

Die qualifizierte Gründung der Aktiengesellschaft

**Nachdiplomkurs Paralegal
Sommersemester 2005
Zürcher Fachhochschule Winterthur**

Bei Prof.lic.iur. André Haelg

Erstellt von:
Kathrin Murbach
Austrasse 47
8045 Zürich
Tel. 043 817 25 22

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	II
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	III
0. EXECUTIVE SUMMARY	1
1. EINLEITUNG.....	2
2. GRÜNDUNGSELEMENTE DER EINFACHEN GRÜNDUNG EINER AG	5
2.1. GRÜNDER.....	5
2.2. GRÜNDUNGSSTATUTEN	6
2.3. ZEICHNUNG UND LIBERIERUNG DER AKTIEN.....	7
2.4. LEISTUNG DER EINLAGEN	8
2.5. ORGANE	8
2.5.1. <i>Generalversammlung</i>	8
2.5.2. <i>Verwaltungsrat</i>	9
2.5.3. <i>Revisionsstelle</i>	9
2.6. ERRICHTUNGSAKT	10
2.7. EINTRAGUNG IM HR.....	11
3. QUALIFIZIERTE GRÜNDUNG EINER AG	11
3.1. DIE SACHEINLAGEGRÜNDUNG.....	12
3.2. DIE SACHÜBERNAHMEGRÜNDUNG	14
3.3. BESONDERE VORTEILE	16
3.4. GEMEINSAME SONDERVORSCHRIFTEN / SCHUTZVORKEHRUNGEN.....	17
3.4.1. <i>Formvorschriften</i>	17
3.4.2. <i>Gründungsbericht</i>	18
3.4.3. <i>Gründungsprüfung</i>	19
3.4.4. <i>Offenlegung in den Statuten / Publizität im Handelsregistereintrag</i>	20
4. SONDERPROBLEME.....	21
4.1. LIBERIERUNG DURCH VERRECHNUNG	21
4.2. STROHPERSONENGRÜNDUNG	22
4.3. BEWERTUNGSPROBLEME IM GRÜNDUNGSBERICHT	23
5. RECHTSFOLGEN BEI GRÜNDUNGSMÄNGELN.....	24
6. SCHLUSSBETRACHTUNGEN.....	26
7. ANHANG	26

LITERATURVERZEICHNIS

Aeppli Heinz, OR Schweizerisches Obligationenrecht, 35. A., Zürich, 2004
(nachfolgend AEPPLI)

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich / Basel / Genf, 2004
(nachfolgend BÖCKLI)

Forstmoser Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Band I, Lieferung 1, Zürich,
1981 (nachfolgend FORSTMOSER)

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches
Aktienrecht, Bern, 1996 (nachfolgend FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL)

Honsell / Vogt / Watter, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2.
A, Basel, 2002

Meier Robert, Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische
Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, Zürich, 1994 (nachfolgend
MEIER)

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9.
A, Bern, 2004 (nachfolgend MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER)

Von Büren Roland / Stoffel Walter A. / Schnyder Anton K. / Christen-
Westenberg Catherine, Aktienrecht, Zürich 2000

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heisst
f./ff.	fortfolgende
GV	Generalversammlung
mind.	Mindestens
HR	Handelsregister
HR-Amt	Handelsregisteramt
HRegV	Handelsregisterverordnung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
resp.	respektive
RZ.	Randziffer
S.	Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch

u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

0. Executive Summary

Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf der qualifizierten Gründung einer AG. Im Gegensatz zur einfachen Gründung wird bei qualifizierten Gründungen das Aktienkapital nicht bar, sondern mit Sacheinlagen liberiert. Zusätzlich unterstehen ebenfalls der qualifizierten Gründung die Liberierung durch Verrechnung mit Forderungen gegenüber der Gesellschaft sowie die Einräumung besonderer Vorteile. Eine Zwitterstellung nimmt die Sachübernahme ein, da in bar liberiert wird, jedoch bereits feststeht, dass die einbezahlten Barmittel für den Erwerb von Sachwerten verwendet werden. Selbstverständlich sind Mischformen, z.B. 50% des Mindestkapitals in bar und 50% durch Sacheinlagen zu liberieren, erlaubt und auch häufig in der Praxis anzutreffen. Bei den Sachverhalten der qualifizierten Gründung besteht das Hauptproblem darin, dass die Gefahr besteht, dass die Sacheinlagen überbewertet werden. Um eine Aushöhlung des Haftungssubstrates zu verhindern, hat man im Aktienrecht deshalb verschiedenste Kapitalschutzmassnahmen vorgesehen, welche zwingend einzuhalten sind. Zu diesen Kapitalschutzmassnahmen gehören die Formvorschriften für sog. Sacheinlageverträge bzw. Sachübernahmeverträge. Des Weiteren muss ein Gründungsbericht erstellt werden, welcher Rechenschaft über die Bewertung der Sacheinlagen, Sachübernahmen, die besonderen Vorteile oder über die zur Verrechnung gebrachten Forderungen, ablegt. Der Gründungsbericht wird von einem Revisor darauf geprüft, ob die Angaben darin vollständig, richtig und gesetzeskonform sind. Zusätzlich müssen die qualifizierenden Elemente in den Statuten offen gelegt werden und sie werden durch das Handelsregisteramt veröffentlicht, sodass sich insbesondere Gläubiger und zukünftige Aktionäre selbstständig ein Bild über die Gesellschaft machen können. Ebenfalls festgelegt ist, was sich eignet als Vermögenswert für eine Sacheinlage oder Sachübernahme bzw. was sich nicht eignet. Grundsätzlich müssen Sacheinlagen bilanzierbar, verwertbar und sofort für die Gesellschaft verfügbar, sowie von Interesse für die Gesellschaft sein. Bei der Sachübernahme kommen die gleichen Vermögenswerte in Frage, jedoch

muss die Sachübernahme entweder bereits beschlossen oder aber zumindest beabsichtigt sein bei der Gründung, die Vermögenswerte müssen der Gesellschaft jedoch nicht sofort zur Verfügung stehen. Die besonderen Vorteile sind personen- und nicht aktienbezogen, sie entstehen aus dem Bedürfnis, vom Prinzip der Gleichbehandlung aller Aktionäre abzuweichen, weil man z.B. die Begünstigten damit für ihren Einsatz bei der Gesellschaftsgründung entschädigen möchte oder sei es, weil dadurch z.B. Familienaktionäre bevorzugt werden sollen. Bei der Liberierung durch Verrechnung wird die Liberierungsverpflichtung durch den Verzicht auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft erfüllt. Sie untersteht nicht den genau gleichen Anforderungen wie die anderen Sachverhalte. Sie ist nicht in die Statuten aufzunehmen und bedarf auch keiner Eintragung ins Handelsregister. Im Gründungsbericht hingegen müssen Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld dargelegt werden.

Eines der Hauptprobleme bei der qualifizierten Gründung ist die Bewertung. Dies liegt daran, dass das Gesetz die Bewertungsgrundsätze nicht explizit nennt. Ein weiteres Problem ist, vor allem bei den Sacheinlagen, welche Wirtschaftsgüter rechtlich gesehen ein Äquivalent von Bargeld darstellen können.

