



Hans-Jakob Käch

RA, lic. iur., Abteilungsleiter
Handelsregisteramt Kanton Zürich

Die Auswirkungen der neuen Handelsregisterverordnung¹

In zwei Teilen wird die neue Handelsregisterverordnung und ihre Auswirkungen auf die einzelnen Gesellschaftsformen dargestellt. Der zweite Teil erscheint im TREX 2/2008.

Am 16. Dezember 2005 hat das Parlament die Neuregelung des GmbH-Rechts und die Neuordnung der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht verabschiedet. Im Anhang zur GmbH-Revision wurden zudem Anpassungen des Aktien- und Genossenschaftsrechts sowie des Firmen- und Handelsregisterrechts beschlossen. Zudem hat der Bundesrat am 17. Oktober 2007 die neue, totalrevidierte Handelsregisterverordnung beschlossen.

Die Änderung des GmbH-Rechts und die mit ihr verbundenen weiteren Gesetzesänderungen sowie die Totalrevision der Handelsregisterverordnung sind seit dem 1. Januar 2008 in Kraft.

1. Neuordnung der Revision

1.1 Revisionspflicht, Anforderungen an die Revisionsstelle, Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Für diese Teilbereiche verweisen wir auf die früheren Beiträge im TREX:

- Frank Schneider: Das neue Zulassungsvorhaben im Revisionsbereich. TREX 5/2007, S. 276 ff.
- Michael Annen: Das neue Revisionsrecht. TREX 6/2007, S. 280 ff.

- Hans Hegetschweiler: Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle nach neuem Recht. TREX 6/2007, S. 338 ff.

1.2 Übergangsbestimmung

Die neuen Bestimmungen zur Revisionsstelle gelten vom ersten Geschäftsjahr an, das mit dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung oder danach beginnt (Art. 7 ÜBest OR). Dabei gilt es zu beachten, dass bei der Aktiengesellschaft wie auch bei der Genossenschaft die Jahresrechnung 2007 (bzw. 2007/08 falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt) in jedem Fall zu prüfen ist.

Für die Umschreibung der Revisionspflicht stellt das Gesetz wie erwähnt auf gewisse Grössenkriterien ab. Für die Beurteilung der Frage, ob diese Grössen überschritten wurden, ist auf die zwei letzten Geschäftsjahre abzustellen, die dem Inkrafttreten vorangegangen sind.

1.3 Handelsregisterliche Aspekte

1.3.1 Statuten

Erstaunlicherweise verlangt auch das neue Recht für die Statuten der GmbH keine Bestimmung über die Revisionsstelle. Dagegen müssen die Statuten der Aktiengesellschaft und der

Genossenschaft eine Bestimmung über die Revisionsstelle enthalten.

Das Handelsregisteramt hat zu prüfen, ob die Statuten einer juristischen Person den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Zudem müssen alle Einträge im Handelsregister wahr sein und dürfen zu keinen Täuschungen Anlass geben. Demnach dürfen sich die tatsächlichen Verhältnisse und die Statuten nicht widersprechen. Verzichten die Gesellschafter auf eine Revisionsstelle, obwohl die Statuten die Wahl einer Revisionsstelle vorsehen, so sind die Statuten anzupassen. Dies gilt ebenso, falls die Gesellschaft entgegen den Statuten eine Revisionsstelle wählt.

Die Statuten sind weiter anzupassen, falls sie eine ordentliche Revision vorschreiben, tatsächlich aber nur eine eingeschränkte Revision durchgeführt wird und umgekehrt.

Zusammen mit der Anmeldung der Löschung oder Eintragung der Revisionsstelle ist der Beleg über die Statutenänderung einzureichen. Bei der Aktiengesellschaft und der GmbH ist dies die öffentliche Urkunde mit den neuen Statuten. Die Statutenanpassung kann ausnahmsweise durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan beschlossen werden, wobei sich

diese Kompetenz zur Statutenänderung in einem sehr engen Rahmen bewegt (vgl. unten). Somit ändert bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat und bei der GmbH die Geschäftsführung die Statuten. Die Statutenänderung kann aber auch durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung vorgenommen werden.

