

**Reto Berthel**

lic. iur., Vorsteher
Handelsregisteramt des Kantons
Luzern*

Gründung der GmbH

Nach neuem Recht aus Sicht des Praktikers

1. Errichtungsakt

Die GmbH wird errichtet, indem der/die Gründer in öffentlicher Urkunde erklärt/erklären, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gründen, darin die Statuten festlegt/festlegen und die Organe bestellt/bestellen (OR 777 Abs. 1). Einfachheitshalber wird in der Folge nur noch von Gründern (Mehrzahl) gesprochen.

Bei einer qualifizierten Gründung gelten neu die gleichen Massnahmen wie bei der AG, deren rechtliche Vorschriften anzuwenden sind.¹

Die Gründer zeichnen (OR 777 Abs. 2) im Errichtungsakt die Stammanteile unter Angabe von Anzahl, Nennwert, gegebenenfalls Kategorie und Ausgabebetrag (OR 777a Abs. 1). Unter Umständen ist in der öffentlichen Urkunde noch auf statutarische Bestimmungen hinzuweisen (OR 777a Abs. 2). Weil bei der AG eine Teilliberierung möglich ist (OR 632), verlangt der Gesetzgeber bei der Zeichnung von Aktien eine bedingungslose Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (OR 630 Ziff. 2.). Weil das neue GmbH-Recht keine Teilliberierung mehr zulässt, muss bei der Gründung «für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden» (OR 777c Abs. 1). Die Gründer

stellen fest, dass «die Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen» (OR 777 Abs. 2 Ziff. 2.). Beim Errichtungsakt stellen die Gründer fest (OR 777 Abs. 2 Ziffer 1. – 4.), dass:

- sämtliche Stammanteile gültig gezeichnet sind.
- die Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen.
- die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind.
- sie die statutarischen Nachschuss- (OR 795 ff.) und/oder Nebenleistungspflichten (OR 796 f.) übernehmen (sofern solche bestehen).

Geschäftsführer können nur gewählt werden, wenn die Geschäftsführung in den Statuten vom Grundsatz abweichend geordnet (OR 809 Abs. 1 Satz 2) und das Konzept der Selbstorganschaft aufgegeben wird. Auch die Bestimmung ihrer Zeichnungsberechtigung ist nur bei einer von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichenden statutarischen Regelung möglich (OR 814 Abs. 2).

Falls die GmbH eine ordentliche (OR 818 Abs. 1 i.V.m. OR 727 sowie OR 818 Abs. 2 und OR 825a Abs. 4) oder eingeschränkte Revision (OR 818 Abs. 1 i.V.m. OR 727a) durchführt, ist durch die Gründer eine Revisionsstelle zu wählen. Im Falle eines Verzichts auf eine Revision

siehe OR 818 Abs. 1 i.V.m. OR 727a Abs. 2 sowie HRegV 62 Abs. 1 und 3.

Das neue GmbH-Recht verlangt, dass die Urkundsperson im Errichtungsakt die Belege über die Gründung einzeln nennt und bestätigt, dass diese Belege ihr und den Gründern vorgelegen haben (OR 777b Abs. 1).

Neu hält OR 777b Abs. 2 Ziffer 2. und 3. fest, dass bei Sacheinlage- und Sachübernahmegründungen ein Gründungsbericht (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635 Ziff. 1.) und eine Prüfungsbestätigung (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635a) zu erstellen und vorzulegen sind. Dies gilt auch bei einer Liberierung durch Verrechnung (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635 Ziff. 2. und OR 635a).

Dem Errichtungsakt sind folgende Belege beizulegen (OR 777b Abs. 2):

- Statuten (OR 776 f.)
- gegebenenfalls Gründungsbericht
- gegebenenfalls Prüfungsbestätigung
- gegebenenfalls Bestätigung über die Hinterlegung von Einlagen in Geld (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 633)
- allfällige Verträge betreffend Sacheinlagen sowie bereits vorliegende Verträge betreffend Sachübernahmen

Die öffentliche Urkunde ist durch die Gründer (Urkundsparteien) zu unterzeichnen.

2. Zeichnung der Stammanteile

Die Zeichnung der Stammanteile (als Verpflichtung zur Einlage) bedarf zu ihrer Gültigkeit der Angabe von Anzahl, Nennwert und Ausgabebetrag (OR 777a Abs. 1). Dieser entspricht im Regelfall dem Nennwert. Werden die Stammanteile ausnahmsweise über pari – d.h. zu einem über dem Nennwert der Stammanteile liegenden Betrag (Agio) – ausgegeben, entsteht bei der Liberierung ein Nettoerlös (Differenz zwischen dem Nennwert und dem Ausgabebetrag). Das Agio ist aber nicht Teil des Stammkapitals und grundsätzlich als Reserve gebunden (OR 801 i.V.m. OR 671 Abs. 2 Ziff. 1.).²

Die Verpflichtung, ein Agio zu leisten, wird nach neuem GmbH-Recht durch Zeichnung der Stammanteile verbindlich. Das Agio erfordert hier keine Statutenpublizität und erlangt auch keine Registerpublizität.

Bestehen mehrere Kategorien von Stammanteilen (OR 799 i.V.m. OR 654 und OR 656 sowie OR 806 Abs. 2), so ist auch die Kategorie anzugeben (OR 777a Abs. 1).

Bei Zeichnung der Stammanteile entfällt die Angabe der Art der Anteile (OR 777a Abs. 1), da Stammanteile nur als Beweisurkunden oder Namenwertpapiere (OR 974 ff.) ausgestaltet werden können (OR 784 Abs. 1).

In der Urkunde über die Zeichnung muss zum Schutz der Gründer ausdrücklich hingewiesen werden auf statutarische Bestimmungen über (OR 777a Abs. 2):

- Nachschusspflichten (OR 795 ff.)
- Nebenleistungspflichten (OR 796 f.)
- Konkurrenzverbote für die Gesellschafter (OR 803 Abs. 2 Satz 3)
- Vorhand-, Vorkaufs- und Kausrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft (für den Erwerb eigener Stammanteile: OR 783) an Stammanteilen. Sie stellen eine besondere Art von Nebenleistungspflichten dar.³
- Konventionalstrafen zur Sicherung der Erfüllung gesetzlicher oder statutarischer Pflichten.

Der Gesetzgeber sieht Zeichnungsscheine nur bei der Stammkapitalerhöhung vor. OR 781 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. OR 652 Abs. 1 hält fest, dass bei der Stammkapital-Erhöhung die Stammanteile «in einer besonderen Urkunde (Zeichnungsschein) nach den für die Gründung geltenden Regeln gezeichnet» werden. OR 777a, der die Zeichnung der Stammanteile beim Errichtungsakt regelt, spricht in Abs. 2 von «der Urkunde über die Zeichnung». Dabei handelt es sich um die in OR 777 (Errichtungsakt) Abs. 1 erwähnte öffentliche Urkunde, welche die Zeichnung und die Feststellung der Zeichnung festhält (OR 777 Abs. 2).

OR 792 regelt das gemeinschaftliche Eigentum an Stammanteilen und gilt sowohl für Mit- als auch für Gesamteigentum. Gemeinschaftliches Eigentum kann sich vor allem ergeben, wenn Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften Stammanteile zeichnen. Steht ein Stammanteil in gemeinschaftlichem Eigentum mehrerer Personen, haben diese einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen (OR 792 Abs. 1 Ziff. 1.). Nur diese Person kann die Rechte aus dem Stammanteil ausüben.⁴ Bei einem Stammanteil, der mehreren berechtigten Personen ungeteilt zusteht, haften diese solidarisch für statutarische Nachschuss- und/oder Nebenleistungspflichten, die mit diesem Stammanteil verbunden sind (OR 792 Ziff. 2.).

3. Einlagen

Das neue GmbH-Recht schafft die subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafter ab, verlangt dafür aber, dass bei einer Gründung bzw. Stammkapital-Erhöhung für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet wird (OR 777c Abs. 1 bzw. OR 781 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. OR 777c Abs. 1) und die Stammanteile mindestens zum Nennwert ausgegeben werden (OR 774 Abs. 2).

Das Aufbringen des Stammkapitals muss durch die gleichen Vorkehren wie bei der Aktiengesellschaft gewährleistet werden (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3.). Es ist unerlässlich, eine einigermaßen verlässliche Liberierung durchzusetzen – dies auch im Hinblick auf die geringen Anforderungen an das Mindestkapital von CHF 20 000.– (OR 773).

OR 793 Abs. 2 verbietet jede Rückerstattung von Einlagen. Obwohl in OR 680 Abs. 2 unklar formuliert, gilt die gleiche Regelung wie bei der AG. Zum Schutz der Gläubiger ist eine Rückleistung nur auf dem Wege einer Stammkapital-Herabsetzung zulässig.⁵

Auf das Aktienrecht wird in OR 777c Abs. 2 verwiesen, und zwar in drei Punkten, die für alle Formen von Kapitalgesellschaften übereinstimmend geregelt wurden:⁶

- Ziffer 1. verweist für die Angabe von Sacheinlagen, Sachübernahmen, beabsichtigten Sachübernahmen und besonderen Vorteilen in den Statuten auf OR 628. Besondere Vorteile
 - sind besondere Vergünstigungen für Gründer oder andere Personen, die anderen an der GmbH Beteiligten nicht zukommen.
 - stellen in der Regel eine Entschädigung für Verdienste im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft dar und können nach der Gründung nicht mehr eingeräumt werden (ausser bei Kapitalerhöhungen).

- sind personen-, nicht stammanteilbezogen.
- können ganz unterschiedliche Formen annehmen.
- können einmalig, periodisch, sofort oder erst in Zukunft fällig sein.
- können etwa Rechte sein auf Gewinnbeteiligung, Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen der künftigen Gesellschaft, Gebrauchs- und Benutzungsrechte.
- müssen besondere Privilegien sein.
- können – müssen aber nicht – in Genussscheinen verbrieft werden (OR 774a i.V.m. OR 657).⁷
- lassen sich nicht immer bewerten (z. B. Abnahme- oder Übernahmeverpflichtungen).

- Ziffer 2. hält fest, dass für die Eintragung von Sacheinlagen, Sachübernahmen, beabsichtigten Sachübernahmen und besonderen Vorteilen ins Handelsregister das Gleiche gilt wie für die Aktiengesellschaft (OR 642). Zusätzlich wird die Einräumung besonderer Vorteile erfasst und auch der Verrechnungstatbestand (HRegV 73 Abs. 2 i.V.m. HRegV 45 Abs. 2 Bst. c.).

