaltige Aktiven gedeckt sein. Die verschiedenen Bestandteile des Eigenkapitals und die Voraussetzung ihrer Veränderung werden im Kapitel «2. Eigenkapital» erläutert. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei den Konsequenzen bei Verletzung der Vorschriften über den (Eigen-)Kapitalschutz.

Die Liberierung ist der Vorgang, bei dem die Einlageverpflichtung erfüllt wird, sei es anlässlich der Gründung der Gesellschaft oder einer Kapitalerhöhung. Bei der Barliberierung erfolgt die Einlage mit Geld, das der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wird. Die richtige Einzahlung muss, wiederum aus Gründen des Kapitalschutzes, sichergestellt sein. «3. Barliberierung» befasst sich mit den

Vorschriften zur ordnungsgemässen Kapitaleinzahlung sowie der Frage, wie mit Liberierungen in Fremdwährungen umzugehen ist.

Während die Barliberierung stets zum Nominalwert des entsprechenden Geldbetrags erfolgt, ist der Wert der Einbringung von Sacheinlagen schwieriger zu erfassen. Es besteht die berechtigte Befürchtung, dass die Sacheinlage falsch (zu hoch) bewertet und somit das Eigenkapital geschwächt wird. Deshalb muss bei der Sacheinlagegründung die Werthaltigkeit gewährleistet sein, wozu die Überprüfung durch einen Revisor gehört. Welche Wirtschaftsgüter die Sacheinlagefähigkeit erfüllen, wie diese – insbesondere bei immateriellen Rechten, die ein speziell grosses Missbrauchsrisiko mit sich bringen – zu bewerten sind und was die Verletzung der entsprechenden Vorschriften bedeutet, wird in «4. Sacheinlagegründung» erklärt.

Die Gefahr einer Verletzung der Vorschriften zum Kapitalschutz besteht auch bei der Sachübernahme. Sie birgt die Gefahr, dass ein Gesellschafter den Liberierungsbetrag mit der Absicht einzahlt, die Gesellschaft damit anschliessend ein Aktivum (zu einem erhöhten Preis) erwerben zu lassen. Auch hier ist die Wirkung diejenige, dass das Eigenkapital nach diesem Vorgang geschwächt ist. Qualifikation, Struktur, Voraussetzungen und Gefahren der Sachübernahme werden in «5. Sachübernahme» erläutert.

Die meisten Gesellschaften verzichten aus finanziellen Gründen auf eine Revision – eine durch die Einführung des Opting-out ermöglichte Entwicklung. Dies ist problematisch, denn die Revisionsstelle hat eine disziplinierende Wirkung auf die Buchhaltung und Rechnungslegung des Unternehmens und dient der Geschäftsleitung als Sparringpartner für Bewertungsfragen. Beides fällt mit dem Opting-out weg. Insbesondere gefährlich wird der Revisionsverzicht im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung. Die Einzelheiten zum Opting-out und seine Risiken für das Eigenkapital finden sich in «6. Revisionsverzicht als Selbstverständlichkeit?».

## 2. Eigenkapital

### 2.1 Grundlagen

Das Eigenkapital besteht aus dem Gesellschaftskapital<sup>2</sup>, den Rechnungslegungsreserven<sup>3</sup>, den gesetzlichen<sup>4</sup> und den statutarischen Reserven<sup>5</sup>, den stillen Reserven<sup>6</sup> und dem Gewinn respektive dem Gewinnvortrag<sup>7</sup>.

Die Bestandteile des Eigenkapitals unterscheiden sich darin, dass sie gestützt auf unterschiedliche Vorschriften verändert und gegebenenfalls an Gesellschafter ausgeschüttet werden können. Als Richtschnur kann dabei gelten, dass die Vorschriften über die Reduktion des Gesellschaftskapitals am strengsten, diejenigen über die Reduktion des Gewinnvortrags (durch Vornahme einer Gewinnausschüttung) am wenigsten streng sind.

### 2.2 Gesellschaftskapital

#### 2.2.1 Grundlagen

Das Gesellschaftskapital bildet den harten Kern des Eigenkapitals. Bei der Aktiengesellschaft besteht es aus dem Aktien- und dem Partizipationskapital<sup>8</sup>, bei der GmbH aus dem Stammkapital<sup>9</sup>. In der Aktiengesellschaft beträgt das Aktienkapital mindestens 100 000 Franken. 20 % des Aktienkapitals, mindestens aber 50 000 Franken müssen einbezahlt (liberiert) werden<sup>10</sup>.

Das Gesellschaftskapital wird gestützt auf spezielle formelle Vorschriften herabgesetzt<sup>11</sup>. Soll dabei Vermögen an Gesellschafter zurückbezahlt werden, hat ein Verfahren zu erfolgen, das durch Schuldenrufe<sup>12</sup> und den Einbezug der Revisionsstelle<sup>13</sup> die Rechte der Gläubiger sicherstellen soll. Zuständig für

2 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 808–817.

3 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 822–825.

4 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 826–837.

5 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 838–848.

6 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 852–892.

7 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 851.

8 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 1 N. 55.

9 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 198.

10 Art. 632 OR.

11 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 898–900.

12 Art. 733 OR.

13 Art. 732 Abs. 2 OR.

Beschlüsse im Zusammenhang mit der Festlegung des Gesellschaftskapitals sind in der Regel die Gesellschafter<sup>14</sup>, in besonderen Fällen die Geschäftsführung oder der Verwaltungsrat<sup>15</sup>. Ein allfälliges Agio ist der allgemeinen gesetzlichen Reserve zuzuweisen<sup>16</sup>.

### 2.2.2 Nicht einbezahltes Gesellschaftskapital

In der Aktiengesellschaft ist es zulässig, nur einen Teil des gezeichneten Aktienkapitals einzuzahlen<sup>17</sup>. Das führt dazu, dass diejenigen Aktionäre (oder deren Rechtsnachfolger), welche Aktien gezeichnet, aber nicht den ganzen darauf fallenden Betrag einbezahlt haben, weiterhin zur Restliberierung dieses Betrags verpflichtet sind<sup>18</sup>. Dieser offene Betrag muss auch im Konkursfall eingeworfen werden. Das vom einzelnen Aktionär gezeichnete Aktienkapital definiert also in jedem Fall sein persönliches Verlustrisiko.

Nach neuem Recht<sup>19</sup> wird nicht einbezahltes Gesellschaftskapital in Übereinstimmung mit der Rechnungslegungspraxis<sup>20</sup> als Aktivum verbucht. Dahinter steht die Überlegung, dass nicht liberiertes Gesellschaftskapital einen Anspruch des Unternehmens gegenüber dem Gesellschafter darstellt, der in der Regel gemäss Art. 634a OR jederzeit fällig gestellt werden kann<sup>21</sup>. Für das Obligationenrecht wäre es jedoch sachgerecht, würde nach wie vor die vorsichtiger Variante gelten, gemäss welcher die Aktivierung des nicht einbezahlten Aktienkapitals erst mit Eintreten der Voraussetzungen von Art. 681 f. OR zulässig ist. Somit erhöhen sich die Aktiven richtigerweise erst im Zeitpunkt der Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Gesellschafter und nicht bereits mit Zeichnung des nicht einbezahlten Aktienkapitals<sup>22</sup>.

### 2.2.3 Bei Unterdeckung

In der Bilanz bleibt der Betrag des Gesellschaftskapitals auch dann unverändert, wenn er nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist, also die Rechnung Brut-

14 Art. 650 Abs. 1 OR: Kapitalerhöhung; Art. 732 Abs. 1 OR: Kapitalherabsetzung.

15 Art. 651 Abs. 1 OR: genehmigte Kapitalerhöhung.

16 Vgl. 2.3.3.3.

17 Anders bei der GmbH: Art. 777c Abs. 1 OR.

18 Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 318; BSK-Schenker, N. 1 zu Art. 634a OR.

19 Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. e OR.

20 HWP 2009, Bd. 1, IV.6.25.4, S. 249; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.27.4, S. 226; Böckli, Aktienrecht, § 4 N. 425.

21 Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 327; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 14 N. 41.

22 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 814.

toaktiven minus Fremdkapital einen Betrag ergibt, der tiefer ist als das Gesellschaftskapital. Diesfalls kann der Differenzbetrag zwischen dem nominellen Gesellschaftskapital und dem effektiven Eigenkapital dem Verlustvortrag entnommen werden<sup>23</sup>.

## 2.3 Reserven

### 2.3.1 Grundlagen

Reserven bzw. Rücklagen sind Eigenkapital und wirken genau gleich wie das Gesellschaftskapital: Sie bewahren das Vermögen indirekt, indem sie die Ausschüttungsgrenze erhöhen. Reserven bewirken, dass das Unternehmen den Gegenwert des Betrages, der die Reserve ausmacht, nicht an Gesellschafter ausschütten darf. Nur in diesem Sinn ist die Reserve auch ein Sperrkonto<sup>24</sup>.

Da die Auflösung der Reserve zu einer Erhöhung der Gewinnausschüttung führt, ist sie nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig<sup>25</sup>.

### 2.3.2 Rechnungslegungsreserven (Neubewertungs- und Schwankungsreserven)

Rechnungslegungsreserven sind gesetzliche Reserven. Ihre Bildung und Auflösung erfolgen gestützt auf spezielle rechnungslegungsrechtliche Vorschriften. Rechnungslegungsreserven sind die Neubewertungsreserve (Art. 670 OR) und die Schwankungsreserve (Art. 960b Abs. 2 OR), welche durch die Aufwertung bestimmten Anlage- oder Umlaufvermögens gebildet werden und nur aufgelöst werden dürfen, wenn das Aktivum, das aufgewertet wurde, wertberichtigt oder veräussert wird<sup>26</sup>. Das ist sachlich richtig, denn nur so wird ihre direkte oder indirekte Ausschüttung vermieden. Die Zuständigkeit für die Bildung und Auflösung der Rechnungslegungsreserven obliegt der Geschäftsführung<sup>27</sup> und ist in der Regel<sup>28</sup> nicht Gegenstand einer Ermessensausübung, sondern einer gesetzlichen Pflicht<sup>29</sup>.

23 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 815.

24 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 818.

25 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 901–903.

26 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 668, Beispiel 2e.

27 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

28 So aber bei Schwankungsreserven; vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 615.

29 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 8 N. 316–317; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 106.

## 2.3.3 Allgemeine gesetzliche Reserven

### 2.3.3.1 Grundlagen

Auch die allgemeinen gesetzlichen Reserven<sup>30</sup> sind gesetzliche Reserven. Von den Rechnungslegungsreserven unterscheiden sie sich vor allem dadurch, dass sie ab Erreichen einer bestimmten Höhe im Ermessen der Gesellschaft wieder aufgelöst werden können. Der Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserven, welcher diese Höhe nicht erreicht, darf nur für die im Gesetz vorgesehenen Fälle verwendet werden<sup>31</sup>. Auch die Bildung der allgemeinen gesetzlichen Reserven ist eine gesetzliche Pflicht<sup>32</sup>.

### 2.3.3.2 Kapitalreserven und Gewinnreserven

Zu den allgemeinen gesetzlichen Reserven zählen sowohl Gewinnreserven<sup>33</sup> als auch Kapitalreserven<sup>34</sup>. Die Gewinnreserve wird aus einer sukzessiven Zuweisung des Gewinns bzw. Gewinnvortrags gebildet<sup>35</sup>. Zur Kapitalreserve gehört insbesondere der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nominalwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird, also das Agio.

In bilanzierungstechnischer Hinsicht wirkt die Unterteilung in Gewinn- und Kapitalreserven primär darstellerisch. Die Frage, ob sie auch zu unterschiedlichen Ausschüttungsvorschriften führt, stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit der Verwendung von Agioreserven und war umstritten<sup>36</sup>, wurde jedoch durch das Bundesgericht in BGE 150 III 533 im Sinne der herrschenden Lehre beantwortet.

Während ein Teil der gesetzlichen Reserven einem strengen Schutz unterliegt, kann der darüber hinausgehende Teil frei verwendet werden. «Soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigen», dürfen gesetzliche Reserven «nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unterneh-

30 Art. 671 OR; *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 306–310; *Böckli*, Rechnungslegung, N. 438; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50 N. 7–29; *Stoffel*, N. 1087–1093.

31 Art. 671 OR.

32 Swiss GAAP FER 24 Ziff. 7 und Ziff. 25.

33 Swiss GAAP FER 24 Ziff. 7 und Ziff. 25.

34 Swiss GAAP FER 24 Ziff. 7 und Ziff. 24.

35 *Handschin*, Rechnungslegung, N. 829.

36 Vgl. *Glanzmann*, Rechnungslegungsrecht, S. 210; vgl. auch *Handschin*, Rechnungslegung, N. 835–837.

men durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mindern»<sup>37</sup>. Soweit die Reserve «die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt» und aufgelöst werden kann, ist das Unternehmen also frei, sie für irgendeinen Zweck zu verwenden. Sie kann auch an die Gesellschafter ausgeschüttet werden<sup>38</sup>.

Zuständig für die Auflösung der allgemeinen gesetzlichen Reserven ist in der Regel die Generalversammlung.

### 2.3.3.3 Insbesondere Agio und Agioreserven

Wenn ein Agio vorgesehen wird, bedeutet dies, dass der zeichnende Aktionär oder Gesellschafter nicht nur das gezeichnete Aktien- oder Stammkapital einbezahlen muss, sondern auch einen darüber hinausgehenden Betrag. Das Agio ist also der Differenzbetrag zwischen dem Nennwert und dem Ausgabebetrag von Aktien<sup>39</sup>. Die praktische Bedeutung des Agios zeigt sich vor allem bei Kapitalerhöhungen, wenn das effektive Eigenkapital das nominelle Aktien- oder Stammkapital übersteigt. In diesem Fall würden die alten Gesellschafter durch eine Ausgabe zum Nominalwert benachteiligt. Der neue Gesellschafter muss sich per Agio in die Reserven der Gesellschaft «einkaufen»<sup>40</sup> und die Differenz zwischen dem Nennwert der Aktien oder Stammanteile und den (stillen) Reserven der Gesellschaft ausgleichen<sup>41</sup>.

Gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR ist das Agio der allgemeinen gesetzlichen Reserve «zuzuweisen». Diese Vorschrift wirkt qualifizierend und weist das Agio unmittelbar und ohne Zutun der Generalversammlung den allgemeinen gesetzlichen Reserven zu<sup>42</sup>.

37 Art. 671 Abs. 3 OR; *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 309; vgl. dazu *Böckli*, Rechnungslegung, N. 460; *BSK-Neuhaus/Balkanyi*, N. 24 zu Art. 671 OR.

38 Vgl. *Handschin*, Rechnungslegung, N. 901–903.

39 Vgl. *BSK-Baudenbacher*, N. 7 zu Art. 624 OR; *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 304; *Druey/Glanzmann*, § 9 N. 60; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 14 N. 17.

40 *Giger*, S. 90; *ZK-Bürgi*, N. 64 zu Art. 671 OR.

41 *ZK-Bürgi*, Art. N. 64 zu Art. 671 OR; *ZK-Siegwart*, N. 13 zu Art. 624 OR.