Gemäss Praxis des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich ist es auch bei einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft zulässig, die statutarische Bestimmung über die Revisionsstelle offen zu formulieren. Eine solche Formulierung deckt alle Fälle ab. Eine spätere Änderung des Regimes erfordert dann keine Statutenänderung mehr. Die Bestimmung könnte etwa wie folgt lauten:

1. Die Generalversammlung wählt eine Revisionsstelle.
2. Sie kann auf die Wahl einer Revisionsstelle verzichten, wenn:
 - a) die Gesellschaft nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet ist;
 - b) sämtliche Aktionäre zustimmen; und
 - c) die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.
3. Der Verzicht gilt auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung die Durchführung einer eingeschränkten Revision und die Wahl einer entsprechenden Revisionsstelle zu verlangen. Die Generalversammlung wird diesfalls bis zum Vorliegen des Revisionsberichts über die Genehmigung der Jahresrechnung sowie über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende, keinen Beschluss fassen.

Eine solche Statutenanpassung geht über die blosser Umsetzung eines Beschlusses der Generalversammlung hinaus und kann daher nur durch die Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung selbst vorgenommen werden.

1.3.2 Eintragung der Revisionsstelle

Eine Revisionsstelle wird nur dann ins Handelsregister eingetragen, wenn sie eine ordentliche oder eine eingeschränkte Revision durchführt. Revisionsstellen, die im Sinne eines Opting-down keine der gesetzlich definierten Revisionen durchführen, dürfen nicht eingetragen werden. Es wird nur die Revisionsstelle eingetragen. Nicht eingetragen werden die Art der Revision und die Art der Revisionsstelle. Natürliche Personen dürfen nur dann selbstständig Revi-

sionsdienstleistungen erbringen, wenn sie als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen sind. Demnach kann eine nicht als Einzelunternehmen eingetragene natürliche Person nicht mehr als Revisionsstelle eingetragen werden. Die Tatsache, dass die Gesellschaft keine ordentliche oder eingeschränkte Revision durchführt (Opting-out oder Opting-down), wird ebenfalls ins Handelsregister eingetragen.

1.3.3 Anmeldung und Belege

- Eintragung der Revisionsstelle:
 1. von zwei Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder von einem Mitglied mit Einzelzeichnungsbeziehung unterzeichnete Anmeldung;
 2. Protokoll oder Protokollauszug über die Wahl der Revisionsstelle, unterzeichnet vom Vorsitzenden und Protokollführer;
 3. Wahlannahmeerklärung der Revisionsstelle;
 4. evtl. Belege über die Statutenänderung.
- Bei ausserkantonalen Revisionsstellen ist neu kein Handelsregisterauszug einzureichen.

- Verzicht auf die Revisionsstelle:
 1. von zwei Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder von einem Mitglied mit Einzelzeichnungsbeziehung unterzeichnete Anmeldung der Löschung;
 2. von einem Mitglied des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans unterzeichnete Erklärung, wonach
 - die Gesellschaft die Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision nicht erfüllt;
 - die Gesellschaft nicht mehr als 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat;
 - sämtliche Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision verzichten haben;

3. Kopien der massgeblichen Unterlagen (Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Jahresberichte, Verzichtserklärungen oder das Protokoll der Generalversammlung) müssen der Erklärung beigelegt werden. Diese Unterlagen unterstehen nicht der Öffentlichkeit des Handelsregisters;
4. bei bestehenden Gesellschaften eine von einem Mitglied des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans unterzeichnete Bestätigung, dass die Revisionsstelle die Jahresrechnung für das Geschäftsjahr, welches vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begonnen hat, geprüft hat;
5. evtl. Belege über die Statutenänderung.

Die KMU-Erklärung kann bereits bei der Gründung abgegeben werden. Wird die Erklärung, wie bei den Musterurkunden des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich vorgesehen, in die Gründungsurkunde integriert, ist keine separate Erklärung einzureichen. Diesfalls ist das Datum der Erklärung der Gründer in der öffentlichen Urkunde ins Handelsregister einzutragen. Es versteht sich von selbst, dass zumindest bei einer Gründung ohne Geschäftsübernahme keine Erfolgsrechnungen, Bilanzen und Jahresberichte eingereicht werden können und müssen. Das Handelsregisteramt klärt die Zulassung der Revisionsstelle durch Einsichtnahme in das Register der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde ab.

1.3.4 Mängel der Revisionsstelle

Die Handelsregisterbehörden weisen die Eintragung der Revisionsstelle ab, wenn der Anschein der Abhängigkeit besteht. Da für die Beurteilung des Anscheins der Abhängigkeit auf eine rein äussere, objektivierte Betrachtung abgestellt wird, gehört eine summarische Prüfung der erforderlichen Unabhängigkeit der Revisionsstelle zu den Aufgaben der Handelsre-

gisterbehörden. Zu berücksichtigen sind dabei sowohl Umstände, die sich aus der eingereichten Anmeldung oder den Belegen ergeben, als auch solche, die den Registerbehörden auf andere Weise bekannt sind (z. B. enge verwandtschaftliche Beziehungen). Die Registerbehörden haben jedoch keine Nachforschungen anzustellen².

