



Gesellschaftsrecht

Folien Prof. Dr. Rolf Sethe; Prof. Dr. Adrian Künzler

Aktiengesellschaft - Gründung





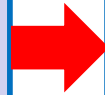
Inhalt

1. Gründung der AG
2. Kapitalaufbringung und -erhaltung

Die Gründung der AG - Überblick

Errichtungsstadium

- Ein Gründer ausreichend
- Feststellung der Statuten
- Zeichnung + Liberierung der Aktien
- Bestellung der Organe



Entstehungsstadium

- Anmeldung durch den künftigen VR
- Prüfung Handelsregisterführer
- Entrichtung Stempelabgabe
- Eintragung ins HReg (konstitutiv, OR 643 I)

= AG

Die Gründung der AG - Überblick

- Mindestens ein Gesellschafter, 625 OR
- Einstimmige Verabschiedung der Statuten mit gesetzlichem Inhalt nach 626 f. OR
- Zeichnung aller Aktien, 629 OR
 - Inhalt der Zeichnung 630 OR
 - Ausgabenbetrag mind. zum Nennwert 624 OR
- Liberierung nach 632 ff. OR
 - Hinterlegung 633 OR
 - Spezialvorschriften für Stimmrechts /Inhaberaktien
 - Spezialvorschriften für qualifizierte Gründung
- Bestellung der Organe 629 Abs. 1 OR
- *Gründungsversammlung* 629, 631 OR
- *Öffentliche Beurkundung* 629, 631 OR
- *HR Eintrag durch VR, 640, 940 OR*

Die Gründung der AG - Gründer

- Gründer können natürliche oder juristische Personen oder eine andere Handelsgesellschaft sein (OR 625).
- Ausreichend ist ein Gründer (OR 625).

Die Gründung der AG - Statuten

Statuten

- Öffentliche Urkunde (OR 629 I)
- Absolut notwendiger Statuteninhalt (OR 626)
 - = zwingend, damit AG gegründet werden kann
- Bedingt notwendiger Statuteninhalt (OR 627 f.)
 - = notwendig, wenn Gesellschafter von der gesetzlichen Ordnung abweichen wollen
- Fakultativer Statuteninhalt
 - = Bestimmungen, die auch ausserhalb der Statuten festgelegt werden (z.B. Salär des VR) könnten oder blosser Gesetzeswiederholungen

Die Gründung der AG - Bargründung

Zeichnung und Liberierung der Aktien

- Das Mindestkapital beträgt CHF 100'000 (OR 621). Bei Banken, Fondsleitungsgesellschaften und Versicherungen ist nach dem jeweiligen Aufsichtsrecht ein höherer Betrag gefordert.
- CHF oder frei konvertierbare Währung
- Keine Pflicht zur Bemessung der Höhe des Aktienkapitals am Kapitalbedarf oder der Grösse des Unternehmens

Die Gründung der AG - Bargründung

Zeichnung und Liberierung der Aktien

- Alle Aktien müssen gezeichnet sein (OR 629, 630).
- Es muss mind. 50 % des Mindestkapitals eingezahlt („liberiert“) sein (OR 632 II), d.h. CHF 50'000.
- Auf jede Aktie müssen mindestens 20 % eingezahlt sein (OR 632 I). Ausnahme: Volle Liberierung bei Inhaberaktien (OR 683 I) und Stimmrechtsaktien (OR 693 II 1).
- OR 681 f. bei Verzug des Aktionärs (ggf. Kaduzierung)

Die Gründung der AG - Bargründung

Zeichnung und Liberierung der Aktien

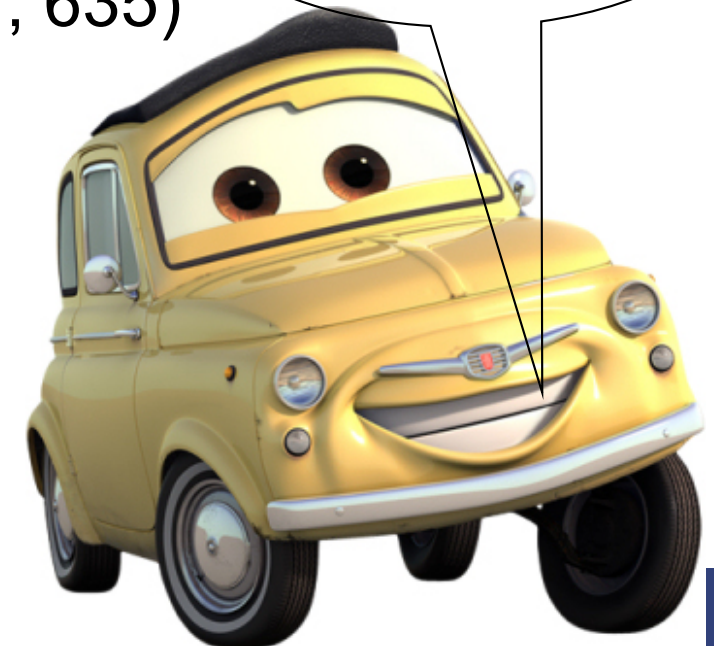
- Verbot der Unterpari-Emission (OR 624)
- Einzahlung auf ein Sperrkonto (bis zur Eintragung kann es nicht verwendet werden, vgl. OR 633).