Der ganze zusätzliche Normenkomplex, den eine qualifizierte Gründung mit sich bringt, dient dem Kapitalschutz bzw. der Transparenz gegenüber den Aktionären und / oder Dritten.

1. Einleitung

Die wichtigste Rechtsquelle des Aktienrechtes ist der 26. Titel des OR (Art. 620-763 OR), ergänzende Bestimmungen sind das Personenrecht des ZGB (Art. 11ff. 52ff. ZGB), das allgemeine Handelsrecht, das Vertragsrecht sowie das allgemeine Wertpapierrecht und – seit dem 1. Juli 2004 – das sog. Fusionsgesetz. Für die handelsrechtliche Praxis ist zudem die Ausführungsgesetzgebung des Bundesrates von grosser Bedeutung (Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 mit zahlreichen Änderungen, Verordnung über die fachlichen Anforderungen an

besonders befähigte Revisoren vom 15. Juni 1992) sowie das Börsenrecht und die öffentlich-rechtliche Spezialgesetzgebung.

Die heute geltenden Bestimmungen des 26. Titels des OR sind in den folgenden drei Stufen erlassen worden:

- Das alte OR vom 14 Juni 1881: Daraus stammen die grundlegenden Bestimmungen des heutigen Aktienrechtes;
- Die erste Revision von 1936: Die Revisionsarbeiten erstreckten sich über ein Vierteljahrhundert und begannen 1911, waren jedoch trotz der langen Revisionsarbeiten nicht so einschneidend;
- Die zweite Revision von 1991: Diese zweite Revision war wesentlich tief greifender als die erste, obwohl sie nur als eine Teilrevision bezeichnet wurde, wurden fast drei Viertel der Bestimmungen geändert. Aus ihr geht im Wesentlichen das heute geltende Recht hervor¹.

Seit das Aktienrecht 1991 revidiert worden ist, gibt es nur noch ein einziges Gründungsverfahren, nämlich die sog. Simultangründung. Früher war es auch möglich, eine AG auf dem Wege des Sukzessivgründungsverfahrens zu gründen. Von diesem Gründungsverfahren wurde jedoch nur selten Gebrauch gemacht².

In der Praxis wird heute zwischen der „einfachen Gründung“ und der „qualifizierten Gründung“ unterschieden. Die einfache Gründung oder auch Bargründung genannt, bildet den gesetzgeberischen Normalfall. Wie der Ausdruck Bargründung schon sagt, wird das Aktienkapital durch Bareinzahlung aufgebracht. Die gesetzgeberische Ausnahme stellt die qualifizierte Gründung dar, bei der das Aktienkapital nicht durch Bareinzahlungen, sondern durch Sacheinlagen oder durch Verrechnung aufgebracht wird. Eine Zwitterstellung nimmt die Sachübernahmegründung ein. Bei der Sachübernahmegründung wird das Aktienkapital in bar liberiert, jedoch stellt im Zeitpunkt der Gründung schon fest, dass die einbezahlten Barmittel für den Erwerb von Sachwerten verwendet werden.

¹ Stoffel, N 26-28.

² Meier, RZ 93.

Auch die Sachübernahmegründung gilt als qualifizierte Gründung. Handelt es sich bei einer Gründung um eine qualifizierte Gründung, müssen besondere Schutzmassnahmen eingehalten werden.

Der Gedanke des Kapitalschutzes beherrschte und beherrscht immer noch das ganze Aktienrecht und lässt sich in die folgenden drei Stadien gliedern:

- Die *Kapitalaufbringung* bei der Gründung und der Kapitalerhöhung,
- die *Kapitalerhaltung* während des Bestehens der Gesellschaft,
- die sog. *Alarmglocke* beim Zerfall des Eigenkapitals.

Vor allem bei der qualifizierten Gründung einer AG geht es darum, den Wirtschaftsteilnehmern durch die Statuten und den Handelsregistereintrag anzuzeigen, dass das kundgegebene Eigenkapital auch wirklich der Gesellschaft bedingungslos und vollumfänglich zur Verfügung gestellt wird³. Andernfalls bestünde bei der qualifizierten Gründung der AG die Gefahr, dass die Gesellschaft bereits im Gründungsstadium geschwächt wäre und somit einzelne Aktionäre und / oder Dritte benachteiligt würden. Z.B. können die eingelegten oder die zu übernehmenden Werte überbewertet sein, was zur Folge hätte, dass ein scheinbar ausgewiesener Aktivenüberschuss gar nicht vorhanden wäre⁴. Bei der Kapitalaufbringung stehen die Gründer nämlich in einem Interessenkonflikt mit der zu gründenden Gesellschaft. Aus diesem Grund sah bereits das OR von 1936 – hervorgegangen aus der Bekämpfung von Gründungsswindeln im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts – drei rechtliche Sicherungen vor:

- Gründerbericht,
- Transparenz in Zeichnungsschein und Statuten sowie
- eine besondere Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit.

Die Revision des Aktienrechtes von 1991 hat diesen Schutz noch wesentlich ausgebaut⁵.

³ Böckli, § 1, N 101b, 102.

⁴ Forstmoser, § 10, N 6.

⁵ Böckli, § 1, N 212.

Die folgende Arbeit ist in sieben Kapitel gegliedert:

- In der Einleitung wurden bereits die Entstehung des heutigen Aktienrechtes kurz beleuchtet sowie die wichtigsten, ergänzenden Bestimmungen genannt;
- Im zweiten Kapitel wird auf die Bargründung einer AG eingegangen um danach
- im dritten Kapitel den Schwerpunkt, auf die qualifizierte Gründung einer AG zu legen.
- Im vierten Kapitel wird auf die Sonderprobleme eingegangen und
- im fünften Kapitel auf die Rechtsfolgen bei Gründungsmängeln, Verschleierungen und falschen Angaben.
- Im sechsten Kapitel befinden sich meine Schlussfolgerungen und
- im siebten Kapitel finden sich die Anhänge gemäss separatem Verzeichnis.

Nachdem ich die massgebende Literatur herausgesucht hatte, habe ich mir zuerst einen Überblick über das zu bearbeitende Thema verschaffen und habe das Inhaltsverzeichnis sowie die Literaturliste erstellt. Sodann habe ich mich vom Normalfall der einfachen Gründung zum Spezialfall der qualifizierten Gründung vorgearbeitet bis hin zu den Sonderproblemen und den Rechtsfolgen, immer gestützt auf die Literatur und die Entscheide des Bundesgerichtes. Als der Hauptteil stand, habe ich die Einleitung, das Executive Summary und die Schlussfolgerungen geschrieben. Um den Umfang dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird auf die Einbringung eines Unternehmens sowie auf die Problematik des Eingehens von Verpflichtungen „im Namen der zu bildenden Gesellschaft“ nicht näher eingegangen.