42 HWP 2009, Bd. 1, IV.6.26.2.2, S. 254: Als «Transaktionen mit direkter Erfassung in den offenen Reserven» werden diejenigen Vorgänge beschrieben, die unmittelbar das Eigenkapital verändern, ohne die Notwendigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung: «Diese Verkettung wird durchbrochen bei Transaktionen, die ein Aktivum oder eine Verbindlichkeit verändern und gleichzeitig eine direkte Buchung im Eigenkapital auslösen.» Siehe auch HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.28.3, S. 230.

Als Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve kann das Agio an Aktionäre ausgeschüttet werden, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für die Auflösung der gesetzlichen Reserve vorliegen, also insbesondere «soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals [...] übersteigt»<sup>43</sup>.

### 2.3.3.4 Exkurs: Muss das Agio auf ein Kapitaleinzahlungskonto einbezahlt werden?

Umstritten ist, ob die Hinterlegungspflicht nur für das Nennkapital der gezeichneten Aktien oder für den gesamten Ausgabebetrag (Nennkapital zuzüglich Agio) gilt. Die Frage ist bei Kapitalerhöhungen von grösserer praktischer Relevanz als bei Gründungen, bei denen die Aktien in der Regel zum Nennwert liberiert werden. Gemäss der strengeren Lehre und auch dem Bundesgericht bezieht sich Art. 633 Abs. 1 OR auf alle Einlagen in Geld und nicht etwa nur auf die Einlagen auf den Nennwert<sup>44</sup>. Die wohl herrschende Lehre und – schon aufgrund der unklaren Rechtslage richtigerweise – die Handelsregisterpraxis lassen eine Hinterlegung des Nennkapitals genügen<sup>45</sup>. Dies erscheint sachgerecht, da die Hinterlegung dem Schutz Dritter dient, die nicht mit über dem im Handelsregister eingetragenen Nennkapital liegenden Einzahlungen rechnen, und keine Ungleichbehandlung der Aktionäre droht<sup>46</sup>. Dass es für die Gesellschaft vorteilhafter ist, direkt über Geld statt nur über eine möglicherweise nicht voll einbringliche Forderung zu verfügen, ändert daran nichts, da dies ein Problem der aufschiebbaren Fälligkeit des Agios ist und nicht der Einzahlung auf ein gesichertes Konto<sup>47</sup>.

Die Vorschriften über die Sacheinlage und die Sachübernahme erfassen allerdings nicht nur die auf den Nennwert, sondern auch die auf ein Agio geleistete

43 Art. 671 Abs. 3 OR; vgl. auch *Handschin*, Rechnungslegung, N. 901–903.

44 BGE 132 III 673; *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 357 f.; BSK-*Baudenbacher*, N. 7 zu Art. 624 OR.

45 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 14 N. 23; BSK-*Zindel/Isler*, N. 2 zu Art. 652c OR; zur Handelsregisterpraxis SHK-*Siffert/Tagmann*, N. 21 zu Art. 43 HRegV.

46 Anderes gilt, wenn ein Teil des Agios durch Sacheinlage geleistet wird; hier verlangt die herrschende Lehre und Praxis denn auch zu Recht die Anwendbarkeit aller entsprechenden Kautelen.

47 Eine Differenzierung nach Fälligkeit, wonach bei einer aufgeschobenen Fälligkeit des Agios besondere Schutzmechanismen zur Sicherung der späteren Einzahlung bestehen, erscheint nicht sachgerecht; so aber *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 358.

Einlage, unabhängig von deren Fälligkeit, da zum Schutz der Mitaktionäre die Werthaltigkeit des gesamten Ausgabebetrags zur Prüfung steht<sup>48</sup>.

### 2.3.4 Statutarische und beschlussmässige Reserven

Statutarische<sup>49</sup> und beschlussmässige Reserven<sup>50</sup> sind in den Statuten vorgesehen oder werden durch die Generalversammlung gebildet. Sie können durch Beschluss der Generalversammlung aufgehoben und an die Aktionäre ausgeschüttet werden.

## 2.4 Gewinn/Verlust und Gewinn-/Verlustvortrag

Ein weiterer Bestandteil des Eigenkapitals ist der Gewinn bzw. Gewinnvortrag. Der Bilanzgewinn besteht aus dem Jahresgewinn beziehungsweise -verlust, der sich grundsätzlich aus der Gegenüberstellung von Aufwand und Ertrag des letzten Geschäftsjahres ergibt, und dem nicht ausgeschütteten Bilanzgewinn des Vorjahres. Über seine Verwendung entscheidet die Generalversammlung<sup>51</sup>.

## 2.5 Stille Reserven

### 2.5.1 Begriff

Ihre Entstehung haben stille Reserven in der Unterbewertung von Aktiven oder der Überbewertung von Fremdkapital und Rückstellungen. Sie werden oft schleichend über einen gewissen Zeitraum hinweg gebildet, indem höhere Abschreibungen vorgenommen werden, als durch die Nutzungsdauer geboten wären, oder indem Rückstellungen, die nicht mehr gerechtfertigt sind, nicht aufgelöst werden. Unterschieden werden stille Zwangsreserven, Ermessensreserven, Willkürreserven und widerrechtliche stille Reserven<sup>52</sup>.

Stille Zwangsreserven liegen vor, wenn der Wert eines Anlagevermögens seinen fortgeführten Anschaffungswert übersteigt, jedoch nicht in voller Höhe

48 BSK-*Baudenbacher*, N. 7 zu Art. 624 OR; *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 372; vgl. auch BGE 132 III 673; weniger streng ZK-*Siegwart*, N. 19 zu Art. 624 OR.

49 Art. 672 OR; Art. 673 E-OR.

50 Art. 674 Abs. 2–3 OR; Art. 673 E-OR.

51 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR; vgl. zum Ganzen *Handschin*, Rechnungslegung, N. 119–121.

52 Ausführlich *Handschin*, Rechnungslegung, N. 852 ff.



aktiviert werden darf<sup>53</sup>. Wie schon der Begriff «Zwangsreserve» zeigt, genießt das Unternehmen in Bezug auf die Frage, ob Reserven gebildet werden, keinen Spielraum.

Ermessensreserven werden gebildet, indem bis an die Grenze dessen gegangen wird, was durch das Vorsichtsprinzip gerechtfertigt werden kann, wenn also bei mehreren betriebswirtschaftlich ermittelten Wertansätzen der vorsichtigste gewählt wird<sup>54</sup>. Die Bildung und die Auflösung von Ermessensreserven werden nicht dokumentiert<sup>55</sup>.

Willkürreserven liegen vor, wenn die Bildung der stillen Reserven zwar nicht mehr durch das Vorsichtsprinzip gerechtfertigt werden kann, durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht aber gleichwohl zulässig ist<sup>56</sup>. Unter diese Kategorie fallen die Wiederbeschaffungsreserve<sup>57</sup>, die Reserve zur Sicherstellung einer ausgeglichenen Dividende<sup>58</sup> oder die stillen Reserven, die entstehen, wenn nicht mehr benötigte Rückstellungen nicht aufgelöst werden<sup>59</sup>.

Die Bildung von unzulässigen stillen Reserven (auch «Willkürreserven» können unzulässig sein) verstößt gegen rechnungslegungsrechtliche Vorschriften. Darunter fallen klare Fälle wie fiktive Schulden<sup>60</sup>, aber auch übertriebene Wertberichtigungen, die durch den Vorsichtsgrundsatz nicht gerechtfertigt und weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht erlaubt sind. Die Bildung solcher unzulässiger stiller Reserven kann strafbar sein<sup>61</sup>.

## 2.5.2 Wirkung der stillen Reserven

Das Eigenkapital der Gesellschaft wird durch stille Reserven gestärkt, indem durch tiefere Aktiven und höheres Fremdkapital die Schwelle für Ausschüttun-

53 HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.31.1, S. 245; Böckli, Aktienrecht, § 8 N. 890; Böckli, Rechnungslegung, N. 1086; BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 34 zu Art. 669 OR; vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 653.

54 HWP 2009, Bd. 1, II.6.2.4, S. 66; HWP 2009, Bd. 1, IV.6.27.1, S. 256; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.31.1, S. 245; BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 35 zu Art. 669 OR.

55 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 873.

56 HWP 2009, Bd. 1, II.6.2.4, S. 66; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.31.1, S. 245.

57 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 858–861.

58 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 862–864.

59 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 786.

60 BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 38 zu Art. 669 OR.

61 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 275.

gen an Gesellschafter erhöht wird. Gedanklich muss man sich die stillen Reserven nicht nur bei den entsprechenden Aktiven oder Passiven vorstellen, sondern immer auch im Eigenkapital der Gesellschaft<sup>62</sup>.

## 2.5.3 Bildung und Auflösung der stillen Reserven

Die Bildung stiller Reserven erfolgt im Falle der stillen Zwangsreserven dadurch, dass der Wert eines Anlagevermögens höher als sein fortgeführter Anschaffungswert ist, jedoch nicht in voller Höhe aktiviert werden darf<sup>63</sup>.

Die Bildung der stillen Ermessens- und der stillen Willkürreserven kann durch eine Unterbewertung von Aktiven erfolgen. Diese kann von Anfang an vorliegen, indem beispielsweise Bewertungsspielräume für Anlagevermögen nicht ausgenützt werden und ein erworbenes Aktivum von Anfang an unter seinem Erwerbswert aktiviert wird, oder in den Folgejahren durch überhöhte Abschreibungen bzw. Wertberichtigungen geschaffen werden. Auf der passiven Bilanzseite können stille Reserven durch die Bildung sachlich nicht gerechtfertigter Rückstellungen oder den Verzicht auf deren Auflösung gebildet werden. In der AG, der GmbH und der Genossenschaft liegt die Zuständigkeit zur Bildung stiller Reserven beim Verwaltungsrat respektive der Geschäftsleitung.

In der Bildung stiller Reserven entgegengesetzter Weise erfolgt ihre Auflösung. Für die Aktiven bedeutet dies, dass sie aufgewertet werden; in Bezug auf die Passiven bedeutet es, dass Passiven abgewertet werden. Sowohl bei der Aufwie auch bei der Abwertung sind allgemeine Rechnungslegungsvorschriften zu beachten. Am einfachsten zu erreichen ist die Auflösung der stillen Reserven durch Realisation des betroffenen Aktivums, auch durch eine konzerninterne Transaktion, also den Verkauf an eine andere Konzerngesellschaft. Dieser Vorgang führt dann in der Jahresrechnung der veräussernden Gesellschaft zu einer entsprechenden Aufwertung<sup>64</sup>.

62 Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 857.

63 Vgl. HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.31.1, S. 245; Böckli, Aktienrecht, § 8 N. 890; Böckli, Rechnungslegung, N. 1086; BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 34 zu Art. 669 OR; vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 653.

64 Handschin, Rechnungslegung, N. 877.

## 2.6 Funktion des Eigenkapitals

### 2.6.1 Grundlagen

Das Eigenkapital ist der Differenzbetrag zwischen den Gesamtkativen des Unternehmens und dem Fremdkapital<sup>65</sup>. Es steht fest, dass ein hohes Eigenkapital das Risiko minimiert, dass eine zu hohe Bewertung der Aktiven, eine zu niedrige Bewertung der Passiven oder Mittelabflüsse das Unternehmen existenziell gefährden. Je höher das Eigenkapital, desto höher auch die Risikofähigkeit des Unternehmens. In diesem Sinne ist das Eigenkapital die Risikoreserve des Unternehmens<sup>66</sup>.

Das Grundkapital ist ein Betrag, der einen speziellen gesetzlichen Schutz genießt und den Gläubigern als besondere Haftungsreserve dienen soll<sup>67</sup>. Deshalb ist das Unternehmen verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, sobald das Grundkapital nur noch durch die Hälfte der Aktiven gedeckt ist<sup>68</sup>.

Diese Gründe lassen erahnen, dass die Reduktion des Eigenkapitals, wie eingangs<sup>69</sup> erwähnt, durch mehr (Herabsetzung des Eigenkapitals) oder minder (Gewinnausschüttung) starke Vorgaben reguliert ist.

### 2.6.2 Ausschüttung von Eigenkapital an die Gesellschafter

#### 2.6.2.1 Grundlagen

Eine Ausschüttungen von Eigenkapital an Gesellschafter liegt vor, wenn Leistungen der Gesellschaft an Gesellschafter erfolgen, denen keine oder keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Für die meisten Gesellschaften ist die Ausschüttung von Eigenkapital an die Gesellschafter ihre «raison d'être». Ihre Investition erfolgt letztlich immer mit der Aussicht, einen «return» für diese zu erhalten<sup>70</sup>.

Diese Ausschüttung berührt die Interessen von Gläubigern und Aktionären gleichermaßen. Jedoch sind diese Interessen meist gegenläufig, da die Gläu-

65 Rahmenkonzept Swiss GAAP FER Ziff. 19; vgl. N. 89–110.

66 Handschin, Rechnungslegung, N. 803; Vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 8 N. 847: «Das allgemeine Risiko, dass unternehmerisch gehandelt wird, findet seine bilanztechnische Entsprechung im Eigenkapital.»

67 Handschin, nutshell, S. 43.

68 Art. 725 Abs. 1 OR.

69 Vgl. 2.1.

70 Boemle/Stolz, S. 294.

biger daran interessiert sind, dass nicht zu viel Eigenkapital ausgeschüttet und das Haftungssubstrat der Gesellschaft somit hoch gehalten wird. Aus diesem Grund kann nur frei verwendbares Eigenkapital ausgeschüttet werden.

#### 2.6.2.2 Direkte Ausschüttung an Gesellschafter

Das frei verwendbare Eigenkapital ist dasjenige Eigenkapital, welches ohne Beachtung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung<sup>71</sup> an Aktionäre zurückerstattet werden darf. Es entspricht dem Betrag, der insgesamt folgende Werte übersteigt<sup>72</sup>:

- das ganze Aktien- und Partizipationskapital;
- die ganzen Rechnungslegungsreserven;
- den die Hälfte des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigenden Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve;
- sofern vorhanden: die zweckgebundenen statutarischen und Beschlussreserven, die nur durch Beschluss der Generalversammlung verwendet werden können.

Es bestehen also zwei Gruppen von Eigenkapital, welche gestützt auf unterschiedliche Vorschriften an Gesellschafter zurückerstattet werden können. Das nicht frei verwendbare Eigenkapital, also dasjenige, welches die erwähnten Werte nicht übersteigt, wird auch und insbesondere im Interesse der Gläubiger geschützt. Deshalb ist seine Ausschüttung an Gesellschafter nur zulässig, wenn das Verfahren der Kapitalherabsetzung eingehalten wird. Dieses stellt die Gläubigerinteressen sicher und muss in einem besonderen Revisionsbericht festgehalten werden<sup>73</sup>.

Aus diesen Überlegungen des Gläubigerschutzes folgen auch das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung sowie die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien<sup>74</sup>.

