

Notariat
Steuerrecht
Bau- und Planungsrecht
Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht
Allgemeines Zivilrecht

www.voser.ch

Zehn Fragen aus dem Gesellschaftsrecht, die immer wieder interessieren

In dieser Ausgabe des LEXpress wollen wir zehn Fragen aus dem Gesellschaftsrecht beantworten, die immer wieder von Interesse sind. Wir starten mit der virtuellen Generalversammlung, welche seit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts am 1. Januar 2023 intensiv genutzt wird. Dann beantworten wir wichtige allgemeine Fragen aus dem Gesellschaftsrecht, insbesondere zur Wahl der geeigneten Rechtsform als KMU, zur Aktenaufbewahrung und zum Verhältnis zwischen den Statuten und dem Aktionärsbindungsvertrag. Im Anschluss schlagen wir den Bogen zum Aktienrecht und beleuchten, welche konkreten Pflichten der Verwaltungsrat bei einer finanziellen Schieflage der Gesellschaft hat, wem in einer Aktiengesellschaft die Kompetenz zur Geschäftsführung zukommt, wann der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft möglich ist und welche Firma für eine Aktiengesellschaft gewählt werden kann. Zum Schluss widmen wir uns den beiden Fragen, warum ein gut geführtes Aktienbuch so wichtig ist und was beim Verkauf einer inaktiven Gesellschaft beachtet werden sollte.

Wir hoffen, mit einer dieser Fragen Ihr Interesse geweckt zu haben, und wünschen Ihnen bei der Lektüre viel Spass.

1. Wie führe ich als KMU eine virtuelle Generalversammlung durch?

Das neue Aktienrecht erlaubt es, dass Generalversammlungen in rein digitaler Form und ohne Tagungsort durchgeführt werden können. In diesem Zusammenhang wird von sog. «virtuellen Generalversammlungen» gesprochen.

Hauptvoraussetzung für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bildet ist, dass dies die Statuten explizit vorsehen (Art. 701d Abs. 1 OR). Bevor eine virtuelle Generalversammlung durchgeführt wird, muss geprüft werden, ob dies die aktuellen Statuten zulassen. Sofern dies nicht der Fall ist, müssen die Statuten angepasst werden, sofern inskünftig virtuelle Generalversammlungen durchgeführt werden sollen.

Bei der Einberufung einer virtuellen Generalversammlung hat der Verwaltungsrat grundsätzlich einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen. Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse gehandelt werden, können von der Bezeichnung eines solchen Stimmrechtsvertreters jedoch absehen, wenn sie diesen Verzicht in ihren Statuten verankert haben (Art. 701d OR).

Die Verantwortung der Durchführung einer virtuellen Generalversammlung liegt beim Verwaltungsrat. Er regelt insbesondere die Verwendung der elektronischen Mittel. Dabei hat er gemäss Art. 701e OR sicherzustellen, dass die Identität der

Teilnehmerinnen und Teilnehmer festgestellt wird, die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden, jede teilnehmende Person Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht wird.

Die Wahl der richtigen Technologie und die sorgfältige Vorbereitung durch den Verwaltungsrat sind entscheidend, um eine erfolgreiche virtuelle Generalversammlung zu gewährleisten. Die virtuelle Generalversammlung kann mit Ton- oder Bildübertragung (d. h. Video- oder Telefonkonferenz) durchgeführt werden. Sofern während der Generalversammlung technische Probleme auftreten, welche die ordentliche Weiterführung der Versammlung verunmöglichen, muss dies protokolliert und die Generalversammlung wiederholt werden. Dies gilt allerdings nur, wenn die technischen Probleme in den Verantwortungsbereich der Aktiengesellschaft fallen und diese nicht innert nützlicher Frist behoben werden können. Sämtliche Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, sind gültig (Art. 701f OR).

2. Soll ich als KMU eine GmbH oder eine AG gründen?

Ein KMU, welches sich für die Gründung einer Gesellschaft entschieden hat, kommt nicht um die Beantwortung der Frage herum, welches die passende Gesellschaftsform ist. Soll es eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (nachfolgend «GmbH») oder eine Aktiengesellschaft (nachfolgend «AG») sein? Im Volksmund wird gelegentlich kolportiert, die GmbH sei die AG des kleinen Mannes, d. h. eine GmbH passe, wenn wenig Geld im Spiel sei, und eine AG sei zugeschnitten auf Fälle, bei denen mehr Kapital investiert wird. Ist das wirklich die zutreffende Betrachtungsweise?