2. Gründungselemente der einfachen Gründung einer AG

2.1. Gründer

Für die Gründung einer AG sind mindestens drei Gründer gemäss Art. 625 Abs. 1 OR erforderlich. Als Gründer können natürliche oder juristische Personen, aber auch Handelsgesellschaften ohne eigene

Rechtspersönlichkeit auftreten. Ebenfalls zu den Gründern zählen die sog. „Strohpersonen“, die nur treuhänderisch an der Gründung mitwirken. Mehr dazu unter Punkt 4.2. Die drei Gründer müssen das gesamte Aktienkapital unter sich aufteilen und übernehmen. Die Nationalität der Gründer spielt keine Rolle, weil jedoch alle Verwaltungsratsmitglieder Aktionäre sein müssen, sollten die entsprechenden Nationalitäts- und Wohnsitzvorschriften beachtet werden. Die Gründer müssen sich über die wesentlichen Eckpunkte der zu gründenden Gesellschaft einig sein⁶.

2.2. Gründungsstatuten

Grundsätzlich legen die Statuten die Organisation der AG fest und regeln die Rechte und Pflichten aller Beteiligten wie Aktionäre, Partizipanten, Genussscheininhaber und Organe. Die Gründungsstatuten werden von den drei Gründern oder deren Vertreter entworfen. Alle Gründer müssen mit dem Inhalt der Statuten einverstanden sein. Es wird unterschieden zwischen dem absolut notwendigen Mindestinhalt (Art. 626 OR), den bedingt notwendigen statutarischen Regelungen (Art. 627 OR) und dem fakultativen Statuteninhalt⁷. Sollten in dem absolut notwendigen Mindestinhalt der Statuten einige Regelungen fehlen, so weist der Handelsregisterführer die Statuten zurück und die AG wird nicht eingetragen. Ebenso verfahren wird mit Statuten, die gegen eine zwingende Gesetzesnorm verstossen. Bei den bedingt notwendigen statutarischen Regelungen handelt es sich um solche, die von den dispositiven Gesetzesnormen abweichen. Im fakultativen Statuteninhalt wird zur Klarstellung alles erwähnt, was ohnehin bereits im Gesetz steht und auch gilt⁸.

⁶ Meier, RZ 94.

⁷ Christen-Westenberg, 70ff.

⁸ Meier, RZ 46.

Den Statuten kommt eine besondere Bedeutung zu, so werden sie auch als „Verfassung der AG“ bezeichnet, da sie die Gesellschaft nach innen und nach aussen hin regeln. Statuten müssen immer schriftlich sein und sie sind öffentlich zu beurkunden. Zudem müssen sie beim Handelsregisteramt hinterlegt sein. Alle Beschlüsse, welche Änderungen der Statuten nach sich ziehen, müssen ebenfalls öffentlich beurkundet und im Handelsregister eingetragen werden⁹.

2.3. Zeichnung und Liberierung der Aktien

Alle Aktien müssen von den Gründern gemäss den in den Statuten festgehaltenen Anteilen gezeichnet werden. Die Zeichnung entspricht dem Versprechen der Aktionäre, den Ausgabebetrag zu leisten. Die Aktien dürfen nur zum Nennwert oder zu einem höheren Betrag ausgegeben werden. In der Regel erfolgt die Zeichnung zu *pari*, d.h. zum Nennwert. Wird die Aktie über dem Nennwert angesetzt, dann erfolgt die Zeichnung *über pari*, wobei die Differenz zwischen dem Nennwert und dem Ausgabebetrag Agio genannt wird. Nicht zugelassen ist hingegen, wenn der Ausgabebetrag tiefer liegt als der Nennwert, was als *unter pari* bezeichnet wird¹⁰.

Die Gründer müssen den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag gemäss Art. 632 Abs. 2 OR von CHF 50'000 oder einen allenfalls in den Statuten festgelegten höheren Betrag zugunsten der zu gründenden AG auf das bei einer Bank eingerichtete Sperrkonto einzahlen. Sobald die AG im Handelsregister eingetragen ist, hat der VR bzw. die AG Zugriff auf das Konto. Die Liberierung entspricht somit der tatsächlichen Leistung der Einlagen¹¹.

⁹ Art. 647 OR.

¹⁰ Christen-Westenberg, RZ 110 ff.

¹¹ Meier, RZ 99.

2.4. Leistung der Einlagen

Das Aktienkapital muss mindestens CHF 100'000 betragen. Die Einlage muss dabei mindestens 20% des Nennwerts jeder Aktie geleistet sein. In allen Fällen müssen die geleisteten Einlagen mindestens CHF 50'000 betragen¹². Wird das Aktienkapital nicht vollständig einbezahlt, dürfen nur Namenaktien ausgegeben werden. Für die Ausgabe von Inhaber- und Stimmrechtsaktien ist ein voll liberiertes Aktienkapital notwendig¹³.

2.5. Organe

Die Organe werden von den Gründern bestellt. In den VR dürfen nur Aktionäre gewählt werden, d.h. der VR wird aus dem Kreis der Gründer gewählt. Die Revisionsstelle wird ebenfalls gewählt. Selbstverständlich muss es sich dabei um Revisoren handeln, die fachlich befähigt sind, diese Aufgabe zu erfüllen und sie müssen unabhängig sein. Das dritte Organ, die GV setzt sich aus der Gesamtheit der Aktionäre zusammen. Alle Personen, die gewählt worden sind, müssen ihre Annahme bestätigen. Diejenigen, die an der Gründung nicht dabei sein können, müssen eine schriftliche Annahmeerklärung unterzeichnen¹⁴.

Jedem der drei Organe kommen – nach dem Paritätsprinzip – bestimmte unentziehbare Aufgaben zu¹⁵.

2.5.1. Generalversammlung

Die GV wird als das oberste Organ der AG bezeichnet¹⁶. Die ordentliche GV muss alljährlich innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres abgehalten werden. Nach Bedarf

¹² Art. 632 OR.

¹³ Christen-Westenberg, RZ 115.

¹⁴ Meier, RZ 96.

¹⁵ Meier-Hayoz / Forstmoser, § 16, 314.

¹⁶ Art. 698 Abs. 1 OR.

können auch zusätzliche, sog. ausserordentliche Generalversammlungen stattfinden, wobei immer die Formvorschriften beachtet werden müssen. Ansonsten sind die Beschlüsse der GV anfechtbar¹⁷.

2.5.2. Verwaltungsrat

Der VR ist das geschäftsführende Organ der AG. In der Praxis ist der VR vielfach das weitaus wichtigere Organ als die GV, obwohl die GV vom Gesetz als das oberste Organ bezeichnet wird. Der VR ist nämlich befugt, gemäss Art. 716 Abs. 1 OR „in allen Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind“. Zudem steht ihm unentziehbar und unübertragbar die Oberleitung der Gesellschaft zu¹⁸. Dem VR steht ein VR-Präsident vor. Alle Mitglieder des VR üben ihre Rechte hauptsächlich in den VR-Sitzungen aus. Hier wird durch Meinungsäusserung und Stimmabgabe auf die Willensbildung der Gesellschaft eingewirkt¹⁹. Wie bereits erwähnt, müssen gewisse Wohnsitz- und Nationalitätsvorschriften erfüllt sein für die VR-Mitglieder, sodass bei Unregelmässigkeiten die Mehrzahl der VR-Mitglieder in der Schweiz zur Rechenschaft gezogen werden kann. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass diese Bestimmungen gelegentlich aufgehoben werden, denn bereits schon heute sind Bürger aus den EU- und den EFTA-Staaten den Schweizern gleichgestellt²⁰, wobei sich dies nicht auf den Wohnsitz der VR-Mitglieder bezieht.