Deutlich weniger stark reguliert ist hingegen die Ausschüttung des frei verwendbaren Eigenkapitals. So kann die Gewinnreserve, welche die Hälfte des

71 Art. 732–735 OR.

72 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 2 N. 116–118 und § 8 N. 296; Giger, S. 85–88; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 49 N. 61–62; BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 10 zu Art. 671a OR; Stoffel, N. 221.

73 Handschin, Rechnungslegung, N. 810.

74 Vgl. 2.6.2.4. f.

Aktienkapitals übersteigt, frei verwendet werden. Dasselbe trifft auf die statutarischen und beschlussmässigen Reserven zu. All diese Vermögenswerte können also auch an Gesellschafter ausgeschüttet werden.

Direkt ausgeschüttet werden kann ausserdem natürlich der Unternehmensgewinn als Anknüpfungspunkt für das Dividendenrecht der Aktionäre. Er wird durch den Verwaltungsrat im Rahmen seiner finanziellen Oberleitung festgelegt und orientiert sich am handelsrechtlichen Jahresgewinn<sup>75</sup>. Die Entscheidung über die Höhe der Gewinnausschüttung (Dividende) liegt in der Kompetenz der Generalversammlung, sie ist hierbei jedoch an den vom Verwaltungsrat definierten Unternehmensgewinn gebunden<sup>76</sup>.

### 2.6.2.3 Erwerb eigener Aktien

Mit dem Erwerb eigener Aktien erfolgt eine Rückerstattung von einbezahltem Kapital an Aktionäre<sup>77</sup>. Das bedeutet, dass sich wie bei anderen Ausschüttungen von Eigenkapital an Gesellschafter Fragen des Kapitalschutzes besonders stellen. Als eigene Aktien gelten auch Partizipationsscheine<sup>78</sup>, nicht aber Genussscheine, denn diese werden nicht gegen eine Einlage ausgegeben<sup>79</sup>, wodurch ihr Erwerb durch die Gesellschaft auch keine Rückerstattung von einbezahltem Kapital darstellt<sup>80</sup>. Ebenfalls als eigene Aktien gelten schliesslich Aktien, die eine andere Gesellschaft hält, an der die Gesellschaft mehrheitlich beteiligt ist.

Das neue Recht<sup>81</sup> verbietet, sachlich richtig, die Aktivierung eigener Aktien in der Bilanz. Dies macht deutlich, dass eigene Aktien kein Aktivum sind, sondern im Ergebnis eine Rückerstattung von Aktienkapital an Aktionäre gleich einer Kapitalherabsetzung. Es wird schlichtweg Liquidität im Tausch gegen Aktien an die Aktionäre transferiert.

<sup>75</sup> Handschin, Rechnungslegung, N. 905.

<sup>76</sup> Handschin, Rechnungslegung, N. 906.

<sup>77</sup> BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 2 zu Art. 671a OR; ZK-Handschin, N. 15 ff. zu Art. 659–659b OR.

<sup>78</sup> HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.30.1, S. 241.

<sup>79</sup> Art. 657 Abs. 3 OR.

<sup>80</sup> Auch HWP 2009, Bd. 1, IV.6.16.1, S. 218; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.30.1, S. 242; anders BSK-Neuhaus/Balkanyi, N. 1 zu Art. 671a OR; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 4 N. 355; ZK-Handschin, N. 15 ff. zu Art. 659–659b OR.

<sup>81</sup> Swiss GAAP FER 24 Ziff. 2; IAS 32.33–34; nach neuem Recht auch im Obligationenrecht: vgl. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR; Böckli, Aktienrecht, § 8 N. 335; Böckli, Rechnungslegung, N. 476–494; Botschaft, S. 1660; ZK-Handschin, N. 15 ff. zu Art. 659–659b OR.

Eigene Aktien werden also nicht aktiviert, und es wird nach der Methodik des neuen Rechts<sup>82</sup> und der Regelwerke eine Art «Minusreserve» im Umfang des Erwerbspreises auf der Passivseite gebildet. Diese Reserve wirkt im Ergebnis als Ausschüttungssperre, da sich der Gewinnvortrag um ihren Umfang reduziert. Ein allfälliger Gewinn darf erst wieder ausgeschüttet werden, wenn die Reserve für eigene Aktien wieder aufgelöst wird. Nur so ist sichergestellt, dass das Haftungssubstrat der Gläubiger nicht angegriffen wird<sup>83</sup>.

Die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien knüpft an das Vorliegen von frei verwendbarem Eigenkapital an: «[...] wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist» (Art. 659 Abs. 1 OR).

### 2.6.2.4 Verdeckte Gewinnausschüttungen

Die Gewinnfeststellung ist rechtmässig, wenn sie sich auf eine korrekte Rechnungslegung und Beschlussfassung abstützt. Fehlt es daran, ist sie widerrechtlich, und es liegt je nach Sachlage eine verdeckte Gewinnausschüttung oder eine widerrechtliche Rückzahlung von Eigenkapital an Aktionäre vor.

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung schliesst Art. 680 Abs. 2 OR nicht nur das Rückforderungsrecht des Aktionärs auf seinen einbezahlten Betrag aus, sondern verbietet generell, von Aktionären einbezahlte Beträge an diese zurückzuerstatten<sup>84</sup>. Auch Art. 678 OR befasst sich mit Ausschüttungen von Eigenkapital an Aktionäre und Dritte ohne die Einhaltung formeller Verfahren. Sowohl Art. 680 Abs. 2 OR als auch Art. 678 OR knüpfen an informelle Eingriffe an. Zu Art. 678 OR ist insbesondere festzuhalten, dass jede Art von ungerechtfertigten Gewinnanteilen von der Norm erfasst wird<sup>85</sup>. Für den Entscheid darüber, ob Art. 678 oder Art. 680 OR verletzt wird, kommt es nicht darauf an, als was die Ausschüttung bezeichnet wird, sondern allein darauf, wie respektive in welchen Teil des Eigenkapitals eingegriffen wird.

<sup>82</sup> Vgl. Handschin, Rechnungslegung, N. 918–920; Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR schreibt vor, dass eigene Kapitalanteile als Minusposten unter den Passiven ausgewiesen werden; ZK-Handschin, N. 15 ff. zu Art. 659–659b OR.

<sup>83</sup> Vgl. noch unter dem alten Recht Handschin, Rechnungslegung, N. 916.

<sup>84</sup> Vgl. BGE 110 II 293 E. 3; 109 II 128 E. 2; 87 II 169 E. 9b.

<sup>85</sup> Denkbar sind überhöhte Löhne oder sonstige Entschädigungen, die Überlassung von Gesellschaftsvermögen zu marktunüblich tiefen Preisen, aber auch ganz einfach der «Griff in die Kasse».

Die strengere Norm stellt Art. 680 OR dar. Ihre Verletzung führt dazu, dass im Umfang der bezogenen Leistung die Liberierungspflicht wieder auflebt<sup>86</sup>. Bei einer Verletzung des Art. 678 OR ist der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft hingegen an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft: Er verjährt nach fünf Jahren, und es kann die Leistung durch nachträgliches Verhalten der geschädigten Gesellschaft geheilt werden. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen zeigen, dass Art. 678 und Art. 680 OR Verletzungen des Kapitalschutzes unterschiedlicher Schwere betreffen, wobei die schwerwiegenderen Verletzungen nach Art. 680 OR zu beurteilen sind. Solche Eingriffe in das Eigenkapital liegen dann vor, wenn der Eingriff das Risiko birgt, dass die Aktiven unter den Wert des Fremdkapitals fallen. Diese den besonders qualifizierten Teil des Eigenkapitals betreffenden Ausschüttungen verletzen die im Interesse des Gläubigerschutzes erlassenen Verfahrensregeln, fallen unter die Vorschrift des Art. 680 OR und sind nichtig.

Wird die Schwelle des besonders qualifiziert geschützten Teils des Eigenkapitals nicht überschritten,<sup>87</sup> gilt Folgendes: Erfolgt die Ausschüttung ohne Gegenleistung und kann sich die Ausschüttung nicht auf einen (Dividenden-)Beschluss der Generalversammlung abstützen, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Diese Ausschüttung verletzt zwar ebenfalls die Vorschriften des Kapitalschutzes, allerdings weniger diejenigen Vorschriften, die im Gläubigerinteresse erlassen worden sind, als vielmehr die Vorschriften, die im Interesse des Gleichbehandlungsgebots und der Mitwirkungsrechte der Aktionäre zu beachten sind. Derartige Leistungen kann die Gesellschaft gestützt auf Art. 678 OR vom Empfänger zurückfordern. Allerdings besteht der Rückforderungsanspruch nach dem Wortlaut des Gesetzes nur, wenn die verdeckten Gewinnausschüttungen «in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen». Diese Vorschrift erfährt zu Recht Kritik, da sie verdeckte Gewinnausschüttungen in Gesellschaften zulässt, in denen sich die finanzielle Lage der Gesellschaft durch diese Ausschüttungen nicht verschlechtert. Mit *Böckli*<sup>88</sup> ist daher festzuhalten, dass dieser Hinweis auf die Lage der Gesellschaft richtigerweise unberücksichtigt bleiben sollte. Der Rückforderungsanspruch verjährt innert fünf Jahren nach Empfang der Leistung<sup>89</sup>. Im Gegensatz zum Anspruch gestützt auf Art. 680 OR kann die

86 *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 331; BSK-Kurer/Kurer, N. 26 zu Art. 680 OR.

87 Also im Bereich des frei verwendbaren Eigenkapitals. Vgl. *Handschin*, Rechnungslegung, N. 897.

88 *Böckli*, Aktienrecht, § 12 N. 555–557b.

89 Art. 678 Abs. 4 und Abs. 6 E-OR.

Gesellschaft die verdeckte Gewinnausschüttung durch einen entsprechenden Beschluss der Generalversammlung nachträglich legitimieren.

Beim Vergleich des Eingriffs in den besonders qualifiziert geschützten Teil des Eigenkapitals mit der Gewinnausschüttung ohne Generalversammlungsbeschluss wird deutlich, dass im schwereren der beiden Fälle (Verletzung des Gläubigerschutzes, des Schutzes der Gesellschaftsstruktur und der Mitwirkungsrechte der Aktionäre) Art. 680 OR anwendbar ist, während im leichteren der beiden Fälle (Verletzung nur der Gesellschaftsstruktur und der Mitwirkungsrechte der Aktionäre) Art. 678 OR gilt<sup>90</sup>. Bei der Gegenüberstellung dieser beiden Fälle ergibt sich die differenzierte Sanktion auf die Verletzung des Kapitalschutzes aus dem Umstand, dass Art. 678 OR auf diejenigen Ausschüttungen anwendbar ist, die grundsätzlich möglich sind, aber durch die Generalversammlung zu beschliessen wären. Ist eine Ausschüttung grundsätzlich ausgeschlossen – und auch nicht gestützt auf einen Beschluss der Generalversammlung möglich –, gilt Art. 680 OR.

### 3. Barliberierung

#### 3.1 Kapitaleinzahlungskonto und Kapitaleinzahlungsbestätigung

Das Gesetz kennt keine Flexibilität für die Liberierung von Bargeld: Bareinlagen müssen gemäss Art. 633 Abs. 1 OR bei einem Institut hinterlegt werden, das über eine Bankbewilligung gemäss Art. 3 ff. BankG verfügt. Die Banken bieten – zu unterschiedlichen Preiskonditionen<sup>91</sup> und mit nach wie vor unterschiedlichen formellen Hürden – die Eröffnung sogenannter «Kapitaleinzahlungskonti» an. Diese Konti lauten auf die Gesellschaft (in Gründung) und sind Sperrkonti. Der Eröffner des Kapitaleinzahlungskontos muss von der Bank gemäss Art. 3 GwG identifiziert werden<sup>92</sup>. Bareinzahlungen auf das Konto sind nicht möglich. Die Hürden für die Eröffnung des Kontos können hoch sein und werden tendenziell höher<sup>93</sup>.

90 *Handschin*, Rechnungslegung, N. 933.

91 Die Kosten richten sich nach einem Promillesatz des einbezahlten Kapitals und betragen minimal zurzeit meist 200 Franken.

92 Vgl. Vereinbarung der SBVG über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), Ziff. 15.

93 ZK-Cramer, N. 2 f. zu Art. 633 OR.

Nach Hinterlegung des Betrags stellt die Bank mit der sogenannten «Einzahlungsbestätigung» eine formelle Bescheinigung aus. Auf dieser muss die Gesellschaft unmissverständlich identifiziert, die hinterlegte Summe aufgeführt sowie ausdrücklich festgehalten sein, dass die Summe auf einem Sperrkonto zugunsten der Gesellschaft hinterlegt ist<sup>94</sup>. Die Einzahlungsbestätigung muss der Urkundsperson und den Gründern anlässlich der Gründung bzw. dem Verwaltungsrat anlässlich der Durchführung der Kapitalerhöhung im Original vorliegen (Art. 631 Abs. 1 und 652g Abs. 2 OR). Das Vorliegen der *Originalbescheinigung* ist zu beurkunden; erfolgt diese Beurkundung korrekt, muss die Einzahlungsbestätigung dem Handelsregisteramt nicht eingereicht werden (Art. 43 Abs. 1 lit. f und 46 Abs. 2 lit. e HRegV). Nicht zulässig sein dürfte eine Beurkundung gestützt auf eine (PDF-)Kopie der Einzahlungsbestätigung.

Sofern das Zustandekommen der Gründung oder der Kapitalerhöhung unsicher ist, sollte die Bank instruiert werden, die Einzahlungsbestätigung direkt und ausschliesslich der Urkundsperson zuzustellen. Datiert die Einzahlungsbestätigung mehr als einige Wochen zurück, so kann es sinnvoll sein, wenn die Urkundsperson sich bei der Bank darüber vergewissert, dass das Geld noch hinterlegt ist und nicht etwa an die Gründer zurückbezahlt wurde<sup>95</sup>.

### 3.2 Liberierung in Fremdwährung

Einzahlungen in Fremdwährungen anstatt in Schweizer Franken sind seit 2004 etablierte Praxis<sup>96</sup>. Die Fremdwährung muss frei konvertibel sein, also unbeschränkt in Schweizer Franken umgetauscht werden dürfen<sup>97</sup>. Die Summe der einbezahlten Fremdwährung sollte (1) am Tag der Beurkundung der Gründung bzw. der Feststellungen des Verwaltungsrats, (2) am Tag der Eintragung im Tagesregister durch das kantonale Handelsregisteramt und (3) am Tag der Genehmigung durch das EHRA<sup>98</sup> mindestens dem zu liberierenden Betrag

94 CR-Lombardini/Clemetson, N. 8 zu Art. 633 OR.

95 ZK-Cramer, N. 7 zu Art. 633 OR.

96 Thalmann, S. 40; Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 360; SHK-Siffert/Tagmann, N. 21 zu Art. 43 HRegV; gemäss Botschaft 2007 S. 1639, besteht die Praxis des EHRA gar bereits seit 1999; sie wurde aber bis 2004 nicht öffentlich und war wohl selbst in Handelsregisterkreisen nicht bekannt; vgl. Rebsamen, N. 409.