Um diese beiden Gesellschaftsformen richtig erfassen und verstehen zu können, ist auf deren Merkmale und Unterschiede einzugehen. Die AG ist im System des Schweizer Gesellschaftsrechts die einzige reine Kapitalgesellschaft. Sie ist geprägt vom Prinzip der Kapitalbezogenheit. Im Vordergrund steht also nicht die Person des Gesellschafters, sondern dessen Kapitaleinsatz. Für die Bemessung der Rechte und Pflichten ist grundsätzlich die Höhe des Aktienkapitals massgebend, welches vom einzelnen Aktionär gehalten wird (so beispielsweise für das Stimmrecht, das Dividendenrecht und das Bezugsrecht). Auf der anderen Seite soll der Gesellschafterswechsel, d. h. die Übertragung der Aktien, möglichst einfach und formlos möglich sein, weil es – wie ausgeführt – auf die Person des Gesellschafters nicht ankommt.

Ganz anders verhält es sich bei der GmbH. Diese stellt eine Mischform dar, welche einerseits Elemente der Kapitalbezogenheit aufweist und andererseits stark personenbezogen ist. Die Auswirkungen auf die Stellung des Gesellschafters sind bedeutsam, wobei dies teilweise auch von der Ausgestaltung der Statuten abhängt. Von Gesetzes wegen bestehen Geheimhaltungs- und Treuepflichten des Gesellschafters. Bei entsprechenden Statutenbestimmungen unterliegt der Gesellschafter sodann einem Konkurrenzverbot und einer Nachschusspflicht.

Weiter ist es möglich, statutarisch ein Vetorecht des einzelnen Gesellschafters an der Gesellschafterversammlung vorzusehen. Auch ist eine statutarische Beschränkung des Stimmrechts möglich. Die Übertragung der Stammanteile bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung und der Eintragung im Handelsregister. All dies zeigt, dass eine möglichst einfache Übertragbarkeit der Stammanteile nicht mit der gesetzgeberischen Zielsetzung übereinstimmt. Auch entspricht es nicht dem Konzept der GmbH, dass der Gesellschafter anonym bleibt. Durch die Einsichtnahme im Handelsregister hat nämlich jedermann die Möglichkeit, sich darüber zu informieren, wer in welchem Umfang an einer GmbH beteiligt ist.

Im Gegensatz dazu besteht bei der AG keine solche Publizität: Bei ihr als «Société Anonyme» (SA) wissen nur die Mitglieder des Verwaltungsrats (und allenfalls die übrigen Aktionäre), wer an der Gesellschaft beteiligt ist. Geheimhaltungspflichten, Treuepflichten, Konkurrenzverbote oder Nachschusspflichten kennt das Aktienrecht nicht. Solche können auch nicht durch entsprechende Statutenbestimmungen begründet werden (allenfalls kann dies – unter den Aktionären – zum Gegenstand eines Aktionärbindungsvertrags gemacht werden).

Der Entscheid, ob eine GmbH oder eine AG gegründet wird, sollte vor allem von den oben erwähnten Aspekten abhängig gemacht werden und weniger von der Frage, wie viel Kapital in die Gesellschaft eingeschossen wird.

3. Welche Dokumente muss eine Gesellschaft wie lange aufbewahren?

Für die Aufbewahrung von Daten und Dokumenten aus dem Bereich der Buchführung und des Rechnungswesens gelten die Rechtsvorschriften des Obligationenrechts und der Geschäftsbücherverordnung. Diese betreffen sowohl Unternehmen, die zur Buchführung und Rechnungslegung verpflichtet sind, als auch diejenigen, die lediglich über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen müssen. Hierzu gehören Einzelunternehmen und Personengesellschaften mit weniger als CHF 500'000 Umsatz im Geschäftsjahr, Vereine und Stiftungen ohne Verpflichtung zur HR-Eintragung sowie Stiftungen, die von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle befreit sind.

Das Obligationenrecht schreibt vor, dass die Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sowie der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht während zehn Jahren aufzubewahren sind, wobei die Aufbewahrungsfrist mit dem Ablauf des Geschäftsjahres zu laufen beginnt. Der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht sind schriftlich und unterzeichnet aufzubewahren. Die Geschäftsbücher und die Buchungsbelege können auf Papier, elektronisch oder in vergleichbarer Weise aufbewahrt werden, sofern die Übereinstimmung mit den zugrundeliegenden Geschäftsvorfällen und Sachverhalten gewährleistet ist und sie jederzeit wieder lesbar gemacht werden können.