2.5.3. Revisionsstelle

Die Revisionsstelle ist das Kontrollorgan der AG. Im Gegensatz zum VR muss die Revisionsstelle weder Aktionärin sein, noch müssen die Revisoren natürliche Personen sein. Die Revisoren

¹⁷ Art. 706 OR; Meier-Hayoz / Forstmoser, § 16, N. 316ff.

¹⁸ Art. 716a OR.

¹⁹ Meier-Hayoz / Forstmoser, § 16N. 363.

²⁰ Kreischreiben des Eidg. HR-Amt vom 25.7.2003 an die kant. HR-Ämter. (

müssen vom VR und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein. Auch dürfen die Revisoren keine Arbeiten für die zu prüfende AG ausführen, die mit der Prüfungsaufsicht unvereinbar sind²¹. In der Praxis werden häufig Treuhandgesellschaften oder auch Revisionsverbände gewählt. Wenigstens ein Revisor muss wohnhaft in der Schweiz sein, bzw. die Treuhandgesellschaft muss den Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz haben. Die Revisionsstelle hat gemäss Art. 728 Abs. 1 OR zu prüfen, „ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen“. Die Revisionsstelle überprüft die formelle und materielle – letztere jedoch nur begrenzt – Richtigkeit der Buchführung sowie der Jahresrechnung. Das Ergebnis der Prüfung muss die Revisionsstelle schriftlich der GV mitteilen, d.h. sie muss Bericht erstatten. In gewissen Fällen muss die Revisionsstelle besonders befähigt sein und einen Erläuterungsbericht zuhanden des VR abgeben²².

2.6. Errichtungsakt

Die AG ist errichtet, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Mindestens drei Personen als Gründer müssen vorhanden sein;
- die Statuten müssen festgesetzt sein;
- das erforderliche Kapital muss liberiert sein;
- alle Organe müssen bestellt sein und
- die konstituierende GV muss stattgefunden haben, sowie die Beschlüsse dieser Versammlung müssen öffentlich beurkundet sein.

²¹ Art. 727c Abs. 1 OR.

²² Art. 729a OR; Meier-Hayoz / Forstmoser, § 16, 392ff.

Der VR muss nun beim HR-Amt des Gesellschaftssitzes die AG zur Eintragung anmelden²³.

2.7. Eintragung im HR

Erst mit der Eintragung im HR entsteht eine AG, d.h. erst dann erhält sie die Rechtspersönlichkeit. Der Eintrag hat somit eine sog. konstitutive Wirkung. Nachdem die Anmeldung der AG vom Handelsregisteramt geprüft wurde, wird die AG im Tagebuch eingetragen. Mit der Genehmigung dieser Eintragung im Tagebuch durch das Eidgenössische Handelsregisteramt entsteht die AG und sie kann als Rechtsperson handeln. Eine Kopie des Tagebucheintrages wird durch das Eidgenössische Handelsregisteramt im SHAB publiziert. Nach der Publikation im SHAB wird die Eintragung der AG auch Dritten gegenüber wirksam²⁴.

3. Qualifizierte Gründung einer AG

Die qualifizierte Gründung einer AG unterscheidet sich von der Bargründung einer AG in der Hinsicht, dass

- die Einlagen nicht in bar, sondern durch Gegenstände aufgebracht werden (sog. Sacheinlage oder Apportgründung); oder
- die Einlagen zwar in bar aufgebracht wurden, jedoch Bindungen für das zukünftige Gesellschaftskapital eingegangen werden, um nach dem Erlangen der Rechtspersönlichkeit gewisse Vermögenswerte zu übernehmen, sog. Sachübernahmen; oder
- einzelnen Gründern oder anderen Personen besondere Vorteile eingeräumt werden.

Im Art. 628 OR wurden für diese Sachverhalte qualifizierende Erfordernisse vorgeschrieben. Häufig werden in der Praxis die drei oben

²³ Art. 640 OR; Christen-Westenberg, RZ 125ff.

²⁴ Meier, RZ 106ff.

genannten Fälle in Kombination vorgefunden. Zusätzlich findet sich in der Praxis jedoch noch eine weitere Art der qualifizierten Gründung, nämlich die Liberierung durch Verrechnung. Darauf werde ich unter Punkt 4.1. noch genauer eingehen²⁵.

Grundsätzlich gelten für die qualifizierte Gründung einer AG die gleichen Gründungsvorschriften wie bei der einfachen Gründung. Wie bereits erwähnt, besteht jedoch bei der qualifizierten Gründung latent die Gefahr, dass das Aktienkapital der Gesellschaft nur scheinbar liberiert ist, in dem die eingelegten oder die zu übernehmenden Gegenstände überbewertet wurden. Aus diesem Grund und vor allem zum Schutz der übrigen Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger hat der Gesetzgeber eine spezielle Ordnung erlassen, welche gewährleistet, dass auf die besonderen Verhältnisse hingewiesen wird und die Bewertung der Sacheinlagen vertretbar ist²⁶.

3.1. Die Sacheinlagegründung

Eine Sacheinlagegründung liegt vor, wenn einzelne oder alle Gründer ihre Aktien nicht durch Bargeld, sondern durch andere übertragbare Vermögenswerte liberieren. Unter Vermögenswerte fallen z.B. Grundstücke, Patent- und Urheberrechte, Werkstatt- oder Büroeinrichtungen²⁷, obligatorische Rechte, insbesondere Geldforderungen und Beteiligungsrechte²⁸. Die Vermögenswerte müssen bilanzierbar, bewertbar und verwertbar sowie für die AG von Interesse sein. Bilanzierbar müssen die Sacheinlagen sein, damit sie in der Bilanz als Aktivum geführt werden können und für die Gesellschaft einen Wert haben. Verwertbar müssen sie sein, weil die Sacheinlagen gegebenenfalls die Forderungen der Gläubiger erfüllen

²⁵ Forstmoser, § 10 N 3-5.

²⁶ Meier, RZ 110.

²⁷ Meier, RZ 109.

²⁸ Forstmoser, § 10 N 19-21.

müssen. Dementsprechend eignen sich nicht als Sacheinlage Arbeitsleistungen, zukünftige Forderungen, höchstpersönliche Rechte, Naturalobligationen, periodische Leistungen ohne gegenwärtigen Vermögenswert, Kenntnisse, Fähigkeiten, Beziehungen sowie Erfahrungen und Kundenstämme²⁹. Sacheinlagen gelten nur dann als ausreichende Deckung des Aktienkapitals, wenn die drei Voraussetzungen gemäss Art. 634 OR erfüllt sind. D.h., sie müssen gestützt auf einen schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Sacheinlagevertrag geleistet sein, die Gesellschaft muss nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen können oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhalten und es muss zudem ein Gründungsbericht mit Prüfungsbestätigung vorliegen³⁰.