Die Gründung der AG - Qualifizierte Gründung

Qualifizierte Gründungen werden unterschieden in

- Sacheinlagen (OR 628 I)
- Sachübernahmen (OR 628 II)
- Gründervorteile (OR 628 III)
- Verrechnungen (OR 634a II, 635)

Sie sind für Gläubiger gefährlich, weil eine Überbewertung der Sachwerte dazu führt, dass die Gesellschaft bei der Gründung nicht über die vorgeschriebenen Vermögenswerte verfügt.



Qualifizierte Gründung (1): Sacheinlagen/-übernahmen

- Sacheinlagen und Sachübernahmen müssen in den Statuten angegeben werden (OR 628 I, II).
- Die Verträge werden dem Handelsregister eingereicht (OR 631 II Ziff. 5 + 6).
- Eintragung ins Handelsregister (OR 642, HRegV 45 II)

- Bericht der Gründer (OR 635)
- Prüfung durch Revisor (OR 635a)
- Gründerhaftung (OR 753 Ziff. 1)

Publizität

Kontrolle

Qualifizierte Gründung (1): Anforderungen an die Sacheinlage

- Übertragbarer Vermögenswert
- Bewertbarkeit (wirtschaftlicher Wert)
- Aktivierbar (bilanzierbar, also nicht höchstpersönliche Rechte, zukünftige Gewinne, Arbeitsleistung)
- Verwertbarkeit
- Stellt Wert für spezifische Zielsetzung der Gesellschaft dar
- Weitere Anforderungen 634 OR (sofortige Verfügbarkeit)

Qualifizierte Gründung (1): Wann liegt eine Sachübernahme vor?

- Es braucht keine formell bindende Übernahmeverpflichtung, es genügt (1) die feste Absicht für nächste Zukunft und (2) fast sichere Aussicht auf Verwirklichung
- Jeder hat die Absicht, mit Geld etwas zu tun (Bürostuhl, Verträge für laufenden Geschäftsgang). Daher zählen nur Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung, durch welche Vermögen der Gesellschaft geschädigt werden könnte
- Wenn Gefahr der Überbewertung durch Natur des Geschäfts schon ausgeschlossen ist (Versteigerung, Markttransaktion) sind qualifizierte Vorschriften nicht nötig.

Qualifizierte Gründung (2): Gründervorteile

- Werden Gründern oder Dritten anlässlich der Gründung Vorteile gewährt, sind die Personen sowie der Inhalt und Wert der Vorteile in den Statuten genau zu bezeichnen (OR 628 III).

Qualifizierte Gründung (3): Verrechnungsliberierung

- Aktionär verrechnet seine Einlageschuld mit einer *vorbestehenden* Forderung gegen die Gesellschaft (dept-equity swap, Passiventausch)
 - Grds. nur bei bereits gegründeten AGs relevant, insb. bei Kapitalerhöhung (OR 652c) und Sanierung
 - Forderung erlischt durch Verrechnung und verbleibt nicht als Aktivum in der Gesellschaft ≠ Sacheinlage!
- Besonderer Schutz durch Bericht über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld (OR 635 Ziff. 2)

Die Gründung der AG - Qualifizierte Gründung

Rechtsfolgen, falls Schutzvorschriften für qualifizierte Gründung nicht eingehalten wurden:

- Fehlt es an einer Voraussetzung, wird die Urkundsperson die Errichtung der AG ablehnen (vgl. OR 629 II Ziff. 3).
- Ausserdem wird der Handelsregisterführer die Anmeldung der AG zurückweisen (HRegV 43)
- Bemerkt man den Fehler erst nach der Eintragung, muss er geheilt werden durch Nachholung der fehlenden Voraussetzung. Zudem droht Haftung (OR 753)

Die Gründung der AG - Organbestellung

- OR 629 I: Die konstituierende Generalversammlung bestellt die Organe.
- Es sind allfällige Vorgaben der Statuten über die Organbestellung zu beachten.
- Gewählt sind diese Personen erst, wenn sie die Wahl angenommen haben. Sind Personen gewählt, die nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, müssen sie schriftlich die Annahme der Wahl erklären.