97 Nicht frei konvertibel ist zurzeit z.B. der chinesische Yuan bzw. Renminbi.

98 Üblicherweise der Werktag nach der Eintragung im Tagesregister; Gwelessiani, N. 130 zu Art. 32 HRegV.

in Schweizer Franken entsprechen<sup>99</sup>. Kursschwankungen muss mittels einer Sicherheitsmarge Rechnung getragen werden. Die neuere Lehre und Praxis des EHRA betrachten die Liberierung in Fremdwährung zu Recht nicht mehr als Sacheinlage und verlangen somit keinen Gründungsbericht (und entsprechend auch keine Prüfungsbestätigung)<sup>100</sup>. Das ist sachgerecht: Die Einzahlung in frei konvertibler Währung birgt keine der Sacheinlage vergleichbaren Risiken und ist nichts anderes als eine Barliberierung<sup>101</sup>.

Eine Liberierung in Fremdwährung kann zum Beispiel wie folgt protokolliert werden:

Aufgrund der vorliegenden Einzahlungsbescheinigung der X-Bank, in Zürich, vom 1. April 2015, wonach EUR 99 000 zugunsten der in Gründung begriffenen Gesellschaft einbezahlt worden sind, stellen die Gründer einstimmig fest, dass der einbezahlte Betrag mindestens dem gesamten Ausgabebetrag von CHF 100 000 entspricht und damit alle Aktien der Gesellschaft vollständig liberiert sind (...).

Der VE-OR 2014 schlägt vor, dass neu gar das Aktienkapital selbst in Fremdwährung geführt werden darf. Die vorgeschlagene neue Regelung gemäss Art. 621 Abs. 2 VE OR lautet wie folgt:

Zulässig ist auch ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung. Zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung muss das Mindestkapital in Fremdwährung mindestens einem Gegenwert von 100 000 Franken entsprechen.

## 4. Sacheinlagegründung

### 4.1 Übersicht

Die Leistung der Einlage auf das Aktienkapital ist nicht nur durch Geldzahlung, sondern in der Form der Sacheinlage auch durch Einbringung anderer Wirtschaftsgüter möglich. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Sacheinlagegründung das Missbrauchspotential aufgrund einer Falschbewertung dieser Wirtschaftsgüter erheblich ist. Schliesslich hängt die Schätzung der Sacheinlage vom Ermessen der Gründer oder des Verwaltungsrates ab. Das Risiko

99 Unpräzise die Botschaft 2007, S. 1639, die nur auf den Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister abstellt; vgl. Thalmann, S. 36 f.

100 Vgl. zur überkommenen Diskussion eingehend Thalmann, S. 28 ff.; für das Erfordernis des Gründungsberichts spricht sich nur Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 361, aus.

101 ZK-Cramer, N. 10 zu Art. 633 OR.

besteht, dass die Gründer oder der Verwaltungsrat einer Sacheinlage einen zu hohen Wert beimessen und das neu liberierte Aktienkapital nach objektiven Bewertungskriterien keinem gleichwertigen Aktivum gegenübersteht, was eine Schmälerung des effektiven gegenüber dem offiziellen Grundkapital bedeutet<sup>102</sup>.

Um das Risiko nicht werthaltiger Sacheinlageliberierungen einzudämmen, sieht das Gesetz verschiedene Schutzmechanismen vor, welche die Gläubiger und die ihre Einlage nicht durch Sacheinlage liberierenden Aktionäre schützen sollen<sup>103</sup>.

So verlangt Art. 635 OR, dass bei der Sacheinlagegründung sämtliche Gründer zusätzlich zum Errichtungsakt in einem schriftlichen Bericht Rechenschaft über die qualifizierten Gründungstatbestände (Art und Zustand sowie angemessene Bewertung der Sacheinlagen) ablegen. Dieser Gründungsbericht stellt dann auch die Grundlage für die Gründungsprüfung durch den Revisor dar<sup>104</sup>. Der zugelassene Revisor gemäss Art. 5 oder 6 RAG prüft den Gründungsbericht auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit hin<sup>105</sup>. Weiter sollen die formellen Vorschriften für Sacheinlageverträge<sup>106</sup> sowie die Eintragung der Sacheinlage in das Handelsregister und die Statuten dem Risiko einer unangemessenen Sacheinlageliberierung entgegenwirken.

## 4.2 Sacheinlagefähigkeit

### 4.2.1 Übersicht

Sacheinlage kann nur sein, was aktivierbar, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar ist<sup>107</sup>. Die Revisionsvorlage setzt diese vier Voraussetzungen im neu

102 ZK-Cramer, N. 1 zu Art. 634 OR; zur Wichtigkeit der Einhaltung korrekter Bewertungsvorschriften *Handschin*, Rechnungslegung, N. 575.

103 Botschaft 1983, S. 789 f.

104 ZK-Cramer, N. 4 zu Art. 635 OR.

105 ZK-Cramer, N. 1 zu Art. 635 OR, N. 2 zu Art. 635a OR.

106 Nachfolgend 4.3.

107 BSK-Schenker, N. 3 zu Art. 628 OR, N. 4 zu Art. 634 OR; *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 375 ff.; CR-Lombardini/Clemetson, N. 8 zu Art. 628 OR; *Weber*, N. 152; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 15 N. 10; *Forstmoser/Zindel*, S. 4 f.; *Widmer*, S. 295 f.; vgl. für die Handelsregisterpraxis SHK-Siffert/Tagmann, N. 30 zu Art. 43 HRegV; *Gwelessiani*, N. 187 zu Art. 43 HRegV; *Rebsamen*, N. 364.

konzipierten Art. 634 E-OR 2007 explizit dafür voraus, dass Sacheinlagen als Deckung gelten (bzw. Sacheinlagen im formellen Sinn sind)<sup>108</sup>.

### 4.2.2 Aktivierbarkeit

Aktivierbarkeit bedeutet, dass die Sacheinlage nach den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung in der Bilanz aktivierungsfähig ist<sup>109</sup>. Der Aktivenbegriff nach Art. 952 OR ist dem Rechnungslegungsstandard IFRS entnommen worden und führt dazu, dass es nur noch auf die Frage ankommt, ob aufgrund vergangener Ereignisse über den Vermögenswert verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und der Wert verlässlich geschätzt werden kann. Die juristische Qualifikation des Vermögenswerts (Forderung, Sache oder ein immaterielles Recht) hingegen ist sekundär; entscheidend ist, dass ein Mittelzufluss mit einer hohen Wahrscheinlichkeit erfolgen muss<sup>110</sup>.

### 4.2.3 Insbesondere die Aktivierbarkeit von immateriellen Rechten

#### 4.2.3.1 Grundlagen

Immaterielle Werte werden mit einer negativen Definition am besten erfasst: Sie sind Vermögenswerte, die weder Sachen noch Forderungen sind. Nach den Vorschriften des Obligationenrechts sind sie als Anlagevermögen<sup>111</sup> grundsätzlich zu den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten unter Abzug der nötigen Abschreibungen aktivierbar<sup>112</sup>. Erworbene immaterielle Werte sind zu bilanzieren, wenn sie über mehrere Jahre einen für das Unternehmen messbaren Nutzen bringen<sup>113</sup>. Aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann dies richtigerweise auch dann der Fall sein, wenn die Grundlage des Nutzens in einem obligatorischen Vertrag (bspw. einem Lizenzvertrag) liegt. Die Lizenzgebühren sind dann selbstverständlich während der Vertragslaufzeit als Fremdkapital aufzuführen. Die Frage der Aktivierbarkeit selbst erarbeiteter immaterieller Werte wird für das Obligationenrecht nicht einheitlich beantwortet

108 Botschaft 2007, S. 1639.

109 ZK-Cramer, N. 5 zu Art. 634 OR.

110 Bankenrechtskommentar-*Handschin*, N. 131 zu Art. 6–6b BankG.

111 Auch *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 756–759; *Böckli*, Rechnungslegung, N. 934.

112 Art. 665 aOR; Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. d OR; Swiss GAAP FER 2 Ziff. 12; zur Aktivierungspflicht vgl. N. 689.

113 Art. 665 aOR; Art. 959 Abs. 2 i.V.m. Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. d OR; vgl. auch Swiss GAAP FER 10 Ziff. 3.

und wurde insbesondere von *Böckli*<sup>114</sup> abgelehnt. Richtigerweise<sup>115</sup> gilt auch nach Obligationenrecht die Bestimmung der Regelwerke, die vorsieht, dass ein selbst erarbeiteter immaterieller Wert nur dann aktiviert werden kann, wenn er identifizierbar ist, dem Unternehmen zusteht, einen für das Unternehmen messbaren Nutzen über mehrere Jahre bringt und das Unternehmen auch in der Lage ist, den immateriellen Wert zu nutzen<sup>116</sup>. Die zukünftige Nutzungsdauer ist dabei vorsichtig zu schätzen und der Wert systematisch (normalerweise linear) über diese Nutzungsdauer abzuschreiben. Aufwendungen für allgemeine Forschungstätigkeiten dürfen nicht aktiviert werden<sup>117</sup>.

#### 4.2.3.2 Begriff und Umfang immaterieller Werte

Aufgrund ihrer Immaterialität sind immaterielle Werte schwer zu fassen. Sie können mit (einem oder mehreren) körperlichen Gegenständen verbunden sein oder sich aus einzelnen weiteren immateriellen Rechten zusammensetzen.

#### 4.2.3.3 Bewertung immaterieller Werte

Die Bewertung immaterieller Werte erfolgt auch bei der Einbringung als Sacheinlage zu Anschaffungs- (bei erworbenen immateriellen Werten) oder Herstellungskosten (bei selbst erarbeiteten immateriellen Werten) unter Abzug notwendiger Abschreibungen<sup>118</sup>. Erworbene immaterielle Werte sind zu bilanzieren, wenn sie über mehrere Jahre einen für die Organisation messbaren Nutzen bringen werden<sup>119</sup>. Der Kaufvertrag definiert in diesen Fällen den inhaltlichen Umfang des Immateriellen Wertes<sup>120</sup>.

114 *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 758; nach dem neuen Recht lässt *Böckli*, Rechnungslegung, N. 944–955, die Aktivierung eingeschränkt zu.

115 Urteil des Bundesgerichts 4A\_91/2011 vom 9. Juni 2011 E. 3.5; auch nach HWP dürfen selbst geschaffene immaterielle Werte aktiviert werden. Ausnahme davon ist auch hier der selbst geschaffene Goodwill (HWP 2009, Bd. 1, IV.6.13.3, S. 208; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.3, S. 200); vgl. auch *Kartscher/Rossi/Suter*, S. 66.

116 Vgl. *Handschin*, Rechnungslegung, N. 687.

117 Swiss GAAP FER 2 Ziff. 31; Swiss GAAP FER 10 Ziff. 19; IAS 38.54–56.

118 Art. 665 aOR; Art. 960a OR; Swiss GAAP FER 2 Ziff. 12.

119 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_324/2011 vom 16. Januar 2012 E. 2.3.

120 *Handschin*, Rechnungslegung, N. 685.

Selbst erarbeitete immaterielle Werte können nur aktiviert werden, falls sie im Zeitpunkt der Bilanzierung die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllen<sup>121</sup>:

- der selbst erarbeitete immaterielle Wert ist identifizierbar und steht in der Verfügungsgewalt der Organisation;
- der selbst erarbeitete immaterielle Wert wird einen für die Organisation messbaren Nutzen über mehrere Jahre bringen; dieser besteht für die zur Vermarktung bestimmten immateriellen Werte, wenn ein entsprechender Markt existiert<sup>122</sup>;
- die zur Schaffung des selbst erarbeiteten immateriellen Wertes angefallenen Aufwendungen können separat erfasst und gemessen werden und;
- es ist wahrscheinlich, dass die zur Fertigstellung und Vermarktung oder zum Eigengebrauch des immateriellen Wertes nötigen Mittel zur Verfügung stehen oder zur Verfügung gestellt werden.

Die Aktivierung von Aufwendungen für allgemeine Forschungstätigkeiten ist deshalb nicht zulässig<sup>123</sup>. Ebenso wenig aktivierbar sind Aufwendungen zur Schaffung von immateriellen Werten mit unbestimmter Lebensdauer, weil sie im Allgemeinen nicht von den übrigen Kosten der Geschäftstätigkeit unterscheidbar sind<sup>124</sup>. Das HWP und die Swiss GAAP FER nennen beispielhaft für nicht aktivierbare immaterielle Werte selbst erarbeiteten Goodwill, Aus- und Weiterbildungskosten, Restrukturierungskosten, Kosten für angewandte Forschung sowie Gründungs- und Organisationskosten<sup>125</sup>. Nicht aktivierbare Aufwendungen im Zusammenhang mit der Schaffung von immateriellen Rechten sind dem Periodenergebnis zu belasten<sup>126</sup>. Dem Periodenergebnis bereits belastete Aufwendungen für selbst erarbeitete immaterielle Werte können nachträglich nicht mehr aktiviert werden, auch wenn die Voraussetzungen für eine Aktivierung vorgelegen haben<sup>127</sup>.

121 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 4; vgl. auch HWP 2009, Bd.1, IV.6.13.3, S. 208; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.2, S. 200.

122 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 18.

123 Swiss GAAP FER 2 Ziff. 31; Swiss GAAP FER 10 Ziff. 19; HWP 2009, Bd. 1, IV.6.13.3, S. 209; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.2, S. 200.

124 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 17; HWP 2009, Bd.1, IV.6.13.3, S. 209; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.2, S. 200.

125 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 19; HWP 2009, Bd. 1, IV.6.13.3, S. 209; HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.2, S. 200.

126 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 5.

127 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 6; HWP 2009, Bd. 1, IV.6.13.3, S. 209.

Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind ein Höchstwert (auch bei immateriellen Werten als Sacheinlagen). Sie dürfen aber den wirklichen Wert des aktivierten immateriellen Rechts nicht übersteigen. Sind die Aufwendungen höher als der wirkliche Wert, so ist Letzterer massgebend und der Differenzbetrag zwischen den höheren Aufwendungen und dem wirklichen Wert dem Periodenergebnis zu belasten. Als wirklicher Wert gilt der höhere der beiden: beizulegender Zeitwert<sup>128</sup> (*Fair Value*) bzw. Netto-Marktwert (*Net Selling Price*) und Nutzwert (*Value in Use*)<sup>129</sup>. Diese Grundstätze der Rechnungslegungsstandards gelten richtigerweise auch unter dem Obligationenrecht<sup>130</sup>, mit dem Unterschied, dass erworbene und selbst geschaffene immaterielle Anlagen zwar aktiviert werden dürfen, aber nicht müssen (Aufwand in der Erfolgsrechnung)<sup>131</sup>.