- Ziffer 3. verweist für die
 - **Leistung der Einlagen** als Erfüllung der Einlageverpflichtung (Liberierung) auf OR 633 und 634.

Bareinlagen sind bei einem dem Bankengesetz⁸ unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft zu hinterlegen (OR 633), nicht dagegen ein allfälliges Agio.⁹ Für Sacheinlagen gilt OR 634. Zusätzlich sind die durch die Literatur und Praxis entwickelten Kriterien zur Zulässigkeit von Sacheinlagen zu beachten.¹⁰ Zulässig ist auch die Liberierung durch Verrechnung.¹¹ Sie ist allerdings nur möglich, wenn die GmbH in Gründung sämtliche Aktiven und das gesamte Fremdkapital eines Geschäftes (z. B. Einzelunternehmen, Kollektivgesellschaft) übernimmt und Gläubiger der untergehenden Unternehmung Stammanteile zeichnen, wobei sie ihre Einlageschuld dadurch erfüllen, dass sie ihre Gläubigerstellung ganz oder teilweise aufgeben, indem sie ihre unter dem Fremdkapital des übernommenen Geschäftes enthaltene Forderung gegen die GmbH in Gründung ganz oder zum Teil verrechnen. Der Verrechnungstatbestand erlangt auch im neuen Recht keine Statutenpublizität (OR 777c Abs. 2 Ziff. 1.), wohl aber Registerpublizität (HRegV 73 Abs. 2 i.V.m. HRegV 45 Abs. 2 Bst. c.).

- **Prüfung der Einlagen** auf OR 635 und 635a

Gründer haben bei einer qualifizierten Gründung in einem schriftlichen Bericht (Gründungsbericht) Rechenschaft zu geben über Sacheinlagen, Sachübernahmen,

beabsichtigte Sachübernahmen, Liberierung durch Verrechnung und die Einräumung besonderer Vorteile. Dieser Gründungsbericht ist durch einen zugelassenen Revisor (RAG 5 und 6) zu prüfen (OR 635a). Dies gilt auch für Gesellschaften, die über keine Revisionsstelle verfügen.¹² Der zugelassene Revisor bestätigt schriftlich, dass der Gründungsbericht vollständig und richtig ist (OR 635a). Bei Gesellschaften, die als Publikumsgesellschaften gelten, und bei jenen, die nicht als solche gelten, trotzdem aber zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, muss die Prüfung des Gründungsberichts ebenfalls durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen bzw. durch einen zugelassenen Revisionsexperten (bei «wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften») vorgenommen werden.

4. Statuten

Im öffentlich zu beurkundenden Errichtungsakt legen die Gründer die Gründungsstatuten in ihrer Gesamtheit und definitiv fest.¹³

4.1 Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt

Mindestinhalt der Statuten (OR 776):

Ziffer 1.: Unveränderte Übernahme aus dem alten GmbH-Recht.

Ziffer 2.: «Gegenstand des Unternehmens» heisst neu «Zweck der Gesellschaft». Der Zweck muss so umschrieben werden, dass das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft für Dritte klar ersichtlich ist (HRegV 118 Abs. 1). Für die Eintragung ins Handelsregister kann die Zweckumschreibung der Gesellschaft unverändert aus den Statuten übernommen (HRegV 118 Abs. 2 Bst. a.) oder auf den wesentlichen Inhalt verkürzt und in Bezug auf die nicht eingetragenen Angaben mit einem Hinweis auf die Statuten ergänzt werden (HRegV 118 Abs. 2 Bst. b.).

Ziffer 3.: «Betrag der Stammeinlage» heisst neu «Nennwert der Stammanteile»; Angabe der Anzahl der Stammanteile, weil jeder Gesellschafter nach neuem GmbH-Recht mehrere Stammanteile haben darf. Stammanteil wird im neuen GmbH-Recht einheitlich, (Stamm-)Einlage nur noch für die Liberierungsart verwendet.

Ziffer 4.: Unveränderte Übernahme aus dem alten GmbH-Recht. Enthalten die Statuten eine gesetzlich nicht vorgeschriebene Bestimmung über die Form der Mitteilungen der Geschäftsführer an die Gesellschafter, ist diese Publikationsart neu auch bei der GmbH ins Handelsregister einzutragen (HRegV 73 Abs. 1 Bst. u.).

4.2 Bedingt notwendiger Inhalt

In wichtigen Fragen ist die gesetzliche Ordnung des GmbH-Rechts dispositiver Natur. Die vom neuen GmbH-Recht gebotene Flexibilität ruft nach einer sorgfältigen Statutenredaktion. Dies gilt vor allem für Gesellschaften, in denen nicht die Gesellschafter selbst die Geschäfte führen und solche mit Nachschuss- und/oder Nebenleistungspflichten. Berücksichtigen die Statuten die speziellen Bedürfnisse, sind sie anzupassen, sobald die Umstände sich wesentlich geändert haben. Dabei kann der Praktiker die gesetzliche Aufzählung der bedingt notwendigen Statutenbestimmungen (OR 776a) als Checkliste für die Ausarbeitung der Statuten verwenden.¹⁴

OR 776a: Der Normgehalt bleibt auf die Aufzählung des bedingt notwendigen Inhalts der Statuten beschränkt. Die materielle Regelung der einzelnen Optionen erfolgt stets in anderen Bestimmungen.¹⁵

OR 776a Abs. 1: Hält fest, welche Gestaltungselemente zu ihrer Verbindlichkeit zwingend der Aufnahme in die Statuten bedürfen. OR 776a Abs. 2: Zeigt auf, in welchen Punkten von der gesetzlichen GmbH-Ordnung mit einer statutarischen Regelung abgewichen werden kann.

Für Bestimmungen zur Begründung und Ausgestaltung von **Nachschusspflichten** siehe OR 795 ff. und von **Nebenleistungspflichten** siehe OR 796. In den Statuten kann auf ein Reglement mit Einzelheiten zu Nebenleistungspflichten verwiesen werden (OR 796 Abs. 3 Satz 2). Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft stellen Nachschusspflichten den Gläubigern gegenüber ein zusätzliches Haftungssubstrat dar. Sie haben daher ein grosses Interesse daran, sich zumindest über das Bestehen von Nachschusspflichten informieren zu können. Der Stand variiert jedoch je nach erbrachten Leistungen des Gesellschafters und allfälligen Rückerstattungen der Gesellschaft. Daher ist es unmöglich, den jeweiligen Stand in verlässlicher Weise im Handelsregister offenzulegen. Die total revidierte **Handelsregisterverordnung erweitert** nun die **Handelsregisterpublizität**, sieht aber nur vor, dass bei Nachschusspflichten lediglich ein Verweis auf deren genauere statutarische Umschreibung ins Handelsregister einzutragen ist (HRegV 73 Abs. 1 Bst. j.). Sie verzichtet jedoch auf detaillierte Angaben zu bereits geleisteten oder geschuldeten Nachschüssen der Gesellschafter. Für weitere Informationen müssen Dritte die Statuten einsehen oder sich bei der Gesellschaft erkundigen.¹⁶

Das neue GmbH-Recht hält in OR 795 Abs. 1 als Grundsatz fest, dass die Statuten die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten können. Die Gesellschafter müs-

sen zusätzliche Einlagen erbringen, wenn die Gesellschaft Verluste erlitten hat. Im Gegensatz zur Haftung, welche gegenüber Gläubigern besteht und erst eintritt, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist, stellt die Nachschusspflicht eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft dar, die als Sanierungsmassnahme dient und die Zahlungsunfähigkeit vermeiden soll.¹⁷

Die Gesellschafter sind nachschusspflichtig, weil die Nachschusspflicht nicht mit bestimmten Personen, sondern mit den Stammanteilen verbunden ist. Vorbehalten bleibt jedoch die Fortdauer der Nachschusspflicht für Gesellschafter, die aus der GmbH ausscheiden (OR 795d). Die verpflichteten Personen werden nicht namentlich in den Statuten genannt. Sie bestimmen sich durch das Eigentum an den Stammanteilen, die mit einer Nachschusspflicht belastet sind.¹⁸

Nach OR 795 Abs. 2 Satz 1 müssen die Statuten den mit einem Stammanteil verbundenen Betrag der Nachschusspflicht festlegen. Es kann eine Nachschusspflicht für einzelne oder sämtliche Stammanteile vorgesehen oder auf bestimmte Kategorien (OR 799 i.V.m. OR 654 und 656; OR 806 Abs. 2) beschränkt werden. Aus den Statuten muss klar hervorgehen, welche Stammanteile in welchem Umfang mit einer Nachschusspflicht belastet sind.¹⁹

Das neue GmbH-Recht beschränkt in OR 795 Abs. 2 Satz 2 Nachschusspflichten auf das Doppelte des Nennwertes der Stammanteile, mit denen sie verbunden sind. Dabei ist ein allfälliges Agio nicht zu berücksichtigen.²⁰

Die Möglichkeit, Gesellschafter statutarisch zu Nebenleistungen zu verpflichten, gilt als eines der Kennzeichen der GmbH (OR 772 Abs. 2), und füllt mit dem neuen GmbH-Recht bestehende Regelungslücken, um einen hinreichenden Schutz der Gesellschafter sicherzustellen.²¹

OR 796 Abs. 1 hält den Grundsatz fest, wonach die Statuten die Gesellschafter zu Nebenleistungen verpflichten können. Als Inhalt einer solchen Pflicht ist sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen oder ein Dulden zulässig. Auch Nebenleistungspflichten können mit sämtlichen oder nur mit bestimmten Stammanteilen verbunden werden.²²

Die gesetzliche Regelung statutarischer Nebenleistungspflichten ist zum Schutz der betroffenen Personen als zwingend zu verstehen. Dies steht der Vereinbarung rein vertraglicher Leistungspflichten nicht entgegen. Im Unterschied zu rein vertraglichen Abmachungen zwischen den Gesellschaftern ist bei statutarischen Nebenleistungspflichten die Gesellschaft selbst zur Durchsetzung befugt.²³

OR 796 Abs. 2 hält fest, dass in den Statuten nur Nebenleistungspflichten vorgesehen wer-

den dürfen, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen. Diese Bestimmung will sachfremde Verpflichtungen ausschliessen wie z. B. Pflichten, die gar nicht der Gesellschaft selbst, sondern den Partikularinteressen einzelner Personen dienen. Zulässig sind etwa:²⁴

- Belieferungs- oder Abnahmepflichten
- Recht zur Benutzung von Parkplätzen
- Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte an Stammanteilen usw.

