

LUKAS MÜLLER
 PHILIPPE J.A. KAISER
 DIEGO BENZ

SACHEINLAGEGRÜNDUNG IM REVIDIERTEN AKTIENRECHT

Praxisempfehlungen aus notarieller Sicht

Das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020 bringt Neuerungen bezüglich Liberierung des Aktienkapitals. Bedeutsam ist die Streichung der Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme, die die Beurkundungsdokumentation beeinflusst. Diese Sachübernahme ist weder im Gründungsbericht noch in der Prüfungsbestätigung zu erwähnen. Seit die Stampa-Erklärung nicht mehr separat erfolgen muss, bestehen höhere Anforderungen an die Belehrungspflichten der Urkundspersonen.

1. EINLEITUNG

Das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020 bringt zahlreiche Neuerungen für Aktiengesellschaften, Gründer, Revisoren und Notare mit sich. Der vorliegende Artikel skizziert die Gründung der Aktiengesellschaft mit Fokus auf die Sacheinlage aus Sicht der beurkundungsrechtlichen Aspekte und nimmt Bezug auf die Dokumentationspflichten, die für die erfolgreiche Eintragung im Handelsregister zu beachten sind. Mit Inkrafttreten dieser Neuerungen ab 1. Januar 2022 werden die Bestimmungen zur Kapitalaufbringung der AG geändert. Die Anforderungen an die Sacheinlage, die sich in der Handelsregisterpraxis etabliert haben, werden ins Gesetz aufgenommen [1]. Zudem wird die Regelung der (beabsichtigten) Sachübernahme aufgehoben [2]. Sodann wird die Liberierung durch Verrechnung neu – und zwar im Sinne der bisherigen herrschenden Lehre – geregelt [3]. Zudem wird die Frist für die ordentliche Kapitalerhöhung von drei auf sechs Monate verlängert. Dabei ist nach der neuen Regelung nicht mehr der Eintrag ins Handelsregister, sondern die Anmeldung beim Handelsregisteramt für die Wahrung dieser Frist massgebend [4].

2. ÜBERBLICK ZUR GRÜNDUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT

Im revidierten Aktienrecht beträgt das Aktienkapital weiterhin mindestens CHF 100 000. Es ist nach neuem Recht zulässig, das Aktienkapital in einer für die Geschäftstätigkeit

wesentlichen ausländischen Währung festzulegen. Der Zeitpunkt der Handelsregistereintragung ist für die Bewertung der geleisteten Einlage nicht mehr relevant [5]. Zum Zeitpunkt des Errichtens der Gesellschaft muss das in ausländischer Währung festgelegte Aktienkapital mindestens einem Gegenwert von CHF 100 000 entsprechen. Die Buchführung und die Rechnungslegung haben dabei in derselben (ausländischen) Währung zu erfolgen [6]. Im Übrigen wird der Bundesrat gemäss Art. 621 Abs. 2 revOR die zulässigen Währungen festlegen. Sofern das in Schweizer Franken festgelegte Aktienkapital mit ausländischer Währung liberiert wird, sind die angewandten Umrechnungskurse in der öffentlichen Urkunde anzugeben, und Art. 633 Abs. 3 revOR ist zu beachten. Als Bareinlagen gelten Einzahlungen in der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, sowie Einzahlungen in einer anderen frei konvertierbaren staatlichen Währung. Einzahlungen mittels Kryptowährungen sind – solange diese nicht als frei konvertierbare Währung gelten – nicht zulässig [7]. Die Liberierungsverpflichtung ist erfüllt, wenn der geleistete Betrag zum Zeitpunkt der Errichtung wertmässig der Einzahlungsverpflichtung entspricht [8]. Bei Sacheinlagen muss das Handelsregisteramt unter Berücksichtigung seiner Kognitionsbefugnis grundsätzlich von der inhaltlichen Richtigkeit der Belege und somit auch von der Angemessenheit der Bewertung ausgehen [9].

Für die öffentliche Beurkundung kann grundsätzlich eine beliebige Urkundsperson in der Schweiz, welche ihr Büro



LUKAS MÜLLER,
 PROF. DR. OEC. HSG,
 ASSISTENZPROFESSOR
 FÜR WIRTSCHAFTSRECHT,
 UNIVERSITÄT ST. GALLEN,
 RECHTSANWALT, PARTNER,
 KAISER ODERMATT UND
 PARTNER



PHILIPPE J.A. KAISER,
 LIC. IUR. HSG, RECHTS-
 ANWALT, NOTAR, PARTNER,
 KAISER ODERMATT UND
 PARTNER

nicht zwingend am Sitz der Gesellschaft haben muss, die öffentlichen Urkunden erstellen [10]. Das Beurkundungsverfahren hat sich bereits mit dem Inkrafttreten des modernisierten Handelsregisterrechts auf den 1. Januar 2021 verändert. Das hat damit zu tun, dass die separate Stampa-Erklärung nicht mehr verlangt wird. Stattdessen ist diese Erklärung in der öffentlichen Urkunde der Urkundsperson aufzunehmen. Damit verändern sich die Belehrungspflichten der Urkundspersonen.