Die Gründung der AG - Beurkundung

- Die Errichtung ist öffentlich zu beurkunden (OR 629 I). Die in OR 631 genannten Belege sind beizufügen.
- HRegV 44 sieht genaue Vorgaben für den Inhalt der Errichtungsurkunde vor.
- Zwischen der Errichtung und der Eintragung liegt nach OR 530 II eine einfache Gesellschaft vor.

Die Gründung der AG - Anmeldung

- Die AG ist von zwei Mitgliedern des Verwaltungsrats oder einem Mitglied mit Einzelzeichnungsbe-
rechtigung anzumelden (OR 931a, HRegV 17 I lit. c).
- Die in HRegV 43 I genannten Belege sind
beizufügen.
- Bei Sachgründungen sind die genannten Verträge,
Berichte und die Prüfungsbestätigung beizufügen
(HRegV 43 III).

Die Gründung der AG - Anmeldung

- Zudem müssen die Gründer eine Stampa-erklärung abgeben, wonach keine weiteren Sacheinlagen, -übernahmen, Verrechnungen oder Gründervorteile vereinbart worden sind (HRegV 43 I lit. h).

Die Gründung der AG - Anmeldung

- Alle Eintragungen in das Handelsregister müssen wahr sein (HRegV 26).
- Wer eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder ihr eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt, kann bestraft werden (StGB 253: Erschleichung einer falschen Beurkundung, StGB 153: unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden; vgl. BGE 81 IV 243 ff.).
- Zudem sieht OR 753 eine Haftung für fehlerhafte Gründungen vor.



Die Gründung der AG - Prüfung

- Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers (OR 940):
 - formale Kontrolle: ob alle notwendigen Errichtungsschritte vollzogen wurden, ob die Person des Anmeldenden befugt ist und ob alle Belege beigefügt und in Ordnung sind.
 - materielle Kontrolle: Sie bezieht sich nur auf offensichtliche und unzweideutige Mängel des zwingenden Rechts und nur, soweit es öffentliche Belange oder Gläubiger schützt. Andere Fehler sind der richterlichen Überprüfung zu überlassen (vgl. OR 643 III).

Die Gründung der AG - Stempelsteuer

- Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 1, Art. 6 Abs. 1 lit. h des BG über Stempelabgaben vom 27.6.1973 müssen AGs, deren Mindestkapital CHF 1 Mio. übersteigt, eine Stempelabgabe von 1 % leisten.

Die Gründung der AG - Eintragung

- Die Eintragung wirkt gemäss OR 643 I konstitutiv. Zum Inhalt des Eintrag vgl. HRegV 45.
- Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn die Voraussetzungen der Gründung nicht vorlagen (OR 643 II - sog. Heilung). Aber allfällige Mängel sind zu beheben.
- Auflösungsklage (OR 643 III): Auf Antrag eines Aktionärs oder Gläubigers muss (Wortlaut „kann“ ist missverständlich) der Richter die AG auflösen, wenn gesetzl. oder statutarische Vorgaben missachtet wurden und dadurch Interessen der Gläubiger oder der Allgemeinheit erheblich (!) gefährdet oder verletzt worden sind.

Die Gründung der AG - Haftung vor Eintragung

- Tritt der Handelnde im eigenen Namen auf, finden die Regeln über die indirekte Stellvertretung Anwendung (OR 32 II, III).
- Tritt der Handelnde im Namen der Gründer auf, werden diese verpflichtet (OR 535, 543). Die Übernahme des Rechtsgeschäfts durch die AG erfolgt nach den Regeln der indirekten Stellvertretung.
- Tritt der Handelnde im Namen der AG auf, findet OR 645 Anwendung. Die Handelnden haften nicht, wenn sie das Geschäft von der Genehmigung durch die AG abhängig machen.

Die Gründung der AG - Haftung vor Eintragung

- Die AG kann innerhalb von 3 Monaten nach ihrer Eintragung das Geschäft an sich ziehen. Eine Zustimmung des Vertragspartners ist nicht erforderlich.
- Weder der Handelnde noch der Vertragspartner haben Anspruch auf Übernahme des Geschäfts durch die Gesellschaft.
 - Aber OR 24: Irrtum des Vertragspartners über die Person des Vertragsschliessenden.
 - Der Handelnde hat Ansprüche aus Bereicherung (OR 62 ff.) gegen die AG.