Nach OR 796 Abs. 3 müssen auch mit einem Stammanteil verbundene Nebenleistungspflichten in den Statuten klar und eindeutig umschrieben werden. Zu bestimmen sind insbesondere Gegenstand und Umfang der vorgesehenen Pflichten. Weitere Punkte sind in die Statuten aufzunehmen, sofern sie nach den konkreten Umständen von wesentlicher Bedeutung sind, so etwa Befristungen und Bedingungen. Soweit jedoch eine detaillierte Regelung erforderlich ist, kann für die nähere Umschreibung auf ein Reglement der Gesellschafterversammlung verwiesen werden.²⁵

Werden nach erfolgter Gründung Nachschuss- und/oder Nebenleistungspflichten neu in die Statuten aufgenommen oder erweitert, ist dafür die Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter notwendig (OR 797). Personen, die der entsprechenden Statutenänderung nicht zustimmen, können keine zusätzlichen und keine erweiterten Pflichten auferlegt werden.²⁶

Vorzugsstammanteile

- Regelt das neue GmbH-Recht durch Verweisung auf das Aktienrecht (OR 799 i.V.m. OR 654 und 656).²⁷
- bzw. Prioritätsstammanteile räumen gegenüber den «gewöhnlichen» Stammanteilen den Berechtigten vermögensrechtliche Vorteile (OR 799 i.V.m. OR 656 Abs. 2) ein, die einer bestimmten Stammanteilkategorie zukommen. Dadurch unterscheiden sie sich von den besonderen Vorteilen, die den Begünstigten zuerkannt werden (OR 777c Abs. 2 Ziff. 1. i.V.m. OR 628 Abs. 3).
- bzw. die entsprechenden Vorrechte müssen begriffsnotwendigerweise statutarisch begründet sein (OR 799 i.V.m. OR 656 Abs. 1).²⁸
- werden ausgegeben durch Gesellschafterversammlungsbeschluss, welcher keiner vorbestehenden statutarischen Grundlage bedarf. Eine «Kann»-Vorschrift oder eine Ermächtigungsklausel in den Statuten ist nicht erforderlich.²⁹

- bzw. entsprechende Vorrechte können nur aufgehoben oder beeinträchtigt werden und Vorzugsstammanteile, denen gegenüber den bisherigen Vorzugsstammanteilen Vorrechte eingeräumt werden, können nur ausgegeben werden durch Zustimmung sowohl der Sonderversammlung der Gesellschafter mit Vorzugsstammanteilen als auch der Gesellschafterversammlung sämtlicher Gesellschafter (OR 808). Es bedarf somit stets beider Beschlüsse und zwar selbst dann, wenn die Gesellschafterversammlung in Form einer Universalversammlung stattfindet.³⁰ Die Sonderversammlung (OR 799 i.V.m. OR 654 Abs. 2 und 3) beschliesst in analoger Anwendung von OR 808 und hält diesen Beschluss in einfacher Schriftform fest. Öffentliche Beurkundung entfällt mangels gesetzlicher Grundlage. OR 654 Abs. 2 und 3 ist nicht zwingend. Das Gesetz behält eine «abweichende Ordnung durch die Statuten» ausdrücklich vor (OR 654 Abs. 2). Die Tragweite dieses Vorbehalts ist kontrovers.³¹

4.3 Statutarische Bestimmungen gem.

OR 777c Abs. 2 Ziff. 1. i.V.m. OR 628

Die Sacheinlage, die Sachübernahme, die beabsichtigte Sachübernahme und die Gewährung besonderer Vorteile anlässlich der Gründung – nicht aber die Verrechnung – bringen die Verpflichtung mit sich, eine entsprechende Bestimmung in die Statuten aufzunehmen.

Wird dem Handelsregisteramt bekannt, dass eine qualifizierte Gründung trotz Fehlens der erforderlichen Statutenbestimmungen beabsichtigt ist, so hat es die Eintragung ins Handelsregister zu verweigern und die Anmeldung abzuweisen.³²

Nach OR 777c Abs. 2 Ziff. 1. i.V.m. OR 628 Abs. 2 müssen Sachübernahmen sowie beabsichtigte Sachübernahmen nur noch dann offengelegt werden, wenn es sich dabei um Geschäfte zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern oder einer dieser nahe stehenden Person handelt. Geschäfte mit Dritten müssen nicht mehr offengelegt werden.

Der Begriff der «nahe stehenden Person» ist in der Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich definiert. Dadurch fehlt eine objektiv klare Abgrenzung, weshalb auch die Rechtsgleichheit nicht gewährleistet ist. Mit dem Ausdruck «nahe stehend» i.S.v. OR 628 Abs. 2 verweist der Gesetzgeber m.E. auf Personen, die mit Gesellschaftern aufgrund enger persönlicher oder wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsäch-

licher Beziehung miteinander verbunden sind. Ob diese Personen jeweils nahe stehend sind, muss jedoch im Einzelfall festgestellt werden. Massgebend ist die Einschätzung der Umstände durch einen Dritten aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung. Eine subjektiv empfundene Unabhängigkeit bleibt dabei ohne Belang.³³ Umstände wie etwa Verwandtschaft alleine genügen nicht.³⁴

OR 628 Abs. 4 Satz 2 ist aufgrund von OR 777c Abs. 2 Ziff. 1. auch auf die GmbH anzuwenden. Demzufolge können auch bei der GmbH Bestimmungen über beabsichtigte Sachübernahmen aufgehoben werden, wenn die Gesellschaft endgültig auf deren Realisierung verzichtet. Die Gesellschafterversammlung hat diesen Verzicht festzustellen und beschliesst in der Folge die Statutenänderung (OR 808), welche öffentlich beurkundet werden muss (OR 780).

4.4 Fakultativer Inhalt

Der fakultative Statuteninhalt betrifft die Wiederholung von Gesetzesbestimmungen in den Statuten und/oder die Aufnahme von Normen in die Statuten, die auch in Form eines Reglements oder eines einfachen Gesellschafterversammlungsbeschlusses Gültigkeit hätten. Fallen solche Gesetzesnormen dahin, gelten sie als statutarische Bestimmungen weiter, sofern nicht zwingendes neues Recht vorbehalten ist.³⁵

4.5 Spezialgesetzlich bedingter Inhalt

Aus Spezialgesetzen kann sich die Notwendigkeit ergeben, weitere und/oder detailliertere Bestimmungen in die Statuten aufzunehmen.³⁶

5. Anmeldung, Belege und besondere Prüfungshandlungen bei einer qualifizierten Gründung

5.1 Anmeldung

Eine Handelsregister-Eintragung wird vorgenommen aufgrund einer **Anmeldung** (HRegV 15 Abs. 1), eines **Urteils** oder einer **Verfügung** eines Gerichts oder einer Behörde oder **von Amtes wegen** (HRegV 152 ff.).

Die **Anmeldung zur Eintragung** ins Handelsregister **muss**

- in einer **Amtssprache jenes Kantons** erstellt werden, in welchem die Eintragung erfolgt.
- die **Rechtseinheit** (HRegV 2 Bst. a.) **eindeutig identifizieren**.
- die einzutragenden **Tatsachen angeben**, oder auf die **entsprechenden Belege einzeln verweisen**.
- auf Papier oder in elektronischer Form (zurzeit noch nicht möglich) eingereicht werden (HRegV 175).

- auf dem für die elektronische Übermittlung vorgesehenen Formular des zuständigen kantonalen Handelsregisteramtes oder in einer anderen vom Kanton anerkannten elektronischen Eingabeform vorgenommen werden (HRegV 16 Abs. 3).
- durch das **oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan** vorgenommen werden. Dieser Begriff wurde aus dem Fusionsgesetz³⁷ übernommen. Dabei handelt es sich bei der GmbH um die Geschäftsführer.
- gemäss Regelung von **OR 931a unterzeichnet** werden.
- durch die **betroffene Rechtseinheit** (HRegV 2 Bst. a.) erfolgen.
- durch folgende **Person/en unterzeichnet** werden (HRegV 17 Abs. 1): Bei juristischen Personen durch zwei Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, oder ein Mitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung (OR 931a Abs. 2 Satz 1).

Die **Anmeldung zur Eintragung** ins Handelsregister

- **kann durch eine betroffene Person** erfolgen (HRegV 17 Abs. 2).
- kann bei **Erbschaft** durch Erben bzw. an ihrer Stelle durch Willensvollstrecker oder Erbschaftsliquidatoren erfolgen (HRegV 17 Abs. 3).
- muss von Personen nach HRegV 17 unterzeichnet sein. Die **Unterzeichnung durch einen Vertreter ist nicht zulässig** (HRegV 18 Abs. 1).

Elektronische Anmeldungen müssen mit einem qualifizierten Zertifikat unterzeichnet sein (HRegV 18 Abs. 4 und HRegV 175).

Kann eine Anmeldung aus zwingenden Gründen nicht rechtskonform unterzeichnet werden und sind die Voraussetzungen für das amtliche Verfahren nach HRegV 152 nicht erfüllt, kann die kantonale **Aufsichtsbehörde** auf Antrag der Rechtseinheit oder des Handelsregisteramtes **die Eintragung anordnen** (HRegV 18 Abs. 5). Alle einzutragenden **Tatsachen** sind zu **belegen**, indem die erforderlichen Belege dem Handelsregisteramt im Original oder in beglaubigter Kopie (auf Papier oder in elektronischer Form zulässig) (HRegV 18 Abs. 4 und HRegV 175) eingereicht werden (HRegV 15 Abs. 2 und HRegV 20 Abs. 1).

5.2 Belege

Der Anmeldung sind folgende Belege beizulegen, deren Vollständigkeit das Handelsregisteramt prüft:

1. Die öffentliche Urkunde über den Errichtungsakt (OR 777).
2. Eine beglaubigte Ausfertigung (HRegV 22 Abs. 4) der Statuten (OR 777b Abs. 2 Ziff. 1.).