2.1 Notwendige Urkunden. Nach wie vor bedarf die Gründung einer öffentlichen Beurkundung des Gründerwillens, wobei auch die Statuten der sich in Gründung befindenden Gesellschaft zu bestimmen sind. Des Weiteren bedarf es der Lex-Koller-Erklärung zuhanden des Handelsregisters, zusammen mit der Handelsregisteranmeldung sowie weiterer Belege, womit nachfolgend (als Checkliste) in Übereinstimmung mit Art. 43 HRegV folgende Dokumente, welche für eine Gründung einer AG mit Namenaktien benötigt werden, aufgelistet werden können:

- Öffentliche Urkunde über den Errichtungsakt («Gründungsurkunde») gemäss Art. 629 revOR.
- Statuten mit Beglaubigungsverbal, dass es sich um die von den Gründern gutgeheissene Fassung handelt.
- Annahmeerklärungen der Verwaltungsräte der AG, sofern die Annahme nicht mündlich anlässlich der Gründung oder durch Unterzeichnung der Handelsregisteranmeldung erfolgt.
- Annahmeerklärung der Revisionsstelle bei deren Wahl respektive das Formular «Revisionsverzicht» für den Fall des Opting-out. Die Erklärung kann anlässlich der Gründung in der öffentlichen Urkunde erfolgen. Einige Handelsregisterämter verlangen zusätzlich die identische Verzichtserklärung (in einem separaten Formular).
- Das Protokoll des Verwaltungsrats über seine Konstituierung, über die Regelung des Vorsitzes und über die Erteilung der Zeichnungsbefugnisse, sofern die Handelsregisteranmeldung nicht von allen Verwaltungsräten unterzeichnet wird (Zirkularbeschluss).
- Sofern das Bankinstitut in der öffentlichen Urkunde bei der Bareinlage nicht genannt wird, eine Bescheinigung gemäss Art. 633 revOR, aus der ersichtlich ist, bei welchem Bankinstitut die Einlagen hinterlegt sind.
- Zentral ist auch die Domizilhaltererklärung im Falle einer c/o-Adresse (Gewährung des Domizils durch einen Dritten). Der Domizilhalter muss effektiv das damit verbundene Leistungsangebot gewähren und die Erreichbarkeit der Gesell-

schaft sicherstellen, somit insb. Post, Zahlungsbefehle oder Verfügungen und Gerichtsentscheidungen entgegennehmen. Im Falle eines eigenen Rechtsdomizils bedarf es eines eigenen Lokals (i. S. v. Eigentum, Miete, Untermiete etc.), welches der Mittelpunkt der administrativen Tätigkeit bildet und an das Mitteilungen aller Art physisch zugestellt werden können. Ist dies nicht gegeben [11], verstossen die Gesellschaft oder die Gründer potenziell gegen das Täuschungsverbot gemäss Art. 929 Abs. 1 OR und erfüllen womöglich Straftatbestände; z. B. Art. 251 StGB, Art. 253 StGB oder Art. 153 StGB. Bei fehlender Plausibilität oder bei der Angabe, dass «eigene Büros» vorliegen, kann das Handelsregisteramt eine weitere Prüfung durchführen und Unterlagen wie Mietverträge oder Grundbuchauszüge verlangen [12]:

- Zeichnungsmuster mit beglaubigten Unterschriften, falls die Unterschriften der einzutragenden (zeichnungsberechtigten) Personen nicht auf der Handelsregisteranmeldung beglaubigt werden [13].
- Allfällige Ausweiskopien der im Handelsregister einzutragenden Personen (auch derjenigen, welche kein Zeichnungsrecht führen), sofern in der Unterschriftenbeglaubigung die Art des Ausweises mit Ausweisnummer nicht genannt wird – diese Ausweiskopien stellen keine der Öffentlichkeit zugänglichen Belege dar [14].

