

Revision des Aktienrechts

Ein Nachruf auf die Sachübernahme und qualifizierte Gründungs- und Einlagetatbestände

Bulletin 4/2017

Zürich, April 2017

Management Summary

Seit Ende 2016 liegt der neue Vorschlag des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts vor. Dieses Zwischenresultat bildet den Ausgangspunkt für eine ganze Bulletin-Reihe, welche einen Überblick über die zahlreichen geplanten Neuerungen geben soll. Der vorliegende Beitrag widmet sich den Neuerungen im Zusammenhang mit den qualifizierten Gründungs- und Einlagetatbeständen.



Samuel Sauter
Rechtsanwalt

Aktienrecht in Zukunft

Ende 2016 hat der Bundesrat den Vorentwurf des neuen Aktienrechts („Entwurf 2016“) dem Parlament zur Umsetzung unterbreitet. Die aktuelle Fassung wird zwar kaum unverändert in Kraft gesetzt werden. Die beabsichtigten Massnahmen zur Modernisierung und Liberalisierung des geltenden Rechts sowie zur Schaffung von Rechtssicherheit wurden aber weitgehend begrüsst. Daher wollen wir die Botschaft des Bundesrates weitergeben und die wichtigsten geplanten Änderungen im Laufe dieses Jahres im Rahmen einer Publikations-Reihe „Aktienrecht in Zukunft“ vorstellen.

Im vorliegenden Bulletin werden die Neuerungen im Zusammenhang mit den qualifizierten Gründungs- und Einlagetatbeständen näher beleuchtet. Dazu zählen die Sacheinlage, die (beabsichtigte) Sachübernahme, die Verrechnungslibrierung und die besonderen Vorteile, welche allesamt Bewertungs- und Beurteilungsspielräume eröffnen und damit im Unterschied zur Barlibrierung eine erhöhte Missbrauchsgefahr aufweisen.

Für die qualifizierten Gründungs- und Einlagetatbestände sieht das geltende Recht verschiedene Sicherheitsvorschriften vor. Diese werden im Entwurf 2016 präzisiert oder sogar verschärft. Für die (beabsichtigte) Sachübernahme ist hingegen eine Radikallösung vorgesehen: Die in der Lehre schon länger umstrittenen Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme werden gänzlich abgeschafft.

Sacheinlage: Kodifizierung der Praxis

Bei der Sacheinlage erfolgt die Liberierung der Aktien nicht in bar, sondern durch Übertragung von anderen Vermögenswerten als Geld. Gemäss Entwurf 2016 gelten Vermögenswerte als sacheinlagefähig, wenn sie die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Bilanzierungsfähigkeit
- Übertragbarkeit
- Verfügbarkeit
- Verwertbarkeit

Damit wird die bereits seit 2001 geltende Praxis auf Gesetzesstufe kodifiziert (vgl. EHRA-Mitteilung betr. Sacheinlage und Sachübernahme vom 15.08.2001, REPRAX 2/2001, S. 60 f.).

Ein Vermögenswert ist bilanzierungsfähig, wenn er bewertet und ihm ein Geldwert beigemessen werden kann. Weiter muss er ohne vertragliche oder gesetzliche Hindernisse ins Vermögen der Gesellschaft übertragen werden können. Der Gesellschaft muss nach Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung ins Handelsregister sofort das freie und bedingungslose Verfügungsrecht über den Vermögenswert bzw. bei Grundstücken der bedingungslose Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch zukommen. Die Gesellschaft muss mit Bezug auf den Vermögenswert in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht also voll verfügungsbe-rechtigt sein. Um den Gläubigern als Haftungssubstrat dienen zu können, muss der Vermögenswert schliesslich verwertet bzw. auf Dritte übertragen und in liquide Mittel umgesetzt werden können.

Auch unter revidiertem Recht muss eine Sacheinlage auf einem schriftlichen oder - wenn dies für die Übertragung des Gegenstandes (wie z.B. für Grundstücke) vorgeschrieben ist - öffentlich beurkundeten Vertrag basieren. Sind mehrere Grundstücke Gegenstand derselben Sacheinlage, genügt eine einzige öffentliche Urkunde. Dies gilt selbst dann, wenn die Grundstücke in verschiedenen Kantonen gelegen sind. In diesem Fall ist für die Beurkundung die Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft zuständig.