Der Notar hat zu bescheinigen, dass das vorliegende x-seitige Exemplar den Statuten entspricht, die im Errichtungsakt von der/den Urkundspartei/en als Satzung der zu gründenden Gesellschaft festgelegt worden ist/sind.³⁸

3. Ein Nachweis der Wahlannahme durch die betroffenen Personen, wenn die Funktion der Geschäftsführer auf einer Wahl beruht (OR 809 Abs. 1 Satz 2).
4. Ein Nachweis, dass die gesetzlich vorgeschriebene Revisionsstelle ihre Wahl angenommen hat (HRegV 71 Abs. 1 Bst. d.) oder eine Verzichtserklärung gemäss HRegV 62 Abs. 1 und 2 (HRegV 62 Abs. 3).
5. Gegebenenfalls ein Beschluss der Gründer oder, falls die Statuten dies vorsehen, der Geschäftsführer über die Vorsitz-Regelung bei der Geschäftsführung (OR 809 Abs. 3).
6. Gegebenenfalls ein Beschluss der Gründer oder, falls die Statuten dies vorsehen, der Geschäftsführer über die Ernennung der Direktoren und/oder der Prokuristen (OR 804 Abs. 3) und gegebenenfalls ein Beschluss der Geschäftsführer oder, falls die Statuten dies vorsehen, der Gründer über die Ernennung weiterer Zeichnungsberechtigter (ohne Funktion) und falls die Statuten dies vorsehen, der Gründer über die Regelung der Zeichnungsberechtigung bei der Geschäftsführung.
7. Bei Bareinlagen eine Bescheinigung, aus der ersichtlich ist, bei welchem Bankinstitut die Einlagen in Geld hinterlegt sind (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 633).
8. Im Fall von HRegV 117 Abs. 3 die Erklärung des Domizilhalters (sofern er die Anmeldung nicht unterzeichnet oder nicht mitunterzeichnet), dass er der Gesellschaft ein Rechtsdomizil am Ort ihres Sitzes gewährt. Beim Rechtsdomizil müssen Dokumente (eingeschriebene Sendungen, gerichtliche Urkunden) im üblichen Rahmen amtlich zustellbar sein. Postfächer erfüllen diese Anforderungen nicht. Das Rechtsdomizil ist mehr als ein blosser Briefkasten oder ein Postfach. Die Zustellung muss hier gewährleistet sein. HRegV 2 Bst. c. versteht unter Rechtsdomizil die Adresse, unter der die GmbH «an ihrem Sitz erreicht werden kann, mit folgenden Angaben: Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsnamen».
9. Eine Erklärung der Gründer, dass keine Sacheinlagen, Sachübernahmen und/oder beabsichtigten Sachübernahmen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile bestehen, die nicht in den Belegen genannt werden.

Sind Angaben in der öffentlichen Urkunde über den Errichtungsakt bereits festgehalten, ist kein zusätzlicher Beleg erforderlich (HRegV 71 Abs. 2).

Bei Gründungen mit Sacheinlagen, Sachübernahmen und/oder beabsichtigten Sachübernahmen, Verrechnungstatbeständen oder besonderen Vorteilen (qualifizierte Gründung) sind mit der Anmeldung zusätzlich folgende Belege einzureichen:

1. Der von allen Gründern oder deren Vertreter unterzeichnete Gründungsbericht.
2. Die vorbehaltlose Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors. Bei Gesellschaften ohne Revisionsstelle ist der Gründungsbericht ebenfalls durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen.³⁹ Dieser bestätigt schriftlich, dass der Gründungsbericht vollständig und richtig ist. Als Prüfungsbestätigung genügt ein Bestätigungsvermerk auf dem Bericht. Die Prüfungsbestätigung kann aber auch als besonderes Dokument ausgestellt sein.
3. Sacheinlageverträge und Sachübernahmeverträge (nicht bei beabsichtigten Sachübernahmen) mit den erforderlichen Belegen wie Bilanz, Inventar usw. Damit Sacheinlagen als Deckung gelten können, müssen sie aufgrund eines schriftlichen – bei Grundstücken eines öffentlich beurkundeten – Sacheinlagevertrages geleistet werden (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 634 Ziff. 1.). Die Gesellschaft muss nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen können oder einen bedingungslosen Anspruch auf die Eintragung einer Sacheinlage in das Grundbuch erhalten. Ausserdem ist ein Gründungsbericht mit einer Prüfungsbestätigung vorzulegen (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 634 Ziff. 2. und 3.). Für Sachübernahmen gilt dieses Formerfordernis der Schriftlichkeit analog.⁴⁰ Bei der Übertragung von Grundstücken ist eine öffentliche Beurkundung erforderlich. Ganze Vermögenskomplexe können Gegenstand einer Sacheinlage oder Sachübernahme sein. Soweit in derartigen Fällen besondere Inventarlisten usw. nicht Bestandteil eines Vertragswerkes sind, müssen sie ebenfalls eingereicht werden.⁴¹ Vorbehalten bleibt eine Vermögensübertragung nach FusG 69 ff.

Dem Notar vorgelegte Vollmachten von Gründern wirken sich lediglich auf den Urkundeninhalt aus (BeurkVo LU 11 Abs. 1 Bst. c.). Sie sind daher nicht als Beleg einzureichen. Der Notar hat sie jedoch in die Aktensammlung zu legen (BeurkVo LU 6 Abs. 1 Bst. c.).

5.3 Besondere Prüfungshandlungen bei einer qualifizierten Gründung

Das Handelsregisteramt prüft bei einer qualifizierten Gründung zusätzlich, ob

1. der Gründungsbericht von allen Gründern oder Vertretern unterzeichnet worden ist.
2. die Prüfungsbestätigung ohne Vorbehalte (Einschränkungen) erfolgt ist. Eine Eintragung ins Handelsregister kann nur dann vorgenommen werden, wenn die Prüfungsbestätigung vorbehaltlos erfolgt, also die Vollständigkeit und Richtigkeit des Gründungsberichts ohne Einschränkung bestätigt wird.

6. Eintragung ins Handelsregister

Die Gesellschaft ist in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie ihren statutarischen Sitz hat (OR 778). Zweigniederlassungen sind in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie sich befinden (OR 778a). Ihre Eintragung im Handelsregister hat lediglich deklaratorische Bedeutung, begründet aber am Ort der Zweigniederlassung einen alternativen Gerichtsstand für Klagen aus dem Geschäftsbetrieb. Betreuungsort bleibt der Hauptsitz der GmbH.⁴²

Der Anmeldung sind folgende Belege beizulegen, deren Vollständigkeit das Handelsregisteramt prüft:

- Das Protokoll oder der Protokollauszug (HRegV 23 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1) über die Bestellung der nur für die Zweigniederlassung zeichnungsberechtigten Personen (HRegV 109 Bst. a.). Dieses Protokoll entfällt, wenn ausschliesslich die für den Hauptsitz zeichnungsberechtigten Personen für die Zweigniederlassung in gleicher Art unterschrieben sind. Im Handelsregister der Zweigniederlassung wird dann keine Zeichnungsberechtigung eingetragen.
- Im Fall von HRegV 117 Abs. 3 die Erklärung des Domizilhalters (sofern er die Anmeldung nicht unterzeichnet oder nicht mitunterzeichnet), dass er der Zweigniederlassung ein Rechtsdomizil (HRegV 2 Bst. c.) am Ort ihres Sitzes gewährt (HRegV 109 Bst. b.).

7. Müssen die Gesellschafterlisten weiterhin beim Handelsregisteramt eingereicht werden?

Das neue GmbH-Recht verzichtet auf die Pflicht zum Einreichen einer Gesellschafterliste, hält aber an der Eintragung der Gesellschafter ins Handelsregister (OR 791) aus folgenden Gründen fest:⁴³ Die Abtretung von Stammanteilen muss gemäss neuem GmbH-

Recht nicht mehr öffentlich beurkundet werden (OR 785 Abs. 1).

Damit trotzdem eine genügende Rechtssicherheit gewährleistet ist, setzt der Gesetzgeber jedoch voraus, dass die Abtretung von Stammanteilen durch die Eintragung der Gesellschafter ins Handelsregister erfasst und zumindest formal geprüft wird (OR 940 Abs. 1).

Die Eintragung der Gesellschafter ist aber vor allem auch darum erforderlich, weil mit der Gesellschafterstellung in der GmbH verschiedene Pflichten verbunden sein können, die auch für Dritte teilweise von Bedeutung sind, z. B. die Treuepflicht (OR 803 Abs. 1 und 2), ein Konkurrenzverbot (OR 803 Abs. 2 Satz 3 und OR 812 Abs. 3) sowie Nachschuss- und Nebenleistungspflichten (OR 795 ff. und OR 796 f.).

Einerseits liegt es im Interesse der Gesellschaft selbst, dass die verpflichteten Personen klar und eindeutig im Handelsregister festgehalten werden. Andererseits sollen beispielsweise aber auch Gläubiger oder potenzielle Vertragspartner die für sie relevanten Informationen durch Einsichtnahme ins Handelsregister in Erfahrung bringen können.⁴⁴

8. Erwerb der Persönlichkeit

Die Gesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung ins Handelsregister (OR 779 Abs. 1). Für die Bestimmung des genauen Zeitpunktes s. OR 932.

Aufgrund der sogenannt heilenden Wirkung der Eintragung wird die Gesellschaft nach OR 779 Abs. 2 auch dann rechtsfähig, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung tatsächlich nicht erfüllt sind. In diesem Fall räumt jedoch OR 779 Abs. 3 den Gesellschaftern sowie den Gläubigern das Recht ein, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen. Nach OR 779 Abs. 4 erlischt dieses Recht drei Monate nach der Veröffentlichung der Gründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt.⁴⁵

* Vom Autor ist das Buch «Das neue GmbH-Recht. Die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht» erschienen, in dem Muster zum neuen GmbH- und Stiftungsrecht enthalten sind, das Statutenbestimmungen zu ausgewählten, praktisch relevanten Sachgebieten der GmbH formuliert, und hilft, Urkunden, Statuten, Reglemente und Protokolle rechtssicher auf der Basis des neuen Rechts zu erstellen (vgl. auch Bibliothek S. 250).

¹ Forstmoser Peter/Peyer Patrick R./Schott Bertrand, Das neue Recht der GmbH, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen (zit.: Forstmoser/Peyer/Schott, Das neue Recht der GmbH), N 46
² Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit.: Forstmoser/Meier-Hayoz / Nobel, Schweizerisches Aktienrecht), § 14 N 17
³ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom

19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148–3304 (zit.: Botschaft), 3173

⁴ Botschaft 3193

⁵ Botschaft 3193

⁶ Botschaft 3177

⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 15 N 24 ff.