Die Sacheinlage muss in den Statuten offengelegt werden³¹. Sobald Grundstücke eingebracht werden, müssen zusätzliche Regelungen beachtet werden. Aufgrund des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. September 1983 können Ausländer nur mit der Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde Grundeigentum erwerben, wobei auch das Einbringen eines Grundstückes in eine AG, in der eine Person im Ausland eine beherrschende Stellung innehat, als Erwerb von Grundeigentum gilt³². Allerdings ist nur der Erwerb sog. „Nicht-Betriebsstätte-Grundstücke“ bewilligungspflichtig³³. Zur Aufdeckung solcher Sachverhalte wird heutzutage in der Praxis verlangt, dass bei jeder Gründungsanmeldung beim Handelsregisteramt eine „Lex-Friedrich-Erklärung“ beigelegt wird. Wie so oft wird auch hier in der Praxis immer wieder versucht, die gesetzlichen Schutzbestimmungen zu umgehen. So gibt es z.B. sog. verdeckte Sachüber-

²⁹ Christen-Westenberg, RZ 134-135.

³⁰ BSK, OR II-Schenker, Art. 634 N 2-3.

³¹ Art. 628 Abs. 1 OR.

³² Art. 4 Abs. 1 Bst. e, g BewG.

³³ Art. 2 Abs. 2 Bst. a BewG.

nahmen oder verschleierte Apportgründungen. In diesen Fällen wird das Aktienkapital nur zum Schein liberiert, weil das Geld, das die Aktionäre auf dem Sperrkonto hinterlegen, nur ausgelehnt ist und nach Aufhebung der Sperre sofort wieder zurück bezahlt wird, was wieder dazu führt, dass die AG keinerlei verwertbare Aktiven zur Verfügung hat. Aus diesem Grund verlangt das Handelsregisteramt von den Gründern eine sog. „Stampa-Erklärung“, worin diese bestätigen, dass die Gesellschaft keine anderen als die in den Statuten ausdrücklich genannten Sachwerte übernommen hat oder übernehmen wird³⁴. Dieses Vorgehen wird in der Lehre verschiedentlich kritisiert bzw. wurde auch schon für widerrechtlich erklärt³⁵. Die Gesetzmässigkeit der Stampa-Erklärung wird aber vom Bundesgericht bejaht³⁶.

Bei der Umwandlung von Einzelunternehmen oder Personengesellschaften in eine AG oder bei Fusionen werden als Vermögenswerte ganze Unternehmen als Sacheinlage eingebracht. In diesem Zusammenhang ist es zulässig, die Kundenstämme als Sacheinlage einzubringen. Nicht zulässig bzw. umstritten ist hingegen, die selbstständige Einlegbarkeit von Kundenstämmen³⁷. Auf die Einbringung eines Unternehmens bzw. eines Gesellschaftsvermögens insbesondere möchte ich hier jedoch nicht genauer eingehen. An dieser Stelle will ich nur darauf hinweisen, dass für gewisse Formen der Sacheinlagen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen zusätzlich das Fusionsgesetz zu beachten ist.

3.2. Die Sachübernahmegründung

Die Vorschriften über die Sachübernahme dienen ebenfalls dazu, dass nicht nach der Gründung das in bar aufgebrauchte Aktienkapital

³⁴ Meier, RZ 116.

³⁵ Forstmoser, § 11 N 47.

³⁶ BGE 119 II 465 E. 2.

³⁷ Forstmoser, § 16 N 8.

und somit das Haftungssubstrat ohne entsprechenden Gegenwert zu sehr vermindert wird und dadurch das Gesellschaftsvermögen geschwächt wird. Dies wiederum zum Schutz der Aktionäre und Gläubiger. Die Sachübernahme soll jedoch auch verhindern, dass Umgehungen von Sacheinlagegründungen vermieden werden³⁸.

Von einer Sachübernahme spricht man, wenn eine Gesellschaft vor der Eintragung ins Handelsregister den Erwerb bestimmter Vermögenswerte von Aktionären oder Dritten gegen Entgelt beabsichtigt. D.h. die Sachübernahme muss entweder bereits feststehen oder aber zumindest beabsichtigt sein. Die Liberierung der Aktien selbst erfolgt in bar³⁹. Nach der Gründung wird das einbezahlte Kapital für den Kauf der Vermögenswerte verwendet. Sachübernahmen müssen ebenfalls in den Statuten offen gelegt werden, auch wenn sie nicht unmittelbar nach der Gründung vorgesehen sind⁴⁰.

Als Vermögenswerte kommt alles in Betracht, was auch für die Sacheinlage zulässig ist, d.h. wie bereits erwähnt, Grundstücke, Patente, Werkstatt- oder Büroeinrichtungen⁴¹, Rechte u.s.w., wobei Anschaffungen, die das Aktienkapital nicht wesentlich schmälern, keine Sachübernahme darstellen (BGE 83 II 284, 289), z.B. Büromaterial und dergleichen⁴². Zusätzlich können auch Vermögenswerte in Frage kommen, die nicht sofort verfügbar sind⁴³. Falls sich die übernommenen Aktiven und Passiven wertmässig ausgleichen und von der Gesellschaft daher keine Gegenleistung zu entrichten ist, so ist hervorzuheben, dass auch in diesem Fall eine Übernahme von Vermögenswerten vorliegt⁴⁴. Ist der Vertragspartner gleichzeitig Gründer, kann die Sachübernahme gleich funktionieren

³⁸ Forstmoser, § 10 N 69.

³⁹ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 18 f.

⁴⁰ Christen-Westenberg, RZ 139.

⁴¹ Meier, RZ 109.

⁴² Christen-Westenberg, RZ 140.

⁴³ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 21.

⁴⁴ Forstmoser, § 10 N 75.

wie die Sacheinlage, indem der Kaufpreis mit der Bareinzahlung getilgt wird. Kombinationen von Sacheinlagen und Sachübernahmen sind ebenfalls zulässig⁴⁵.

In der Lehre war früher umstritten, ob die Bestimmungen über die Sachübernahmegründung auch dann anzuwenden sind, wenn im Zeitpunkt der Gründung noch keine formellen Abmachungen getroffen worden sind. In der Zwischenzeit bejahten dies das Bundesgericht und die herrschende Lehre. Im Zuge der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde der entsprechende Art. 628 Abs. 2 OR deshalb wie folgt abgeändert: „Übernimmt die Gesellschaft von Aktionären oder Dritten Vermögenswerte oder beabsichtigt sie solche Sachübernahmen....“⁴⁶.

Nicht verwechselt werden darf die Sachübernahmegründung (Art. 628 Abs. 2, 630 und 636 OR) mit dem Eingehen von Verpflichtungen „im Namen der zu bildenden Gesellschaft“ gemäss Art. 645 Abs. 2 OR⁴⁷. Ich werde hier jedoch nicht genauer auf diese Problematik eingehen.

3.3. Besondere Vorteile

Besondere Vorteile zeichnen sich dadurch aus, dass bei der Gründung den Gründern oder anderen Personen Sondervorteile zugesichert werden. Die Vorteile sind personen- nicht aktienbezogen und entstehen aus dem Bedürfnis, vom Prinzip der Gleichbehandlung aller Aktionäre abzuweichen, z.B. weil man die Begünstigten damit für ihren Einsatz bei der Gesellschaftsgründung entschädigen möchte oder sei es, weil dadurch z.B. Familienaktionäre bevorzugt werden sollen⁴⁸.