In den Statuten bzw. im Kapitalerhöhungsbeschluss sind auch weiterhin der Gegenstand der Sacheinlage, dessen Bewertung, der Name des Einlegers sowie die dafür ausgegebenen Aktien und allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft anzugeben. Im Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht ist sodann über Art und Zustand von Sacheinlagen sowie Angemessenheit der Bewertung Rechenschaft zu geben. Der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht ist wie bereits unter geltendem Recht von einem zugelassenen Revisor überprüfen zu lassen.

Auch bei der *GmbH* kann zugunsten einer Sacheinlage auf die Barliberierung verzichtet werden. Kraft Gesetzesverweis finden diesfalls die im Aktienrecht für Sacheinlagen vorgesehenen Schutzvorschriften sinngemäss Anwendung.

Sachübernahme: Ein Nachruf

Bei der Sachübernahme *vereinbart* oder *beabsichtigt* die Gesellschaft vor Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung ins Handelsregister den Erwerb von Vermögenswerten von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen gegen Entgelt. Im Unterschied zur Sacheinlage werden keine Aktien als Gegenleistung für Vermögenswerte ausgegeben. Die Liberierung der Aktien erfolgt vielmehr in bar, aber auch mittels Sacheinlage oder Verrechnung.

Mit der (beabsichtigten) Sachübernahme geht die Gefahr einher, dass Vermögenswerte einzig zum Zweck in die Gesellschaft eingebracht werden, um Sachwerte von Aktionären oder diesen nahestehenden Person zu erwerben und damit die Sacheinlagevorschriften zu umgehen. Auf die (beabsichtigte) Sachübernahme werden gemäss geltendem Recht daher die für Sacheinlagen vorgesehenen Sicherheitsvorschriften angewendet.

Unter revidiertem Recht wird die (beabsichtigte) Sachübernahme - auch für die *GmbH* - abgeschafft. Die Pflicht zur Einhaltung vorgenannter Sicherheitsvorschriften entfällt damit vollständig.

Die für diese Radikallösung in der Botschaft angeführten Gründe sind vielfältig:

Einerseits wird auf die Auslegungsbedürftigkeit des geltenden Gesetzestextes hingewiesen. Insbesondere die Fragen, wann ein Geschäft als (beabsichtigte) Sachübernahme zu qualifizieren ist und bis wann bei Vorliegen eines solchen noch ein relevanter Konnex zur Gründung bzw. Kapitalerhöhung vorliegt, bereiten Schwierigkeiten. Dies gilt im Besonderen für beabsichtigte Sachübernahmen, wo mit der Absicht ein subjektives und entsprechend schwer nachzuweisendes Element hinzutritt. Diese Rechtsunsicherheiten werden als stossend betrachtet, da die Nichtbeachtung der Schutzvorschriften zur Sachübernahme deren Nichtigkeit zur Folge hat.

Andererseits wirken die für die (beabsichtigte) Sachübernahme geltenden Schutzmechanismen nur selektiv: So kann eine Gesellschaft nach ihrer Gründung sofort Verträge oder andere Rechtsgeschäfte eingehen, ohne dass die Schutzvorschriften greifen würden. Zu denken ist an den Fall einer Gesellschaft, die sich nach ihrer Gründung in die Liegenschaft eines Aktionärs einmietet und einen (zu) hohen Mietzins bezahlt.

Dem Schutz des Aktienkapitals wird - trotz Abschaffung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme - auch zukünftig genügend Rechnung getragen. Entsprechende Schutzfunktionen werden neben den Vorschriften des Verantwortlichkeits-, Rechnungslegungs-, Sanierungs- und Strafrechts insbesondere der Rückerstattungsklage und dem Verbot der Einlagenrückgewähr zugerechnet.

Der Rückerstattungstatbestand wird unter revidiertem Recht präzisiert und griffiger ausgestaltet (Art. 678 E-OR). Damit soll verdeutlicht werden, dass die Übernahme von Vermögenswerten von Aktionären, Verwaltungsratsmitgliedern, mit der Geschäftsführung betrauten Personen, Beiratsmitgliedern oder ihnen nahestehenden Personen zu offensichtlich marktunüblichen Konditionen zuungunsten der Gesellschaft weiterhin unzulässig ist.

Bei einem Verstoß gegen den Rückerstattungstatbestand sind die Folgen im Unterschied zur (beabsichtigten) Sachübernahme überschaubar: Das betroffene Rechtsgeschäft ist nicht als Ganzes nichtig. Der Rückerstattungsanspruch beschränkt sich vielmehr auf denjenigen Teil, welcher in offensichtlichem Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht. Erfasst werden jedoch sämtliche Rechtsgeschäfte zum Nachteil der Gesellschaft mit offensichtlichem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (z.B. auch der Miet- oder Arbeitsvertrag zwischen Aktionär/Geschäftsleitungsmitglied und Gesellschaft).