Bestehen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besondere Vorteile, so müssen die in Art. 634 revOR aufgeführten Belege zusätzlich eingereicht werden:

- Die Sacheinlageverträge mit den erforderlichen Beilagen; der von allen Gründerinnen und Gründern unterzeichnete Gründungsbericht sowie
- Die vorbehaltlose Prüfungsbestätigung eines staatlich beauftragten Revisionsunternehmens, eines zugelassenen Revisionsexperten oder eines zugelassenen Revisors.

Nach revidiertem Aktienrecht vom 19. Juni 2020 mit Inkrafttreten ab 1. Januar 2022 ist die (beabsichtigte) Sachübernahme, im Gegensatz zum bisherigen Recht, kein qualifizierter Tatbestand der Liberierung mehr. Entsprechend ist die bisherige (beabsichtigte) Sachübernahme nicht mehr öffentlich zu beurkunden. Somit gibt es im Hinblick auf die Gründung oder Kapitalerhöhung keinen Sachübernahmevertrag mit den erforderlichen Beilagen. Dabei ist zu erwähnen, dass in der bisherigen Praxis regelmässig Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge in einem einzigen Vertrag zusammengefasst worden sind [15].

Bis Ende 2020 musste der Verwaltungsrat die Handelsregisteranmeldung persönlich unterzeichnen. Die Handelsregisteranmeldung war somit vertretungsfeindlich. Seit Inkrafttreten des modernisierten Handelsregisterrechts auf den 1. Januar 2021 kann die Unterzeichnung der Handelsregisteranmeldung durch eine oder mehrere für die betroffene Rechtseinheitzeichnungsberechtigte Personen gemäss ihrer Zeichnungsberechtigung oder einen bevollmächtigten Dritten erfolgen [16]. Der Verwaltungsrat kann damit bei der AG beispielsweise einzelne Mitglieder der Geschäftsleitung, Prokuristen, einen dem Verwaltungsrat nicht angehörenden Sekretär beauftragen [17]. Sofern eine Drittperson bevollmäch-



DIEGO BENZ,
LIC. IUR, RECHTSANWALT,
NOTAR, PARTNER,
KAISER ODERMATT UND
PARTNER

tigt wird, ist diese zwingend separate und auf die Anmeldung spezifizierte Vollmacht durch den Verwaltungsrat zu unterzeichnen und der Anmeldung beizulegen [18]. Jede für die Gesellschaft zeichnungsberechtigte Person muss zudem ihre Unterschrift von einer Urkundsperson für das Handelsregisteramt beglaubigen lassen, sofern die entsprechende Person nicht persönlich beim Handelsregisteramt unterzeichnet [19].

2.2 Strengere Belehrungspflichten der Urkundsperson.

Der bisherige Inhalt der (separaten) Stampa-Erklärung ist seit 1. Januar 2021 Bestandteil der Gründungsurkunde [20]. Diese Bestimmung wird im revidierten Aktienrecht vom 19. Juni 2020 in Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 revOR überführt, wobei die beabsichtigte Sachübernahme, wie bereits erwähnt, gestrichen wird. Im revidierten Aktienrecht wird es ebenfalls keine separate Stampa-Erklärung geben.

Da die vom Gesetz vorgeschriebene Erklärung durch die Gründer für den Laien (oder auch für alle Beteiligten) kurz anmutet, sollte sich der Notar bezüglich der öffentlichen Beurkundung absichern. Der Notar sollte dokumentieren, dass er die Gründer über die Stampa-Erklärung belehrt hat. Entsprechend ist die Unterzeichnung der «alten» Stampa-Erklärung zuhanden des Notars sinnvoll. Denn diese Stampa-Erklärung zuhanden des Notars hält detailliert die verschiedenen qualifizierten Gründungstatbestände fest und umschreibt diese für die Gründer. Mit der Unterzeichnung einer solcher Stampa-Erklärung durch den Notar können die Gründer zu einem späteren Zeitpunkt kaum den Einwand erheben, sie seien nicht aufgeklärt worden. Der Gesetzgeber hat somit dem Notar eine stärkere Aufklärungspflicht in Bezug auf die Stampa-Erklärung in der öffentlichen Urkunde auferlegt, da der Notar sich vergewissern muss, dass die Gründer den Umfang und die Auswirkungen dieser Erklärung verstanden haben. An den erhöhten Anforderungen bezüg-

lich der Belehrungspflicht der Urkundsperson wird das revidierte Aktienrecht nichts ändern.