Als aufzubewahrende Buchungsbelege gelten alle schriftlichen Aufzeichnungen auf Papier oder in elektronischer oder

vergleichbarer Form (z.B. auch Geschäftskorrespondenz), die notwendig sind, um den einer Buchung zugrundeliegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können. So können zum Beispiel auch Offerten, Gutachten sowie Korrespondenz mit Mitarbeitenden (z.B. Lohnzahlungen, Sozialversicherungen), Kunden (z.B. solche der Debitorenbewirtschaftung), Lieferanten, Versicherungen, Banken oder anderen Geschäftspartnern (sicher alle wesentlichen Verträge) als Buchungsbelege gelten.

Während 20 Jahren aufzubewahren sind Geschäftsunterlagen im Zusammenhang mit unbeweglichen Gegenständen wie Immobilien.

Die Geschäftsbücherverordnung schreibt darüber hinaus insbesondere vor, dass die Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sorgfältig, geordnet und vor schädlichen Einwirkungen geschützt aufzubewahren sind. Unveränderbare Informationsträger (Papier, Bildträger und unveränderbare Datenträger) sind dabei immer zulässig, veränderbare Informationsträger nur unter bestimmten Bedingungen. Zudem muss die Aufbewahrung derart erfolgen, dass sie bis zum Ende der Aufbewahrungsfrist von einer berechtigten Person innert angemessener Frist eingesehen und geprüft werden kann.

Das Mehrwertsteuergesetz verweist hinsichtlich der Führung der Geschäftsbücher und Aufzeichnungen auf diese Rechtsvorschriften, normiert aber, dass darüber hinausgehende Aufzeichnungspflichten durch die Eidgenössische Steuerverwaltung erlassen werden können. Eine ergänzende bzw. länger dauernde Aufbewahrungspflicht kann sich zudem aufgrund längerer Veranlagungs- und Bezugsverjährung ergeben.

Dokumente und Urkunden gehören aber auch dann zu den wichtigsten Beweismitteln, wenn es zu einem Streitfall kommen sollte. Gemäss der Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat im Grundsatz derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Die sorgfältige Aufbewahrung von Dokumenten ist dementsprechend ein wichtiger Teil des Risikomanagements. In der Regel können Urkunden bei den Behörden als Kopie eingereicht werden. Die Behörde oder eine Partei kann jedoch die Einreichung des Originals verlangen, wenn begründete Zweifel an der Echtheit bestehen. Es lohnt sich somit auch vor diesem Hintergrund, Dokumente vorsichtshalber immer auch im Original aufzubewahren.

4. Unterschied zwischen den Statuten und dem Aktionärbindungsvertrag

Die Statuten einer Aktiengesellschaft und der sogenannte Aktionärbindungsvertrag sind Regelwerke mit unterschiedlichen Wirkungsebenen.

Das Verhältnis zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft wird im Gesetz und in den Statuten festgehalten. Jede Aktiengesellschaft muss zwingend über Statuten verfügen. Diese müssen in Übereinstimmung mit dem geltenden Gesetz erstellt werden. Sie regeln grundlegende Aspekte der

Unternehmensführung, wie beispielsweise die Befugnisse der Aktionäre, die Beschlussquoren, die Struktur des Verwaltungsrats, die Verteilung von Dividenden und die Zuständigkeiten der Geschäftsführung. Als Teil der Gründungsdokumente bilden die Statuten das rechtliche Grundgerüst des Unternehmens und sind für sämtliche Aktionäre verbindlich. Die Statuten werden bei der Gründung beim Handelsregisteramt eingereicht und sind für jedermann einsehbar (www.zefix.ch). Jede Statutenänderung ist von der Generalversammlung zu beschliessen und öffentlich zu beurkunden.

Mit Ausnahme der Liberierungspflicht von gezeichneten Aktien dürfen die Statuten von Gesetzes wegen den Aktionären keine Pflichten auferlegen. Dennoch kann es im Einzelfall gewünscht oder sinnvoll sein (z.B. bei Familienunternehmen), dass Aktionäre untereinander gegenseitig Pflichten eingehen oder sich Rechte einräumen wollen. Solche Sachverhalte sind in einem Aktionärbindungsvertrag zu regeln.

Das Gesetz enthält keine spezifischen Bestimmungen zum Aktionärbindungsvertrag. Die Aktionäre können dessen Inhalt daher grundsätzlich frei verhandeln. Zum Inhalt eines Aktionärbindungsvertrags gehören üblicherweise Übertragungsbeschränkungen der Aktien, Vorhand-, Vorkauf- und Kaufrechte sowie gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen wie Stimmbindungen oder Vereinbarungen zur Unternehmensstrategie.