⁴⁵ Forstmoser, § 10 N 71.

⁴⁶ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 22.

⁴⁷ Forstmoser, § 10 N 84ff.

⁴⁸ Meier, RZ 120.

Solche besonderen Vorteile können z.B. Gewinnbeteiligungen, Verpflichtungen der AG gegenüber Dritten⁴⁹, Einräumung von Wohn-, Benutzungs- und Gebrauchsrechten, Zusicherung der Lieferung oder Abnahme von Waren, Anstellungsgarantien⁵⁰, etc. sein. Keine besonderen Vorteile sind hingegen Stimmrechts- und Vorzugsaktien. Wenn die besonderen Vorteile den Anteil am Bilanzgewinn oder Liquidationsergebnis oder das Bezugsrecht betreffen, können sie gemäss Art. 657 OR in einem Genussschein verurkundet werden⁵¹. Nach der Gründung können besondere Vorteile nicht mehr eingeräumt werden, ausser bei einer Kapitalerhöhung⁵². Genau gleich wie bei Sacheinlagen oder –übernahmen besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft durch die Einräumung dieser Vorteile übermässig belastet wird. Deshalb drängen sich analoge Sondervorschriften auf.

3.4. Gemeinsame Sondervorschriften / Schutzvorkehrungen

Weil bei der qualifizierten Gründung einer AG, das Risiko der ungenügenden Erfüllung der Einlagepflicht besteht, hat der Gesetzgeber Sondervorschriften erlassen, welche alle dazu dienen, Transparenz für die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger zu schaffen. Insgesamt gibt es vier solcher Sicherheitsvorkehrungen: Die Formvorschriften, den Gründungsbericht, die Gründungsprüfung sowie die Offenlegung in den Statuten. Die Gründungshaftung gemäss Art. 753 OR knüpft an diese Vorgänge an⁵³.

3.4.1. Formvorschriften

Das Gesetz weicht vom Grundsatz der Formfreiheit gemäss Art. 11 Abs. 1 OR ab und verlangt für Verträge, mit denen die

⁴⁹ Christen-Westenberg, RZ 141.

⁵⁰ Meier, RZ 121.

⁵¹ Meier, RZ 121.

⁵² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 24.

⁵³ Böckli, §1 N 228.

Berechtigung und Verpflichtung zu Sacheinlagen geschaffen werden, also für den Sacheinlagevertrag, Schriftlichkeit oder eine öffentliche Beurkundung, welche bei der Einbringung von Grundstücken ohnehin erforderlich ist (Art. 634 Abs. 1 OR)⁵⁴. Der Sacheinlagevertrag muss die Quantität und Qualität der Einlageobligation des Gründers festlegen und den Anrechnungswert bestimmen⁵⁵.

Auch für Sachübernahmen bzw. den Sachübernahmevertrag gilt dieses Formerfordernis analog. Falls die Sachübernahme jedoch nur beabsichtigt ist, muss die Absichtsklausel in die Statuten aufgenommen werden⁵⁶.

Die Sacheinlage- sowie die Sachübernahmeverträge müssen öffentlich zugänglich gemacht werden. Deshalb sind sie dem Errichtungsakt bei der Anmeldung beim Handelsregister beizulegen⁵⁷.

3.4.2. Gründungsbericht

Der Gründungsbericht ist eigentlich ein schriftlicher Rechenschaftsbericht über die Bewertung der Sacheinlage- und Sachübernahmegegenstände. Gemäss Art. 78 Abs. 2 Bst. a HRegV muss der Gründungsbericht schriftlich sein und er ist von allen Gründern zu unterzeichnen. Im Gründungsbericht muss über folgende Punkte Rechenschaft abgelegt werden:

- Art und Zustand von Sacheinlagen oder –übernahmen,
- Angemessenheit der Bewertung,
- im Falle der Einlage durch Verrechnung, über den Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld, sowie

⁵⁴ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 38.

⁵⁵ Böckli §1 N 229.

⁵⁶ Böckli §1 N 230.

⁵⁷ Christen-Westenberg, RZ 150.

- im Falle der Einräumung von besonderen Vorteilen, über die Begründung und die Angemessenheit dieser Vorteile zu Gunsten der Begünstigten⁵⁸.

Weil der Gründungsbericht in erster Linie eine Tatsachenbeschreibung ist, müssen in ihm auch die Erwägungen stehen, welche die Gründer bei der Bewertung angestellt haben und welche sie dazu geführt haben, den Wertansatz als angemessen zu betrachten. Für die Bewertung ist der Verkehrswert als Richtlinie zu nehmen, wobei dieser nicht höher angesetzt werden darf, als der Wert, der dem Gegenstand für das Geschäft zukommt⁵⁹. Auch zulässig ist eine zu tiefe Bewertung der Sache, was zur Bildung von stillen Reserven führt⁶⁰. Grundsätzlich muss der Gründungsbericht, welcher dem Errichtungsakt als Beleg beigelegt wird, für den Gründungsprüfer wie auch für Dritte nachvollziehbar sein, deshalb muss auch die Bewertungsmethode angegeben werden⁶¹.

3.4.3. Gründungsprüfung

Gemäss Art. 635a OR muss ein Revisor den Gründungsbericht prüfen und schriftlich bestätigen, dass dieser *vollständig und richtig* ist. Zunächst wird die formelle Richtigkeit, d.h. insbesondere die Vollständigkeit des Berichtes geprüft. Zusätzlich wird aber auch der materielle Inhalt überprüft. Wenn die Wertangaben bei Sacheinlagen und –übernahmen vertretbar sind, so gelten sie als „richtig“. Der Revisor setzt keine eigene Bewertung an, sondern er prüft die Bewertung im Gründungsbericht auf ihre Plausibilität hin⁶². In Bezug auf den Zustand und die Art der Sacheinlagen und –übernahmen sowie hinsichtlich

⁵⁸ Bockli, § 1 N 231.

⁵⁹ Bockli, § 1 N 232.

⁶⁰ Christen-Westenberg, RZ 153.

⁶¹ Bockli, § 1 N 233.

⁶² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 50.

Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld muss der Gründungsbericht hingegen vollständig und richtig sein⁶³.

Der Revisor muss keine Begründung angeben, sondern es reicht die bloße Feststellung, dass die im Gründungsbericht enthaltenen Angaben vollständig, richtig und gesetzeskonform sind. Zudem ist anzugeben, wer die Revision geleitet hat und es muss bestätigt werden, dass diese Person die gesetzlichen Anforderungen an Befähigung und Unabhängigkeit erfüllt⁶⁴. Eine besondere Befähigung vom Revisor wird nur dann verlangt, wenn z.B. Aktiven und Passiven einer Gesellschaft übernommen werden, welche die Voraussetzungen von Art. 727b OR erfüllen⁶⁵. Wird die Prüfungsbestätigung nicht vorbehaltlos abgegeben, müssen die Urkundsperson die Errichtung der öffentlichen Urkunde und der Handelsregisterführer die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister verweigern⁶⁶.