Mit Art. 629 Abs. 1 Ziff. 4 revOR ist die Belehrungspflicht der Urkundspersonen höher, als dies bis Ende 2020 der Fall war. Die Gründer respektive deren Stellvertreter, die bei der Urkundsperson die Willenserklärungen abgeben, müssen erklären und wissen, dass nur die qualifizierten Liberierungstatbestände vorgenommen werden, die in der öffentlichen Urkunde erwähnt sind und dass Eintragungen in das Handelsregister wahr sein müssen. Die um öffentliche Beurkundung ersuchenden Personen müssen wissen, was sie für eine Erklärung abgeben und «warum sie gerade dieses und nicht etwas anderes tun» [21], dass eine Wahrheitspflicht gilt und was für Rechtsfolgen mit der Erklärung respektive der fehlerhaften Erklärung verbunden sind. Des Weiteren erfolgt die Belehrung über potenzielle strafrechtliche Konsequenzen bei falschen Angaben im Beurkundungsverfahren und bezüglich der Anmeldung von unwahren Tatsachen im Handelsregister insb. betreffend Art. 153 StGB. Was bislang beim Handelsregister als separates Stampa-Erklärungsformular einzureichen war, wird nun auch im revidierten Aktienrecht vom 19. Juni 2020 im Verhältnis zwischen der Urkundsperson und dem Gründer (resp. derjenigen Person, die stellvertretend für den Gründer die entsprechenden Erklärungen bei der Urkundsperson abgibt) schriftlich festgehalten.

Die Stampa-Erklärung ist nicht nur in der Gründungsurkunde festzuhalten, sondern auch in der Urkunde über die Feststellungen des Verwaltungsrats bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 revOR).

3. SACHEINLAGE IM REVIDIERTEN AKTIENRECHT

Das revidierte Aktienrecht kennt die Sacheinlage und die in diesem Aufsatz nicht weiter zu besprechende Liberierung durch Verrechnung sowie die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten der Gründer oder anderer Personen als qua-

lifizierte Formen der Liberierung [22]. Anstatt durch Barzahlung mit einer frei konvertierbaren staatlichen Währung werden Sacheinlagen durch die Übertragung von Sachwerten erfüllt [23].

3.1 Sacheinlagefähige Vermögenswerte. Die bisherige Praxis der Handelsregister zur Sacheinlagefähigkeit wird neu in Art. 634 revOR geregelt [24]. Demnach gelten Gegenstände einer Sacheinlage als Deckung für das Aktienkapital, wenn sie vier Voraussetzungen kumulativ erfüllen (Art. 634 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 revOR). Sie müssen zunächst als Aktiven bilanziert werden können. Diese Vorgabe verweist auf das Rechnungslegungsrecht mit den Voraussetzungen für die Aktivierung (Art. 634 Abs. 1 Ziff. 1 revOR i. V. m. Art. 959 Abs. 2 OR) [25]. Weiter muss der sacheinlagefähige Gegenstand in das Vermögen der Gesellschaft übertragen werden, und die Gesellschaft muss nach ihrer Eintragung ins Handelsregister sofort über die Sacheinlage verfügen können [26]. Ob der Vermögenswert übertragbar ist, bestimmt sich nach den auf den einzubringenden Vermögenswert anwendbaren Regeln (z. B. Sachen-, Patent-, Urheber-, Zessions-, Bucheffektenrecht oder das Registerwertrecht) [27]. Sofern ein Grundstück Gegenstand einer Sacheinlage ist, muss die Gesellschaft darüber einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhalten [28]. Schliesslich muss der Gegenstand der Sacheinlage durch Übertragung auf Dritte verwertet werden können [29].

Sämtliche Vermögenswerte sind – vorausgesetzt, sie erfüllen die Voraussetzungen gemäss Art. 634 Abs. 1 revOR – zu dem Wert in die Gesellschaft sacheinlagefähig, mit dem sie aktiviert werden können. Dabei können Vermögenwerte wie etwa Mobilien, Forderungen, Wertschriften oder Grundstücke zum Bilanzwert eingebracht werden [30].

Immaterielle Vermögenswerte sind ebenfalls sacheinlagefähig, sofern diese die vorerwähnten Kriterien erfüllen. Regelmässig besteht die Herausforderung darin, zu zeigen, dass der immaterielle Vermögenswert ein Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann [31]. Goodwill ist sacheinlagefähig, sofern dieser gemeinsam mit anderen Vermögenswerten und Passiven eines Betriebs oder Betriebsteils in eine AG eingebracht wird [32].