Im Unterschied zu den Statuten entfaltet der Aktionärbindungsvertrag nur zwischen den Aktionären, die den Vertrag unterzeichnet haben, Wirkung. Die im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Rechte und Pflichten entfalten auf gesellschaftsrechtlicher Ebene keine Wirkung. Dies hat zur Folge, dass Vertragsverletzungen weder strafrechtliche noch gesellschaftsrechtliche Relevanz haben. Die durch die Vertragsverletzung geschädigte Vertragspartei kann somit nur Schadenersatz geltend machen oder die Vertragserfüllung verlangen – dies jedoch nur gegenüber den übrigen Vertragsparteien, nicht aber gegenüber der Gesellschaft oder dem Verwaltungsrat.

Der Aktionärbindungsvertrag wird nicht beim Handelsregisteramt eingereicht und ist daher nicht öffentlich zugänglich. Änderungen an einem Aktionärbindungsvertrag müssen nicht öffentlich beurkundet werden, wodurch ein Aktionärbindungsvertrag flexibler abänderbar ist als die Statuten.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Statuten die grundlegenden rechtlichen Rahmenbedingungen für die Organisation eines Unternehmens festlegen und für die Öffentlichkeit zugänglich sind. Ein Aktionärbindungsvertrag enthält zusätzliche Vereinbarungen, die speziell von den Aktionären getroffen werden, um ihre Beziehungen und Interessen untereinander zu regeln, jedoch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene nicht durchgesetzt werden können. Beide Regelwerke können gerade bei einem KMU wichtig sein für die geregelte Führung der Gesellschaft und ein reibungsloses Zusammenwirken der Gesellschafter. Dabei sollten sich die beiden Regelwerke nicht widersprechen.



5. Welche Aufgaben und Pflichten hat der Verwaltungsrat im Falle der finanziellen Schieflage der Gesellschaft?

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die finanzielle Lage der Gesellschaft zu überwachen und im Falle einer finanziellen Schieflage die notwendigen Massnahmen zu ergreifen. Dabei sind die Pflichten der Finanzkontrolle und -planung sowie die seit 1. Januar 2023 neue Pflicht, wenn notwendig beim Gericht ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen, unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats. Die bisherigen Pflichten des Verwaltungsrates im Falle des Kapitalverlustes und bei Überschuldung werden seit Anfang 2023 zudem mit der Überwachung der Liquidität der Gesellschaft und der zu treffenden Massnahmen bei einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit ergänzt.

So ist der Verwaltungsrat seit dem 1. Januar 2023 ausdrücklich zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit (spricht: Liquidität) der Gesellschaft verpflichtet, zum Beispiel durch Erstellung eines Liquiditätsplanes, verpflichtet. Besteht die begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft in den nächsten sechs Monaten ihre Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann, hat der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen. Mögliche Massnahmen können zum Beispiel Kostensenkungen, die Beschaffung von Liquidität oder die Einberufung einer Generalversammlung zur Durchführung einer ordentlichen Kapitalerhöhung mittels Barliberierung sein. Sollten diese Massnahmen nicht genügen, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, beim Gericht ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen.

Reichen die Vermögenswerte des Unternehmens nicht mehr aus, um die Schulden und die Hälfte des Eigenkapitals (inklusive gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserve) zu decken, befindet sich das Unternehmen in einer Situation des Kapitalverlustes, welche der Verwaltungsrat zu beseitigen verpflichtet ist. Mögliche Massnahmen können sein, dass der Unternehmung neues Kapital zufließt, dass stille Reserven aufgelöst werden oder der Jahresverlust mit den Reserven verrechnet wird.

Weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft sind nur dann zu treffen oder zuhanden der Generalversammlung zu beantragen, wenn dies notwendig ist. Entsprechend ist im Falle eines Kapitalverlustes die Generalversammlung nur noch dann einzuberufen, wenn die Kompetenz zum Beschluss der durch den Verwaltungsrat gewählten Massnahmen bei der Generalversammlung liegt. Zudem ist der Verwaltungsrat einer Gesellschaft ohne Revisionsstelle (Opting-out) seit dem 1. Januar 2023 verpflichtet, im Falle eines Kapitalverlustes die letzte Jahresrechnung vorgängig zur ordentlichen Generalversammlung von einem zugelassenen Revisor prüfen zu lassen (Anordnung einer eingeschränkten Revision).

