

## Revision des Aktienrechts

# Gründen in Zukunft: international, digital oder virtuell?

## Bulletin 3/2017

Zürich, März 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.



Bigna Grauer  
Rechtsanwältin

### Aktienrecht in Zukunft

Der Bundesrat hat Ende 2016 den Vorentwurf des neuen Aktienrechts dem Parlament zur Umsetzung unterbreitet. Der Vorschlag der Regierung basiert auf dem bereits Ende 2007 verabschiedeten Entwurf, dessen Behandlung aufgrund der Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ sistiert und erst Ende 2014 als revidierter Vorentwurf erneut in die Vernehmlassung geschickt wurde. 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 vom Bundesrat verkündete Botschaft weitergeben und die wichtigsten geplanten Änderungen im Laufe dieses Jahres im Rahmen einer Publikations-Reihe „Aktienrecht in Zukunft“ vorstellen.

Den Auftakt dieser Serie bilden, passend zum Lebenszyklus einer Gesellschaft, die beabsichtigten Neuregelungen bei den Gründungsvorschriften. Die hier vorgestellten Gesetzesänderungen werden in Politik und Literatur zwar unter dem Titel „Revision des Aktienrechts“ diskutiert, jedoch sollen die geplanten Neuerungen nicht nur

bei Aktiengesellschaften zur Anwendung gelangen. Ob und in welchem Umfang die Neuregelungen auch für andere Gesellschaftsformen gelten, wird jeweils am Ende der nachstehend erläuterten Gründungsvorschriften erläutert.

### Gründen künftig leicht(er) gemacht

Der Entwurf 2016 sieht einige neue Bestimmungen vor, die eine Gründung vereinfachen und dem internationalen Kontext stärker Rechnung tragen sollen. Im Wesentlichen sind folgende Neuerungen zur flexibleren Gestaltung von Gesellschaftsgründungen geplant:

- Erweiterung des Kreises der Gründeraktionäre
- Aktienkapital in ausländischer Währung
- Senkung des Mindestnennwertes
- Aufhebung der (beabsichtigten) Sachübernahme
- (Teilweise) erleichterte Formvorschriften
- Beschränkung des gesetzlichen Mindestinhaltes der Statuten
- Neue Formen der Gründerversammlung

## Erweiterter Kreis der Gründeraktionäre

Der Wortlaut des geltenden Rechts lässt als Gründer einer Aktiengesellschaft nur natürliche und juristische Personen sowie Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) zu (Art. 625 OR). Der Entwurf will zusätzlich auch Rechtsgemeinschaften (wie Erbengemeinschaften und einfache Gesellschaften) als Gründer einer Aktiengesellschaft zulassen. Diese können im heutigen Zeitpunkt Aktien erst nach erfolgter Gründung erwerben.

Auch für die *GmbH* erlaubt das revidierte Recht die Gründung durch Rechtsgemeinschaften ausdrücklich. Trotz nahezu identischem Gesetzeswortlaut mit der aktienrechtlichen Bestimmung konnten sich Rechtsgemeinschaften bereits unter dem geltenden Recht als Gründer an einer GmbH beteiligen. Materiell bewirkt die Neuregelung somit keine Änderung.

## Aktienkapital in Fremdwährung

Gemäss geltendem Recht muss das Aktienkapital mindestens CHF 100 000 betragen (Art. 621 OR), womit das Haftungssubstrat einer Gesellschaft zwingend in Landeswährung bestehen muss. Zwar kann bereits heute das Gründungskapital mittels ausländischer Währung liberiert werden, jedoch birgt die Umrechnung bei der Einzahlung der Einlage im Rahmen einer Bargründung das Risiko, dass aufgrund von Kursschwankungen das Mindestkapital nicht gedeckt ist. Gesellschaften sind bereits seit Inkrafttreten des revidierten Rechnungslegungsrechts am 1. Januar 2013 zur Buchführung und Rechnungslegung in der *für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung* befugt (Art. 957a Abs. 4 OR). Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, sind jedoch Werte der Bilanz, der Erfolgsrechnung und des Anhangs zusätzlich in der Landeswährung anzugeben und der verwendete Umrechnungskurs offenzulegen (Art. 958d Abs. 3 OR), was nicht nur einen administrativen Aufwand zur Folge hat, sondern auch zu Umrechnungsdifferenzen führen kann.