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalaufbringung

- Mindestkapital (s.o.)
- Simultangründung (alle Aktien müssen von den Gründern übernommen werden), keine Stufengründung (s.o.)
- Sperrkonto (s.o.)
- Liberierung von Inhaber- und Stimmrechtsaktien (s.o.)
- Vorschriften für die qualifizierte Gründung (s.o.), die sinngemäss auch bei der Kapitalerhöhung gelten

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalerhaltung

- Verbot der Einlagenrückgewähr (OR 680 II). Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Einlagenrückgewähr ist nichtig.
- Dividendenzahlungen nur aus dem Gewinn oder Gewinnreserven (OR 675 II)
- Keine Zinsen (OR 675 I); Ausnahme: Bauzinsen nach OR 676
- Auszahlung von Tantiemen nur aus Bilanzgewinn (OR 677)

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalerhaltung

- Rückerstattungsklage (OR 678)
 - Abs. 1: offene Ausschüttungen
 - Abs. 2: verdeckte Ausschüttungen
- Rückerstattungsklage ist lex specialis zu Bereicherungsrecht. Die Leistung muss ungerechtfertigt und der Empfänger bösgläubig sein.
- OR 678 betrifft nur nichtige Akte der Gesellschaft (OR 706b, 714). Anfechtbare Akte richten sich nach OR 706 f.



Kapitalaufbringung und -erhaltung

Probleme bei der Gewährung von Darlehen durch den Aktionär an die AG?

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalerhaltung

- Erwerb eigener Aktien (OR 659 - 659b)
 - Nur aus freien Mitteln (d.h. nicht unter gesperrten Betrag des AK und gesetzlicher Reserven)
 - Nur bis zu 10 % (Ausnahme OR 659 II, 20%)
 - Reserve ist zu bilden (OR 659a II) (d.h. Erhöhung der Sperrquote im gleichen Umfang)
 - Stimmrecht ruht (OR 659a I)
 - Schutz im Konzern nach OR 659b

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalerhaltung

■ Kapitalverlust

- Unverzögliche Einberufung einer Generalversammlung (OR 725 I)
- Bei Besorgnis der Überschuldung ist Zwischenbilanz notwendig. Sofern keine Sanierungsaussicht besteht, erfolgt Benachrichtigung des Richters (OR 725 II). Str., wie viel Zeit die AG für eine Sanierung hat.
- Beachte OR 670 (Aufwertung bei Kapitalverlust)

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Bilanzierung

- OR 957a ff. enthalten strenge Buchführungs- und (Höchst-)Bewertungsvorschriften
- Eigenkapital wird auf der Passivseite verbucht, um Ausschüttungen zu verhindern (s.o.)
- Einsicht der Gläubiger nach OR 958e
- Kotierte Gesellschaften unterliegen Sonderregelung nach KR 51 (Verweis auf Richtlinie Rechnungslegung, die ihrerseits auf Swiss GAAP FER, US GAAP oder IFRS verweist = „true and fair view“).

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Kapitalherabsetzung (konstitutive und deklaratorische)

- Die Herabsetzung des Aktienkapitals ist nur möglich, wenn die strengen Vorgaben über die Kapitalherabsetzung (OR 732 - 735) eingehalten werden.
 - Prüfungsbericht (OR 732 II)
 - bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung zusätzlich dreimaliger Schuldenruf (OR 733, 735)
 - Erhalt des Mindeststammkapitals (OR 732 V)

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Reservenbildung

- Allgemeine Reserve (OR 671)
- Statutarische Erhöhung der gesetzlichen Reserve (OR 672 I)
- Bildung weiterer statutarischer Reserven (OR 672 II)
- Beschluss der GV zur Bildung von weiteren Reserven (OR 674 II)
- Stille Reserven (OR 960a IV)

Kapitalaufbringung und -erhaltung

Hinweis: Trend zur Abkehr von der Kapitalaufbringung und -erhaltung

- Model des angloamerikanischen Rechts als Vorbild
- Mindestkapital als Seriositätsschwelle
- Da mit dem Kapital gearbeitet werden kann, ist es vor Verminderungen durch Verluste nicht geschützt.
- Mindestkapital daher nur Sperre für freiwillige Verminderungen des Vermögens (Ausschüttungen)
- Dafür wäre auch ein Solvenztest geeignet.