

# Gründung: Wahl der Gesellschaftsform und Stolpersteine

Florian S. Jörg

Rechtsanwalt, Dr.iur., MCJ, NY Bar  
Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen  
Partner Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich



„Die Gesellschaft wird errichtet,  
indem die Gründer in öffentlicher  
Urkunde erklären, eine  
Aktiengesellschaft zu gründen,  
darin die Statuten festlegen und die  
Organe bestellen.“

(Art. 629 Abs. 1 OR)

# Übersicht

- Einleitung
- Vor- und Nachteile der Gesellschaftsformen
- Stolpersteine bei der Gründung

# Übersicht

## **Personengesellschaften:**

- Einzelfirma, Einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft

## **Juristische Personen:**

- Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft, Verein

## **Vorliegend untersucht:**

- Einzelfirma („EF“), Kollektivgesellschaft („KG“), Gesellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH“) und Aktiengesellschaft („AG“)

# Haftung

- EF: Inhaber haftet mit gesamtem Vermögen, da keine klare Trennung
- KG: Primär das Geschäftsvermögen, sekundär und unbeschränkt das Privatvermögen des Gesellschafters
- AG: Keine Haftung des Aktionärs ausser bei privatrechtlichen Erklärungen oder gestützt auf Verantwortlichkeit als Organ
- GmbH: Nur Haftung für nicht geleistete eigene Nachschusspflichten
- **Fazit: Haftungsgefährdung sieht folgende Reihenfolge vor: EF, KG, GmbH und AG. Die Unterschiede von AG und GmbH zu EF und KG sind beträchtlich**

# Steuerbelastung und Sozialabgaben

- EF: Inhaber ist Steuersubjekt; einmalige, aber volle Besteuerung von Gewinn und Vermögen zu höheren Sätzen als bei AG
- KG: Gesellschafter ist Steuersubjekt, gemeinsame Besteuerung von Geschäfts- und Privatvermögen
- AG: Gesellschaft ist Steuersubjekt; Doppelbelastung, gemildert durch Steuererleichterungen bei massgeblichen Beteiligungen, Besteuerung des Liquidationsertrags, Sozialleistungen tiefer bei Aufteilung Lohn/Dividende, Aufteilung bricht Progression
- GmbH: Dito.
- **Fazit: Unterschied ist nicht mehr so gross**

# Kosten

- EF: Gründung: ca. 2'000; laufend: eher gering (keine Revision)
- KG: Gründung: teurer als EF (Gesellschaftervertrag); laufend: eher gering, aber teurer als EF (keine Revision)
- AG: Ca. 5'000; laufend: eher hoch, je nach wirtschaftl. Bedeutung Revisionspflicht
- GmbH: Ca. 5'000; laufend: eher hoch, je nach wirtschaftl. Bedeutung Revisionspflicht
- **Fazit: AG und GmbH sind deutlich teurer als EF und KG**

# Kreditwürdigkeit, Finanzierung

- EF: Eher gering, hängt jedoch vom Inhaber ab
- KG: Eher gering, hängt von den Gesellschaftern ab
- AG: Eher höher, hängt von diversen Faktoren (z.B. Kapital) ab
- GmbH: Etwas schlechter als AG
- Bei den Kapitalgesellschaften ist die Beteiligung mit Eigenkapital einfacher, die Darlehensgewährung ist dagegen gleich
- **Fazit: Für eine externe Finanzierung eignen sich AG und GmbH besser**



# Beteiligung von Mitarbeitern oder Dritten

- EF: Nur im internen Verhältnis oder als gleichberechtigte Mitinhaber
- KG: Nur Aufnahme als voller Gesellschafter
- AG: Beteiligung in beliebiger Höhe möglich
- GmbH: Beteiligung in Anteilsscheinen von mind. CHF 100 möglich
- **Fazit: AG und GmbH sind flexibler bei der Beteiligung von Mitarbeitern**

# Firma: Geschäftsname

- EF: Familienname des Inhabers muss in Firma enthalten sein, bei Verkauf: Zusatz „Inhaber XYZ“ oder Wechsel der Firma
- KG: Alle Namen der Gesellschafter oder Zusatz für Gesellschafterverhältnis („und Partner“)
- AG: Fast freie Bildung des Namens plus Zusatz „AG“
- GmbH: Fast freie Bildung des Namens plus Zusatz „GmbH“