### 4.3 Bewertung der Sacheinlage

Das Obligationenrecht hält in Art. 960a OR ausdrücklich fest, dass Aktiven bei ihrer Ersterfassung in der Bilanz höchstens nach ihren Herstellungs- bzw. Anschaffungskosten bewertet werden dürfen<sup>132</sup>. Dieses Kostenwertprinzip gilt für den Fall der Sacheinlagebewertung nur beschränkt. Wenn die Gründergesellschaft beispielsweise ein Grundstück zu einem bestimmten Preis gekauft hat, so ist dieses in ihrer Bilanz entsprechend dem Kostenwertprinzip in Höhe des Kaufpreises oder Herstellungswerts zu erfassen. Bringt die Gesellschaft das betreffende Aktivum nun zu einem späteren Zeitpunkt bei der qualifizierten Gründung als Sacheinlage in die Aktiengesellschaft ein, kann es zum zu diesem Zeitpunkt aktuellen Marktpreis (*Fair Value*) aktiviert werden. Die Sacheinlage wird also dementsprechend nicht zum Buch-, sondern zum wirklichen Wert erfasst<sup>133</sup>. Richtigerweise gilt das nicht uneingeschränkt: Bei der Bewertung von immateriellen Rechten muss das Herstellungs- bzw. Anschaffungskostenprinzip gelten. Der tatsächliche Wert von immateriellen Rechten unterliegt aufgrund seiner schwierigen Bestimmbarkeit einem im Vergleich zu anderen

128 Vgl. *Handschin*, Rechnungslegung, N. 588–592.

129 Swiss GAAP FER 10 Ziff. 7.

130 Vgl. *Müller*, Sacheinlage, S. 50–60; anders *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 762; nach dem neuen Recht lässt *Böckli*, Rechnungslegung, N. 944–955, die Aktivierung eingeschränkt zu.

131 HWP 2009, Bd. 1, IV.6.13.2, S. 208 und HWP 2014, Bd. Buchführung und Rechnungslegung, IV.2.16.2, S. 200.

132 Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 8 N. 127; Ausführlich *Handschin*, Rechnungslegung, N. 685.

133 *Von der Crone*, § 2 N. 140 ff.; Vgl. *Bösiger*, N. 28.5.

Sacheinlagegütern wesentlich grösseren Ermessensspektrum der Gründer und bringt deshalb auch eine grosse Missbrauchsgefahr bei der Bewertung mit sich. Um diesem Risiko entgegenzuwirken, gilt das Höchstwertprinzip (also eine Bewertung zum ursprünglichen Buchwert) für immaterielle Werte.

### 4.3.1 Übertragbarkeit und freie Verfügbarkeit

#### 4.3.1.1 Grundlagen

Entscheidend für die Übertragung der Sacheinlage auf die Gesellschaft ist, dass diese nach der Gründung oder Kapitalerhöhung sofort als Eigentümerin oder anderweitig umfassend Berechtigte frei darüber verfügen kann<sup>134</sup>. Spätestens im Zeitpunkt der Eintragung der Gründung oder Kapitalerhöhung muss der Sacheinleger die Sacheinlage auf die Gesellschaft übertragen und dieser das freie Verfügungsrecht einräumen können. Die Übertragbarkeit zur freien Verfügung im Zeitpunkt des Handelsregistereintrags darf im Zeitpunkt der Errichtung der Gesellschaft oder der Durchführung der Kapitalerhöhung nicht mehr bedingt sein<sup>135</sup>.

Öffentlich-rechtliche Verfügungsverbote verunmöglichen die Übertragbarkeit. Dies gilt jedoch nicht zwingend für weitgehende Nutzungsbeschränkungen. Verfügungsverbote oder vom Sacheinleger verschwiegene Einschränkungen obligatorischer Natur hindern die Eigentumsübertragung nicht; für diese hat allein der Sacheinleger, einzustehen nicht die Gesellschaft<sup>136</sup>. Eine dingliche Belastung schliesst die freie Verfügbarkeit nicht aus, sofern sie im Sacheinlagevertrag vereinbart und bei der Bewertung berücksichtigt ist. Keine Verfügbarkeit ist bei Sachen gegeben, die unter einem Eigentumsvorbehalt stehen.

Art. 634 Ziff. 2 OR verlangt, dass die Gesellschaft «nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort» über die Sacheinlage als Eigentümerin verfügen kann<sup>137</sup>. Für den Zeitpunkt der freien Verfügbarkeit ist damit gemäss Art. 932 Abs. 1 OR grundsätzlich auf die Eintragung im Tagebuch des Handelsregisters abzustellen, was allerdings dann nicht möglich ist, wenn die Verfügbarkeit an

134 *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N. 376.

135 Mit Ausnahme der (nicht explizit zu erwähnenden) notwendigen Eintragung im Handelsregister, ZK-*Cramer*, Art. N. 8 zu Art. 634 OR.

136 BGE 119 IV 323 f.; ZK-*Cramer*, N. 9 zu Art. 634 OR.

137 Art. 634 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR 2007 verlangt gar, dass die Gesellschaft «nach ihrer Anmeldung» sofort als Eigentümerin verfügen kann; dies ist unmöglich, da die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung noch keine Rechtspersönlichkeit hat und nicht Eigentümerin der Sacheinlage sein kann.



Registereinträge oder Ähnliches gebunden ist, die erst nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister mutiert werden können. Im Einzelnen ist für die verschiedenen Arten von Sacheinlagegütern Folgendes zu beachten:

#### 4.3.1.2 *Bewegliche Sachen*

Bei beweglichen Sachen verlangt der Eigentumsübergang eine Besitzübertragung gemäss den allgemeinen Regeln der Art. 922 ff. ZGB. Bei offener Besitzlage kann diese durch eine besitzvertragliche Regelung im Sacheinlagevertrag erfolgen<sup>138</sup>. Bei tatsächlicher Sachherrschaft kann der Sacheinleger sie an die (künftigen) Verwaltungsratsmitglieder oder einen Dritten als Vertreter der Gesellschaft traduzieren<sup>139</sup>.

#### 4.3.1.3 *Rechte und immaterielle Werte*

Rechte müssen mit Abschluss des Sacheinlagevertrags an die zu gründende Gesellschaft abgetreten werden, dies unwiderruflich und unter der einzigen (konkludenten) Bedingung der Entstehung der Gesellschaft<sup>140</sup>. Sofern eine Übertragung vom Einverständnis Dritter abhängt, hat dieses bei der Gründung vorzuliegen. Vertragliche Rechte bedürfen zu ihrer Übertragung der Zustimmung des Vertragspartners<sup>141</sup>. Nicht frei übertragbar sind Vertragsrechte, wenn der Vertrag die Übertragbarkeit ausschliesst, wie es etwa bei gewerblichen Softwarelizenzen teilweise üblich ist<sup>142</sup>. Goodwill dürfte nie für sich alleine, wohl aber «im Bündel» mit anderen Aktiven und Passiven, also in erster Linie bei der Veräusserung einer ganzen Betriebseinheit, übertragbar sein<sup>143</sup>. Die Übertragbarkeit von Goodwill richtet sich somit nach den übertragenen Betriebs- teilen<sup>144</sup>.

138 BGE 119 IV 323 f.

139 Forstmoser, Aktienrecht, § 10 N. 46; ZK-Siegwart, N. 31 ff. zu Art. 633 OR.

140 Forstmoser, Aktienrecht, § 10 N. 47; vgl. z.B. die Vertragsformulierung in Urteil des Bundesgerichts 4C.62/2004 vom 5. Mai 2004.

141 Vgl. für die abweichenden Meinungen zur Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG ZK-Beretta, N. 38 ff. zu Vor Art. 69–77 FusG m.w.H.; vgl. zur fehlenden einseitigen Übertragbarkeit von Verträgen mit Fussballspielern Geiser, S. 54 ff.

142 Müller, Sacheinlage, S. 57.

143 Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 405; Müller, Sacheinlage, S. 59 f.; Bauen/Bernet, N. 80; dies entspricht der Handelsregisterpraxis; vgl. SHK-Siffert/Tagmann, N. 30 zu Art. 43 HRegV; Gwlessiani, N. 188 zu Art. 43 HRegV.

144 ZK-Cramer, N. 8 zu Art. 634 OR.

#### 4.3.1.4 *Grundstücke*

Für den Vollzug der Eigentumsübertragung an Grundstücken muss die Anmeldung des Sacheinlagevertrags beim zuständigen Grundbuchamt erfolgen; sie ist erst nach der Gründung der Gesellschaft möglich<sup>145</sup>. Aus diesem Grund lässt es Art. 634 Ziff. 2 OR genügen, wenn die Gesellschaft mit ihrer Gründung «einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält». Der Sacheinleger muss im Sacheinlagevertrag den Verwaltungsrat oder die Urkundsperson zur Anmeldung der Eigentumsübertragung beim Grundbuchamt und das Grundbuchamt zur Vornahme der erforderlichen Eintragungen ermächtigen. Diese Ermächtigung kann allerdings jederzeit rechtsgültig widerrufen werden, so dass der Anspruch auf Eintragung notwendig unter der Bedingung des Nichtwiderrufs der Ermächtigung durch den Sacheinleger steht. Damit ein bedingungsloser Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch vorliegt, sind sämtliche der Übertragung hinderlichen Hürden zu überwinden: nebst den Bestimmungen des ZGB zu Sonderfällen der Eigentumsübertragung auch die durch das BewG aufgestellten Beschränkungen für den Grundstückserwerb ausländisch beherrschter Gesellschaften sowie diejenigen des DBG bei Grundstücksverkäufern im Ausland<sup>146</sup>. Sofern der Abschluss des Sacheinlagevertrags erst unmittelbar anlässlich der Gründung oder der Durchführung der Kapitalerhöhung erfolgt, können die Gründer oder der Verwaltungsrat also die Feststellung, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 652g Abs. 1 Ziff. 3), nur treffen, wenn alle diese Bedingungen im Hinblick auf die Grundbucheintragung erfüllt sind oder sie mit Sicherheit mit deren Erfüllung bis zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung rechnen können<sup>147</sup>.

#### 4.3.1.5 *Betriebe und Unternehmen*

Bei der Sacheinlage ganzer Betriebe werden Vollzugshandlungen in der Praxis erst nach der Eintragung im Handelsregister mittels Singularsukzession vorgenommen<sup>148</sup>. Mit den Sacheinlagevorschriften ist dies dann nicht vereinbar, wenn die Übertragung noch von der Zustimmung Dritter abhängig ist. Milderung erfährt diese Problematik bei der Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG, bei der Aktiven (einschliesslich der Grundstücke) und Passi-

145 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_61/2009 vom 26. März 2009 E. 4.2.

146 Ausführlich ZK-Cramer, N. 17 zu Art. 634 OR.

147 ZK-Cramer, N. 17 zu Art. 634 OR.

148 Vischer, S. 108.

ven mit dem Eintrag der Vermögensübertragung ins Handelsregister universalsukzessorisch übergehen<sup>149</sup>. Es versteht sich von selbst, dass es bei der Sacheinlage ganzer Betriebe erstens nicht möglich ist, eine Inventarisierung und Bewertung auf den Tag des Vertragsschlusses vorzunehmen, und zweitens der Betrieb sich zwischen dem Abschluss des Sacheinlagevertrags und dem Eintrag ins Handelsregister verändert. Hier lässt es die Praxis genügen, dass Betriebe gestützt auf eine Bilanz übertragen und die internen Wirkungen der Übertragung auf den Bilanzstichtag zurückbezogen werden. Dieser Behelf bedeutet eine Ungenauigkeit der Bestandsaufnahme, ist jedoch nicht zu vermeiden. Erfolgt eine Wertminderung zwischen dem Abschluss des Vertrags und dem Handelsregistereintrag, steht der Gesellschaft ungeachtet der internen Rückwirkungsvereinbarung auf den Stichtag eine Restliberierungsforderung zu<sup>150</sup>.

#### 4.3.2 Verwertbarkeit

Die herrschende Lehre und Praxis verlangen eine wirtschaftliche Verwertbarkeit der Sacheinlage<sup>151</sup>. Dies bedeutet, dass für die betreffende Sacheinlage insgesamt zumindest ein beschränkter Markt vorhanden sein muss<sup>152</sup>. Massgeblich ist, dass das Sacheinlagegut (auch) einen Liquidationswert hat. Vertragliche Rechte, die im Konkursfall entschädigungslos verfallen, sind nicht verwertbar<sup>153</sup>. Ebenso wenig (aktivierbare) Leasingobjekte<sup>154</sup>.

Es ist zu betonen, dass es bei der Verwertbarkeit nicht um die jederzeitige unkomplizierte Verwertung gehen kann, sondern dass es reicht, wenn ein «beschränkter Markt» für die Güter vorhanden ist. Der Nachweis dieser Marktauglichkeit der Sacheinlage obliegt dem Sacheinleger. Die Voraussetzung der Verwertbarkeit sollte also nur Güter als Sacheinlage ausschliessen, die zwar aktivierungsfähig, aber nur für den Sacheinleger oder für die konkrete Tätigkeit der Gesellschaft von wirtschaftlichem Wert sind.

149 Vgl. *Glanzmann*, Fallstricke, S. 23.

150 *ZK-Cramer*, N. 18 zu Art. 634 OR.

151 *ZK-Cramer*, N. 4 Fn. 7 zu Art. 634 OR.

152 Mitteilung des EHRA vom 15. August 2001, S. 3.

153 *Müller*, Sacheinlage, S. 57 mit Beispielen; vgl. zur Unverwertbarkeit von Arbeitsverträgen mit Fussballspielern *Geiser*, S. 57.

154 *Müller*, Sachübernahme, S. 1418; *Dietschi*, N. 239.

## 4.4 Sacheinlagevertrag

### 4.4.1 Rechtsnatur, Inhalt und Form

Der Sacheinleger und die Gesellschaft (in Gründung) vereinbaren im Sacheinlagevertrag einen Austausch von Wirtschaftsgütern gegen Aktiven. Der Sacheinlagevertrag ist also als Tauschvertrag zu qualifizieren<sup>155</sup>, der wiederum den Regeln des Kaufvertrags folgt<sup>156</sup>.

Essentialia negotii des Sacheinlagevertrags sind der genügend spezifizierte Einlagegegenstand sowie die dafür ausgerichtete Gegenleistung, also die Anzahl der Aktien und deren Ausgabebetrag<sup>157</sup>. Der Sacheinlagevertrag muss der Gesellschaft weiter den bedingungslosen Anspruch einräumen, entsprechend dem Erfordernis von Art. 634 Ziff. 2 OR unmittelbar nach der Eintragung der Gründung oder Kapitalerhöhung im Handelsregister frei über die eingebrachten Güter verfügen zu können. Der Sacheinlagevertrag steht immer (und somit ohne explizite Erwähnung) unter der aufschiebenden Bedingung seiner Genehmigung durch die Gründungsversammlung oder den Verwaltungsrat<sup>158</sup>.

Sacheinlageverträge sind vollumfänglich schriftlich abzufassen; mündliche Nebenabreden sind nicht verbindlich. Gelten für das spezifische Übertragungsgeschäft strengere Formvorschriften, sind diese einzuhalten. Demnach ist die Übertragung von Grundstücken gemäss Art. 655 ZGB oder die Einräumung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 732 Abs. 1 ZGB öffentlich zu beurkunden<sup>159</sup>. Von der öffentlichen Beurkundung müssen alle wesentlichen Vertragsbestimmungen erfasst sein. Es kann deshalb für die nicht der Beurkundungspflicht unterstehenden Bestandteile der Sacheinlage kein separater privatschriftlicher Vertrag abgeschlossen werden, da die Sacheinlage ein Ganzes darstellt und die beiden Verträge notwendig voneinander abhängig wären<sup>160</sup>.