Im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung – eine solche liegt vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr zur Deckung der Schulden ausreicht – ist der Verwaltungsrat verpflichtet, unverzüglich einen Zwischenabschluss (und nicht bloss eine Zwischenbilanz) zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten zu erstellen. Auf einen Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann jedoch verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung zeigt. Auf denjenigen zu Fortführungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung der Gesellschaft nicht gegeben ist.

Die Zwischenabschlüsse sind durch die Revisionsstelle respektive, sollte keine solche gewählt sein, durch den vom Verwaltungsrat ernannten zugelassenen Revisor zu prüfen. Sollte die Gesellschaft gemäss beiden Zwischenabschlüssen überschuldet sein, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, das Gericht zu benachrichtigen (Deponierung der Bilanz) und entweder den Konkurs oder die Gewährung einer Nachlassstundung zu beantragen. Auf die Benachrichtigung des Gerichts kann nur verzichtet werden, wenn ein Rangrücktritt im Ausmass der Überschuldung erfolgt oder wenn begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert einer Frist von höchstens

90 Tagen behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

6. Geschäftsführung bei einer Aktiengesellschaft: Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung?

Viele KMU bestehen in der rechtlichen Form einer Aktiengesellschaft. Häufig gibt es einen Allein- oder Mehrheitsaktionär, der einziges Mitglied des Verwaltungsrats ist und die Geschäfte der Gesellschaft alleine oder zusammen mit weiteren Personen führt. Gerade in solchen Fällen kommt es nicht selten vor, dass zwar formell ein Verwaltungsrat besteht, jedoch nie Sitzungen abgehalten werden. Damit laufen die Mitglieder des Verwaltungsrats Gefahr, gegenüber Dritten mit ihrem persönlichen Vermögen zu haften. Weshalb?

Es wird des Öfteren übersehen, dass gemäss Aktienrecht dem Verwaltungsrat die Geschäftsführung obliegt (Art. 716 Abs. 2 OR) und ihm die Vertretung der Gesellschaft nach aussen zukommt (Art. 718 Abs. 1 OR). Die Statuten können aber die Übertragung einzelner Aufgaben oder der gesamten Geschäftsführung auf einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder Dritte vorsehen (Art. 716b OR). In der Praxis ist es eher selten anzutreffen, dass der Verwaltungsrat als Gesamtgremium die Geschäfte besorgt. Üblich ist vielmehr die Delegation von einzelnen Aufgaben an einen Delegierten oder der Geschäftsführung an Dritte.

Eine wirksame Delegation von Geschäftsführungsaufgaben ist unter zwei Voraussetzungen zulässig: Erstens müssen die Statuten den Verwaltungsrat zur Delegation ermächtigen, und zweitens muss der Verwaltungsrat die delegierten Aufgaben in einem schriftlichen Organisationsreglement regeln (Art. 716b Abs. 1 OR). Die Delegation in diesem Sinne betrifft stets Aufgaben und Kompetenzen, die dem Verwaltungsrat explizit oder aufgrund der subsidiären gesetzlichen Generalkompetenz zugewiesen sind. Ausgeschlossen ist die Übertragung von Aufgaben, die das Gesetz dem Verwaltungsrat als unübertragbare Aufgaben zugewiesen hat. Hierzu gehören unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen oder auch die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen, namentlich im Hinblick auf die Compliance (vgl. Art. 716a OR).

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Verwaltungsratsmitglieder sowie alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben.

Eine rechtsgültig vorgenommene Delegation der Geschäftsführung bewirkt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nun, dass sich im Bereich der übertragenen Geschäftsführung die persönliche Haftung der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder auf die grundlegenden Sorgfaltspflichten

reduziert. Mithin haftet als Verwaltungsratsmitglied nicht, wer nachzuweisen vermag, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der mit der Geschäftsführung beauftragten Personen die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 Abs. 2 OR). Es wird dabei ein objektiver, individualisierter Sorgfaltsmassstab angewendet. Wenn indes keine Verwaltungsratsitzungen abgehalten werden und/oder keine bzw. keine aussagekräftigen Protokolle über die Sitzungen geführt werden, dürfte ein solcher Nachweis im Schadensfall kaum zu erbringen sein.