Nicht sacheinlagefähig ist ein Gewinnvortrag einer Gesellschaft als Bilanzposten, da dieser streng genommen die Voraussetzungen an die Aktivierung nicht erfüllt. Ebenfalls nicht sacheinlagefähig ist originär erarbeiteter Goodwill, Know-how, das nicht in Gestalt eines Immaterialgüterrechts vorliegt, oder eine blosses Patentanmeldung. Bei diesen Gegenständen mangelt es in der Regel an der Aktivierbarkeit, der Verfügungsbefugnis der zu gründenden Gesellschaft oder der Übertragbarkeit an Dritte [33]. Aufwendungen für Forschungs- und Entwicklungskosten sind ebenfalls nur in Ausnahmefällen aktivierbar und sacheinlagefähig [34].

3.2 Sacheinlagevertrag. Die Sacheinlage ist gemäss Art. 634 Abs. 2 revOR schriftlich zu vereinbaren. Dieser Sacheinlagevertrag ist öffentlich zu beurkunden, wenn dies für die Übertragung des Gegenstandes vorgeschrieben ist. Das heisst, dass gemäss Art. 634 Abs. 3 revOR eine öffentliche Urkunde nötig ist, wenn ein Grundstück in die Gesellschaft mittels

Sacheinlage eingebracht werden soll. Sofern mittels Sacheinlage Grundstücke eingebracht werden sollen, die in verschiedenen Kantonen liegen, genügt gemäss Art. 634 Abs. 3 revOR eine einzige Urkunde, die durch die Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden muss (und nicht am Ort der Liegenschaft).

Sofern es sich bei der Sacheinlegerin um eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft oder ein eintragungsfähiges Einzelunternehmen handelt, kann die Sacheinlage auch mittels einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG erfolgen. Der Vorteil der Vermögensübertragung liegt darin, dass die Vermögenswerte gemäss Inventar auf dem Weg einer partiellen Universalsukzession auf die zu gründende Gesellschaft übergehen. In diesem Fall ist anstelle des Sacheinlagevertrags der Vermögensübertragungsvertrag nach Art. 69 ff. FusG zu erstellen und entsprechend mitsamt den üblichen Belegen für die Gründung einer Gesellschaft dem Handelsregister einzureichen [35]. Falls das Geschäft oder der Betriebsteil nicht mit einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG eingebracht wird, sondern mit einem Sacheinlagevertrag, ist diesem Vertrag eine aktuelle Bilanz beizufügen, die nicht älter als sechs Monate sein sollte [36].

3.3 Gründungsbericht. Das Gesetz verlangt mit Art. 635 revOR nach wie vor, dass die Gründer im Gründungsbericht Rechenschaft über die Art und den Zustand von Sacheinlagen und die Angemessenheit der Bewertung, den Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld sowie die Begründung und die Angemessenheit besonderer Vorteile zugunsten von Gründern oder anderen Personen geben. Die Sachübernahmen werden im revidierten Aktienrecht im Gründungsbericht nicht mehr aufgeführt. Der Gründungsbericht bedarf der Schriftform und ist von den Gründern zu unterzeichnen [37].

Die Angemessenheit der Bewertung hat eine zentrale Bedeutung im Gründungsbericht. Die Gründer müssen sich nachvollziehbar unter Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens dazu äussern, wie sie unter Anwendung einer oder mehrerer verschiedener Bewertungsmethoden zum Schluss gekommen sind, dass eine bestimmte Sacheinlage eine genügende Deckung für die Einlageverpflichtung darstellt. Dabei können sich die Gründer auf Marktwerte stützen, wobei bei börsenkotierten Papieren oder sofern ein anderer aktiver Markt dafür besteht, die Bewertung nicht problematisch ist. Falls der Vermögenswert auf dem Markt einer grösseren Preisschwankung ausgesetzt ist, sollte sicherheitsshalber eine genügende Menge an Vermögenswerten vorhanden sein, damit der Preis der einzubringenden Vermögenswerte der Liberierungsverpflichtung entspricht. Der Wert der Sacheinlage muss zum Zeitpunkt der Errichtung gemäss Art. 629 Abs. 2 revOR dem Ausgabebetrag entsprechen. Damit wird klargestellt, dass nur der Zeitpunkt des Errichtungsakts massgebend ist; nicht jener des Handelsregistereintrags [38].

Diese Anforderungen sind auch an den Kapitalerhöhungsbericht sowie an den Bericht betreffend nachträgliche Liberierung zu stellen.