⁸ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0)

⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 14 N 23; a.M. Handschin, Lukas/Truniger Christof, Die neue GmbH, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2006 (zit.: Handschin/Truniger, Die neue GmbH), § 9 N 25

¹⁰ Mitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 15. August 2001, in: REPRAX 2/01, 59 ff. (zit.: Mitteilung EHRA)

¹¹ Botschaft 3178

¹² Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969–4116 (zit.: Zusatzbotschaft), 4015

¹³ Böckli Peter, Schweizerisches Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 (zit.: Böckli, Schweizer Aktienrecht), § 1 N 275

¹⁴ Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu?, Eine Übersicht in: Böckli/Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 1–43 (zit.: Böckli, Das neue schweizerische GmbH-Recht), 41

¹⁵ Botschaft 3173

¹⁶ Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (zit.: Begleitbericht HRegV), 10

¹⁷ Kellerhals Andreas, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Übergangsbestimmungen, Seminar vom 01.06.2006 am Europa Institut an der Universität Zürich, 1–22 (zit.: Kellerhals, Übergangsbestimmungen), 11

¹⁸ Botschaft 3194

¹⁹ Botschaft 3195

²⁰ Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht in: Schweizerische Juristen-Zeitung/SJZ 103 (2007) Nr. 4, 85–92 (zit.: Chappuis, Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen), 87

²¹ Botschaft 3198

²² Botschaft 3198

²³ Botschaft 3198

²⁴ Botschaft 3199

²⁵ Botschaft 3199

²⁶ Botschaft 3199

²⁷ Botschaft 3200

²⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 41 N 26 ff.

²⁹ Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, § 4 N 159

³⁰ Vogt Nedim Peter, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 654–656 (zit.: BSK OR II, Vogt, Art. 654–656 N 26 f.)

³¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 26 N 15; Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, § 4 N 171

³² Berthel Reto/Bochud Louis, Neues Aktienrecht aus registerrechtlicher und notarieller Sicht, Luzern 1992 (zit.: Berthel/Bochud, Aktienrecht), 131 und 135

³³ Zusatzbotschaft

³⁴ Rubli Armond P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2002 (zit.: Rubli, Sanierungsmassnahmen), 282

³⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 8 N 88 f.

³⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 8 N 90

³⁷ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301)

³⁸ Berthel/Bochud, Aktienrecht, N 84

³⁹ Zusatzbotschaft 4015

⁴⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 15 N 39

⁴¹ Berthel/Bochud, Aktienrecht, N 178

⁴² Handschin/Truniger, Die neue GmbH, § 5 N 96

⁴³ Botschaft 3192

⁴⁴ Botschaft 3192

⁴⁵ Botschaft 3179

9. Muster

9.1 Öffentliche Urkunde: Gründung mit Sacheinlage, Sachübernahme und Einlage in Geld; Nachschusspflicht (OR 772 ff. und OR 795 ff.; BeurkG LU 37)

ÖFFENTLICHE URKUNDE¹⁾

über die Gründung der
Muster GmbH, mit Sitz in Luzern
(Gründung mit Sacheinlage^{2) 3)}, Sachübernahme^{2) 3)}, Einlage in Geld⁴⁾
und Nachschusspflicht⁵⁾
(OR 772 ff. und OR 795 ff.)^{6) 7)}

Vor dem unterzeichnenden Notar des Kantons Luzern, Dr. Aristoteles Hupf, Rechtsanwalt, Faunastrasse 5a, 6007 Luzern, sind heute erschienen bzw. lässt sich vertreten^{8) 9) 10)}:

- Herr Peter Muster, geb. 08.04.1947, von Domat/Ems, in 6005 Luzern, Elfenastrasse 46^{11) 12) 13)}
- Frau Petra Muster-Ineichen, geb. 15.10.1951, von Römerswil und Domat/Ems, in 6005 Luzern, Elfenastrasse 46
- Herr Fritz Muster, geb. 13.01.1976, von Domat/Ems, in 6276 Hohenrain, Schulrain 5
- Frau Simone Muster, geb. 21.11.1978, von Domat/Ems, in 6034 Inwil, Rütli 4, vertreten gemäss Vollmacht vom ... durch Urkundspartei Ziffer 5.¹⁴⁾
- Herr Hans Beispiel, geb. 24.09.1956, von Chur, in 6005 Luzern, Hirtenhofstrasse 12

Die Urkundsparteien erklären:

I. Gründung^{15) 16) 17) 18)}

Wir gründen unter der Firma Muster GmbH¹⁹⁾ eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Luzern^{20) 21)}.

II. Zeichnung der Stammanteile²²⁾ und Leistung der Einlagen

- Wir zeichnen²³⁾ alle 400 (in Worten: vierhundert²⁴⁾ Stammanteile^{25) 26)} mit einem Nennwert von je CHF 100.– (in Worten: einhundert), die zum Preis von je CHF 100.– ausgegeben werden²⁷⁾.

- Wir leisten²⁸⁾ für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag^{29) 30)} entsprechende Einlage vollständig³¹⁾ wie folgt:

Peter Muster: CHF 10 000.– als Sacheinlage ^{2) 3)}	für 100 Stammanteile
Petra Muster-Ineichen: CHF 5000.– als Sacheinlage	für 50 Stammanteile
CHF 5000.– als Einlage in Geld ⁴⁾	für 50 Stammanteile
Fritz Muster: CHF 5000.– als Sacheinlage	für 50 Stammanteile
CHF 5000.– als Einlage in Geld	für 50 Stammanteile
Simone Muster: CHF 5000.– als Einlage in Geld	für 50 Stammanteile
Hans Beispiel: CHF 5000.– als Einlage in Geld	für 50 Stammanteile
Total CHF 40 000.–	400 Stammanteile

- Wir weisen darauf hin, dass die Statuten in Art. ... die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten^{32) 33)}. Danach besteht eine Nachschusspflicht³⁴⁾ bis zum Betrag von CHF 200.– je Stammanteil.

III. Bar- und Sacheinlage sowie Sachübernahme

- Bei der Muster Bank Hohenrain, in Hohenrain (Identifikationsnummer)³⁵⁾ ist ein Betrag von CHF 20 000.– (in Worten: zwanzigtausend) zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt³⁶⁾.
- Gemäss Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag³⁷⁾ nach FusG 69^{38) 39)} vom ... und Inventar (mit Übernahmebilanz) vom ... bringt Peter Muster sein Einzelunternehmen Peter Muster, Transporte, in Luzern (Identifikationsnummer), mit sämtlichen Aktiven, und das Grundstück Nr. 164, GB Luzern (r.U.⁴⁰⁾), deren Wert zusammen CHF 521 734.20 beträgt, sowie das gesamte Fremdkapital, und die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandschulden, deren Wert zusammen CHF 481 734.20 beträgt, ein. Vom Aktivenüberschuss werden CHF 20.000.– ans Stammkapital angerechnet⁴¹⁾, für die übrigen CHF 20.000.– erhält Peter Muster eine Forderung gegen die Gesellschaft⁴²⁾.
- Gemäss den Bestimmungen dieses Vertrages kann die Gesellschaft nach ihrer Eintragung ins Handelsregister sofort als Eigentümerin über sämtliche im Inventar (mit Übernahmebilanz) vom ... aufgeführten Aktiven verfügen und erhält einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch^{43) 44)}.
- Ein Gründungsbericht vom ... und eine Prüfungsbestätigung der Rewireviso AG, in Zürich (Identifikationsnummer³⁵⁾) vom ... liegen vor⁴⁵⁾.

IV. Feststellungen

Wir stellen fest, dass:

- sämtliche Stammanteile gültig gezeichnet sind⁴⁶⁾.
- die Einlagen von CHF 40.000.– (in Worten: vierzigtausend²⁴⁾) dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen⁴⁷⁾.
- die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind^{48) 49)}.
- wir die statutarischen Nachschusspflichten gemäss Art. ... übernehmen^{50) 51)}.
- die Statuten keine Bestimmungen über Nebenleistungspflichten enthalten⁵²⁾.

V. Festlegung der Statuten⁵³⁾

Wir legen die vorliegenden Statuten als Satzung der Gesellschaft fest^{54) 55) 56)}.

VI. Bestellung der Organe⁵⁷⁾

- Die Geschäftsführung⁵⁸⁾

Wir halten fest, dass die Statuten der Gesellschaft von der dispositiven gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmungen zur Geschäftsführung und Vertretung enthalten. Die Gesellschafterversammlung wählt für die Dauer von zwei Jahren den/die Geschäftsführer. Eine Wiederwahl ist möglich. Die Geschäftsführer bestimmen die Art ihrer Unterschrift und ernennen die Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten⁵⁹⁾.

Wir wählen als Geschäftsführer für die Amtsdauer von zwei Jahren Peter Muster⁶⁰⁾ und Hans Beispiel

und bestimmen Peter Muster als Vorsitzenden^{61) 62)}.

Die Gewählten erklären Annahme der Wahl⁶³⁾.

- Die Revisionsstelle

Wir erklären, dass

- die Gesellschaft die Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision nicht erfüllt.
- die Gesellschaft nicht mehr als 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt nach ihrer Gründung haben wird.
- alle Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision verzichten.
- eine Erklärung nach HRegV 62 Abs. 2 Satz 1 entfällt⁶⁴⁾.

VII. Belege⁶⁵⁾

Uns liegen folgende Belege vor:

- Statuten vom heutigen Datum⁶⁶⁾
- Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom ...⁶⁷⁾
- Gründungsbericht vom ...⁶⁸⁾
- Prüfungsbestätigung der Rewireviso AG, in Zürich (Identifikationsnummer) vom ...⁶⁹⁾
- Bescheinigung der Muster Bank Hohenrain, in Hohenrain (Identifikationsnummer) vom ...⁷⁰⁾

VIII. Ausfertigungen

Die Urkunde wird dreifach ausgefertigt:

- 1 Exemplar für das Handelsregisteramt
- 1 Exemplar für die Muster GmbH
- 1 Exemplar für den Notar⁷¹⁾

Luzern, ...

Peter Muster:	Petra Muster-Ineichen:	Fritz Muster:	Hans Beispiel für sich und Simone Muster:
sig.	sig.	sig.	sig.

Bescheinigung

Der beurkundende Notar bescheinigt, dass er die vorliegende Urkunde den Urkundsparteien vorgelesen hat, dass diese dem ihm von den Urkundsparteien mitgeteilten Willen entspricht und dass die Urkundsparteien diese Urkunde in seiner Gegenwart unterschrieben haben⁷²⁾.