Ist die anlässlich der Gründung gewählte Revisionsstelle nicht zugelassen oder dem Anschein nach nicht unabhängig, so kann die Gründung nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Fehlt einer bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft die vorgeschriebene Revisionsstelle, so ist das Handelsregisteramt verpflichtet, die Angelegenheit dem Gericht zu überweisen. Das Handelsregisteramt fordert vorgängig die zur Anmeldung verpflichteten Personen durch eingeschriebenen Brief auf, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die entsprechende Eintragung anzumelden. Neu hat das Handelsregisteramt auch die Möglichkeit und Pflicht, Gesellschaften an das Gericht zu überweisen, wenn eine bereits im Handelsregister eingetragene Revisionsstelle sich als nicht unabhängig erweist. Das Gericht hat die Möglichkeit, eine Revisionsstelle zu ernennen. Wie die Erfahrung zeigt, leisten an das Gericht überwiesene Gesellschaften in den seltensten Fällen den vom Gericht einverlangten Vorschuss für das Revisionshonorar. Solche Fälle enden in der Regel mit der gerichtlichen Auflösung der Gesellschaft. Im Falle der gerichtlichen Auflösung erfolgt die Liquidation neu nach den Vorschriften über den Konkurs. Die bisherige Praxis, wonach die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatoren eingesetzt wurden, hat sich nicht bewährt. Solche Gesellschaften haben vielfach ihre Geschäftstätigkeit fortgesetzt. Das gesetzliche Liquidationsverfahren wurde in der Regel nicht durchgeführt³.

2. Aktiengesellschaft

Künftig kann eine natürliche oder juristische Person oder eine andere Handelsgesellschaft eine Aktiengesellschaft gründen. Damit kann man sich in Zukunft den Umweg über die treuhänderische Zeichnung von Aktien bei der Gründung ersparen. Gemäss Botschaft kann eine einfache Gesellschaft nicht als Gründerin auftreten⁴. Die Zulassung von Einpersonengesellschaften gilt nicht für Kommanditaktiengesellschaften, da diese Rechtsform begriffsnotwendig zwei Arten von Aktionären voraussetzt (gewöhnliche und unbeschränkt haftende Aktionäre). Neu hat die Urkundsperson zu bestätigen, dass die Belege ihr und den Gründern vorgelegen haben.

2.1 Sachübernahmen

Sachübernahmen und beabsichtigte Sachübernahmen müssen künftig in den Statuten nur noch angegeben werden, falls die Vermögenswerte von Aktionären oder einer diesen nahe stehenden Person übernommen werden sollen. Mit dieser Revision wird auch der Bundesgerichtsentscheid 128 III 178 ff. korrigiert, wonach eine Sachübernahme nur vorliegt, falls sie durch den statutarischen Zweck nicht gedeckt sei. Grundsätzlich muss jedoch jede Handlung des Verwaltungsrates durch den Gesellschaftszweck gedeckt sein. Die Generalversammlung kann Bestimmungen über beabsichtigte Sachübernahmen aufheben, wenn die Gesellschaft endgültig auf die Sachübernahme verzichtet. In diesen Fällen muss die Zehnjahres-Frist nicht abgewartet werden. Die Bestätigung über den endgültigen Verzicht wird praktischerweise in die öffentliche Urkunde über den Beschluss der Generalversammlung aufgenommen. Diese Gesetzesanpassung entspricht einer bisher schon geübten Praxis des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich.

2.2 Kapitalerhöhung

Im Gegensatz zum bisherigen Recht hat das Handelsregisteramt bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung neu zu prüfen, ob die öffentliche Urkunde über den Beschluss der Generalversammlung Angaben über die Zuweisung nicht ausgeübter oder entzogener Bezugsrechte und gegebenenfalls über die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts enthält. Neu muss die Bezeichnung als ordentliche Kapitalerhöhung ins Handelsregister einzutragen werden. Bei einer Kapitalerhöhung aus Eigenkapital ist die Deckung des Erhöhungsbetrages mit der Jahresrechnung in der von den Aktionären genehmigten Fassung und neu mit dem Revisionsbericht eines zugelassenen Revisors nachzuweisen. Beide Belege sind dem Handelsregisteramt einzureichen. Liegt der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurück, so ist ein geprüfter Zwischenabschluss erforderlich. Zwischenabschluss und Revisionsbericht sind dem Handelsregisteramt einzureichen. Künftig wird ein Hinweis auf die Liberierung des Aktienkapitals durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital ins Handelsregister eingetragen. Ebenso werden Verrechnungstatbestände wie vor der Aktienrechtsrevision von 1992 als solche unter Angabe der Forderung und deren Höhe sowie der dafür ausgegebenen Aktien ins Handelsregister eingetragen.