7. Darf eine Aktiengesellschaft eigene Aktien erwerben?

Im Rahmen ihres Gesellschaftszweckes darf eine Aktiengesellschaft alle Rechtsgeschäfte abschliessen. Dazu gehört auch der Erwerb von Aktien. Es stellt sich die Frage, ob es einen Unterschied macht, ob eine Gesellschaft eigene Aktien oder Aktien von einem Drittunternehmen erwerben will. Die Bandbreite von denkbaren Konstellationen ist gross. Für die Veranschaulichung der Problematik sollen folgende «Pol-Beispiele» dienen: Unproblematisch sind all jene Fälle, bei denen eine Aktiengesellschaft aus Renditeüberlegungen mit nicht benötigten liquiden Mitteln Aktien von börsenkotierten Gesellschaften erwirbt. Diese Aktien haben einen Marktwert und sind liquide, d.h. sie lassen sich jederzeit wieder über die Börse verkaufen.

Was wäre aber, wenn eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 100'000 alle ihre 100 ausgegebenen Aktien mit einem Nominalwert von je CHF 1'000 pro Aktie zurückkaufen dürfte? Die Gesellschaft hätte damit auf ihrer Aktivseite ihre eigenen Aktien und auf der Passivseite das ausgewiesene Aktienkapital von CHF 100'000. Sie würde sich sozusagen selber halten und wäre einer Kontrolle durch die Generalversammlung entzogen. Das gleiche Resultat würde auch dann eintreten, wenn der Alleinaktionär seiner Gesellschaft alle seine Aktien schenkt.

Das Aktienrecht lässt indes solche unerwünschten Konstellationen nicht zu. Es schreibt vor, dass eine Gesellschaft eigene Aktien grundsätzlich nur in der Höhe von maximal 10% des nominalen Aktienkapitals erwerben darf (Art. 659 Abs. 1 OR). Und dies auch nur dann, wenn die Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswertes der Aktien verfügt (Art. 659 Abs. 2 OR). Bilanztechnisch betrachtet dürfen somit eigene Aktien nicht aus Aktienkapital oder gesetzlichen Reserven finanziert werden.

Nur falls Aktien im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung oder Auflösungsklage erworben werden, beträgt die Höchstgrenze für den Erwerb eigener Aktien 20% des nominalen Aktienkapitals. Die über 10% des Aktienkapitals hinaus erworbenen Aktien sind allerdings innert zwei Jahren zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten (Art. 659 Abs. 3 OR).

Im Vorfeld des Erwerbs eigener Aktien sollten unbedingt auch die weiteren aktienrechtlichen und insbesondere steuerrechtlichen Folgen beachtet werden. So ist aktienrechtlich zu be-

achten, dass für diese Aktien das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte ruhen (Art. 659a Abs. 1 OR). Steuerrechtlich betritt man mit dem Erwerb eigener Aktien zudem ein eigentliches «Minenfeld». Werden hier die Voraussetzungen der Schwellenwerte von 10% bzw. 20% oder die zeitliche Vorgabe der maximal zulässigen Haltedauer nicht eingehalten, gelten die Aktien steuerrechtlich als liquidiert und es ist über die Verrechnungssteuer (Art. 4a Abs. 1 und 2 VStG) abzurechnen. Zudem können bei der veräussernden Partei der Aktien Einkommens- bzw. Gewinnsteuern erhoben werden.

Das oben für den Erwerb von Aktien Ausgeführte gilt im Übrigen analog auch für den Erwerb eigener Stammanteile durch eine GmbH (vgl. hierzu Art. 783 OR).

8. Welche Firma kann ich für meine Aktiengesellschaft wählen?

Der Name der Aktiengesellschaft wird im juristischen Sinne als «Firma» bezeichnet. Er ist der erste «Werbeträger» der Gesellschaft und kann einen erheblichen Einfluss auf die Vermarktung und damit auf den Erfolg der Gesellschaft haben. Je nach Gesellschaftszweck sollte daher bei der Unternehmensgründung die Wahl der Firma gut überlegt sein.

Eine Gesellschaft darf nur eine Firma führen (sog. Grundsatz der Firmeneinheit), wobei die Übersetzung der Firma in mehrere Sprachen erlaubt ist. Auch Zweigniederlassungen haben die gleiche Firma zu führen. Es ist jedoch erlaubt, durch einen Firmenzusatz (z. B. Ortsbezeichnung) auf das Vorliegen einer Zweigniederlassung hinzuweisen (Art. 952 OR).