Gleichzeitig bestätigt der Notar, dass die in der Urkunde genannten Belege ihm und den Urkundsparteien vorgelegen haben⁷³⁾.

Hans Beispiel hat sich mit seinem Pass ausgewiesen⁷⁴⁾.

Luzern, ...
10/2008⁷⁵⁾

Stempel⁷⁷⁾

Der Notar:⁷⁶⁾
sig.

- 1) BeurkVo LU 36 (Mehrere Bogen oder Blätter).
 - 2) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 634. Zusätzlich sind die durch die Literatur und Praxis entwickelten Kriterien zur Zulässigkeit von Sacheinlagen zu beachten (s. dazu Mitteilung EHRA in: REPRAX 2/01, 59 ff.). Als Sachübernahme kommen alle Vermögenswerte in Betracht, die auch Sacheinlagen darstellen können.
 - 3) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. verweist für die Prüfung der Einlagen auf OR 635. Gründer haben daher bei einer qualifizierten Gründung in einem schriftlichen Bericht (Gründungsbericht) Rechenschaft zu geben über Sacheinlagen, Sachübernahmen, Liberierung durch Verrechnung und die Einräumung besonderer Vorteile. Dieser Gründungsbericht ist (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635a) durch einen zugelassenen Revisor (RAG 5 und 6) zu prüfen. Dies gilt auch für Gesellschaften ohne Revisionsstelle. Der zugelassene Revisor bestätigt schriftlich, dass der Gründungsbericht vollständig und richtig ist (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635a). Bei Gesellschaften, die als Publikumsgesellschaften gelten, und bei jenen, die nicht als solche gelten, trotzdem aber zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, muss die Prüfung des Gründungsberichts ebenfalls durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen bzw. durch einen zugelassenen Revisionsexperten (bei «wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften») vorgenommen werden.
 - 4) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. verweist für die Leistung der Einlagen in Geld auf OR 633. Bareinlagen sind bei einem dem Bankengesetz unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft zu hinterlegen.
 - 5) S. Ziff. 4.2
 - 6) OR 772 Abs. 1 Satz 1 umschreibt die GmbH als eine personenbezogene Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften am Stammkapital beteiligt sind (s. auch OR 775). Für ihre Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen (OR 772 Abs. 1 Satz 3).
 - 7) Die GmbH ist somit keine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (der Gesellschafter) mehr, sondern eine Gesellschaft ohne Haftung (der Gesellschafter), d. h., es liegt eine sog. «GoGH» («Gesellschaft ohne Gesellschafterhaftung») vor (Kunz Peter V., Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmen, in: Jusletter 30.04.2007).
 - 8) Auch das neue GmbH-Recht kennt für den Errichtungsakt der GmbH nur das Simultanverfahren.
 - 9) Zur Gründungshaftung s. OR 827 i.V.m. OR 753
 - 10) BeurkG LU 34 Abs. 1 Bst. b.
 - 11) Für die Handelsregistereintragung richtet sich die Schreibweise bei Familien- und Vornamen nach dem Pass oder der Identitätskarte. Dabei dürfen nur lateinische Buchstaben verwendet werden (HRegV 119 Abs. 2).
 - 12) Nimmt eine einzutragende Tatsache auf eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Rechtseinheit (HRegV 2 Bst. a.) Bezug, muss nach HRegV 24 Abs. 1 Satz 1 deren Bestand nicht mehr belegt werden. Das zuständige Handelsregisteramt prüft dies durch Einsichtnahme in die kantonale Handelsregister-Datenbank nach HRegV 12 (HRegV 24 Abs. 1 Satz 2). Gemäss HRegV 24 Abs. 2 muss das Bestehen einer im schweizerischen Handelsregister nicht eingetragenen Rechtseinheit durch einen aktuellen Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder durch eine gleichwertige Urkunde bezeugt werden. Eine solche kann z.B. sein
 - das Certificate of Incorporation (Gründungsurkunde), welches vom zuständigen Staatssekretär am Sitz der Gesellschaft beglaubigt sein muss. Sind seit der Gründung dieses Zertifikats betreffende Änderungen eingetreten, sind diese durch entsprechende Nachtragsurkunden zu belegen (z.B. Certificate of amendment bzw. restated certificate of incorporation).
 - das Certificate of good standing, wodurch der Staatssekretär bestätigt, dass die Gesellschaft getreu dem Recht des Sitzstaates gegründet wurde und weiterhin existiert.
 - eine «eidesstattliche Erklärung» zuhanden des Handelsregisteramtes als gleichwertige Urkunde i.S.v. HRegV 24 Abs. 2.
- Bei im **Ausland errichteten öffentlichen Urkunden** und im **Ausland durchgeführten Beglaubigungen** muss die am Errichtungs- bzw. Beglaubigungsort zuständige Behörde bescheinigen, dass die Errichtung bzw. die Beglaubigung von einer dafür zuständigen Urkundsperson vorgenommen wurde (HRegV 25 Abs. 1 Satz 1). Ist eine Apostille nicht zulässig und fehlt auch eine staatsvertragliche Regelung, ist eine Beglaubigung der ausländischen Regierung und der zuständigen diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz beizufügen (HRegV 25 Abs. 1 Satz 2). Muss eine nach schweizerischem Recht erstellte öffentliche Urkunde als Beleg beim Handelsregisteramt eingereicht werden, kann dieses den Nachweis verlangen, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem öffentlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz gleichwertig ist. Dazu kann ein Gutachten verlangt und der Gutachter bezeichnet werden (HRegV 25 Abs. 2). Ausserdem hat der Notar im Urkundenmantel die Firma richtig zu erwähnen (BeurkVo LU 11 Abs. 1 Bst. b.) und die Handlungsbefugnisse (Organ- bzw. Stellvertretungskompetenzen) abzuklären (BeurkG LU 26).
- 13) Ist als Urkundspartei eine schweizerische juristische Person oder Personenhandlungsgesellschaft beteiligt, so hat der Notar deren Rechtsfähigkeit zu prüfen, im Urkundenmantel die Firma richtig zu erwähnen (BeurkVo LU 11 Abs. 1 Bst. b.) und die Handlungsbefugnisse (Organ- bzw. Stellvertretungskompetenzen) abzuklären (BeurkG LU 26). Diese Abklärungen können auf der Internetdatenbank Zefix (www.zefix.ch) vorgenommen werden, wo nach jeder beliebigen, in einem schweizerischen Handelsregister eingetragenen Firma in der Schweiz gesucht werden kann.
 - 14) Dem Notar vorgelegte Vollmachten von Urkundsparteien wirken sich nur auf den Urkundeninhalt aus (BeurkVo LU 11 Abs. 1 Bst. c. und d.) und sind nicht Handelsregisterbeleg. Aus notarieller Sicht kann eine beglaubigte Unterschrift angezeigt sein (BeurkG LU 25 f.).
 - 15) OR 777 Abs. 1.
 - 16) Die Gesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung ins Handelsregister (OR 779 Abs. 1). Für die Bestimmung des genauen Zeitpunktes s. OR 932 Abs. 1. Dritten gegenüber wird die Eintragung ins Handelsregister jedoch erst wirksam nach erfolgter Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB). Massgebend ist hier der dem aufgedruckten Ausgabetag der betreffenden SHAB-Nummer folgende nächste Werktag (OR 932 Abs. 2). Das SHAB wird nicht nur in gedruckter, sondern auch in elektronischer Form veröffentlicht. Massgebend ist dabei jeweils die elektronische Fassung. Diese Regelung ist zwingend und eine Gründung mit Rückwirkung daher ausgeschlossen. Es ist jedoch zulässig, den Übergang von Nutzen und Gefahr abweichend vom Zeitpunkt des Errichtungsaktes auf einen früheren Zeitpunkt festzulegen,

so insbesondere bei der Einbringung eines Einzelunternehmens. Stimmen der Stichtag der Bilanz des einzubringenden Einzelunternehmens und die Anerkennung der Statuten als Satzung der Gesellschaft zeitlich nicht überein, ist es sinnvoll, im Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag zu vereinbaren, dass die nach dem Bilanzstichtag getätigten Geschäfte auf Rechnung der künftigen GmbH zu führen sind, damit die Erstellung einer Zwischenbilanz vermieden werden kann. Eine rückwirkende Umwandlung (Sacheinlage und Sachübernahme) eines Einzelunternehmens in eine GmbH wird steuerlich nur dann anerkannt, wenn die Anmeldung zusammen mit den Gründungsbelegen innerhalb von sechs Monaten nach dem Bilanzstichtag beim Handelsregister eingetroffen ist und die Anmeldung zum Eintrag geführt hat.

- 17) Aufgrund der sogenannt heilenden Wirkung der Eintragung wird die Gesellschaft nach OR 779 Abs. 2 auch dann rechtsfähig, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung tatsächlich nicht erfüllt sind. In diesem Fall räumt jedoch OR 779 Abs. 3 den Gesellschaftern sowie den Gläubigern das Recht ein, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen. Nach OR 779 Abs. 4 erlischt dieses Recht drei Monate nach der Veröffentlichung der Gründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Botschaft 3179).
- 18) Nach OR 779a Abs. 1 haften Personen persönlich und solidarisch, wenn sie vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister im Namen der Gesellschaft handeln. Sie werden jedoch nach OR 779a Abs. 2 befreit, wenn die Gesellschaft die in ihrem Namen eingegangenen Verpflichtungen innerhalb von drei Monaten nach ihrer Eintragung ins Handelsregister übernimmt (Botschaft 3179 f.).
- 19) Das Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA) bietet im Internet unter der Dienstleistungsmarke Zefix eine Datenbank der im Handelsregister eingetragenen Firmen an (www.zefix.ch). Eine erste Prüfung kann hier selber vorgenommen werden. Das EHRA empfiehlt, vor jeder Gründung oder Änderung der Firma einer Gesellschaft beim Firmenzentralregister eine Firmenrecherche in Auftrag zu geben (HRegV 13 Abs. 2 Satz 1). Das schweizerische Recht kennt die Reservation einer Firma oder eines Namens nicht. Die GmbH muss in der Firma die Rechtsform angeben (OR 950) und kann im Übrigen unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei

wählen. Neben den gesetzlich vorgeschriebenen Angaben darf die Firma Präzisierungen zu genannten Personen, Hinweise zur Natur des Geschäfts oder eine Fantasiebezeichnung enthalten. Voraussetzung ist jedoch, dass der Inhalt der Firma der Wahrheit entspricht und weder geeignet ist, Täuschungen zu verursachen, noch einem öffentlichen Interesse zuwiderläuft (OR 944 Abs. 1). Eine Täuschungsgefahr ist stets zu bejahen, wenn die Firma Begriffe enthält, die sich auf eine Tätigkeit oder auf ein Produkt bzw. auf eine Dienstleistung beziehen, die in der Umschreibung der Zwecksetzung oder Geschäftstätigkeit nicht erwähnt wird. Ferner liegt eine solche vor, wenn die Firma nur auf einen Nebenzweck hinweist und dadurch die eigentliche Haupttätigkeit verdeckt wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob eine Täuschungsabsicht bestand oder ob die Täuschungsgefahr den handelnden Personen bewusst war. Das Vorliegen einer Täuschungsgefahr beurteilt sich anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls und ist nicht abstrakt (BGE 132 III 537 Erw. 4.1).