3.4 Prüfungsbestätigung. Der Prüfungsbericht muss durch einen zugelassenen Revisor geprüft werden [39]. Dieser Revi-

sor muss nicht mit jener bestellten Revisionsstelle des Errichtungsakts identisch sein [40]. Der zugelassene Revisor prüft gemäss Art. 635a revOR die Vollständigkeit und Richtigkeit des Gründungsberichts. Ein Gründungsbericht ist vollständig, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Punkte verständlich und so ausführlich behandelt sind, damit der Leser ein eigenes Urteil von der eingebrachten Sache und ihrem Wert erhält. Darüber hinaus ist notwendig, dass der Gründungsbericht die gleichen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile nennt, die im Errichtungsakt aufgeführt sind. Der Gründungsbericht ist richtig, wenn seine Angaben wahr und nicht irreführend sind. Die Bewertung im Gründungsbericht muss vertretbar sein, damit der zugelassene Revisor die Bewertung als richtig bescheinigen kann. Bezüglich der qualifizierten Liberierungstatbestände wird sich der Prüfungsumfang im Vergleich zum bisherigen Recht reduzieren. Mit der Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme wird der Revisor lediglich die im revidierten Aktienrecht bekannten qualifizierten Liberierungstatbestände prüfen.

3.5 Statutenbestimmung. Die Statuten müssen den Gegenstand der Sacheinlage, deren Bewertung, den Namen des Einlegers und die ihr zukommende Anzahl Aktien sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft ausweisen [41]. Der Sacheinleger wird nach künftigen Recht nicht mehr im Handelsregister ausgewiesen, sondern nur noch über den dazugehörigen Handelsregisterbeleg feststellbar sein [42]. Die Statutenbestimmung zur Sacheinlage kann nach zehn Jahren gestrichen werden, sofern die Generalversammlung zu diesem Zeitpunkt die Aufhebung der entsprechenden Statutenbestimmung verlangt [43]. Die (beabsichtigte) Sachübernahme wird im revidierten Aktienrecht nicht mehr in den Statuten erwähnt.

4. ABSCHAFFUNG DER SACHÜBERNAHME

Mit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts wurde die (beabsichtigte) Sachübernahme abgeschafft. Somit stellt der Tatbestand der (beabsichtigten) Sachübernahme keinen qualifizierten Tatbestand mehr bei der Gründung oder Kapitalerhöhung dar [44]. Die gleiche Anpassung wird bei der Gründungshaftung vorgenommen, bei welcher die Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit Schäden aus fehlerhaften Sachübernahmen gestrichen wird [45]. Stattdessen sollen Schäden im Zusammenhang mit einer Gründung nach An-

sicht des Gesetzgebers insb. durch den Haftungstatbestand von Art. 754 i. V. m. Art. 717 Abs. 1 OR sowie den Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 678 OR und dem Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR aufgefangen werden [46]. Des Weiteren sollen strafrechtliche Bestimmungen sowie das 2013 in Kraft getretene Rechnungslegungsrecht die Transparenz ebenso sicherstellen. Dies soll insb. durch die klare Definition der Voraussetzungen der Aktivierung sowie der Grundsätze zur ordnungsmässigen Buchführung und Rechnungslegung geschehen [47].

Das Ziel der abgeschafften Sachübernahmenvorschriften bestand darin, die Umgehung der Sacheinlagebestimmungen zu verhindern. Wenn sich bspw. der einzige Gründer einer AG im Rahmen einer Bargründung verpflichtete, für die gezeichneten Aktien den Ausgabepreis von CHF 100 000 zu bezahlen, musste er die gezeichneten Aktien mit dem Bargeld bezahlen. Sofern er unmittelbar nach der Ausgabe der Aktien der Gesellschaft für CHF 100 000 einen Vermögenswert des Gründers abkaufte, erfüllte dies nach bisherigem Recht den Tatbestand der Sachübernahme. Dieser Fall war problematisch, sofern der Vermögenswert zu einem übersetzten Preis verkauft und übertragen wurde [48]. In diesem Fall wurde die Gesellschaft wertmässig ausgehöhlt.

In der Praxis führte die Abgrenzung zwischen einer der qualifizierten Form unterliegenden (beabsichtigten) Sachübernahme und einer gewöhnlichen Bareinlage immer wieder zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Nach bisherigem Recht hatte die Nichtbeachtung der Bestimmungen zur Sachübernahme die Nichtigkeit der Gründung zur Folge [49]. Diese Rechtsunsicherheit, die mit der Ultima Ratio der potenziellen Nichtigkeit drohte, war aus Sicht der Praxis störend. Da die Bestimmungen zur Sachübernahme mit dem revidierten Aktienrecht aufgehoben wurden, müssen Sachübernahmen – wie von der Crone zutreffend ausführt – grundsätzlich zulässig sein, ohne diese beurkundungs- und handelsregisterrechtlich auszuweisen, solange diese Sachübernahmen nicht rechtsmissbräuchlich erfolgen [50]. Auch mit der bisherigen Sachübernahme wird ein Bargeldbetrag eingezahlt, um das Aktienkapital zu liberieren. Die Barliberierung unterscheidet sich von der (beabsichtigten) Sachübernahme lediglich in der Hinsicht, dass bei der Sachübernahme eine der Gesellschaft (resp. den Gründern bzw. Aktionären) nahestehende Gesellschaft eine Transaktion abwickelt oder abwickeln wird, die nicht zu Marktkonditionen (Dealing at Arm's length) erfolgt. Falls nach längerem Zeitablauf eine Transaktion zwi-