Das im Entwurf 2016 unverändert belassene Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR untersagt es der Gesellschaft, aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen Leistungen an den Aktionär zu erbringen. Erfolgt eine Sachübernahme nicht zu marktüblichen Drittkonditionen, sondern wird der Vermögenswert überbe-

wertet, kann eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegen, wenn in das nach Art. 680 Abs. 2 OR geschützte Gesellschaftsvermögen (Nennkapital bestehend aus Aktien- und Partizipationskapital) eingegriffen wird. Im Unterschied zum Rückerstattungstatbestand hat ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts und des zugrunde liegenden Generalversammlungs- bzw. Verwaltungsratsbeschlusses zur Folge.

Da die vorgenannten Schutzvorschriften auf alle Geschäfte zur Übernahme von Vermögenswerten durch eine Gesellschaft Anwendung finden und nicht nur auf solche im Zusammenhang mit Gründungen oder Kapitalerhöhungen beschränkt sind, wird dem Verwaltungsrat in der Botschaft empfohlen, für jedes Geschäft mit wesentlicher Auswirkung auf Vermögen oder Liquidität der Gesellschaft eine neutrale *Fairness-Opinion* zur Bewertung und Aktivierbarkeit des zu übernehmenden Vermögenswertes einzuholen.

Trotz Abschaffung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme sind auch unter revidiertem Recht sog. *gemischte Sacheinlagen / Sachübernahmen* weiterhin zulässig und unterstehen vollumfänglich den Vorschriften zur Sacheinlage. Derart gemischte Rechtsgeschäfte liegen vor, wenn die Gegenleistung einer Gesellschaft für eine Sacheinlage nicht nur aus Aktien, sondern auch aus einer Gutschrift oder Forderung zugunsten des Sacheinlegers besteht. Zu beachten ist, dass nicht nur die Sacheinlage selbst, sondern auch die „weitere Gegenleistung“ der Statuten- und Registerpublizität unterliegt.

Im Rahmen der Vernehmlassung wurde gegenüber der Abschaffung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme kaum Bedenken geäußert. Sie stiess vielmehr auf breite Zustimmung. Der (beabsichtigten) Sachübernahme dürfte daher nicht lange nachgetrauert werden.

Verrechnungslibrierung: Mehr Klarheit

Grosse praktische Bedeutung hat die Verrechnungslibrierung, wo die Librierung mittels Verrechnung einer Forderung gegen die Gesellschaft erfolgt, bei Kapitalerhöhungen zu Sanierungszwecken. Das geltende Recht regelt die Verrechnungslibrierung eher rudimentär:

Der Verwaltungsrat hat im Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht, welcher von einem zugelassenen Revisor zu prüfen ist, lediglich über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld Rechenschaft abzulegen. Im Unterschied zur Liberierung durch Sacheinlage oder Sachübernahme muss die Liberierung durch Verrechnung jedoch nicht in den Statuten offengelegt werden.

Obwohl Dritte schon bisher mittels Einsicht in das Handelsregister (Art. 45 Abs. 2 lit. c HRegV) oder in den Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht Kenntnis vom Verrechnungstatbestand erhalten können, wird diese abweichende Regelung der Offenlegung von der Lehre kritisiert.

Das neue Recht orientiert sich inhaltlich an der geltenden Praxis, klärt jedoch bis anhin umstrittene Punkte: Einerseits unterliegt die Verrechnungsliberierung nicht mehr nur der Register-, sondern neu auch der Statutenpublizität. Damit wird die Transparenz zugunsten von Gläubigern und Investoren verbessert und eine einheitliche Regelung geschaffen. Andererseits wird mit Bezug auf Kapitalerhöhungen festgehalten, dass die Verrechnung mit einer Forderung auch dann als genügende Deckung gilt, wenn diese Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist. Damit wird eine bis anhin umstrittene, im Zusammenhang mit Gesellschaftssanierungen praktisch jedoch bedeutsame Frage geklärt.

Aufgrund dieses Verzichts auf das Werthaltigkeitserfordernis ist es künftig zulässig, nicht mehr im vollen Umfang werthaltige Forderungen zur Verrechnung zu bringen. Dies ist sachlich gerechtfertigt. Das Fremdkapital wird durch Umwandlung in Eigenkapital der Gesellschaft nämlich vermindert, womit sich auch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verbessert, auch wenn dieser keine neuen flüssigen Mittel zufließen. Stets zu beachten sind jedoch auch hier die Vorschriften betreffend Liquidität, Kapitalverlust und Überschuldung bzw. die Handlungs- und Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates nach Art. 725 ff. OR. Im Rahmen einer Gründung bleibt eine Verrechnung mit nicht werthaltigen Forderungen selbstverständlich weiterhin unzulässig.