Gemäss revidierter Handelsregisterverordnung soll bei einer genehmigten Kapitalerhöhung der nicht öffentlich zu beurkundende Erhebungsbeschluss des Verwaltungsrates auch die Anpassung des Nennbetrages des genehmigten Kapitals bzw. die Streichung der Bestimmung

über die genehmigte Kapitalerhöhung in den Statuten zum Inhalt haben. Dabei handelt es sich wohl um ein Versehen. Die entsprechende Statutenänderung ist im öffentlich zu beurkundenden Beschluss des Verwaltungsrates enthalten. Die Beschlussfassung der Generalversammlung über eine genehmigte oder bedingte Kapitalerhöhung wird mit einem Hinweis auf deren nähere Umschreibung in den Statuten ins Handelsregister eingetragen.

Bei einer Nachliberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital ist entgegen der Handelsregisterverordnung der Beschluss der Generalversammlung, wonach die freien Reserven dem Verwaltungsrat zur Nachliberierung zur Verfügung gestellt werden, nicht öffentlich zu beurkunden. Das Protokoll hat lediglich die Anforderungen von Art. 702 OR bzw. Art. 23 HRegV zu erfüllen.

Hat eine Aktiengesellschaft das Aktienkapital vollständig verloren, so kann die Generalversammlung als Sanierungsmassnahme einen sogenannten Kapitalschnitt beschliessen. Das Aktienkapital wird auf null herabgesetzt und anschliessend sofort wieder erhöht. Die bisherigen Aktien werden vernichtet. Gemäss Bundesgerichtspraxis behalten bisherige Aktionäre, die sich nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen, eine Stimme. Künftig wird die Entstehung von solchen «Phantom-Aktionären» im Falle eines Kapitalschnittes verhindert, wobei den bisherigen Aktionären ein unentziehbares Bezugsrecht zusteht.

2.3 Verwaltungsrat

Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen nicht mehr Aktionäre sein. Schon bisher hat das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Einhaltung dieser Ordnungsvorschrift nicht überprüft. Die Verwaltungsräte haben das Recht, an der Generalversammlung teilzunehmen und Anträge zu stellen. Das Nationalitäts- bzw. Wohnsitzerfordernis für die Mitglieder des Verwaltungsrates entfällt. Art. 708 OR wird aufgehoben. Dies bedeutet, dass künftig sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates Ausländer mit Wohnsitz im Ausland sein dürfen. Neu muss die Gesellschaft nicht mehr durch einen Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Es genügt ein Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz. Das Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA) legt das Gesetz sehr liberal aus und geht noch einen Schritt weiter. Demnach ist das Wohnsitzerfordernis erfüllt, falls eine Person mit Einzelunterschrift und Wohnsitz in der Schweiz oder zwei Personen mit Kollektivunterschrift zu zweien und Wohnsitz in der Schweiz eingetragen ist bzw. sind. Es wird somit nicht auf die eingetragene oder nicht eingetragene Funktion «Direktor» abgestellt. Eine Prokura wäre in jedem Fall ungenügend.

Auch künftig muss mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung befugt sein.

Mängel in der Organisation der Gesellschaft können nicht mehr durch das Handelsregisteramt sanktioniert werden. Eine Auflösung der Aktiengesellschaft von Amtes wegen durch das Handelsregisteramt ist in solchen Fällen nicht mehr möglich. Das Fehlen eines Verwaltungsrates, das Fehlen eines Präsidenten des Verwaltungsrates sowie die Verletzung von Wohnsitzanforderungen haben neu zwingend die Benachrichtigung des Gerichts durch das Handelsregisteramt zur Folge. Diese Pflicht bleibt auf Verletzungen zwingender gesetzlicher Vorschriften beschränkt, die sich aus dem Handelsregistereintrag und den einzureichenden Belegen ergeben. Demgegenüber ist es nicht Sache der Handelsregisterbehörden, rein statutarische Vorschriften durchzusetzen⁵. Das Handelsregisteramt fordert vorgängig die zur Anmeldung verpflichteten Personen durch eingeschriebenen Brief auf, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die entsprechende Eintragung anzumelden. Löst das Gericht die Gesellschaft auf, erfolgt auch in diesen Fällen die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs.