155 Heute in der Schweiz unbestrittene Lehre; vgl. *Vischer*, S. 106 f. m.w.H. zur älteren Lehre und *Bösiger/Engel*, N. 3.1 (mit Mustervertrag).

156 Art. 237 OR.

157 *CR-Lombardini*, N. 3 zu Art. 634 OR.

158 Vgl. *Forstmoser*, Aktienrecht, § 10 N. 59; *Bösiger/Engel*, N. 5.1; für den Fall des Auseinanderfallens der Person des Sacheinlegers und des Aktienzeichners sowie der kombinierten Sacheinlage und Sachübernahme *ZK-Cramer*, N. 23 f. zu Art. 634 OR.

159 Art. 634 Abs. 2 E-OR 2007 enthält – unnötigerweise – einen ausdrücklichen Vorbehalt bezüglich strengerer Formvorschriften.

160 *ZK-Cramer*, N. 52 zu Art. 634 OR; *Von Steiger*, S. 58; offen *Forstmoser*, Aktienrecht, § 10 N. 52.

#### 4.5 Rechtsfolgen bei Verletzung der Sacheinlagevorschriften

Wurden einzelne Elemente der Sacheinlagevorschriften verletzt, wurde etwa die Prüfungsbestätigung nicht eingeholt, kann die Gründung oder Kapitalerhöhung nicht im Handelsregister eingetragen werden und somit keine Publizitätswirkung entfalten. Die fehlenden Rechtshandlungen sind nachzuholen, was aufgrund der engen Verzahnung der einzelnen Elemente regelmässig zu einer Wiederholung des ganzen Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvorgangs führt. Für die seltenen Fälle, in denen sowohl die Urkundsperson als auch das Handelsregisteramt das Fehlen oder die formelle Mangelhaftigkeit einzelner Belege übersehen und eine Eintragung trotz Mangels erfolgt ist, ist Heilbarkeit zu fordern<sup>161</sup>. Um solche Mängel zu heilen, wird es regelmässig einer Generalversammlung bedürfen, welche die korrigierten Belege genehmigt und eine Statutenänderung beschliesst. Für Schäden aus einer fehlerhaften Eintragung haften in aller Regel die Gründer bzw. der Verwaltungsrat, gegebenenfalls aber auch die Urkundsperson oder der Handelsregisterführer gemäss Art. 928 OR<sup>162</sup>.

Wie eingangs erwähnt, besteht die Möglichkeit einer Falschbewertung der Sacheinlage<sup>163</sup>. Die Liberierungspflicht ist in diesem Fall im Umfang der Überbewertung nicht erfüllt. Trotz Art. 643 Abs. 2 OR kann die Eintragung ins Handelsregister die Nichtliberierung eines Teils des Aktienkapitals nach einhelliger Meinung nicht heilen<sup>164</sup>. Die neuere Lehre geht allerdings in solchen Fällen entgegen der älteren Rechtsprechung<sup>165</sup> nicht generell von der Nichtigkeit des Sacheinlagevertrags aus<sup>166</sup>. Die Nichtigkeitsfolge kann für die Gesellschaft und auch die Gläubiger und Aktionäre tatsächlich nachteilig sein. Statt den Sacheinlagevertrag rückabzuwickeln, ist nach der Feststellung des objektiven Wertes der Preis für die Sacheinlage nach Möglichkeit entsprechend zu reduzieren, und der Sacheinleger ist zur Liberierung des offenen Differenzbetrags verpflichtet. Diese Liberierung kann sowohl in bar als auch – sofern die Parteien bereit sind, dies erneut zu versuchen – wiederum in Form einer Sach-

161 Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 443.

162 ZK-Cramer, N. 31 zu Art. 634 OR.

163 BGE 90 II 494; Böckli, Aktienrecht, § 18 N. 101; BSK-Watter, N. 7 zu Art. 753 OR.

164 BGE 102 II 280 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 17 N. 36.

165 BGE 64 II 281 f.

166 BSK-Schenker, N. 7 zu Art. 628 OR; Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 444 f.; Walter/Blumer, S. 424.

einlage erfolgen<sup>167</sup>. Eine Mithaftung für Schäden trifft in Fällen falscher Wertangaben im Gründungsbericht auch den Gründungsrevisor.

Im schwerwiegenderen Fall pathologischer Sacheinlagegründungen, in denen der Sacheinlagevertrag schlicht simuliert und von den Parteien nicht vollzogen wurde, ist dieser gar nicht erst zustande gekommen; die Liberierungsforderung ist vollumfänglich ungetilgt<sup>168</sup>.

### 5. Sachübernahme und beabsichtigte Sachübernahme

#### 5.1 Was ist eine Sachübernahme?

Zunächst ist eine Sachübernahme nichts anderes als ein *Übertragungsgeschäft* (häufig ein Kauf) zwischen der Gesellschaft und einer ihr verbundenen Person. In struktureller Hinsicht unterscheidet sich die Sachübernahme demnach grundlegend von der Sacheinlage: Während bei der Sacheinlage die Einlage auf Aktien durch Einbringung von anderen Werten als Geld liberiert wird, geht es bei der Sachübernahme nur um einen normalen Austauschvertrag. Dass die Schutzvorkehrungen für die Liberierung durch Sacheinlage auch für gewisse Übertragungsgeschäfte gelten, ist in deren potenziellen *Umgehungsfunktion* begründet: So kann das wirtschaftliche Ergebnis einer Sacheinlage auch dadurch erreicht werden, dass die Einlageverpflichtung zwar durch Barzahlung erfüllt wird, die Gesellschaft in Gründung sich jedoch im Gegenzug bereits verpflichtet, diese Mittel zum Kauf bestimmter Güter einzusetzen. Auch mit dem Einbezug solcher im Zeitpunkt der Gründung perfektionierter Übertragungsgeschäfte ist der Kreis aber noch zu eng gezogen, denn auch erst beabsichtigte Sachübernahmen bergen ein Missbrauchspotential. Entscheidend ist nicht, wann das wirtschaftlich einer Sacheinlage gleichkommende Geschäft abgeschlossen wird, sondern ob der Geschäftsabschluss im Zeitpunkt der Liberierung des Aktienkapitals bereits feststeht. Trotz der unterschiedlichen Strukturen einer Liberierung durch Sacheinlage, des Abschlusses eines Übertragungsvertrags im Moment der Liberierung und der Absicht, die Gesellschaft nach dem Kapitalzufluss einen Übertragungsvertrag abschliessen zu lassen, rechtfertigt es sich, die drei Vorgänge über einen Leisten zu schlagen. Die Schutzvorschriften (Berichterstattung der Gründer, Prüfung durch einen

167 A.A. Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 444; anders auch § 9 Abs. 1 deutsches GmbH-Gesetz.

168 Vgl. für Umgehungen ausserhalb dieser Fallgruppen ZK-Cramer, N. 33 zu Art. 634 OR.

qualifizierten Dritten, Offenlegung) sind denn auch für die Sacheinlage, die Sachübernahme und die beabsichtigte Sachübernahme identisch<sup>169</sup>.

## 5.2 Sachübernahme als «Schatten» der Sacheinlage

Nach einheitlicher Handelsregisterpraxis<sup>170</sup> und der wohl herrschenden Lehre<sup>171</sup> liegt eine Sachübernahme nur vor, wenn die Gesellschaft Vermögenswerte übernimmt, die Gegenstand einer Sacheinlage sein könnten, also aktivierbar, frei übertrag- und verfügbar sowie verwertbar sind<sup>172</sup>.

Sofern die Gesellschaft also Güter erwirbt, welche die Sacheinlagevorschriften nicht erfüllen, ist das Erwerbsgeschäft nicht als Sachübernahme zu deklarieren. Entscheidend ist, dass das Erwerbsgeschäft zivilrechtlich zulässig bleibt, da die Frage der Deklaration und Überprüfung eines Rechtsgeschäfts im Rahmen der Kapitalaufbringung nicht über dessen Bestand entscheidet<sup>173</sup>.

Die Parallelität von Sacheinlage und Sachübernahme erscheint aus Sicht des Kapitalschutzes nicht angemessen: Während bei der Kapitaleinbringung durch Sacheinlage eine konservative Behandlung von Grenzfällen – etwa die Einbringung von Goodwill – dem Kapitalschutzgedanken gerecht wird, müsste umgekehrt im Sinne des Kapitalschutzes die Qualifikation als Sachübernahme grosszügig ausgelegt werden, damit auch der mit der Liberierung zusammenhängende Erwerb eines Gutes, dessen Sacheinlagefähigkeit nicht über alle Zweifel erhaben ist, als Sachübernahme behandelt werden kann<sup>174</sup>. Je strenger nämlich die Voraussetzungen für eine Sacheinlage sind, desto eher werden Gründer und Gesellschaft auf eine Barliberierung ausweichen, um das intendierte Geschäft anschliessend als «normales» Übertragungsgeschäft abzuschliessen. Die Konsequenz liegt darin, dass solche Übertragungsgeschäfte wegen der strengen Anforderungen an die Sacheinlage auch nicht als Sach-

169 ZK-Cramer, N. 4 zu Art. 628 OR; Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 372.

170 Mitteilung EHRA vom 15. August 2001, S. 2, 5; SHK-Siffert/Tagmann, N. 41 zu Art. 43 HRegV.

171 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 15 N. 21; Widmer, S. 378; ZK-Siegwart, N. 50 zu Art. 628 OR; Dietschi, N. 176 ff.; a.A. Glanzmann, Fallstricke, S. 26; Forstmoser, Aktienrechtsreform, S. 37.

172 Vgl. 3.2.1.; ZK-Cramer, N. 8 zu Art. 628 OR.

173 Dietschi, N. 211, 217; vgl. auch den Wortlaut von Art. 634a Abs. 2 E-OR 2007, wonach «die Regelung der Sachübernahme» nur auf «Vermögenswerte, die Gegenstand einer Sacheinlage sein könnten», anwendbar ist.

174 ZK-Cramer, N. 10 zu Art. 628 OR; Dietschi, N. 214 ff.; vgl. auch Bahar, S. 259 ff.

übernahme deklariert werden, obwohl sich die Frage der Werthaltigkeit und Angemessenheit gerade bei diesen Geschäften am ehesten stellt. Dieses Paradoxon ist de lege lata im Grundsatz hinzunehmen, solange für die Sacheinlage und die Sachübernahme die gleichen Voraussetzungen gelten<sup>175</sup>.

## 5.3 Was gilt bei Sachübernahmen ohne Gegenleistung?

Ob als Sachübernahme nur der entgeltliche oder auch der unentgeltliche Erwerb von Vermögenswerten gilt, ist dem Gesetz nicht direkt zu entnehmen. Der unentgeltliche Erwerb von aktivierungsfähigen und verwertbaren Gütern allein kann keine Drittinteressen tangieren, so dass die Sachübernahmevorschriften nicht anwendbar sind<sup>176</sup>. Dies ist auch von der Handelsregisterpraxis anerkannt<sup>177</sup>.

Erfolgt mit den Aktiven jedoch auch eine Übernahme von Passiven und muss die Gesellschaft lediglich für den Aktivenüberschuss keine zusätzliche Gegenleistung erbringen, liegt bereits ein entgeltlicher Erwerb und damit eine Sachübernahme vor<sup>178</sup>. Denkbar ist schliesslich, dass die Gesellschaft im Rahmen einer Geschäftsübernahme formell einen Passivenüberschuss übernimmt, der aber durch stille Reserven gedeckt ist. Dieser Fall soll gemäss der Handelsregisterpraxis nicht als Sachübernahme gelten<sup>179</sup>.

## 5.4 Wer ist nahestehend?

Bis zum Jahre 2008 unterstellte das Gesetz sämtliche Übertragungsverträge, welche die Gesellschaft im Moment ihrer Gründung oder einer Kapitalerhö-

175 Gemäss Botschaft 2007, S. 1640 Fn. 104 wurde nach eingehender Prüfung im Vorentwurf darauf verzichtet, für Sacheinlagen und Sachübernahmen unterschiedliche Kriterien zu schaffen, da eine Ausweitung des Begriffs der Sachübernahme «zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen sachübernahmefähigen und nicht sachübernahmefähigen Vermögenswerten führen» würde.

176 Druoy/Glanzmann, § 9 N. 31; Dietschi, N. 297 ff.

177 Allerdings gibt die Meinung der Handelsregisterämter keine Absolution; in der Praxis werden aus Vorsicht mitunter denn auch unentgeltliche Einbringungen deklariert; ZK-Cramer, N. 19 ff. zu Art. 628 OR.

178 Der Preis für die übernommenen Aktiven entspricht diesfalls den übernommenen Passiven; im Ergebnis gleich, aber mit anderer Terminologie Glanzmann, Sachübernahme, S. 170.

179 Praxismitteilung EHRA 1/11, Ziff. 3.

hung abschloss oder beabsichtigte, den Sachübernahmevervorschriften. Da das Risiko einer Umgehung von Liberierungsvorschriften nur dann zu befürchten ist, wenn der Vertragspartner der Gesellschaft ein Aktionär oder mindestens eine dem Aktionär nahestehende Person ist, war diese Lösung nicht sachgerecht. Mit der von der Lehre seit Jahrzehnten geforderten und bereits in der Botschaft 1983<sup>180</sup> grundsätzlich anerkannten Einengung der Sachübernahmebestimmungen in der Revision 2008 wurde der Schutzzweck der Vorschriften wieder klarer und verschafft diesen in der Praxis eine grössere Akzeptanz<sup>181</sup>.

Für das Vorliegen einer Sachübernahme genügt es bereits, wenn der Vertragspartner einem Aktionär nahesteht<sup>182</sup>. Keine Sachübernahme begründet grundsätzlich ein Nahestehen des Vertragspartners gegenüber der Gesellschaft alleine oder gegenüber Organen, die nicht als Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt sind<sup>183</sup>. Allerdings ist bei eng mit der Gesellschaft oder deren Organen verbundenen Personen die Abgrenzung zu einem Nahestehen gegenüber einem Aktionär schwierig. Was die traditionell im Steuerrecht verwendete (vgl. etwa Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG oder Art. 20 Abs. 1 VStV) Generalklausel «nahestehend» bedeutet, definiert das Gesetz weder in Art. 628 Abs. 2 OR noch an anderer Stelle<sup>184</sup>.

Angemessen erscheint eine «duale Konkretisierung»:

- Einerseits gibt es den grundsätzlich *abschliessend definierbaren Kreis per se nahestehender Personen*, bei denen sich jede weitere Prüfung erübrigt und nur unter seltenen nicht praxisrelevanten Fällen des fehlenden subjektiven Tatbestands ein Entlastungsbeweis möglich ist. Für deren Kategorisierung darf bei *natürlichen Personen* auf den reichen Fundus öffentlich-rechtlicher Normen, die Unvereinbarkeiten und Ausstandspflichten für Amtsträger oder Zeugnisverweigerungsrechte regeln, zurückgegriffen werden. Traditionell werden Personen mit näherer verwandtschaftlicher Beziehung

180 Botschaft 1983, S. 855.

181 ZK-Cramer, N. 22 ff. zu Art. 628 OR; Böckli, Aktienrecht, § 1 N. 380; Bahar, S. 258.

182 Der Vertragspartner muss selbstverständlich *nicht allen* Aktionären nahestehen, auch wenn eine rein grammatikalische Auslegung von Art. 628 Abs. 2 OR diese Interpretation ermöglichen könnte.