# Publizität

- EF: Gesellschafterstellung ergibt sich aus der Firma; Übertragung wird publik
- KG: Gesellschafterstellung ergibt sich teilweise aus der Firma, Gesellschafter sind im HR eingetragen, Dokumente im HR sind öffentlich, Übertragung wird publik
- AG: Gesellschafter nicht bekannt, bei Inhaberaktien nicht einmal der Gesellschaft selber, Dokumente im HR sind öffentlich, Übertragung nicht publik
- GmbH: Gesellschafter werden im HR eingetragen, Dokumente im HR sind öffentlich, Übertragung wird publik
- **Fazit: Die Publizität von Fakten ist unterschiedlich**

# Statuteninhalte/Gesellschafterbindungsverträge

- KG: Gesellschaftervertrag
- GmbH: Starke Personalisierung durch Festsetzung in Statuten: Konkurrenzverbote, Nebenleistungs- und Nachschusspflichten, Vetorecht, Genehmigungsvorbehalte, Erwerbsberechtigungen etc. (Achtung: Publizität), kann m.E. auch in Gesellschafterverträgen festgehalten werden
- AG: Wenig Spielraum in Statuten, muss in ABV geregelt werden

# Weitere Unterscheidungspunkte

- Mechanismus der Veräußerung der ganzen Unternehmung
- Möglichkeit zur Umwandlung in andere Rechtsform
- Abzugsfähigkeit von Aufwand, Steuern und Krankenkassenprämien (nicht oder nur begrenzt bei EF und KG)
- Steuerfolgen bei Verkauf der Unternehmung
- Stellung als Gesellschafter mit einer Minderbeteiligung
- Umfang der Rechnungslegungsvorschriften
- Fortdauer von Verträgen
- Gesellschafterwechsel

# Übersicht über Stolpersteine

- Formalitäten, Organisation, Zeitbudget, Geldbudget
- Kantonale Eigenheiten
- Kein Mantelhandel
- Die Krux mit den qualifizierten Gründungen
- Spezialfälle

# Formalitäten, Organisation

## **Formalitäten:**

- Rechtzeitige und ausreichende Kapitaleinzahlung
- Kapitalzahlung grundsätzlich auch in Fremdwährung möglich (Achtung: Wechselkurs)
- Bei Gründung mit Vollmacht von Ausländern: Beglaubigung der Vollmacht, Beglaubigung der Unterschrift, Überbeglaubigung

## **Organisation:**

- Checklisten (Beilage), Vorprüfung

# Zeit- und Geldbudget

## **Zeitbudget:**

- Genügend Zeit einplanen für Besprechung, Vorprüfen, Einholen von Unterschriften, ev. Expressverfahren bei HR

## **Geldbudget:**

- Stammkapital (blockiert)
- Kosten (ab ca. 4'000), variabel ist v.a. der Beratungsbedarf
  
- Achtung vor Spezialfällen (Zeit und Geld)



# Kantonale Eigenheiten

- Kantonale Registerpraxis, vom EHRA überwacht
- Vorprüfung v.a. in Kantonen empfohlen, in denen man weniger tätig war
- Kreative Lösungen suchen (z.B. nur Verfügungsgeschäft bei Stammanteilübertragung einreichen)

# Liberierung durch Verrechnung und Teilliberierung

- Vortrag von PD Dr. Lukas Glanzmann

# Kein Mantelhandel

## **Was ist ein Mantelhandel:**

- Kauf aller Aktien einer faktisch aufgelösten Gesellschaft, deren Aktiven liquidiert wurden

## **Worin liegt die Problematik:**

- Die Vorschriften über die Liquidation und anschliessend über die Neugründung werden nicht eingehalten
- Falls keine Generalversammlungen und/oder Verwaltungsratssitzungen mehr durchgeführt werden, fehlt mindestens ein Organ (OR 731b)
- Kann m.E. umgangen werden durch echte Reservegesellschaft: Hält Kapital und Organe funktionieren

# Kein Mantelhandel

## Zur Problematik:

- Gesellschaft hat Vergangenheit, frühere Eigentümer, Schulden etc.
- Pure Vorratsgründung widerspricht dem Zweck und den Gründungsvorschriften, Gesellschaft ist dafür sehr schnell verfügbar

# Kein Mantelhandel

## **Rechtsfolge bei unzulässigem Mantelhandel:**

- Bundesgericht hält den Kauf für nichtig, da keine Liquidation stattfindet und die Gründungsvorschriften umgangen werden
- Lehre: Der Mangel wird durch Wiederaufleben und Eintrag der Änderungen (ein Neueintrag erfolgt nicht mehr) geheilt
- Ist der Kauf nichtig und wird die Gesellschaft gelöscht, sind auch sämtliche Verträge nichtig (Beraterrisiko!)