Die ordentliche Auflösung der Gesellschaft durch die Generalversammlung wird künftig auch dem qualifizierten Beschlussfassungsquorum unterstellt. Gegebenenfalls ist mit der Eintragung der Auflösung ins Handelsregister der Hinweis zu verbinden, dass die statutarische Übertragungsbeschränkung der Aktien (oder der Partizipationsscheine) aufgehoben und der entsprechende Eintrag im Handelsregister gestrichen wird.

3. GmbH

Auch eine GmbH kann künftig durch lediglich eine natürliche oder juristische Person oder eine andere Handelsgesellschaft als «Einpersonengesellschaft» gegründet werden, wobei eine einfache Gesellschaft wiederum nicht als Gründerin auftreten kann⁶. Die Rechtsform steht neu auch für ideelle und gemeinnützige Zwecke zur Verfügung⁷. Mit der Revision haftet nur noch das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafter im Umfang des gesamten Stammkapitals fällt weg.

3.1 Stammkapital

Das minimale Stammkapital beträgt nach wie vor CHF 20 000.–. Die bisherige obere Grenze von CHF 2 000 000.– entfällt. Das Stammkapital muss bei der Gründung vollständig liberiert werden, d.h., es muss für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden. Der Mindestnennwert der Stammanteile beträgt neu CHF 100.–, wobei nun jeder Gesellschafter Eigentümer von mehreren Stammanteilen sein kann. Die Übertragung von Stammanteilen hat damit in den wenigsten Fällen eine Änderung der Statuten zur Folge⁸. Werden Stimmrechtsanteile geschaffen, so dürfen die unterschiedlichen Nennwerte das Verhältnis 1 zu 10 nicht überschreiten. Die aktienrechtliche Regelung, wonach bei einer Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken das Stimmrecht dem ursprünglichen Nennwert entsprechend beibehalten werden kann, ist bei der GmbH nicht analog anwendbar. Die Gesellschafter sind weiterhin unter Angabe der Anzahl und des

Nennwerts ihrer Stammanteile ins Handelsregister einzutragen. Mit der Revision entfällt die Pflicht, dem Handelsregisteramt jährlich eine Gesellschafterliste einzureichen⁹. Die Statuten können die Schaffung von Genussscheinen vorsehen, wobei die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar sind. Das Gesetz sieht von der Möglichkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen in der GmbH ab (qualifiziertes Schweigen des Gesetzes).

3.2 Statuten

Die Statuten können die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten. Sie müssen den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht festlegen. Dieser darf das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen. Die Gesellschafter haften nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschüsse. Eine Nachschusspflicht kann sowohl für sämtliche als auch nur für einzelne Stammanteile vorgesehen werden. Stets muss aus den Statuten klar hervorgehen, welche Stammanteile in welchem Umfang mit einer Nachschusspflicht belastet sind¹⁰. Bestehen Nachschusspflichten, ist ein Verweis auf deren nähere Umschreibung in den Statuten ins Handelsregister einzutragen. Soll eine statutarische Nachschusspflicht herabgesetzt oder aufgehoben werden, sind die Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals entsprechend anwendbar. Ein Gesellschafter mit Nachschusspflicht kann eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen.

Die Gründungsvorschriften entsprechen nach Wortlaut und Struktur neu dem Aktienrecht. Entgegen dem missverständlichen Wortlaut des

Gesetzes sind keine separaten Zeichnungsscheine zu erstellen. Die Zeichnung erfolgt im Rahmen der Simultangründung direkt im Er richtungsakt, wobei auf statutarische Bestimmungen über Nachschusspflichten, Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für die Gesellschafter, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie auf Konventionalstrafen hingewiesen werden muss. Zudem haben die Gründer gegebenenfalls festzuhalten, dass sie die vorgesehenen statutarischen Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten übernehmen. Bei einer Barliberierung ist das Geld auf ein Sperrkonto bei einer Bank einzuzahlen. Bestehen Sacheinlagen, Sachübernahmen, Verrechnungstatbestände oder besondere Vorteile, so ist ein von allen Gründern oder deren Vertreter zu unterzeichnender Gründungsbericht zu erstellen und dem Handelsregisteramt einzureichen. Zudem hat ein zugelassener Revisor zu prüfen, ob der Gründungsbericht vollständig und richtig ist und dies schriftlich zu bestätigen. Die Prüfungsbestätigung ist dem Handelsregisteramt ebenfalls einzureichen.