Um den Wirtschaftsstandort Schweiz internationaler auszurichten und die Kapitalvorschriften dem Rechnungslegungsrecht anzugleichen, soll das Aktienkapital künftig auch auf eine ausländi-

sche Währung lauten dürfen. Diese Neuregelung betrifft nicht nur allein das Haftungssubstrat, sondern sämtliche kapitalbezogenen Aspekte wie Reserven, Dividenden oder die Feststellung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung.

Die Zulässigkeit von Aktienkapital in ausländischer Währung untersteht folgenden (kumulativen) Voraussetzungen:

1. Bei der ausländischen Währung handelt es sich um die für die Geschäftstätigkeit *funktionale Währung* (analog dem Rechnungslegungsrecht);
2. Das Aktienkapital entspricht zum Zeitpunkt des Errichtungsaktes einem Gegenwert von mindestens CHF 100 000. Der für die Berechnung massgebliche Umrechnungskurs ist zwingend der *aktuelle Tageskurs* im Gründungszeitpunkt und muss überdies in der öffentlichen Urkunde angegeben werden (Art. 629 Abs. 3 OR). Ein Revisionsbericht wird dabei nicht gefordert. Die Möglichkeit der Teilliberierung bei der Aktiengesellschaft (Art. 632 OR) bleibt von dieser Neuregelung unberührt.
3. Die Buchführung und die Rechnungslegung müssen in der gleichen Währung erfolgen, womit indirekt die Einhaltung der Vorschrift betreffend die *freie Konvertierbarkeit* zum Schweizer Franken sichergestellt ist. Auch wenn für das wirtschaftliche Umfeld einer Gesellschaft allenfalls mehrere Währungen wesentlich sind, dürfen Kapital und Rechnungslegung somit nicht auf unterschiedliche Währungen lauten.

Der Vollständigkeit halber ist abschliessend festzuhalten, dass die Generalversammlung auch nach der Gründung mit qualifiziertem Mehr einen Wechsel der Währung des Aktienkapitals beschliessen kann. Zwecks Einklang mit der Rechnungslegung ist der Beschluss der Umstellung auf eine andere Währung nur auf Beginn eines Geschäftsjahres zulässig. Für die Steuern ist in den betreffenden Bundesgesetzen eine einfache Umrechnung in Franken mittels Dreisatz vorgesehen.

Die Möglichkeit eines Stammkapitals in Fremdwährung wird auch für die *GmbH* eingeführt. Kraft Gesetzesverweis auf das Aktienrecht finden

die Bestimmungen über das Aktienkapital in einer ausländischen Währung sinngemäss Anwendung. Da die *Genossenschaft* kein fixes Grundkapital aufweist, ist die Schaffung eines Genossenschaftskapitals in ausländischer Währung nicht vorgesehen.

### **Nennwert mit tieferem Mindestwert**

Das aktuelle Aktienrecht beruht auf dem System der Nennwertaktie, d.h. die Statuten weisen der Aktie einen wertmässig bezifferten Anteil (Nennwert) am Aktienkapital zu. Nachdem die Schaffung einer unechten nennwertlosen Aktie verworfen wurde, soll das geltende System - unter erneuter Herabsetzung des geltenden Mindestnennwerts - beibehalten werden: Der ursprünglich geltende Mindestnennwert von CHF 100 wurde 1991 auf CHF 1 und 2001 auf den aktuellen Wert von einem Schweizer Rappen gesenkt. Der Revisionsentwurf sieht nun vor, dass der Nennwert einer Aktie nur noch grösser als null sein muss. Der neue Nennwert kann somit bei der Gründung als auch zu einem späteren Zeitpunkt auf einen beliebigen Bruchteil eines Rappens lauten.