schen den Gesellschaftern und den Gründern abgewickelt wird, handelt es sich um eine Transaktion mit nahestehenden Personen. Hierbei wäre es in der Praxis sehr schwierig nachzuweisen, dass ein solches Geschäft als Sachübernahme zu qualifizieren gewesen wäre.

Falls die Gesellschaft nach der Gründung einer nahestehenden Person einen Gegenstand zu einem übersetzten Preis abkauft, müssen die für die Gesellschaft handelnden Organe nach Art. 754 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 717 Abs. 1 OR für den entstehenden Schaden verantwortlich gemacht werden [51]. Des Weiteren ist die Rückforderung der ausbezahlten Leistung nach Art. 678 revOR notwendig. Im Übrigen könnte, wenn der Gründer oder Zeichner sich selbst einen Vermögenswert zu einem übersetzten Preis von der Gesellschaft abkaufen lässt, seine Liberierungsverpflichtung wieder aufleben. Schliesslich sind Transaktionen, die in einer Rückgewähr der Einlage resultieren, ohnehin nach Art. 680 Abs. 1 OR nichtig.

5. FAZIT

Das revidierte Aktienrecht überführt die bisherige Handelsregisterpraxis zu den Anforderungen an eine Sacheinlage ins Gesetz (Art. 634 Abs. 1 revOR). Die separate Stampa-Erklärung wurde als Formular abgeschafft und ist bereits seit 1. Januar

2021 in der öffentlichen Urkunde zu erwähnen. Dadurch sind die Ansprüche an die Belehrungspflichten der Urkundspersonen strenger geworden. In der Praxis sollten sich Urkundspersonen dokumentieren und separate Stampa-Erklärungen bezüglich der Aufklärungspflichten in den Akten behalten. Des Weiteren ist auch die (beabsichtigte) Sachübernahme kein qualifizierter Liberierungstatbestand mehr, der von der qualifizierten Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung erfasst ist. Der Gründerbericht und die Prüfungsbestätigung sind im revidierten Recht – abgesehen von der nicht mehr existierenden (beabsichtigten) Sachübernahme – identisch. Die Abschaffung der Sachübernahme ist zu begrüssen, wird aber die Anforderungen an die Belehrungspflichten der Urkundspersonen erhöhen. Falls das Gesellschaftsvermögen von Gründern bzw. Aktionären mit einer eigentlichen Umgehung der Sacheinlagevorschriften ausgehöhlt wird, müssen aktienrechtliche Klagen greifen, wobei auch strafrechtliche Urkundendelikte zu prüfen sind. Insb. die Tatsache, dass strafrechtliche Konsequenzen bei der Erschleichung einer Falschbeurkundung drohen, verleihen eine verhältnismässige und wirksame Ex-ante-Kontrolle, um potenzielle Missbräuche zu verhindern. ■

Fussnoten: 1) Art. 634 revOR. Siehe zur bisherigen Praxis: Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Mitteilungen betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, 15. August 2001, REPRAX 2/2001, 60 f. 2) Art. 634 revOR; vgl. Sethe R./Fahrländer L., Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Sethe R./Isler P.R. (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Band 205, Zürich 2020, 221 ff. 3) Art. 634a revOR; vgl. Forstmoser P./Küchler M., Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet, in: Jusletter 10. Februar 2020, Rz. 19. 4) Art. 650 Abs. 3 revOR. 5) Art. 621 Abs. 1 und Abs. 2 revOR; Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 481. 6) Art. 621 Abs. 2 revOR. 7) Vgl. Müller L./Ong M., Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 212; Müller L./Reutlinger M./Kaiser P.J.A., Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union, EuZ 2018, 85; Siffert R./Petrović S./Jakšić T., Payment of the capital contribution of a company limited by shares in a cryptocurrency, Reprax 2/2020, 129 ff. 8) Vgl. so Art. 621 Abs. 2 revOR für die Liberierung des auf Fremdwährung lautende Aktienkapital; siehe auch Müller L./Stoltz T./Kallenbach T.A., Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, Aktuelle Juristische Praxis 2017, 1318 ff. 9) Vgl. Meisterhans C., Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich, Zürich 1996, 392 ff.; OFK HRegV-Vogel A., Art. 43 N 39, in: Vogel A., Handelsregisterverordnung, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2020 (zit. OFK HRegV-Vogel); von der Crone H.C., Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 65 ff. 10) Vgl. Müller L./Kaiser P.J.A./Benz D., Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 2020, 225 ff. Siehe die Ausnah-