- 3.4.4. Offenlegung in den Statuten / Publizität im Handelsregistereintrag
Die Sondervorschrift der Publizität ist erfüllt, wenn etwas durch das Handelsregister veröffentlicht wird⁶⁷. Nach Art. 930 OR ist das Handelsregister öffentlich, d.h., dass jedermann von den Einträgen und Belegen Kenntnis nehmen darf, ohne ein besonderes Interesse nachweisen zu müssen. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters dient also dazu, dass sich insbesondere die Gläubiger und die zukünftigen Aktionäre selbstständig ein Bild über die Gesellschaft machen können⁶⁸.

Wie bereits erwähnt, müssen bei einer Gründung die wichtigsten Punkte in den Statuten festgehalten werden. Bei einer qualifizierten Gründung mit Sacheinlage müssen die Angaben

⁶³ Christen-Westenberg, RZ 157.

⁶⁴ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 52.

⁶⁵ Christen-Westenberg, RZ 158.

⁶⁶ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 15 N 53.

⁶⁷ Meier-Hayoz / Forstmoser, § 6 N 5 ff.: "Das Handelsregister erfüllt im kaufmännischen Verkehr ähnliche Aufgaben wie das Grundbuch im Grundstückverkehr: die Realisierung von Vertrauensschutz und Verkehrssicherheit."

über den Gegenstand und die dafür ausgegebenen Aktien resp. bei der Sachübernahme die Gegenleistung der Gesellschaft sowie bei den besonderen Vorteilen deren Inhalt und Wert, auch im Handelsregister eingetragen und somit veröffentlicht werden⁶⁹. Wie erwähnt, müssen die Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge sowie der Gründungsbericht dem Errichtungsakt als Belege beigefügt werden. Sie sind somit ebenfalls für jedermann zugänglich⁷⁰. Nach zehn Jahren können die Statuten betreffend der Sacheinlage bzw. -übernahme und auch bezüglich den besonderen Vorteilen bereinigt werden⁷¹. Für die besonderen Vorteile ist eine Löschung in den Statuten nicht vorgesehen, sie ist jedoch dann zuzulassen, wenn die Vorteile gegenstandslos geworden sind⁷².

4. Sonderprobleme

4.1. Liberierung durch Verrechnung

Die Liberierung durch Verrechnung untersteht nicht den gleichen Vorschriften wie die oben genannten Arten der qualifizierten Gründung.

Wie es die Bezeichnung schon sagt, geht es darum, dass die Erfüllung der Liberierungspflicht durch den Verzicht auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft geschieht. Damit dies zulässig ist, müssen die allgemeinen Voraussetzungen für die Verrechnung gemäss Art. 120 ff. OR erfüllt sein (Gleichartigkeit, Gegenseitigkeit, Fälligkeit der Verrechnungsforderung sowie kein gesetzliches oder vertragliches Verrechnungsverbot)⁷³.

⁶⁸ Christen-Westenberg, RZ 161.

⁶⁹ Art. 641 Ziff. 6 OR.

⁷⁰ Christen-Westenberg, RZ 160-161.

⁷¹ Art. 628 Abs. 4 OR.

⁷² Forstmoser / Hayoz / Nobel, § 15 N 65.

⁷³ Christen-Westenberg, RZ 143.

Hauptsächlich wird die Liberierung durch Verrechnung vor allem bei den Gründungen verwendet, bei denen ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen wird und Gläubiger der vorherigen Unternehmung Aktien zeichnen, die sie durch Verrechnung mit ihrer Gegenforderung liberieren. Des Weiteren wird die Liberierung durch Verrechnung bei Kapitalerhöhungen, vor allem bei der bedingten Kapitalerhöhung oder der nachträglichen Leistung auf nicht voll einbezahlte Aktiennennwerte, sog. Aufliberierung, angewendet. Im Gegensatz zu der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme sowie zu den besonderen Vorteilen muss die Liberierung durch Verrechnung nicht in die Statuten aufgenommen werden und sie bedarf auch keiner Eintragung ins Handelsregister⁷⁴. Im Gründungsbericht hingegen muss der Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld dargelegt werden⁷⁵.

4.2. Strohpersonengründung

Die Strohpersonengründung zeichnet sich dadurch aus, dass als Gründer Personen auftreten, die ausschliesslich für jemanden anderen, natürliche oder juristische Person, handeln. Dies ist zulässig⁷⁶, es handelt sich dabei um einen klassischen Fall der Treuhand, die rein obligatorisch wirkt⁷⁷. Durch die Strohpersonengründung ist es also (wirtschaftlich betrachtet) möglich, Einpersonengesellschaften zu gründen⁷⁸. Die Strohperson nimmt gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten die Rechtsstellung eines Gründers mit allen Haftungsfolgen gemäss Art. 753 OR ein. Nach der Eintragung ins Handelsregister ist die Strohperson solange Aktionär, bis die Aktien an den Treugeber abgetreten sind. Obgleich

⁷⁴ Christen-Westenberg, RZ 144-145.

⁷⁵ Böckli, §1 N 231.

⁷⁶ BGE 50 II 177/78; 59 II 442; 115 II 468.

⁷⁷ BGE 100 II 211/12; 115 II 471.

sich der Treugeber oft nicht bewusst ist, haftet er ebenfalls aus Art. 753 OR⁷⁹. Bei einer einfachen Gründung mit Volliberierung ist das gesamte Aktienkapital durch Barmittel gedeckt und somit problemlos. Bei einer Sacheinlagegründung ist die Einschaltung von Strohpersonen nur schwer vorstellbar, erhält doch der Sacheinleger die Aktien als Gegenleistung für seine Sacheinlagen direkt. In der Praxis werden daher meist nur einfache Gründungen mit Strohpersonen durchgeführt.

4.3. Bewertungsprobleme im Gründungsbericht

Eines der Bewertungsprobleme des Gründungsberichtes liegt darin, dass das Gesetz die Bewertungsgrundsätze nicht explizit nennt. Die Anhaltspunkte ergeben sich jedoch aus anderen gesetzlichen Bestimmungen, wovon ich hier nur einige erwähne:

- Dass bei Sacheinlagen höchstens der tatsächliche Wert zu berücksichtigen ist, ergibt sich aus dem Verbot der Unterpari-Emission;
- dass das Gesetz keine übersetzten Ansätze zulassen will, folgt aus Art. 630 Abs. 2 Ziff. 1 OR wo Ausführungen im Gründerbericht über die „Angemessenheit“ der Wertansätze verlangt werden;
- dass Aktien höchstens zum Geschäftswert bilanziert und bewertet werden dürfen gemäss Art. 960 Abs. 2 OR⁸⁰.

Ein anderes Problem ist, vor allem bei den Sacheinlagen, welche Wirtschaftsgüter, rechtlich gesehen, ein Äquivalent von Bargeld darstellen. Mit dem ganzen Normenkomplex bei der qualifizierten Gründung geht es darum, dass die Gesellschaft durch Deckung des Aktienkapitals durch Sacheinlagen schlechter dastehen kann als bei

⁷⁸ Meier-Hayoz / Forstmoser, § 16 N 416. In diesem Zusammenhang ist kurz zu erwähnen, dass die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Revision sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001 die Errichtung von Einpersonengesellschaften vorsieht.