Die Firmen der AG, GmbH und Genossenschaft müssen sich von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen von Gesellschaften dieser Rechtsformen deutlich unterscheiden (OR 951 Abs. 2). Vorbehalten bleiben firmen- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche von Unternehmen mit ähnlichen Firmen.

Wird die Firma in mehreren Sprachen abgefasst, müssen alle Fassungen der Firma inhaltlich übereinstimmen. Für die Eintragung ins Handelsregister ist die in den Statuten festgehaltene Schreibweise der Firma massgebend.

- 20) Statutarischer Sitz kann nur eine politische Gemeinde sein. Der «fliegende Sitz» ist bei einer GmbH nicht zulässig. Gehört ein Ortsteil politisch zur Sitz-Gemeinde, kann dieser wichtig sein für die Postzustellung. Er gehört aber weder in die Statuten noch muss er in der öffentlichen Urkunde genannt werden. Im Regelfall gehört das Rechtsdomizil zum Inhalt der Handelsregisteranmeldung. Gegebenenfalls kann es aber auch Inhalt eines Geschäftsführer-Protokolls sein.
- 21) Als Sitz ist jeweils der Name der politischen Gemeinde im Handelsregister einzutragen (HRegV 117 Abs. 1), als Rechtsdomizil die Adresse, unter der die GmbH an ihrem Sitz erreicht werden kann mit Angabe von Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsnamen (HRegV 2 Bst. c.). Bei Fehlen eines eigenen Rechtsdomizils

am Sitz muss im Eintrag eine c/o-Adresse angegeben werden, d. h. bei wem sich das Rechtsdomizil an diesem Sitz befindet. Mit der Anmeldung zur Eintragung ist eine Erklärung des Domizilhalters einzureichen (sofern er die Anmeldung nicht unterzeichnet oder nicht mitunterzeichnet), dass er der Rechtseinheit ein Rechtsdomizil am Ort ihres Sitzes gewährt (HRegV 117 Abs. 3). Jede Rechtseinheit kann zusätzlich zum Sitz und Rechtsdomizil weitere in der Schweiz gelegene Adressen im Handelsregister eintragen lassen (HRegV 117 Abs. 4). All diese Angaben nach HRegV 117 Abs. 2 ff. können in der Handelsregisteranmeldung oder gegebenenfalls in einem Protokoll der/des Geschäftsführer/s angegeben werden, um so eine Statutenänderung zu vermeiden.

- 22) OR 777a Abs. 1 zählt die Gültigkeitserfordernisse der Zeichnung auf: Zur «Anzahl»: OR 772 Abs. 2 Satz 1 und 776 Ziff. 3., zum «Nennwert»: OR 774 Abs. 1 Satz 1 und 776 Ziff. 3., zum «Ausgabebetrag»: OR 774 Abs. 2 und 777c Abs. 1, gegebenenfalls zur «Kategorie»: OR 799 i.V.m. 654 Abs. 1 und 656 sowie 806 Abs. 2 und gegebenenfalls die Hinweise gemäss OR 777a Abs. 2 (Nachschusspflichten: OR 795 ff.; Nebenleistungspflichten: OR 796 f.; Konkurrenzverbote für die Gesellschafter: OR 803 Abs. 2 Satz 3; Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft und/oder Konventionalstrafen: OR 776a Abs. 1 Ziff. 4.).
- 23) OR 777 Abs. 2 Einleitungssatz
- 24) BeurkVo LU 13 Abs. 3
- 25) S. OR 784.
- 26) Keine Kategorie nach OR 777a Abs. 1 ist anzugeben, wenn nur ein Typus «Stammanteil» vorliegt.
- 27) Der Mindestnennwert eines Stammanteils beträgt CHF 100.– (OR 774 Abs. 1 Satz 1). Der Nennwert eines Stammanteils kann in Franken und Rappen angegeben werden. Im Falle einer Sanierung kann der Nennwert bis auf CHF 1.– herabgesetzt werden (OR 774 Abs. 1 Satz 2). Dadurch entstehen Sanierungsstammanteile (Botschaft 3171).
- 28) Aufgrund von OR 777c Abs. 1 muss bei der Gründung für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden.
- 29) OR 774 Abs. 2
- 30) Im Regelfall entspricht der Ausgabebetrag dem Nennwert. Eine Ausnahme besteht, wenn die Stammanteile über pari, d. h. zu einem den Nennwert der Stammanteile übersteigenden Betrag (Agio) ausgegeben

- werden. Bei der Liberierung entsteht dadurch ein Nettoerlös in der Höhe der Differenz zwischen Nennwert und Ausgabebetrag. Das Agio ist aber nicht Teil des Stammkapitals. Die darauf entfallenden Beträge sind grundsätzlich als Reserven gebunden (OR 801 i.V.m. OR 671 Abs. 2 Ziff. 1. Die Verpflichtung, ein Agio zu leisten, erfolgt durch Zeichnung der Stammanteile. Das Agio erfordert keine Statutenpublizität und erlangt auch keine Registerpublizität.
- 31) S. Anmerkung 28
- 32) OR 777a Abs. 2 Ziff. 1.
- 33) Ein Hinweis ist auch vorzunehmen, wenn statutarische Bestimmungen bestehen über Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für die Gesellschafter, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft und/oder Konventionalstrafen (OR 777a Abs. 2 Ziff. 2. – 5.).
- 34) OR 795 Abs. 2
- 35) OR 936a und HRegV 116
- 36) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 633 Abs. 1
- 37) Der Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag ist vor der Gründung der GmbH abzuschliessen. In der Praxis kommt es auch vor, dass nur die Grundstücksübertragung öffentlich beurkundet und für die übrigen Sacheinlagen und Sachübernahmen ein separater, schriftlicher Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag abgeschlossen wird.
- 38) OR 181 gilt nur noch für nicht im Handelsregister eingetragene Rechtsträger (OR 181 Abs. 4). «Trotz des neuen Rechtsinstituts der Vermögensübertragung» (FusG 69 ff.) «kann ein im Handelsregister eingetragener Rechtsträger der Anwendbarkeit der Bestimmungen des FusG über die Vermögensübertragung dadurch entgehen, dass er die zu übertragenden Vermögenswerte auf dem Wege einer Einzelübertragung (d.h. einer Singularsukzession) überträgt. Im Gegensatz zur Vermögensübertragung und zu OR 181 werden die vom Übergang erfassten Aktiven und Passiven nach Massgabe der für die Singularsukzession geltenden sachen- und obligationenrechtlichen Formalitäten und Modalitäten übertragen. Sollen im Rahmen dieses Vorgangs Passiven übergehen, findet OR 175 ff. über die Schuldübernahme Anwendung. Im Hinblick auf die Handelsregistereintragung bedeutet dies, dass die Anmeldenden die Vermutung des Vorliegens einer Vermögensübertragung dadurch entkräften können, dass sie darlegen, dass die erfassten Aktiven und Passiven durch klare Einzelübertragung übergehen. Sie weisen nach, dass kein Übergang gemäss Inventar durch einen Rechtsakt, sondern nach Massgabe der sachen- und schuldrechtlichen Regeln über die Singularsukzession erfolgt» (Berthel Reto, Orientierung über das neue Fusionsgesetz – Erste Erfahrungen, JBHReg 2005, 7 ff).
- 39) Werden Grundstücke übertragen, müssen die entsprechenden Vertragsteile öffentlich beurkundet werden. Eine einzige öffentliche Urkunde genügt auch dann, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden (FusG 70). Eine Vermögensübertragung kann sowohl mit als auch ohne Gegenleistung erfolgen (FusG 71 Abs. 1 Bst. d.). Jedermann kann empfangender Rechtsträger sein, nicht aber Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, weil sonst das Rechtsinstitut der Spaltung vorliegt. Der übertragende Rechtsträger muss im Handelsregister eingetragen sein (FusG 69 Abs. 1).
- 40) BeurkVo LU 17 Abs. 1
- 41) Einleger und Empfänger von Stammapteilen müssen nicht identisch sein. Der Einleger muss auch nicht Gründer sein. Beim Sachübergeber ist OR 777c Abs. 2 Ziff. 1. i.V.m. 628 Abs. 2 zu beachten.
- 42) Bei Sacheinlagen und Sachübernahmen durch Singularsukzession entfallen die Verweisung auf FusG 69 und das Inventar. Der Text lautet dann wie folgt: Gemäss Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom ... und Bilanz per ... bringt ...
- 43) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 634 Ziff. 2.
- 44) Bei der Vermögensübertragung muss die Gesellschaft den Eigentumsübergang an dem Grundstück Nr. 164, GB Luzern (r.U.) umgehend nach Eintritt der Rechtswirksamkeit (OR 779 Abs. 1 und OR 932) beim Grundbuchamt anmelden (FusG 104 Abs. 2 Bst. c.). Für die Grundstücksübertragung kommt dem Handelsregistereintrag gemäss FusG 73 Abs. 2 konstitutive Wirkung zu. Die Gesellschaft – oder mit deren Einverständnis der Notar – ist befugt, die Anmeldung beim Grundbuchamt vorzunehmen (FusG 104 Abs. 4).
- 45) OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. OR 635 Ziff. 1. und OR 635a.
Eine GmbH in Gründung, bei der die Gründer auf eine eingeschränkte Revision verzichten, muss keine Revisionsstelle schaffen, jedoch den Gründungsbericht immer durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen.
- 46) OR 777 Abs. 2 Ziff. 1.
- 47) OR 777 Abs. 2 Ziff. 2.
- 48) OR 777 Abs. 2 Ziff. 3.
- 49) Durch Vorlegen eines Handelsregisterauszuges kann die Freigabe der Einlage in Geld bei der Bank erreicht werden. Vor der Publikation einer Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt dürfen Auszüge nur nach deren Genehmigung durch das EHRA ausgestellt werden (HRegV 11 Abs. 2).
- 50) OR 777 Abs. 2 Ziff. 4.
- 51) Eine Übernahme durch die Gründer ist auch dann festzustellen, wenn die Statuten Bestimmungen über Nebenleistungspflichten (s. Ziff. 4.2) enthalten.
- 52) Das Handelsregisteramt des Kantons Luzern empfiehlt, in der öffentliche Urkunde festzustellen, wenn die Statuten keine Bestimmungen über Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten enthalten.
- 53) OR 777 Abs. 1
- 54) Im öffentlich zu beurkundenden Errichtungsakt legen die Gründer die Gründungsstatuten in ihrer Gesamtheit und definitiv fest (Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 1 N 275).
- 55) Es hat ein Statutenexemplar vorzuliegen (OR 777b Abs. 1).
- 56) Die Statuten sind eine Beilage (OR 777b Abs. 2 Ziff. 1.) und nicht Bestandteil des öffentlich beurkundeten Errichtungsaktes. Eine Vorlesung durch den Notar entfällt. Die Bezeichnung der Statuten als integrierender Bestandteil der öffentlichen Urkunde ist zu vermeiden.
- 57) OR 777 Abs. 1
- 58) Geschäftsführung (OR 809 Abs. 1 Satz 2) und Vertretung (OR 814 Abs. 2) der GmbH können abweichend von der dispositiven gesetzlichen Regelung durch die Statuten geregelt werden.
Steht an der Gesellschaft beteiligten Personen die Befugnis zur Geschäftsführung ohne Wahl durch die Gesellschafterversammlung zu (OR 809 Abs. 1 Satz 1), ist eine Abberufung nur durch eine statuarische Neuregelung der Geschäftsführung möglich. Das gilt auch für den Entzug der dispositiven Einzelvertretungsbefugnis (OR 814 Abs. 1). Weichen die Statuten nicht vom Grundsatz der Selbstorganschaft ab, kann ein Geschäftsführer auch nicht einseitig zurücktreten. Er ist darauf angewiesen, dass alle anderen Gesellschafter ihn aus seiner Pflicht entlassen. Verweigern ihm die Mitgesellschafter dies, bleibt ihm nichts anderes übrig, als seinen Stammanteil/seine Stammanteile abzutreten, auf Austritt (OR 822) oder auf Auflösung der Gesellschaft (OR 821) zu klagen.