Neu ist bei Kapitalerhöhungen durch Verrechnung mit einer Forderung - wie bei einer solchen aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme - ein (qualifizierter) Generalversammlungsbeschluss notwendig.

Bei der *GmbH* finden Kraft Gesetzesverweis die im Aktienrecht im Zusammenhang mit Verrechnungsliberierungen vorgesehenen Schutzvorschriften entsprechend Anwendung.

Besondere Vorteile: Alles beim Alten

Trotz des in der Aktiengesellschaft geltenden Prinzips der Gleichbehandlung aller Aktionäre können einzelnen Personen (z.B. Gründern) - auch unter revidiertem Recht - anlässlich der Gründung oder einer Kapitalerhöhung besondere Vorteile eingeräumt werden. Gegenstand solcher besonderen Vorteile sind Vermögensrechte (z.B. besondere Gewinn- oder Liquidationsanteile, das Recht auf Benützung von Anlagen). In den Statuten bzw. im Kapitalerhöhungsbeschluss sind auch zukünftig die begünstigten Personen mit Namen sowie Inhalt und Wert des gewährten Vorteils anzugeben.

Die Möglichkeit der Einräumung besonderer Vorteile ist auch bei der *GmbH* vorgesehen, wobei die aktienrechtlichen Bestimmungen infolge Gesetzesverweises sinngemäss Anwendung finden.

Auf www.ruossvoegele.ch verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

- 2017**
- Revision des Aktienrechts, Gründen in Zukunft: international, digital oder virtuell?
Bigna Grauer
 - Vereinfachtes Verfahren zur Löschung nicht benutzter Marken seit 1. Januar 2017
Pascale Gola, LL.M.
 - Obligatorische und ergänzende freiwillige Versicherung durch Privatversicherer in der Schweiz
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2016**
- Wirklichkeitsnahes Rechtsverständnis und Management von Rechtsrisiken
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Produktionsstandort Schweiz
SWISS MADE – Was gilt für industrielle Produkte?
Chasper Kamer, LL.M.
- 2015**
- Aufsichtsrechtliche Optimierung durch privatrechtliche Strukturierung (Beispiel Geldwäschereibekämpfung)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Neue Meldepflichten beim Erwerb von Aktien
Dr. Franziska Buob
 - Cloud Computing Hinweise zur Vertragsgestaltung
Chasper Kamer Rechtsanwalt, LL.M.
 - Multifunktionale Rückversicherung nach Schweizer Recht
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2014**
- Private Equity in der Schweiz: Rechtlicher Grundriss und neuere Rechtsprechung bis 2014
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Mehr Schutz für Versicherungsnehmer am Point of Sale (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Praktische Hinweise zum Umgang mit der schweizerischen Finanzmarktaufsicht (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Arbeitszeit und deren Erfassung
Bigna Grauer
 - Regelung des Datenschutzes im multinationalen Konzern (eine Übersicht) (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2013**
- Wettbewerbsabreden und Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Versicherungsmarktes (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Geschäftsraummiete
Chasper Kamer, LL. M.
 - Aufsichtsrechtliche Optimierung in der unabhängigen Vermögensverwaltung (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Verantwortlichkeit und Haftung des Verwaltungsrats (eine Übersicht) (RVP)
 - Umstrukturierungen im Versicherungskonzern (eine Übersicht)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Der Vorsorgeauftrag – Delegieren Sie Ihre Sorge(n)
Bigna Grauer
- 2012**
- Entwicklungen im Unternehmens- Datenschutzrecht der Schweiz und der EU im Jahr 2011
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2011**
- Geplante Änderungen im schweizerischen Versicherungsvertragsrecht in Kürze (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2011/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2011/1 (RVP)
 - Vermeidung der Regulierung von Private Equity-Investitionen in der Schweiz (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.; Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. BAR
 - Durchsetzung von Geldforderungen nach der neuen ZPO
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- 2010**
- Der Aktionärsbindungsvertrag
Chasper Kamer, LL.M.
 - Regulierte Vertragsverhältnisse im schweizerischen Versicherungsgeschäft (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch) (RVP)
 - Entwicklungen im Unternehmens-Datenschutzrecht der Schweiz und der EU 1/2010
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Entwicklungen im schweizerischen Banken- und Kapitalmarktrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
 - Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung (RVP)