Bei der Wahl der Firma ist man grundsätzlich frei. Es sind auch Fantasiefirmen erlaubt. Der Inhalt der Firma muss jedoch der Wahrheit entsprechen und darf keine Täuschungen verursachen und keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (Art. 944 OR). In der Firma ist zudem die Rechtsform ausgeschrieben («Aktiengesellschaft») oder abgekürzt (z. B. AG oder SA) anzugeben (Art. 950 OR). Gegen das Täuschungsverbot würde beispielsweise eine «XY Bau und Handels AG» verstossen, die gemäss ihrem statutarischen Zweck keine Handelstätigkeit ausübt. Das Gleiche gilt für eine «XY Wettingen AG», die ihren effektiven Sitz in Baden hat. Ob dabei von der Gesellschaft eine Täuschung beabsichtigt ist oder nicht, ist irrelevant. Entscheidend ist einzig, ob die Firma bei einem Durchschnittsleser eine täuschende Wirkung hat.

Die Firma ist zwingend in den Statuten zu bezeichnen und im Handelsregister einzutragen. Die im Handelsregister eingetragene Firma steht dem Berechtigten zum ausschliesslichen Gebrauch in der ganzen Schweiz zu (sog. Firmenschutz, Art. 951 OR). Das Handelsregisteramt darf und muss einzig absolut identische oder täuschende Firmen von Amtes wegen zurückweisen. Eine Firma, die zu einer bereits im Handelsregister registrierten Firma nur Ähnlichkeit aufweist, wird vom Handelsregisteramt eingetragen. Die Frage der Verwechslungsgefahr hat im Zweifelsfall das Gericht auf Klage hin zu beurteilen.

Nebst dem ausschliesslichen Gebrauchsrecht besteht auch eine Firmengebrauchspflicht: In der Korrespondenz, auf Bestellscheinen und Rechnungen sowie in Bekanntmachungen muss die im Handelsregister eingetragene Firma vollständig und unverändert wiedergegeben werden (Art. 954a OR). Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift bzw. die täuschende Verwendung einer Bezeichnung, die nicht mit der im Handelsregister eingetragenen Firma übereinstimmt, ist strafbar (Art. 326ter StGB).

Wenn abgeklärt werden soll, ob eine geplante Firma mit einer bereits im Handelsregister eingetragenen Firma identisch oder ähnlich ist, kann eine erste Überprüfung auf der Firmendatenbank des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (www.zefix.ch) vorgenommen werden. Je nach angedachter Firma kann es sinnvoll sein, vor der Neugründung oder Firmenänderung eine verbindliche Abklärung bzw. eine Firmenrecherche beim Eidgenössischen Amt für das Handelsregister oder beim kantonalen Handelsregisteramt in Auftrag zu geben.

9. Warum ist ein gut geführtes Aktienbuch so wichtig und was braucht es dazu?

Gegenüber der Gesellschaft gilt als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist (Art. 686 Abs. 4 OR). Allein dies zeigt, welche zentrale Bedeutung dem Aktienbuch zukommt. Zuständig für das Führen des Aktienbuches ist der Verwaltungsrat (Art. 716 OR). Die entsprechende Pflicht beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Der Erwerber, welcher ins Aktienbuch eingetragen werden will, hat den Nachweis für den Aktienwerb zu erbringen (Art. 686 Abs. 2 OR). Der Verwaltungsrat muss die vorgelegten Unterlagen formell und materiell prüfen und entscheiden; eine unterbliebene Prüfung kann zur Schadenersatzpflicht der Gesellschaft führen.

Das Gesetz schreibt vor, dass im Aktienbuch die Eigentümer mit Namen und Adresse eingetragen werden müssen. Ansonsten definiert das Gesetz die formellen Anforderungen an das Aktienbuch nicht. Vorgegeben wird lediglich, dass die Führung in einer Weise zu erfolgen hat, dass in der Schweiz jederzeit auf das Aktienbuch zugegriffen werden kann (Art. 686 Abs. 1 OR). Das Aktienbuch kann in Papierform (als Buch, mittels loser Blätter, als Kartothek bzw. als Liste) oder auch in elektronischer Form geführt werden. Eine Unterzeichnung des Aktienbuches durch den Verwaltungsrat (oder einen anderen Funktionsträger der Gesellschaft) ist nicht erforderlich. Jedoch wird die Unterzeichnung des in Papierform erstellten Aktienbuches aus Beweisgründen empfohlen.