Der wirkliche (innere) Wert bzw. Börsenkurs einer Aktie entspricht kaum je dem zugewiesenen Nennwert, sondern liegt - im positiven Fall - um einiges höher. Die geplante Neuregelung soll daher die Handelbarkeit von Aktien verbessern, indem der Preis pro Aktie durch einen Aktiensplit gesenkt wird. Zwar bewirkt die weitergehende Stückelung eine Flexibilisierung, hat aber wie jede Nennwertveränderung zur Folge, dass allfällig ausgegebene Aktientitel ersetzt werden müssen.

Um die Umsetzung des Stammkapitals in Fremdwährung als auch Umstrukturierungen bei der *GmbH* zu erleichtern, soll ein Stammanteil in Analogie zum Aktienrecht statt dem bisherigen Mindestnennwert von CHF 100 künftig einen Nennwert aufweisen, der grösser als null ist.

### **Endlich: Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme**

Der geltende Art. 628 OR regelt die qualifizierten Gründungstatbestände der Sacheinlage, der (beabsichtigten) Sachübernahme und der besonderen Vorteile. Als qualifiziert gelten diese Tatbestände, weil im Vergleich zu einer Bargründung

ein erhöhtes Risiko hinsichtlich der Beständigkeit des Aktienkapitals besteht. Zum Schutz des Haftungssubstrates unterliegen diese Rechtsgeschäfte daher zusätzlichen Anforderungen (Formvorschriften, Gründungs- und Prüfbericht sowie Statuten- und Registerpublizität).

Gegenstand einer Sachübernahme ist die Verpflichtung (oder bereits bestehende Absicht) im Gründungszeitpunkt, von Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen entgeltlich Sachwerte zu erwerben. Im Unterschied zur Sacheinlage dienen die Vermögenswerte bei der Sachübernahme nicht der Liberierung für die Ausgabe von Aktien, sondern stellen die Gegenleistung im Austausch für (Bar-)Mittel der Gesellschaft dar. Da mit der Vermögensübernahme im Ergebnis eine Sacheinlage bezweckt werden kann, wurde die Sachübernahme zur Verhinderung der Umgehung des Kapitalschutzes im geltenden Recht den strengeren Vorschriften unterstellt.

Die Sachübernahme muss einen *funktionellen Zusammenhang* mit der Gründung (bzw. Kapitalaufbringung) aufweisen. Bis heute fehlt eine eindeutige Regelung, wie lange nach der Gründung ein solch relevanter Zusammenhang besteht. Schwierigkeiten bereitet haben in der Praxis auch die Anforderungen der Übernahme von *aktivierbaren* und *frei übertragbaren* Sachen mit einem *wesentlichen* wirtschaftlichen Wert. Verstärkt wird die Rechtsunsicherheit bei der beabsichtigten Sachübernahme schliesslich durch das subjektive Kriterium der Absicht.

Zu Gunsten grösserer Rechtssicherheit soll die (beabsichtigte) Sachübernahme von den weiterhin für qualifizierte Gründungen geltenden Bestimmungen ausgenommen werden. Solche Rechtsgeschäfte mit Aktionären und nahe stehenden Personen können unter dem revidierten Recht nicht mehr zur Nichtigkeit einer Gründung führen.