men unten in Abschnitt III.B bzw. in Art. 70 Abs. 2 FusG und Art. 634 Abs. 3 revOR. 11) Vgl. Champeaux C., in: Siffert R./Turin N. (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), Bern 2013, Art. 117 N 12. 12) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 2 N 5 f. und Art. 117 N 10 ff. 13) Zur Beglaubigung vgl. Art. 24a und 24b HRegV sowie die kantonalen Beurkundungs- bzw. Beglaubigungsvorschriften. 14) Art. 10 HRegV. Die AHV-Versichertennummer der im Handelsregister eingetragenen Personen ist ebenfalls nicht öffentlich; Art. 936 Abs. 1 OR. 15) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 45 N 8 f.; Müller L., Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag, Aktuelle Juristische Praxis 2012, 1420 f. 16) Art. 17 f. HRegV. 17) Gesetz oder Verordnung können vorsehen, dass die Anmeldung durch eine bestimmte Person zu unterzeichnen und deshalb keine Bevollmächtigung möglich ist (so z.B. in Art. 652h, 653h, 720, 727a Abs. 5, 737 und 740 Abs. 2 OR; Art. 62 Abs. 5 HRegV) 18) Siehe hierzu auch Praxismitteilung EHRA 4/20 vom 10. Dezember 2020. 19) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 17 N 2 f. 20) Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 OR; siehe auch Art. 47 Abs. 2 lit. e HRegV; OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 43 N 29 ff. und Art. 46 N 39 ff. 21) Brückner C., Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1729 ff. 22) Art. 633 ff. revOR. 23) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 43 N 25 f. 24) Vgl. von der Crone (Fn. 9), N 225 ff. 25) Siehe auch Art. 957 ff. OR; vgl. von der Crone (Fn. 9), N 227 ff. 26) Art. 634 Abs. 1 Ziff. 2 revOR. 27) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 43 N 39; von der Crone (Fn. 9), N 65 ff.; Müller/Stoltz/Kallenbach (Fn. 8), 1331. 28) Art. 634 Abs. 1 Ziff. 3 revOR. 29) Art. 634 Abs. 1 Ziff. 4 revOR vgl. von der Crone (Fn. 9), N 227 ff. 30) Vgl. Müller L., Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der inter-

nationalen Rechnungslegung, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2008, 50 ff. 31) Vgl. von der Crone (Fn. 9), N 227 ff. 32) Vgl. Müller (Fn. 30), 54 ff. 33) Vgl. Müller (Fn. 30), 56 ff. 34) Vgl. Müller L./Mühlemann M., Forschungs- und Entwicklungskosten nach neuem Rechnungslegungsrecht – Sind diese Kosten als Aufwände oder als Aktiven zu erfassen?, Aktuelle Juristische Praxis 2013, 1639 ff. 35) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 43 N 40. 36) Vgl. OFK HRegV-Vogel (Fn. 9), Art. 43 N 39. 37) Art. 43 Abs. 3 lit. c HRegV. 38) Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 487 f. 39) Art. 635a revOR. 40) Vgl. von der Crone (Fn. 9), N 237. 41) Art. 634 Abs. 4 revOR. 42) Art. 634 Abs. 4 revOR. von der Crone (Fn. 9), N 237. 43) Art. 634 Abs. 4 revOR. 44) Vgl. von der Crone (Fn. 9), N 243 ff. 45) Art. 753 Ziff. 1 revOR. 46) Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 433; Sethe/Fahrländer (Fn. 2), 221 ff.; Meier-Hayoz A./Forstmoser P./Sethe R., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 95. 47) Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 433 f. 48) Vgl. Müller (Fn. 15), 1412 f.; Watter R., Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, Aktuelle Juristische Praxis 1994, 147 f. 49) Vgl. BGE 83 II 284 E. 4. 50) Vgl. von der Crone (Fn. 9), N 244 ff. 51) Vgl. Müller/Henry D.P., Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Müller M.P.A./Forrer L./Zuur F. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 45 ff.