183 Waldburger, S. 415; die berechtigte Kritik von Bahar, S. 258, dass Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder grundsätzlich nicht als nahestehend gelten, wird dadurch entschärft, dass diese in der Praxis häufig auch Aktionäre sind.

184 Auch in Art. 678 Abs. 1 OR zur Rückerstattungsklage, Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 3 Ziff. 3 OR sowie Art. 663c Abs. 3 OR zur Offenlegung von Vergütungen und Beteiligungen wird das Nahestehen nur genannt, aber nicht definiert.

als nahestehend angesehen, also gemäss Art. 20 ZGB in gerader Linie Verwandte (Vorfahren und Nachkommen) sowie in der Seitenlinie Verwandte im zweiten (Geschwister), dritten (Onkel, Tanten, Neffen und Nichten) und vierten Grad (Vettern und Basen). Immer nahestehend sind Verlobte, Ehegatten oder eingetragene Partner. Für *juristische Personen* hat jede konzernmässige Einordnung als nahestehend zu gelten<sup>185</sup>. Nahestehend sind per se auch Gesellschaften, in denen ein Aktionär eine Organfunktion innehat oder – bei Börsenkotierung – eine meldepflichtige Beteiligung direkt oder indirekt hält<sup>186</sup>.

- Andererseits gibt es *einen weiteren Kreis von Personen* bzw. Konstellationen, bei denen ein Nahestehen vorliegen kann und es letztlich dem Ermessen der Gründer – und ihrer rechtlichen Berater – überlassen ist, ob sie ein Nahestehen annehmen und bei einer Nichtdeklaration das Risiko einzugehen bereit sind, dass ein Gericht das Nahestehen annimmt und den Vertrag als nichtig betrachtet.

Der Ratschlag, in zweifelhaften Fällen das Sachübernahmeverfahren abzuspuhlen, sofern ein Dritter eine besondere Nähe zum Vertragspartner annehmen könnte, ist allerdings zwangsläufig naiv: In den heiklen Fällen geht es den Gründern und dem Vertragspartner ja gerade darum, das Verhältnis der Nähe zu verbergen. Liegt aus Sicht der Aktionäre klar kein Nahestehen vor, bestehen aber dennoch Anhaltspunkte, dass ein Dritter später ein solches behaupten könnte, ist abzuwägen, ob das Risiko gross genug ist, dass es die durchaus berechtigten Diskretions- und Kostensenkungsinteressen an der Nichtoffenlegung der Sachübernahmebelege überwiegt. Diese Abwägung obliegt den Gründern bzw. der Gesellschaft<sup>187</sup>. Da die herrschende Lehre noch immer Nichtigkeit nicht deklariertes Sachübernahmen annimmt, erscheint eine Offenlegung (verbunden mit der Einreichung des Vertrags beim Handelsregisteramt und dessen Registerpublizität) in der Praxis häufig als das kleinere Übel. Für die Praxis bleibt es deshalb als *Faustregel* bei folgender Simplifizierung: Muss lange über ein Nahestehen nachgedacht werden, liegt dieses mutmasslich vor bzw. erscheint es möglich, dass ein unabhängiger, aber streng blickender Dritter ein Nahestehen bejahen wird<sup>188</sup>.

185 BSK-Kurer/Kurer, N. 8 zu Art. 678 OR; Bahar, S. 258.

186 ZK-Cramer, N. 25 zu Art. 628 OR.

187 Die Urkundsperson kann und soll keine Nachforschungen über ein nicht offensichtliches Nahestehen anstellen; vgl. auch CR-Lombardini/Clemetson, N. 12 zu Art. 628 OR.

188 ZK-Cramer, N. 33 zu Art. 628 OR.

## 5.5 Wann liegt die Absicht für eine Sachübernahme vor?

Der Unterschied zwischen der beabsichtigten und der «tatsächlichen» Sachübernahme ist derjenige, dass der Übertragungsvertrag bei der beabsichtigten Sachübernahme im Moment der Gründung oder der Durchführung der Kapitalerhöhung noch nicht abgeschlossen, sondern sein Abschluss lediglich beabsichtigt ist. Wann von einer Absicht auszugehen ist, wird vom Gesetz nicht definiert. Nach wie vor gültig ist die alte semantisch komplexe Formel, dass «einigermassen feste Absichten für die nächste Zukunft und eine fast sichere Aussicht auf Verwirklichung derselben» bestehen müssen<sup>189</sup>.

Bei der Gründung ist der massgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Absicht die Unterzeichnung des Errichtungsakts. Damit eine beabsichtigte Sachübernahme vorliegt, müssen richtigerweise beide mutmasslichen Vertragspartner den Vertragsabschluss anstreben. Solange die Absicht nur seitens der Gesellschaft besteht, gibt es keine Deklarationspflicht. Es wäre sinnlos, Absichten zu deklarieren, von denen der mutmassliche Vertragspartner nichts weiss oder die er nicht teilt.

Keine beabsichtigte Sachübernahme, sondern eine Sachübernahme liegt vor, wenn Leistung und Gegenleistung bei formfreien Geschäften bereits *endverhandelt* feststehen: Dann ist davon auszugehen, dass der Vertrag gemäss Art. 2 Abs. 1 OR zustande gekommen ist<sup>190</sup>. Eine Absicht liegt nicht erst dann vor, wenn sich der beidseitige Wille, ein Geschäft abzuschliessen derart konkretisiert hat, dass zwar noch kein Vertrag gemäss Art. 1 OR geschlossen wurde, aber der Vertragsschluss so spezifisch anvisiert ist, dass mindestens die Leistung und die Gegenleistung ungefähr feststehen. Die Vertragsleistung des Aktionärs oder der ihm nahestehenden Person muss jedoch mindestens bereits kategorisiert sein, also beispielsweise als «Büromobiliär» oder «Softwarelizenzen» umschrieben werden können. Demgegenüber muss die Gegenleistung der Gesellschaft noch nicht festgelegt sein, zumal lediglich ein Maximalpreis zu deklarieren ist<sup>191</sup>.

Es wird im Haftungsfall äusserst schwierig festzustellen sein, ob eine genügend konkretisierte Absicht vorlag, die eine Deklaration geboten hätte. Auch der

189 ZK-Siegwart, N. 55 zu Art. 628 OR; vom Bundesgericht aufgenommen in BGE 83 II 288; vgl. Dietschi, N. 142 ff.

190 A.M. offenbar Walter/Blumer, S. 418 und Watter, Bemerkungen, S. 154.

191 ZK-Cramer, N. 39 zu Art. 628 OR.

*Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts* spielt bei der Beurteilung eine Rolle. In der Lehre wird zu Recht vorgeschlagen, dass für nach der Genehmigung des ersten Jahresabschlusses durch die Generalversammlung abgeschlossene Geschäfte eine natürliche Vermutung vorliegt, dass sie nicht bereits im Gründungszeitpunkt beabsichtigt waren.

## 5.6 Kann man zweifelhafte Sachübernahmen freiwillig deklarieren?

Die Freiheit zur Nichtdeklaration von Erwerbsgeschäften ist für die Gründer und die Gesellschaft trügerisch: In nicht restlos klaren Fällen, die angesichts der uneinheitlichen Auslegung der Sacheinlagevoraussetzungen zahlreich sind, birgt die Nichtunterstellung unter die Sachübernahmenvorschriften für die Parteien das Risiko, dass dereinst dennoch die Sacheinlagefähigkeit bejaht wird. Dieses Risiko wird angesichts der drastischen Rechtsfolge der Nichtigkeit des nicht deklarierten Geschäfts häufig nicht tragbar sein<sup>192</sup>. In solchen Fällen muss die Möglichkeit offenstehen, über Geschäfte mit zweifelhafter Sacheinlage- bzw. Sachübernahmequalität Rechenschaft abzulegen, den Rechenschaftsbericht prüfen zu lassen und den Vorgang freiwillig nicht nur in den Statuten, sondern auch im Handelsregister zu deklarieren<sup>193</sup>. De lege lata dürfte dies über eine liberale Auslegung von Art. 30 Abs. 1 HRegV erreicht werden, der die Eintragung weiterer Tatsachen ins Handelsregister erlaubt, wenn sie dessen Zweck entspricht und ein öffentliches Interesse besteht<sup>194</sup>. Die Handelsregisterpraxis ist allerdings eher zurückhaltend<sup>195</sup>.

## 5.7 Prüfungspflicht der Urkundsperson

Nach Auffassung des Bundesgerichts erfolgt die öffentliche Beurkundung des Gründungsvorganges nicht zum Schutz der Gründer. Vielmehr sollen mit der

192 Die radikale und oft kritisierte Rechtsfolge trägt dazu bei, dass trotz der identischen Sacheinlage- und Sachübernahmenvoraussetzungen der Fokus bei der Sachübernahme im Sinn des Kapitalschutzes weiter gefasst ist als bei der Sacheinlage.

193 Entgegen *Bahar*, S. 260, muss eine solche umfassende Unterziehung unter die Sachübernahmenvorschriften jedes Nichtigkeitsrisiko ausschliessen.

194 Der dem EHRA nahestehende HRegV-Kommentar versteht Art. 30 Abs. 1 HRegV allerdings ungeachtet der Reformbemühungen eng und geht auf den für die Praxis wichtigen Fall der «nicht sacheinlagefähigen Sachübernahme» nicht ein; vgl. SHK-Zihler, N. 1 ff. zu Art. 30 HRegV.

195 ZK-Cramer, N. 11 zu Art. 628 OR.

öffentlichen Beurkundung «unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden»<sup>196</sup>. Die Vorschriften verfolgten vor allem objektive Zwecke zum Schutz Dritter, «mögen die Beteiligten daran auch selber interessiert sein»<sup>197</sup>. Es steht nicht wie bei der Vertragsbeurkundung der Übereilungsschutz der Gründer im Vordergrund; das Augenmerk der Urkundsperson hat sich weniger auf die Ermittlung des wirklichen Willens der Gründer zu richten als auf die Kontrolle der Abläufe<sup>198</sup>. Der Schutz der Gründer selbst ist nur eine Reflexwirkung. Diese Begründung des Beurkundungserfordernisses für die Gründung erscheint nach wie vor sachgerecht und findet die Zustimmung der Lehre<sup>199</sup>.

Allerdings auferlegt diese Rechtsprechung der Urkundsperson keine Pflicht, die möglicherweise dunklen Absichten der Gründer zu erforschen. Die Verantwortung für die materielle Richtigkeit ihrer Erklärungen im Gründungsbericht – oder eben den Verzicht auf einen solchen Gründungsbericht und die vorbehaltlose Unterzeichnung der sogenannten «Stampa-Erklärung» – tragen einzig die Gründer. Den Pflichten einer Urkundsperson – und auch deren Berufsethos – dürfte dennoch nicht genügen, wer Gründern einfach schweigend die «Stampa-Erklärung» zur Unterschrift reicht. Es kann von der Urkundsperson zwar nicht verlangt werden, Nachforschungen zu betreiben, sie sollte aber auf die Gefahren bei einer Nichtdeklaration von Sachübernahmen hinweisen. Jedenfalls erscheint es sinnvoll, gründungswilligen Personen – und auch etablierten Gesellschaften vor einer Kapitalerhöhung – frühzeitig die nicht ganz einfach zu verstehenden Voraussetzungen der Sachübernahme zu erläutern. Idealerweise enthalten diese Hinweise nicht nur Warnungen, sondern auch pragmatische «Faustregeln».

Wenn die Urkundsperson mit einer gewissen Eindeutigkeit die Absicht einer Umgehung der Gründungsvorschriften durch die Gründer erkennt, hat sie die Beurkundung abzulehnen. Ebenso ist der Urkundsperson neben der Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung bei offensichtlichen Rechtsverstössen ein Ablehnungsrecht zuzugestehen, wenn sie berechtigte Zweifel an der Aufrichtigkeit der Parteien hat. Das Ablehnungsrecht ist auf objektiv wichtige Gründe beschränkt.

196 BGE 102 II 424.

197 BGE 102 II 424.

198 *Brückner*, N. 2979.

199 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 14 N. 75; *Handkomm-Zürcher*, N 4 zu Art. 629 OR.

## 5.8 Abschaffung der Sachübernahme?

Während der Bundesrat im E-OR 2007 mit wenig Erfolg versuchte, verbleibende Schwächen der 2008 reformierten Sachübernahmevorschriften auszumerkeln, schlägt er mit dem VE-OR 2014 einen radikalen Schnitt vor: Die Sachübernahmevorschriften sollen vollständig abgeschafft werden. Begründet wird dieser Kahlschlag zunächst in aller Offenheit mit der belastenden Rechtsunsicherheit und der nur selektiven Wirkung der Regelung<sup>200</sup>. Erst in zweiter Linie wird versucht aufzuzeigen, dass es die Sachübernahmevorschriften für den Kapitalschutz gar nicht brauche. Verwiesen wird besonders auf die Möglichkeit der Rückerstattungsklage gemäss Art. 678 OR und die präziseren Vorschriften zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung<sup>201</sup>. Diese Argumentation überzeugt nicht. Zunächst ist sie inkonsequent, da mit der gleichen Argumentation auch die Sacheinlage abzuschaffen wäre. Entbindet man die offensichtliche und naheliegende Umgehung der Sacheinlagevorschriften von der Berichterstattungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflicht, bleiben die Kontrollmechanismen für die Liberierung des Kapitals bei der Gründung und Kapitalerhöhung mangelhaft. Die Sachübernahmebestimmungen sind gleichsam der Schatten der Sacheinlagebestimmungen. Die anerkannten und problematischen Schwächen der Sachübernahmebestimmungen liessen sich zu einem guten Teil befriedigend lösen; sie sind jedenfalls nicht Grund genug, einen tragenden Pfeiler des Einlagenschutzsystems ersatzlos zurückzubauen.

Das Plädoyer für die Abschaffung der Sachübernahmebestimmungen im VE-2014 verschweigt die massgebliche präventive Wirkung der Sachübernahmevorschriften: Nur dank diesen Vorschriften thematisieren Unternehmen und ihre Rechtsberater möglicherweise problematische Übertragungsgeschäfte mit Aktionären und nahestehenden Personen regelmässig vorgängig. Das im Bericht als Abschreckungsgrund bemühte Rechnungslegungsrecht wird problematische Geschäfte nicht verhindern<sup>202</sup>. Die Abschaffung der Sachübernahmevorschriften führt zu einer ausschliesslich nachgelagerten Prüfung. Sie bürdet dem Geschädigten auf, einen Anfangsverdacht zu konkretisieren und zu klagen; nahezu zynisch mutet der frohgemute Verweis im bundesrätlichen Bericht auf die «ganze Palette konkurs- und betriebsrechtlicher Rechtsbehelfe» an<sup>203</sup>.