Dies bedeutet indessen nicht, dass für diese Geschäfte keine Schutzmassnahmen bestehen. Wie bereits unter geltendem Recht unterliegt die Übernahme von Vermögenswerten (wie auch der Abschluss anderer Rechtsgeschäfte) den Vorschriften des Kapitalschutzes und des Verantwortlichkeitsrechts als auch sanierungsrechtlichen

Vorschriften und strafrechtlichen Bestimmungen: Ungerechtfertigte Bezüge oder die Übernahme von Vermögenswerten, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen, unterliegen der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR). Die Übernahme von überbewerteten Vermögenswerten kann zudem auch einen Verstoß gegen die verbotene Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) eine Widerhandlung gegen die Grundsätzen der ordnungsmässigen Rechnungslegung (Art. 957a Abs. 2 und Art. 958c Abs. 1 OR) sowie eine Verletzung der Sorgfaltspflicht für Organe (Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 OR) darstellen.

In Anlehnung an das Aktienrecht schafft der Entwurf die (beabsichtigte) Sachübernahme als qualifizierten Gründungstatbestand auch für die *GmbH* und die *Genossenschaft* ab.

### **Abschaffung der öffentlichen Beurkundung (immerhin teilweise)**

Unter dem geltenden Recht muss jede Gründung, Auflösung oder Kapitalveränderung vor dem Notar in Form einer öffentlichen Beurkundung erfolgen (Art. 629 Abs. 1 OR). Dies hat nicht nur entsprechende Gebühren zur Folge, sondern erfordert auch die Anwesenheit des Gründers oder seines Vertreters. Insbesondere in internationalen Verhältnissen kann sich die Teilnahme oder Einholung der für die Vollmacht erforderlichen Formalitäten mitunter schwierig gestalten.

Der Entwurf sieht deshalb als Erleichterung vor, dass künftig *einfach strukturierte Kapitalgesellschaften* ohne Mitwirkung einer Urkundsperson gegründet, aufgelöst und liquidiert werden können. Die Wahl der Schriftform ist unter den folgenden (kumulativen) Voraussetzungen zulässig:

1. die Statuten enthalten nur den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt (Art. 626 Abs. 1 E-OR);
2. das Aktienkapital lautet auf Schweizer Franken; und
3. die Einlagen werden vollständig und in Schweizer Franken geleistet (Barliberierung).

Die einfache Schriftform ist somit bei Teilliberierungen oder Aktienkapital in Fremdwährungen

ausgeschlossen. Weiterhin zwingend öffentlich zu beurkunden ist zudem die Gründung mittels Sacheinlage.

Der neue Mindestinhalt in Art. 626 Abs. 1 E-OR umfasst die folgenden Angaben, wobei mit Ausnahme der Kapitalherabsetzungen Änderungen dieser Statutenbestimmungen ebenfalls in der erleichterten Form erfolgen können:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Zweck der Gesellschaft;
3. die Höhe und die Währung des Aktienkapitals sowie den Betrag der darauf geleisteten Einlagen;
4. Anzahl, Nennwert und Art der Aktien;
5. die Form der Mitteilungen der Gesellschaft an ihre Aktionäre.

Der neu einzuführende Absatz 2 von Art. 626 E-OR enthält zusätzliche Vorschriften für die Statuten von börsenkotierten Gesellschaften. Da die Befreiung von der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung sich ausschliesslich auf den revidierten Absatz 1 bezieht, ist die Gründung in einfacher Schriftform für solche Gesellschaften entsprechend ausgeschlossen.

Die erleichterte Formvorschrift sieht der Entwurf auch für die Gründung einer *GmbH* und einer *Genossenschaft* vor. Da die *Genossenschaft* kein festes Grundkapital aufweist, setzt die Schriftform lediglich voraus, dass sich die Gründer auf den Mindestinhalt der Statuten beschränken. Im Unterschied zur Aktiengesellschaft und zur *GmbH* wird bei der *Genossenschaft* die Bestimmung zum bedingt notwendigen Statuteninhalt (Art. 833 OR) jedoch nicht aufgehoben. Enthalten die Statuten darin genannte Bestimmungen (z.B. die Ausgabe von Anteilscheinen), unterliegt die Gründung wiederum der öffentlichen Beurkundung.