3.3 Erhöhung Stammkapital

Die Erhöhung des Stammkapitals richtet sich nach den Vorschriften über die Gründung der GmbH und den Vorschriften des Aktienrechts über die ordentliche Kapitalerhöhung. Sie erfolgt somit neu auch in einem zweistufigen Verfahren. In einem ersten Schritt erfolgt der öffentlich zu beurkundende Kapitalerhöhungsbeschluss durch die Gesellschafterversammlung. In einem zweiten Schritt folgt der ebenfalls öffentlich zu beurkundende Durchführungsbeschluss durch die Geschäftsführer mit den gesetzlich verlangten Feststellungen und der Statutenänderung. Neu ist in jedem Fall ein Kapitalerhöhungsbericht zu erstellen und dem Handelsregisteramt einzureichen. Die revidierte Handelsregisterverordnung verlangt, dass im Gegensatz zur Regelung bei der Aktiengesellschaft der Kapitalerhöhungsbericht von einem Geschäftsführer mit Zeichnungsrecht unterzeichnet sein muss. Gemäss Auskunft des EHRA handelt es sich dabei um ein Versehen des Verordnungsgebers, sodass die Handelsregisterämter auch Kapitalerhöhungsberichte akzeptieren können, welche von einem nicht zeichnungsberechtigten Geschäftsführer unterzeichnet sind. Weiter hat ein zugelassener Revisor zu prüfen, ob der Kapitalerhöhungsbericht vollständig und richtig ist. Er bestätigt dies schriftlich. Die Prüfungsbestätigung muss auch dann eingeholt werden, wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt. Sie ist nicht erforderlich, falls die Liberierung bar erfolgt und weder Sachübernahmen vorgesehen sind noch das Bezugsrecht eingeschränkt oder aufgehoben

wird. Die Prüfungsbestätigung ist dem Handelsregisteramt ebenfalls einzureichen. Die Urkundsperson hat zu bestätigen, dass die Belege ihr und den Geschäftsführern vorgelegen haben. Ein öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile ist ausgeschlossen. Die Erhöhung des Stammkapitals muss innerhalb von drei Monaten nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden. Anmeldungen, die nach dieser Frist eingereicht werden, sind abzuweisen. Die Frist ist gewahrt, wenn die Anmeldung und die erforderlichen Belege am letzten Tag der Frist zu Händen des Handelsregisteramtes der Schweizerischen Post übergeben werden. Verrechnungstatbestände werden wie bei der Aktiengesellschaft als solche unter Angabe der Forderung und deren Höhe sowie der dafür ausgegebenen Stammanteile ins Handelsregister eingetragen. Auch bei der GmbH wird ein Hinweis auf die Liberierung des Stammkapitals durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital ins Handelsregister eingetragen. Die Möglichkeiten der genehmigten und der bedingten Kapitalerhöhung bestehen bei der GmbH nicht¹¹.

3.4 Kapitalherabsetzung

Die Kapitalherabsetzung erfolgt grundsätzlich gemäss den Vorschriften des Aktienrechts. Dies gilt neu auch für die Sanierungsherabsetzung (Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz). Damit kann künftig in diesen Fällen auf die Aufforderung an die Gläubiger verzichtet werden. Der Nennwert eines Stammanteils hat nach einer Sanierungsherabsetzung mindestens CHF 1.– zu betragen. Eine Sanierungsherabsetzung darf nur erfolgen, wenn die Gesellschafter die in den Statuten vorgesehenen Nachschüsse voll geleistet haben. Der zugelassene Revisionsexperte hat auch dies in seinem Prüfungsbericht zu bestätigen.

3.5 Abtretung von Stammanteilen

Bisher bedurften die Verpflichtung zur Abtretung sowie die Abtretung von Stammanteilen der öffentlichen Beurkundung. Neu bedürfen diese Geschäfte lediglich der schriftlichen Form. Solange allerdings die Statuten die öffentliche Beurkundung vorschreiben, ist die Übertragung von Stammanteilen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts öffentlich zu beurkunden. In den Abtretungsvertrag müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten wie bei der Zeichnung aufgenommen werden. Dies betrifft Nachschusspflichten, Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für die Gesellschafter, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen. Ein Abtretungsvertrag, der gegen diese Anforderungen verstösst, ist rechtlich unwirksam¹². Die Abtretung könnte nicht ins Handelsregister eingetragen werden¹³. Wird nicht das Verpflichtungsgeschäft, wohl aber das Verfügungsgeschäft – die eigentliche Abtretung – schriftlich festgehalten, gilt der Formmangel beim Verpflichtungsgeschäft wohl auch künftig als geheilt¹⁴. Sämtliche Übertragungen von Stammanteilen sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Erwerb darf nur ins Handelsregister eingetragen werden, wenn lückenlos nachgewiesen wird, dass der Stammanteil vom eingetragenen Gesellschafter auf den Erwerber übergegangen ist.