200 Bericht VE-OR 2014, S. 22 f.

201 Bericht VE-OR 2014, S. 23.

202 Bericht VE-OR 2014, S. 24.

203 Bericht VE-OR 2014, S. 25.

## 6. Revisionsverzicht als Selbstverständlichkeit?

### 6.1 Revision und Revisionspflicht

Aufgabe der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision ist es, zu prüfen, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes dem Gesetz und den Statuten entsprechen. Ist dies der Fall, bringt der Revisor in einer positiv formulierten Zusicherung<sup>204</sup> zum Ausdruck, dass der Abschluss als Ganzes in den wesentlichen Punkten mit den anzuwendenden Rechnungslegungsnormen übereinstimmt<sup>205</sup>.

Art. 727 OR unterstellt der ordentlichen Revision Publikumsgesellschaften sowie Unternehmen, welche zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:

- eine Bilanzsumme von CHF 20 Millionen;
- ein Umsatzerlös von CHF 40 Millionen;
- 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Ebenso ist eine ordentliche Revision vorgeschrieben, wenn Aktionäre, welche zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen<sup>206</sup>.

Unternehmen, welche die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht erfüllen, also die grosse Mehrheit der Gesellschaften<sup>207</sup>, unterliegen den Vorschriften über die eingeschränkte Revision. Bei dieser beschränkt sich der Revisor in seinem Prüfungsurteil auf die negative Zusicherung, dass die geprüfte Jahresrechnung keine Falschaussagen enthält<sup>208</sup>.

### 6.2 Das Opting-out

Mit der Einführung<sup>209</sup> des Opting-out hat der Gesetzgeber Unternehmen, welche der eingeschränkten Revision unterliegen, die Möglichkeit eingeräumt, auf diese zu verzichten. Ein derartiger Revisionsverzicht muss die Voraussetzun-

204 Vgl. aber die Abgabe eines modifizierten Urteils bei wesentlichen Ungereimtheiten: PS 705.

205 Art. 728a OR; *Handschin*, nutshell, S. 137.

206 Art. 727 Abs. 2 OR.

207 Vgl. *Handschin*, nutshell, S. 143.

208 *Handschin*, nutshell, S. 147.

209 Änderung des OR vom 16. Dezember 2005.

gen von Art. 727a Abs. 2 OR erfüllen: Die Gesellschaft darf nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben und der Verzicht auf die Revision muss von sämtlichen Anteilseignern beschlossen werden. Mit dem Opting-out verzichtet die Gesellschaft nicht nur auf die Prüfung der Jahresrechnung, sondern auf das Organ der Revisionsstelle als Ganzes<sup>210</sup>.

Das Institut des Opting-out ist sehr verbreitet. Hervorgehoben wird die dadurch entstehende (finanzielle) Entlastung von kleinen und mittleren Unternehmen, für welche die Kosten einer Revision oft zu hoch ausfallen. Ausserdem wird argumentiert, dass der durch den Verzicht auf eine Revisionsstelle drohende Qualitätsmangel der Rechnungslegung bei solchen Unternehmen aus volkswirtschaftlicher Sicht weitaus ungefährlicher sei als bei grösseren Gesellschaften<sup>211</sup>. Gleichwohl ist das Opting-out abzulehnen: Der Verzicht auf die Revision und somit auf einen unbeteiligten Dritten, welcher die Rechnungslegung fachmännisch und kritisch durchsieht, birgt die Gefahr, dass die Pflicht zur Rechnungslegung vernachlässigt wird<sup>212</sup>. Diese Dynamik gefährdet nicht nur die Gesellschaft, sondern vereitelt nicht zuletzt den Gläubigerschutz, schliesslich entscheiden die Aktionäre als «Nicht haftende» über den Verzicht auf die Revision und setzen damit auch die Gläubiger dem durch eine zu laxen Rechnungslegung entstehenden Risiko aus<sup>213</sup>. Schliesslich ist denkbar, dass die Steuerbehörden ohne Revisionsbericht genauer «hinschauen» und Bewertungen bemängeln, die sie bei einer revidierten Rechnung nicht bemängelt hätten.

### 6.3 Problematik des Revisionsverzichts im Hinblick auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 670 OR

Im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen<sup>214</sup>. Diese Pflicht setzt beim Verwaltungsrat also bereits dann ein, wenn er befürchtet, dass eine Überschuldung vorliegen könnte<sup>215</sup>. Die daraufhin zu erstellende Zwischenbilanz muss laut Gesetz einem «zugelassenen Revisor» zur Prüfung vorgelegt werden, und zwar

210 BSK-Watter/Maizar, N. 27 zu Art. 727a OR.

211 BSK-Watter/Maizar, N. 22 zu Art. 727a OR; *Stenz*, S. 484.; kritisch zur mangelnden Drittgefährdung *Böckli*, Aktienrecht, N. 559 ff.

212 *Böckli*, Aktienrecht, § 15 N. 560; vgl. *Böckli*, Rechnungslegung, N. 7.

213 Ausführlich: *Böckli*, Aktienrecht, § 15 N. 561 ff.

214 Art. 725 Abs. 2 OR.

215 ZK-*Handschin*, N. 4 zu Art. 725 OR.



unabhängig davon, ob sich die Besorgnis der Überschuldung nach Erstellen der Zwischenbilanz bewahrheitet hat oder nicht. Damit wollte der Gesetzgeber dem erheblichen Risiko entgegenwirken, dass der Verwaltungsrat die finanzielle Situation beschönigt und sein Bewertungsermessen beim Erstellen der Zwischenbilanz seiner inneren Tendenz zur Weiterführung der Gesellschaft anpasst<sup>216</sup>. Ein Rangrücktritt befreit nur von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige, wenn ein testierter Abschluss vorliegt.

Mit der Revision des Revisionsrechts und der damit einhergehenden Möglichkeit eines Opting-out für kleinere Gesellschaften hat der Gesetzgeber in Art. 725 Abs. 2 OR den Begriff der «Revisionsstelle» durch denjenigen des «zugelassenen Revisors»<sup>217</sup> ersetzt. Damit wurde verdeutlicht, dass auch Gesellschaften, welche auf eine Revision verzichtet haben, verpflichtet sind, die bei begründeter Besorgnis der Überschuldung erstellte Zwischenbilanz in jedem Fall (ob sie nun eine Überschuldung bejaht oder verneint) revidieren zu lassen. Diejenigen Gesellschaften, welche über eine statutarische Revisionsstelle verfügen, können und müssen die Zwischenbilanz durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle erstellen lassen<sup>218</sup>. Sie hat gegenüber einem externen Revisor den Vorteil, dass sie durch die längere Befassung mit der Gesellschaft die Zwischenbilanz deutlich besser beurteilen kann und zudem allfällige Manipulationen durch den Verwaltungsrat durch Abgleich mit den während ihrer bisherigen Tätigkeit für die Gesellschaft erstellten Unterlagen (insbesondere der letzten Jahresrechnung) besser erkennen kann<sup>219</sup>.

Faktisch steht die Möglichkeit, die Zwischenbilanz durch eine statutarische Revisionsstelle überprüfen zu lassen, den «Opting-out-Gesellschaften» nicht zur Verfügung. Da die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt, muss der Verwaltungsrat einen «unternehmensfremden» Revisor hinzuziehen. Es wird schwierig sein, einen solchen Revisor zu finden. Ein ad hoc bestimmter Revisor hat keinerlei Kenntnis von der Gesellschaft. Er kann im Gegensatz zur Revisionsstelle weder auf Vorakten noch auf einen (von ihm selbst) revidierten letzten Abschluss zurückgreifen, sondern muss sich mit der Gesellschaft und ihrer Rechnungslegung vertraut machen<sup>220</sup>. Im Hinblick auf die eigenen Haftungs-

216 ZK-Handschin, N. 92 zu Art. 725 OR.

217 Im Sinne des Art. 5 RAG.

218 Camponovo/Von Graffenried-Albrecht, S. 209; BSK-Wüstinger, N. 39c zu Art. 725 OR; a.A. Böckli, Aktienrecht, § 15 N. 370; Böckli, Revisionsstelle, N. 730; Sanwald/d'Amelio Favez, § 14 N. 50.

219 ZK-Handschin, N. 96 f. zu Art. 725 OR.

220 ZK-Handschin, N. 96 zu Art. 725 OR.; Böckli, Aktienrecht, § 15 N. 512.

risiken des Revisors nach Art. 755 OR dürfte es für «Opting-out-Gesellschaften» äusserst schwierig sein, in dieser Situation überhaupt einen Revisionsexperten zu finden<sup>221</sup>.

Das Fehlen einer Revisionsstelle kann gerade dann existenziell für eine Gesellschaft werden, wenn sich die begründete Besorgnis der Überschuldung nicht bewahrheitet, also keine Überschuldung festgestellt werden kann, oder eine Überschuldung durch Aufwertungen im Sinne von Art. 670 OR oder durch einen Rangrücktritt abgewendet werden könnte. In beiden Fällen wäre die Bestätigung des zur Weiterführung des Unternehmens vorliegenden Status durch einen zugelassenen Revisor nötig<sup>222</sup>. Auch die Möglichkeit zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen gemäss Art. 670 OR knüpft an einen revidierten Abschluss an.

Das Opting-out wird häufig vom Verwaltungsrat initiiert oder zumindest «billigend begleitet»<sup>223</sup>. Das entbehrt nicht einer gewissen Ironie, setzt er sich durch das Opting-out doch gerade selbst einer verschärften Verantwortlichkeit aus. Das Fehlen einer Revisionsstelle und somit einer unabhängigen Fachperson führt neben der oftmals generell sinkenden Qualität der Rechnungslegung<sup>224</sup> auch dazu, dass die finanzielle Verschlechterung der Unternehmenslage verspätet erkannt wird. Werden aufgrund dessen die zur Stabilisierung des Unternehmens nötigen Handlungen zu spät vorgenommen, begeht der Verwaltungsrat eine Pflichtverletzung im Sinne des Art. 754 OR. Der aufgrund der Verschleppung entstandene Schadenszuwachs kann durchaus bedeutend sein und ist zudem für die Kläger einfach zu beziffern und nachzuweisen<sup>225</sup>.

Findet der Verwaltungsrat im Fall der begründeten Besorgnis einer Überschuldung keinen Revisor zur Abnahme der Zwischenbilanz, müsste er die Überschuldungsanzeige eigentlich selber vornehmen (was faktisch ein Konkursgesuch, das Gesuch um Konkursaufschub oder um Nachlassstundung an den Richter darstellt)<sup>226</sup>, schliesslich kann er die vom Gesetz verlangte revidierte Zwischenbilanz nicht vorweisen. Nun kann sich der Verwaltungsrat durch die

221 ZK-Handschin, N. 95 zu Art. 725 OR.

222 Für die Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen im Falle der Unterbilanz Art. 670 Abs. 2 OR.

223 Böckli, Aktienrecht, § 15 N. 552.

224 Für diese ist der Verwaltungsrat im Rahmen seiner finanziellen Oberleitung nun selbst zuständig, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3.

225 Böckli, § 15 N. 554.

226 Die primäre Pflicht der Überschuldungsanzeige obliegt dem Verwaltungsrat HWP 2014, Bd. eingeschränkte Revision, 1.5.5.8, S. 97.

direkte Überschuldungsanzeige jedoch keineswegs seines Haftungsrisikos entledigen. Denn der Verwaltungsrat, der die Bilanz leichtfertig hinterlegt, riskiert, dass dieses Verhalten ihm von Aktionären und Gläubigern später vorgeworfen wird. Stellt sich nämlich im Nachhinein heraus, dass das Unternehmen hätte fortgeführt werden können, sofern der Verwaltungsrat aktiv geblieben wäre, kann er sich durch die Überschuldungsanzeige einer Pflichtverletzung schuldig machen<sup>227</sup>. Der Verwaltungsrat, der nicht auf eine Revisionsstelle zurückgreifen kann, befindet sich also in einem Dilemma und riskiert in jedem Fall eine Haftung aus Verantwortlichkeit. Im einen Falle unterlässt er die rechtzeitige Überschuldungsanzeige, sei es, weil er die drohenden Anzeichen mangels unabhängiger Fachperson nicht erkennt oder die begründete Besorgnis bewusst ignoriert<sup>228</sup>. Im anderen Falle muss er die Überschuldungsanzeige aus Art. 725 OR vornehmen, da er seine Zwischenbilanz nicht von einem Revisor absegnen lassen kann.

227 ZK-Handschin, N. 135 zu Art. 725 OR; Vgl. zur Überschuldungsanzeige als Pflichtverletzung ausführlich Wirz, N. 469 ff., 544 ff.

228 ZK-Handschin, N. 92 zu Art. 725 OR.

## Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten bei AG und GmbH

CHRISTOPH KÄSER

### Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| Literatur .....  | 88  |
| 1. Was sind Statuten? .....  | 88  |
| 2. Ziel des vorliegenden Beitrags .....                            | 90  |
| 3. Die AG und ihre Statuten .....                                  | 90  |
| 3.1 Wesensmerkmale der AG .....                                    | 90  |
| 3.2 Statuteninhalte bei der AG .....                               | 91  |
| 3.2.1 Absolut notwendiger Statuteninhalt (Art. 626 OR) .....       | 91  |
| 3.2.2 Bedingt notwendiger Statuteninhalt (Art. 627 f. OR) .....    | 92  |
| 3.2.3 Freiwilliger Statuteninhalt .....                            | 94  |
| 3.3 Grenzen der statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten .....      | 94  |
| 3.4 Ausgewählte Sonderbereiche .....                               | 95  |
| 3.4.1 Vorzugsaktien .....  | 95  |
| 3.4.2 Vinkulierung von Namenaktien .....                           | 96  |
| 3.4.3 Statutarische Vorhand- und Vorkaufsrechte .....              | 96  |
| 3.4.4 Statutarische Schiedsklausel .....                           | 97  |
| 3.4.5 Statutarische Treuepflicht des Aktionärs .....               | 97  |
| 3.4.6 Wahl und Zuständigkeiten des Verwaltungsrats .....           | 97  |
| 3.4.7 Vergütung des Verwaltungsrats .....                          | 98  |
| 4. Die Statuten bei der GmbH .....                                 | 99  |
| 4.1 Wesensmerkmale der GmbH .....                                  | 99  |
| 4.2 Statuteninhalte bei der GmbH .....                             | 99  |
| 4.2.1 Absolut notwendiger Statuteninhalt .....                     | 99  |
| 4.2.2 Bedingt notwendiger Statuteninhalt .....                     | 100 |
| 4.2.3 Freiwilliger Statuteninhalt .....                            | 102 |
| 4.3 Ausgewählte Sonderbereiche .....                               | 102 |
| 4.3.1 Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Stammanteilen ..... | 102 |
| 4.3.2 Nachschüsse .....  | 102 |
| 4.3.3 Nebenleistungspflichten .....                                | 103 |
| 4.3.4 Treuepflicht und Konkurrenzverbot der Gesellschafter .....   | 104 |
| 4.3.5 Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung .....            | 104 |