### **Virtuelle Gründerversammlung? (und weitere Formen der Gründungsversammlung)**

Das revidierte Recht sieht neu die Zulässigkeit eines *ausländischen Tagungsortes* zur Durchführung der Generalversammlung vor (Art. 701b E-OR). Diese Regelung hat analog auch für die

Gründerversammlung zu gelten, so dass die Gründungsversammlung einer Gesellschaft grundsätzlich auch ausserhalb der Schweiz stattfinden kann. Dies setzt jedoch voraus, dass entweder die einfache Schriftform gewählt wird oder bei Anwendbarkeit der strengeren Formvorschrift das kantonale Beurkundungsrecht keine zwingende Teilnahme der Gründer bzw. ihrer Vertreter vorschreibt. Im Kanton Zürich ist die Beurkundung der Gründung einer AG, Kommandit-AG und einer GmbH in Anwesenheit der Beteiligten durchzuführen (§241 EG ZGB; § 92 i.V.m. § 31 der Notariatsverordnung).

Des Weiteren führt der Entwurf die Möglichkeit einer Generalversammlung ohne physischen Tagungsort ein (sog. *virtuelle GV*; Art. 701d E-OR). Die Durchführung der Generalversammlung erfolgt durch den Einsatz elektronischer Mittel. Da diese Form der Versammlung in den Statuten vorgesehen werden muss und somit über den Mindestinhalt der Statuten hinausgeht, darf die Gründung nicht in Schriftform erfolgen. Entsprechend hängt die Zulässigkeit einer virtuellen Gründungsversammlung vom kantonalen Beurkundungsrecht ab. Da die diesbezüglichen Bestimmungen im Kanton Zürich für die Gründung die Anwesenheitspflicht der Gründer bzw. ihrer Vertreter statuieren, wird somit auch diese neue Versammlungsform innerhalb des hiesigen Kantonsgebiets nicht zur Verfügung stehen.

Die Gründung durch eine virtuelle Versammlung, d.h. ohne Versammlungsort, kann bei Erfüllung der Voraussetzungen für die Errichtung in einfacher Schriftform hingegen durch Zirkularbeschluss erfolgen. Die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg ist im geltenden Aktienrecht dem VR vorbehalten und soll gemäss Entwurf neu auch der Generalversammlung offenstehen, wobei diese Art der Beschlussfassung der Zustimmung sämtlicher Aktionäre bedarf. Unter dem revidierten Recht sind Zirkularbeschlüsse zudem auch in elektronischer Form zugelassen. Diese zu begrüssende Modernisierung kommt bei Gründungen nicht in Betracht, da das revidierte Recht nur die schriftliche Form und die öffentliche Beurkundung als zulässige Formen vorsieht.

Die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen für den Tagungsort, die Verwendung elektronischer

Mittel sowie die Universalversammlung und den Zirkularbeschluss gelten aufgrund eines entsprechenden Verweises im Gesetz auch für die (gründende) Gesellschafterversammlung einer *GmbH*. Allerdings kann bei der GmbH im Unterschied zur Aktiengesellschaft bereits unter geltendem Recht die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg erfolgen, so dass die Revision diesbezüglich keine Neuerung bewirkt. Auch für die *Genossenschaft* erklärt der Entwurf die Vorschriften des Aktienrechts über den Tagungsort und die Verwendung elektronischer Mittel als sinngemäss anwendbar. Zwar enthält das Genossenschaftsrecht im Unterschied zur AG und GmbH eine besondere Bestimmung zur konstituierenden Versammlung; darin sind jedoch - auch unter dem revidiertem Recht - keine Vorschriften zur Form dieser Versammlung enthalten. Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch die Gründungsversammlung - mit den bereits genannten Vorbehalten - in einer dieser dem Zeitgeist angepassten Versammlungsformen abgehalten werden kann.

## Auf [www.ruossvoegele.ch](http://www.ruossvoegele.ch) verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

### 2017

- 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.
- Geschäftsraumiete  
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)