Das Gesetz sieht eine dispositive Vinkulierung vor, die keiner Konkretisierung in den Statuten bedarf. Dabei ist im Gegensatz zum Aktienrecht eine Verweigerung der Zustimmung durch die zwingend zuständige Gesellschafterversammlung ohne Angabe von Gründen möglich¹⁵. Die Statuten können eine abweichende Ordnung der Vinkulierung vorsehen. So kann auf das Erfordernis der Zustimmung verzichtet werden oder es kann die Abtretung ausgeschlossen werden. Möglich ist auch eine Regelung, wonach die Verweigerung der Zustimmung nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann. Dabei ist es im Gegensatz zum Aktienrecht nicht notwendig, dass die wichtigen Gründe konkret und abschliessend in den Statuten genannt werden¹⁶. Besteht eine vom Gesetz abweichende Vinkulierung, ist ein Verweis auf deren nähere Umschreibung in den Statuten ins Handelsregister einzutragen.

Neu können die Statuten allen oder einzelnen Gesellschaftern ein Vetorecht gegen sämtliche oder bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen. Die erfassten Beschlüsse sind in den Statuten klar zu umschreiben. Ausgeschlossen ist ein direktes Vetorecht gegenüber den Entscheidungen der Geschäftsführer.

3.6 Geschäftsführung

Als Geschäftsführer können nur natürliche Personen eingesetzt werden. Die Bestimmung, wonach geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH der Konkursbetreibung unterstellt sind, wird aufgehoben¹⁷. Weiter muss die Gesellschafterversammlung bei mehreren Geschäftsführern den Vorsitzenden der Geschäftsführung wählen, wobei die Statuten die Wahl den Geschäftsführern überlassen können¹⁸. Der Vorsitzende der Geschäftsführung wird mit dieser Funktion ins Handelsregister eingetragen. Sollte im Rahmen der Gründung kein Vorsitzender bestellt werden, so könnte die Gesellschaft nicht eingetragen werden. Sollte nach der Eintragung die Funktion nicht mehr besetzt werden, würde es sich um einen Organisationsmangel handeln und hätte die Benachrichtigung des Gerichts durch das Handelsregisteramt zur Folge. Gemäss der dispositiven gesetzlichen Regelung führen die Geschäftsführer neu Einzelunterschrift. Die Statuten können bestimmen, dass die Geschäftsführung die Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer regelt¹⁹. Künftig können auch Geschäftsführer, welche nicht Gesellschafter sind, ohne Zeichnungsberechtigung in das Handelsregister eingetragen werden. Die Gesellschaft muss durch die Geschäftsführung vertreten werden können. Neu muss die Gesellschaft nicht mehr durch einen Geschäftsführer mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können²⁰; es genügt ein Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz. Auch hier gilt entsprechend der Praxis des EHRA, dass das Wohnsitzerfordernis bereits erfüllt ist, falls eine Person mit Einzelunterschrift und Wohnsitz in der Schweiz oder zwei Personen mit Kollektivunterschrift zu zweien und Wohnsitz in der Schweiz unabhängig von der Funktion eingetragen ist bzw. sind. Das Handelsregisteramt hat die Einhaltung dieser Vorschriften zu prüfen. Die Gesellschafterversammlung ernennt Direktoren, Prokuristen sowie Handlungsbevollmächtigte. Die Statuten können diese Befugnis

auch den Geschäftsführern einräumen. Auch in diesem Fall bleibt die Befugnis der Gesellschafterversammlung zur Ernennung der genannten Personen erhalten. Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte können nur aufgrund eines Beschlusses der Geschäftsführung²¹ und nicht mehr durch einen einzelnen Geschäftsführer allein in ihrer Funktion eingestellt werden²².

Bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar, d.h., das Handelsregisteramt überweist die Angelegenheit dem Gericht.

Neu werden die Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters geregelt; er erhält eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht. Beim Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten eine abweichende Regelung treffen.