# Kein Mantelhandel

## Überlegungen

- Massgeblich ist Aufgabe der Gesellschaft durch Aktionäre, nicht zwingend bei langer Ruhephase; aber Indiz bei anschliessendem Verkauf an Dritte
- Abwägung zwischen Schutz des Rechtsverkehrs (Schutz in die Existenz der im Register eingetragenen Gesellschaft) gegen Schutz vor Tausenden von Registerleichen, die operativ erscheinen, es aber gar nicht mehr sind, weil Liquidation zu teuer ist
- Sind die Beteiligten am Mantelhandel schützenswert (Geschäftspartner erhalten Schadenersatz) und will man wirklich genau diejenigen Mantelgesellschaften wegräumen, welche wieder operativ sind;
- Wer hat ein Rechtsschutzinteresse an Klage?
- Wichtig heisst, dass die Rechtsfolgen auch nach 10 Jahren noch eintreten
- Einzelfallbetrachtung

# Die Crux mit den qualifizierten Gründungen

## **Sacheinlage, Sachübernahme & Co. (OR 628):**

- Sacheinlage: Erfüllung der Liberierungspflicht durch Leistung eines Wirtschaftsgutes anstelle von Geld
- Sachübernahme: Die Gesellschafter gründen in bar, doch übernimmt die Gesellschaft von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen Vermögenswerte
- Beabsichtigte Sachübernahme: Barliberierung, doch die Gesellschaft beabsichtigt, nach der Gründung Sachwerte zu übernehmen
- Schutzgedanke: Erhaltung des Haftungssubstrats (bei Aktionären oder nahestehenden Personen)

# Die Crux mit den qualifizierten Gründungen

## **Stolpersteine:**

- Qualifizierter Tatbestand wird nicht erkannt (Bspe.)
- Streit über die Bewertung der Einlagen oder zu übernehmenden Assets
- Schwierige Qualifikation bei Grenzfällen (Bspe.)
- Gründer sehen Grund für Mehraufwand nicht ein
- Transparenz bei besonderen Vorteilen (OR 628.III)



# Die Crux mit den qualifizierten Gründungen

## **Voraussetzungen für eine Sachübernahme:**

- Wird aus Mitteln der Gesellschaft bezahlt (Achtung: Gewährung eines Darlehens und Nichtantasten des Kapitals reicht nicht)
- Aktivierbar/bilanzierbar: Weiter Begriff, muss der Gesellschaft wirtschaftlichen Nutzen bringen
- Verkehrswert und Verwertbarkeit
- Übertragbarkeit

# Die Crux mit den qualifizierten Gründungen

## Rechtsfolgen:

- Formvorschriften, Gründungsbericht, Gründungsprüfung, Offenlegung in Statuten
- Bei Missachtung: OR 643.II heilt den Mangel, ausser es liegt Verletzung von Gesetz oder Statuten mit erheblicher Gefährdung der Interessen von Gläubigern oder Aktionären (OR 643.III) (umstritten)
- Liberierungspflicht lebt wieder auf und Verantwortlichkeit der Gründer
- Bei mangelnder Werthaltigkeit und Verschleierung: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, aber Liberierungspflicht bleibt gem. BGer

# Die Crux mit den qualifizierten Gründungen

## Beispiele aus eigener Praxis:

- Kapitalerhöhung zur Zinszahlung und Amortisation eines Darlehens
- Was, wenn das Kapital nicht angetastet wird und nur Darlehen zur Finanzierung verwendet werden?
- Vorgängige Investitionen in Maschinen: fraglos Sachübernahme
- Lizenzvertrag mit einer Partei
- Entwicklungskosten

# Spezialfälle

- ZN in CH für ausländische Gesellschaft: Oft grosses Problem, die vom HR in CH verlangten Dokumente beizubringen
- Joint Venture Gesellschaften: Teuer, da das JV in der Gesellschaft abgebildet werden soll: hoher Beratungsaufwand

# Gründerhaftung

## Allgemein:

- OR 753: Alle an der Gründung beteiligten Personen, auch Treuhänder
- Strohpersonengründung: gültig, Rechte sind bis zur Übertragung der Aktien bei Treunehmer, Treunehmer haftet jedoch voll aus OR 753, ebenso Treugeber

# Ende

**Besten Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit**

**Fragen jetzt?**

**Fragen später:**

Florian S. Jörg

058 258 10 00

[florian.joerg@bratschi-law.ch](mailto:florian.joerg@bratschi-law.ch)

**bratschi  
wiederkehr  
& buob**