Bei fehlendem Eintrag des Aktionärs im Aktienbuch besteht kein Anspruch auf Einladung zur Generalversammlung, auf Teilnahme und Stimmrecht an der Generalversammlung und auf Zahlung einer Dividende. Im Aussenverhältnis (d. h. zwischen dem Aktionär bzw. der Gesellschaft und Dritten) besteht die Vermutung, dass der Inhalt des Aktienbuches zutreffend ist. Eine Anfechtung ist möglich durch den Nachweis, dass die Rechtslage anders ist (z. B. dass der Anfechtende und nicht die eingetragene Person Aktionär ist).

Nicht zu verwechseln ist das Aktienbuch mit dem Verzeichnis der der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 697j OR. In diesem Verzeichnis sind die an den Aktien wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen mit Namen, Vornamen und Adresse zu führen, sofern die betreffende Person (alleine oder in gemeinsamer Ansprache mit Dritten) zumindest 25% des Kapitals oder der Stimmrechte auf sich vereinigt. Dieses Verzeichnis kann vom Verwaltungsrat separiert vom Aktienbuch geführt oder in dieses integriert werden.

Die nicht korrekte Führung des Aktienbuches oder des Verzeichnisses der der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen kann gegenüber dem Verwaltungsrat mit Bussen bis zu CHF 10'000 geahndet werden (Art. 325 StGB i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB). Zudem kann dies eine Haftbarkeit für zu Unrecht bezahlte Dividenden auslösen (wenn die zu Unrecht ausbezahlte Dividende beim Aktionär nicht mehr zurückgeholt werden kann). Denkbar ist schliesslich, dass sich der Verwaltungsrat in solchen Fällen auch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) zu verantworten hat.

10. Verkauf einer inaktiven AG oder GmbH

Es kommt immer wieder vor, dass eine AG oder eine GmbH früher oder später ihre geschäftlichen Aktivitäten freiwillig aufgibt. Die Gründe können vielseitig sein. Hier interessiert nur das Schicksal von solchen Kapitalgesellschaften, über die der Konkurs nicht eröffnet worden ist.

In solchen Verhältnissen stellt sich für den oder die Anteilshaber die Frage, ob sie die Gesellschaft einer geordneten Liquidation zuführen oder die Anteilsrechte verkaufen sollen. Im zweiten Fall spricht man von einem sog. «Mantelhandel». Der Begriff rührt daher, weil eine Gesellschaft ohne operative Tätigkeit und somit nur noch ein reiner Aktienmantel verkauft wird. Hier stellen sich je nach Konstellation aktien- oder steuerrechtliche Probleme.

Das Aktienrecht greift in solchen Konstellationen nur bzw. erst ein, wenn Anteilsrechte einer Gesellschaft verkauft werden, die über keine verwertbaren Aktiven mehr verfügt und überschuldet ist. Hier übernimmt das neue Aktienrecht (vgl. Art. 684a Abs. 1 OR) die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein solcher Kaufvertrag nichtig ist. Nichtigkeit bedeutet, dass der Kaufvertrag keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten vermag und die Käuferschaft nicht Eigentümerin der Aktien geworden ist.

Das Steuerrecht stört sich demgegenüber an Konstellationen, in denen die Verkäuferschaft aus ihrem Privatvermögen mehr als 50% der Anteilsrechte zu einem Preis verkauft, der über dem anteiligen nominalen Aktien- bzw. Stammkapital der Gesellschaft liegt. Die Verkäuferschaft glaubt, hier einen steuerfreien Kapitalgewinn aus dem Verkauf der Aktien erzielt zu haben. Das Steuerrecht sieht in diesem Vorgehen jedoch eine Steuerumgehung. Es qualifiziert den zivilrechtlichen Verkauf der Aktien als eine Liquidation der bestehenden Gesellschaft mit anschliessender Gründung einer neuen Gesellschaft. Soweit daher der Verkaufspreis den anteiligen Nominalwert dieser Aktien übersteigt, werden hierauf Verrechnungssteuern und Einkommenssteuern erhoben.



IHRE SPEZIALISTEN IM WIRTSCHAFTS- UND GESELLSCHAFTSRECHT:



Dr. Philip Funk
Rechtsanwalt, Notar,
eidg. dipl. Steuerexperte



lic. iur Dieter Egloff
Rechtsanwalt,
eidg. dipl. Steuerexperte



Dr. Markus Fiechter
Rechtsanwalt, LL.M.



M.A. Fiona Gedon
Rechtsanwältin, Notarin



**Dr. Sabine Burkhalter
Kaimakliotis**
Rechtsanwältin



MLaw Tanja Schmid
Rechtsanwältin, Notarin