⁷⁹ Art. 635 Ziff. 2 OR; Böckli, § 1 N 265.

einer Aufbringung in Form von Geld. Es kommt zu einer Verschlechterung der Deckungsqualität, wenn als Sacheinlage Werte aktiviert werden, die nicht als Wirtschaftsgüter Gegenstand des Rechtsverkehrs sind. D.h. Werte, die gegen Geld gar nicht selbstständig verkauft und auch nicht verpfändet werden können. Dies trifft z.B. auf Goodwill und andere immaterielle Nutzungspositionen zu, welche nicht mit einem verkäuflichen oder verpfändbaren Wirtschaftsgut verknüpft sind⁸¹.

5. Rechtsfolgen bei Gründungsmängeln

Wird vom Handelsregisterführer bei der Prüfung der Anmeldung der Gründung ein Mangel festgestellt, verweigert der Handelsregisterführer den Eintrag der Gesellschaft in das Handelsregister. Sie wird erst eingetragen, wenn alle Mängel behoben sind. So können Gesellschaften, denen krasse Mängel anhaften, gar nicht erst entstehen. Werden Gründungsmängel vom Handelsregisterführer nicht bemerkt und die AG eingetragen, so ist die Gesellschaft entstanden. Die Mängel müssen bei deren Aufdeckung behoben werden⁸².

Wird das Transparenzgebot verletzt und wird der Rest der Voraussetzungen im Wesentlichen erfüllt, so ist im Interesse der Gesellschaft differenziert zu entscheiden⁸³.

Liegt eine verschleierte Sachübernahme oder –einlage vor bzw. wurde eine Bargründung vorgetäuscht, so ist für dieses Rechtsgeschäft die Nichtigkeitsfolge angemessen. Die Liberierungsobligation bleibt jedoch bestehen und ist seitens der Gesellschaft durch Betreibung auf Zahlung der entsprechenden Summe in Geld durchzusetzen⁸⁴.

Ist die Sacheinlage nicht verschleiert, aber deren Offenlegung aus irgendwelchen Gründen fehlerhaft oder nicht gemacht worden, so ist das

⁸⁰ Forstmoser, § 10 N 115-118.

⁸¹ Böckli, § 1 N 236.

⁸² Meier, RZ 129.

⁸³ Böckli, § 1 N 268.

⁸⁴ Böckli, § 1 N 268.

Rechtsgeschäft gültig. Der VR und der Sacheinleger sind verpflichtet, die mangelhaften Statuten unverzüglich in die vom Gesetz verlangte Form zu bringen. Sie haften für allfällige Schäden aus dem Gründungsfehler. Sobald die Statuten nachgebessert wurden und die Änderung im Handelsregister eingetragen ist, ist dieser Mangel behoben⁸⁵.

Wurden die Sacheinlagen überbewertet, besteht die Liberierungspflicht weiter, bis diese erfüllt worden ist⁸⁶.

Zur Vermeidung der Nichtigkeitsfolge ist jedoch stets zu prüfen, ob das mangelhafte Geschäft im Interesse der Gesellschaft nicht doch noch gerettet, der Fehler gutgemacht und ein Fehlbetrag zu Gunsten des Sondervermögens der juristischen Person nachgefordert werden kann⁸⁷.

Das Gesetz sieht des Weiteren ein besonderes Auflösungsbegehren gemäss Art. 643 Abs. 3 OR beim Richter vor. Allerdings muss dazu ein qualifizierter Gründungsmangel bestehen, wie z.B. Missachtung von gesetzlichen Vorschriften (auch statutarische Vorschriftsverletzung möglich, jedoch schwer vorstellbar) bei der Gründung, und dadurch ausgelöste Gefährdung oder Verletzung der Interessen von Gläubigern oder Aktionären „in erheblichem Masse“. In der Praxis wird von dieser Klage jedoch nicht häufig Gebrauch gemacht, u.a. wegen der Verwirkungsfrist von nur drei Monaten nach der Veröffentlichung der Gründung im SHAB. In den meisten Fällen werden gravierende Gründungsmängel nicht in dieser kurzen Zeit offenbar⁸⁸.

Wie bereits erwähnt, haften alle Gründer und können zur Rechenschaft gezogen werden, insbesondere, wenn falsche Angaben im Gründungsbericht gemacht wurden (Art. 753 OR)⁸⁹. Die Gründer haften gemäss Art. 759 OR solidarisch, jedoch nicht unbedingt für den Gesamtschaden.

⁸⁵ Böckli, § 1 N 269.

⁸⁶ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 10 N 127.

⁸⁷ Böckli, § 1 N 270.

⁸⁸ Böckli, § 1 N 271

⁸⁹ Christen-Westenberg, RZ 155.

Liegen vorsätzliche und schwerwiegende Gründungsmängel vor, z.B. wenn eine Urkundsperson zu einer falschen Beurkundung veranlasst wird, so kann dies auch strafrechtliche Folgen haben. Zum einen kann gerade bei einer Verschleierung der Sachübernahme das Erschleichen einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 StGB oder wegen Einreichung falscher Statuten, einer falschen Stampa-Erklärung ebenfalls eine Falschbeurkundung gemäss Art. 251 StGB vorliegen. Je nach dem können auch schon weniger schwer wiegende Fehlverhalten relevant sein, falls sie unter den Vergehenstatbestand des Art. 153 StGB fallen⁹⁰.

6. Schlussbetrachtungen

Meines Erachtens sind diese zusätzlichen Massnahmen zum Kapitalschutz notwendig und sinnvoll, vor allem wenn man bedenkt, dass die Gefahr von Gründungsschwindeln latent besteht. Es ist sehr wichtig, dass eine Gesellschaft zumindest im Gründungsstadium über genügend Aktiven verfügt und dass das kundgegebene Nominalkapital der Gesellschaft vollumfänglich gedeckt ist und der Gesellschaft zur Verfügung steht.

Ich kann mir durchaus vorstellen, dass in einer nächsten Revision des Aktienrechts punktuell noch mehr Vorschriften, welche der Transparenz dienen und Bewertungsschwindel verhindern sollen, aufgenommen werden.

7. Anhang

Im Anhang befinden sich die in der Arbeit erwähnten Bundesgerichtlichen Leitentscheide, die Checkliste von der Homepage

⁹⁰ Bockli, § 1 N 173.

www.gruenden.ch sowie Musterstatuten und ein Muster für eine öffentliche Beurkundung einer qualifizierten Gründung.

Anhangverzeichnis

Anhang 1	BGE 83 II 284; 289
Anhang 2	BGE 119 II 465
Anhang 3	Auszug aus BGE 50 II 177 / 78
Anhang 4	Auszug aus BGE 59 II 442
Anhang 5	BGE 115 II 468 ; 471
Anhang 6	BGE 100 II 211 / 12
Anhang 7	Checklisten von der Homepage www.gruenden.ch
Anhang 8	Musterstatuten
Anhang 9	Muster für eine öffentliche Beurkundung einer qualifizierten Gründung

Erklärung:

Ich bestätige an Eides Statt durch meine Unterschrift, dass ich diese Abschlussarbeit selbständig, ohne fremde Hilfe ausgefertigt angefertigt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit enthält keine Plagiate.

Zürich, 10. Juli 2005

.....

Kathrin Murbach