4. Genossenschaft

Auch bei der Genossenschaft entfällt das Nationalitäts- bzw. Wohnsitzerfordernis für die Mitglieder der Verwaltung²³. Die Genossenschaft muss nicht mehr durch ein Mitglied der Verwaltung mit Schweizer Bürgerrecht und Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Es genügt gemäss Gesetzeswortlaut ein Geschäftsführer oder Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz, wobei auch hier gemäss Praxis die gesetzlichen Vorgaben mit der Eintragung einer Person mit Einzelunterschrift ohne Funktionsbezeichnung als erfüllt gelten. Eine Bestimmung, wonach mindestens ein Mitglied der Verwaltung zur Vertretung befugt sein muss, findet sich nicht mehr im Gesetz. Laut Auskunft des EHRA handelt es sich hierbei um ein gesetzgeberisches Versehen.

Genossenschafter, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegen, können eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen. Die Pflicht des Handelsregisteramtes, für jede Genossenschaft mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht eine Mitgliederliste anzulegen und nachzuführen, entfällt. Nach wie vor hat die Verwaltung jedoch ein Genossenschafterverzeichnis zu führen. Das von einem Mitglied der Verwaltung unterzeichnete Verzeichnis ist dem Handelsregisteramt einzureichen. Jeder Eintritt oder Austritt eines Genossenschafter ist von der Verwaltung innerhalb drei Monaten beim Handelsregister unter Beilage eines von einem Mitglied der Verwaltung unterzeichneten und aktualisierten Verzeichnisses anzumelden. Das Verzeichnis steht zur Einsicht offen.

Bei Mängeln in der Organisation der Genossenschaft sind die Vorschriften des Aktienrechts

entsprechend anwendbar, d.h. das Handelsregisteramt überweist die Angelegenheit dem Gericht. Erhält beispielsweise das Handelsregisteramt Kenntnis, dass die Zahl der Genossenschafter unter die Mindestanzahl von sieben gesunken ist, erfolgt die Überweisung ans Gericht.

Gesetzesartikel

Der vorliegende Artikel stützt sich auf folgende Gesetzesartikel, welche zur besseren Übersicht nicht alle im Beitrag direkt erwähnt wurden:

OR: Art. 651ff., insbesondere Art. 718, Art. 731b; Art. 777 ff., Art. 828 ff. und Art. 927 ff.

HRegV: Art. 15, Art. 17, Art. 24, Art. 26, Art. 28, Art. 44 ff., Art. 71 ff., Art. 84 ff., Art. 119, Art. 121, Art. 154 und Art. 174.

RAV: Art. 8 Abs. 1; RAG: Art. 15

Im TREX 2/2008 folgt der zweite Teil des Artikels mit den Kapiteln Handelsregister, Firmenrecht, Verein, Stiftung, Vormundschaftsrecht, den Übergangsbestimmungen OR und HRegV und dem Fusionsrecht.

Das EHRA hat zusammen mit den Handelsregisterämtern der Kantone Zürich, St. Gallen und Genève Musterstatuten für die neue GmbH ausgearbeitet. Diese sind auf der Website des EHRA erhältlich. Zudem werden im Hinblick auf das neue Recht auch die Musterurkunden des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich aktualisiert. ■

¹ Der Aufsatz erscheint in einer leicht abgeänderten Fassung auch in der ZBGR 89 S. 1 ff.

² Botschaft 4021

³ Botschaft 3232

⁴ Botschaft 3226, 3172 f.

⁵ Botschaft 3239 f.

⁶ Botschaft 3172 f.

⁷ Botschaft 3171

⁸ vgl. Art. 776 Ziff. 3 OR

⁹ Botschaft 3192

¹⁰ Botschaft 3195

¹¹ Botschaft 3181

¹² Handschin/Truniger, Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 19 N 31; Böckli, in: Böckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 14

¹³ Handschin/Truniger, a.a.O., § 19 N 31; Gwelessiani, in: Böckli/Forstmoser, a.a.O., S. 190 f.

¹⁴ Handschin/Truniger, a.a.O., § 19 N 30 mit Hinweisen

¹⁵ Art. 786 Abs. 1 OR; Botschaft 3185 f.

¹⁶ Botschaft 3186

¹⁷ bisher Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG

¹⁸ Botschaft 3212

¹⁹ Art. 814 Abs. 2 OR; Botschaft 3216

²⁰ bisher BGE 111 II 375 ff.

²¹ analog Art. 726 Abs. 1 OR

²² Art. 815 Abs. 3 OR; Botschaft 3217

²³ Streichung von Art. 895 OR

→ Musterstatuten

www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gmbh_musterstatuten.html