- 59) OR 804 Abs. 3 Satz 2.
- 60) Weil die gewählten Geschäftsführer Urkundsparteien sind, erübrigen sich weitere als die an dieser Stelle erwähnten Angaben.
- 61) Da die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer hat und die Statuten keine andere Regelung vorsehen, entscheiden diese mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Der Vorsitzende hat den Stichentscheid (OR 809 Abs. 4 Sätze 1 und 2).
- 62) Für die Regelung des Vorsitizes: OR 809 Abs. 3.
- 63) Soweit die Geschäftsführer aufgrund der Statuten für eine Regelung zuständig sind, ist diese nicht in die öffentliche Urkunde aufzunehmen, sondern in einem Protokoll der Geschäftsführer festzuhalten.
- 64) Zum Opting-out: OR 818 Abs. 1 i.V.m. 727a Abs. 2 und HRegV 62 Abs. 1
- 65) BeurkVo LU 11a (Beilagen)
- 66) OR 777b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1.
- 67) OR 777b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 5. und 6.
- 68) OR 777b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2.
- 69) OR 777b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3.
- 70) OR 777b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 4.: Diese Einlage in Geld wird erst nach der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister freigegeben (OR 777c Abs. 2 Ziff. 3. i.V.m. 633 Abs. 2).
- 71) Der Notar kann die öffentliche Urkunde in die Aktensammlung legen (BeurkVo LU 6).
- 72) BeurkG LU 37 Abs. 1 Bst. d.
- 73) OR 777b Abs. 1 und BeurkG LU 37 Abs. 2 (Vorbehalt von Bundesrecht)
- 74) BeurkVo LU 11 Abs. 1 Bst. d.
- 75) BeurkVo LU 35 (Ordnungsnummer)
- 76) BeurkG LU 37 Abs. 1 Bst. e.
- 77) BeurkG LU 34 Abs. 1 Bst. d.: «Die öffentliche Urkunde muss als formale Bestandteile enthalten»:...«Siegel oder Stempel der Urkundsperson».

9.2 Protokoll: 1. Sitzung der Geschäftsführer (einfache Schriftform)

Protokoll ^{1) 2) 3)} der 1. Sitzung der Geschäftsführer der Muster GmbH, mit Sitz in Luzern	<p>2. Zeichnungsberechtigung der Geschäftsführer Die Geschäftsführer zeichnen in Anwendung von Art. ... der Statuten kollektiv zu zweien.^{8) 9) 10)}</p> <p>3. Ernennung von Prokuristen Auf Antrag des Vorsitzenden erteilen die Geschäftsführer einstimmig Frau Simone Muster⁶⁾ und Herrn Philipp Rosenheim, geb. 14.07.1978, von Zürich, in 6276 Hohenrain Kollektivprokura zu zweien.^{10) 11)}</p> <p>4. Festlegung des Rechtsdomizils¹²⁾ Das Rechtsdomizil befindet sich bei Herrn Hans Beispiel, Hirtenhofstrasse 12, 6005 Luzern. Der Domizilhalter bestätigt die Annahme des Mandats durch Mitunterzeichnung der Handelsregisteranmeldung.¹³⁾</p> <p>5. Ausfertigungen Das Protokoll wird zweifach ausgefertigt: 1 Exemplar für das Handelsregisteramt 1 Exemplar für die Muster GmbH</p> <p>Luzern, ...¹⁴⁾ Der Vorsitzende: sig. Der Protokollführer: sig.</p>
<p>Anwesende 1. Herr Peter Muster, Vorsitzender^{4) 5)} 2. Herr Hans Beispiel, Geschäftsführer^{6) 7)}</p> <p>Traktanden 1. Eröffnung der Sitzung und Konstituierung 2. Zeichnungsberechtigung der Geschäftsführer 3. Ernennung von Prokuristen 4. Festlegung des Rechtsdomizils</p> <p>1. Eröffnung der Sitzung und Konstituierung Herr Peter Muster eröffnet die Sitzung. Er bestimmt Hans Beispiel als Protokollführer. Der Vorsitzende stellt die Anwesenheit beider Geschäftsführer und deren Beschlussfähigkeit fest.⁵⁾ Der Vorsitzende gibt die Traktandenliste bekannt. Er hält fest, dass beide Geschäftsführer damit einverstanden sind.</p>	

- 1) S. Ziff. 9.1 Anmerkung 63
- 2) Über die Verhandlungen und Beschlüsse der Geschäftsführer und den Verfahrensablauf der Sitzung ist ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden und Protokollführer zu unterzeichnen (HRegV 23 Abs. 2) und zu datieren ist. Einzelheiten der Protokollierung haben die Geschäftsführer selber festzulegen.
- 3) Beschlüsse der Geschäftsführer können auch schriftlich auf dem Zirkulationsweg gefasst werden. Diese Form der Beschlussfassung kommt vor allem bei Abwesenheit einzelner Geschäftsführer und Dringlichkeit in Betracht. Hier entfällt die Beratung. Der Antrag wird schriftlich vorgelegt und für die Stimmabgabe eine Frist angesetzt. Die Stimmabgabe erfolgt ebenfalls schriftlich, z.B. per Brief (HRegV 23 Abs. 2). Dies geschieht meist durch Rücksendung des zugestellten Antrags- und Stimmformulars. Jeder Geschäftsführer kann die mündliche Beratung verlangen. Hierfür wird ebenfalls sinnvollerweise eine Frist angesetzt. Auch Zirkulationsbeschlüsse sind in das Protokoll der Geschäftsführer aufzunehmen. Eine Protokollierung von Verhandlungen entfällt, und eine öffentliche Beurkundung ist nicht möglich (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 31 N 46 ff.).
- 4) S. Ziff. 9.1 VI. 1.
- 5) S. Ziff. 9.1 Anmerkung 61
- 6) Weil die für die Handelsregistereintragung erforderlichen Personalien (HRegV 119) in der öffentlichen Urkunde bereits enthalten sind, genügt die vorliegende Individualisierung.
- 7) Das Mandat des Geschäftsführers ist persönlich zu erfüllen.
- 8) OR 814 Abs. 2 Satz 1 (s. Ziff. 9.1 VI. 1.)

- 9) Bei einer von den dispositiven gesetzlichen Vorschriften abweichenden statutarischen Regelung kann für die Einzelheiten auf ein (Organisations-)Reglement der Gesellschafterversammlung oder der Geschäftsführer verwiesen werden (Botschaft 3216). Neu müssen auch Geschäftsführer ohne Zeichnungsberechtigung ins Handelsregister eingetragen werden (HRegV 73 Abs. 1 Bst. p.).
- 10) Ihre originale Unterschrift muss beim Handelsregisteramt gezeichnet und beglaubigt oder in beglaubigter Form als Beleg eingereicht werden (HRegV 21).
- 11) Prokuristen zeichnen in der Weise, dass sie der Firma der Gesellschaft einen die Prokura andeutenden Zusatz (ppa.) und ihre Unterschrift beifügen.
- 12) HRegV 2 Bst. c. definiert das Rechtsdomizil als die Adresse, unter der die Rechtseinheit (s. HRegV 2 Bst. a.) an ihrem Sitz erreicht werden kann, mit folgenden Angaben: Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsnamen.
- 13) Der Anmeldung ist im Fall von HRegV 117 Abs. 3 die Erklärung des Domizilhalters beizulegen (sofern er die Anmeldung nicht unterzeichnet oder nicht mitunterzeichnet), dass er der Gesellschaft ein Rechtsdomizil am Ort ihres Sitzes gewährt.
- 14) Nach Eintragung der Muster GmbH ins Handelsregister haben die dafür Verantwortlichen ein Anteilbuch zu führen (s. dazu OR 790). Die Verantwortung für die korrekte Führung des Anteilbuches liegt bei den Geschäftsführern, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (OR 810 Abs. 1). ■