

REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Michael Gwelessiani, Clemens Meisterhans, Nicholas Turin

Inhaltsübersicht

Florian Zihler

Handelsregisterpraxis zu Spartenaktien in Form
von Vorzugsaktien 1

Rino Siffert

Die Verwendung der Unternehmens-
Identifikationsnummer (UID) im Handelsregister 11

Manuel Meyer

Umwandlung ohne Umwandlungsprüfung –
eine Schutzlücke? 21

Manuel Meyer / Christian Riout

Handelsregisterbelege bei Sacheinlagen
und Sachübernahmen im Aktienrecht 34

Manuel Meyer* / Christian Rioult**

Handelsregisterbelege bei Sacheinlagen und Sachübernahmen im Aktienrecht

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| I. Einleitung | IV. Nachweis der in den Handelsregisterbelegen gemachten Angaben |
| II. Begriffsbestimmungen | V. Schlusswort |
| III. Offenlegung von Sacheinlagen und Sachübernahmen | |

Erfolgt im Zusammenhang mit einer Gründung, einer Kapitalerhöhung oder einer Nachliberierung einer Aktiengesellschaft eine Sacheinlage oder eine (beabsichtigte) Sachübernahme, so kommen besondere Schutzmassnahmen zum Zug. Dem Handelsregisteramt sind besondere Belege einzureichen, welche die Einhaltung dieser Schutzmassnahmen dokumentieren. Dieser Artikel befasst sich mit dem Umfang der Belegpflicht bei Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen von Aktiengesellschaften.

I. Einleitung

Bei Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen besteht ein Risiko der Schwächung des Aktienkapitals.¹ Deshalb sieht das Gesetz eine ganze Reihe von Kapitalschutzvorschriften vor, deren Einhaltung mit besonderen Belegen nachgewiesen werden muss. Diese Belege sind aufgrund des Grundsatzes, wonach nur *wahre Tatsachen* in das Handelsregister eingetragen werden dürfen,² aus dem letztlich das registerrechtliche *Belegprinzip*³ folgt, dem Handelsregisteramt einzureichen. Die einzureichenden Belege sind in der Handelsregisterverordnung aufgeführt. Dennoch kommen in der Praxis zwei besondere Problemfelder regelmässig auf, nämlich erstens der Existenznachweis der in diesen Belegen aufgeführten Rechtseinheiten und zweitens der Nachweis der Unterschriftenberechtigungen der Personen, die diese Belege auf Rechnung von solchen Rechtseinheiten unterzeichnen. Die nachfolgenden Darstellungen beziehen sich auf Aktiengesellschaften. Sie sind jedoch *mutatis mutandis* auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbar.

* Manuel Meyer, Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei Baker & McKenzie Zurich.

** Christian Rioult, Dr. iur., ehemaliger Substitut bei Baker & McKenzie Zurich.

¹ MANUEL MEYER, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz 91; vgl. hinten Kap. II.B)4.

² Art. 26 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

³ Art. 15 Abs. 2 HRegV.

II. Begriffsbestimmungen

A) Liberierung

Aktionäre bzw. Aktienzeichner müssen das gezeichnete Aktienkapital in drei Situationen einzahlen bzw. liberieren: erstens bei der Gründung, zweitens bei einer Kapitalerhöhung und drittens, sofern das Aktienkapital bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung nicht vollständig liberiert worden ist, bei einer Nachliberierung.⁴ Das Aktienrecht lässt nebst der Liberierung in bar (Geld) weitere Liberierungsformen zu. Insbesondere ist eine Liberierung durch Sacheinlage zulässig.⁵

B) Sacheinlage als Grundtatbestand

1. Sacheinlage als Liberierungsvorgang

Eine *Sacheinlage* liegt vor, wenn der für den Bezug neuer Aktien geschuldete Ausgabebetrag nicht in bar, sondern durch andersartige Vermögenswerte erfüllt bzw. liberiert wird.⁶ Dabei ist zwischen dem Vorgang und dem Gegenstand der Liberierung wie folgt zu unterscheiden: Die *Sacheinlage im weiteren Sinn* beschreibt den gesamten Tilgungsvorgang des Ausgabebetrags zur Liberierung der neuen Aktien, wohingegen die *Sacheinlage im engeren Sinn* den Vermögenswert bezeichnet, mit dem der geschuldete Ausgabebetrag geleistet wird.⁷

2. Sacheinlage als Gegenstand

Als Gegenstand von Sacheinlagen kommen *Vermögenswerte* jeglicher Art in Frage. Davon ausgenommen sind Geld und Forderungen des Aktienzeichners gegenüber der Gesellschaft. Die Liberierung des Ausgabebetrags neuer Aktien mit Geld bzw. durch Verrechnen einer Forderung gegenüber der Gesellschaft unterliegt nämlich anderen, besonderen Bestimmungen.⁸

3. Materielle Anforderungen

Die gültige Erfüllung der Liberierungsschuld gegenüber der Gesellschaft durch Sacheinlage ist an drei materielle Anforderungen geknüpft. Erstens muss die Sacheinlage gemäss der Handelsregisterpraxis sacheinlagefähig sein. Dazu hat die

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE, Schweizer Aktienrecht, Bern 2014, § 2 N 114 f., § 2 N 132 ff. und § 10 N 65 ff.

⁵ Zur Gleichwertigkeit der Barliberierung und der Sacheinlageliberierung PETER FORSTMOSER/GAUDENZ G. ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, REPRAX 2/2001, S. 1 ff., S. 6 f.

⁶ Art. 628 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220); PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizer Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 9; MEYER (Anm. 1), Rz 183 ff.

⁷ MEYER (Anm. 1), Rz 87.

⁸ MEYER (Anm. 1), Rz 215 f.; ALFRED SIEGWART, Kommentierung zu Art. 628 OR N 7, in: Die Aktiengesellschaft, Abschnitt 1, Allgemeine Bestimmungen, Zürcher Kommentar, Zürich 1945 (zit. ZK-SIEGWART).

Sacheinlage gemäss einer Mitteilung des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) bewertbar bzw. aktivierbar, übertragbar, verfügbar und verwertbar zu sein.⁹ Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision möchte diese Kriterien in Art. 634 Abs. 1 VE-OR¹⁰ in das Gesetz überführen,¹¹ obschon das Kriterium der Verwertbarkeit nicht gerechtfertigt ist. Konzeptionell wie funktionell ist es für die *Sacheinlagefähigkeit* ausreichend, wenn mit dem Gebrauch der Sacheinlage ein Mittelzufluss generiert werden kann. Dies ist der Fall, wenn der als Sacheinlage geleistete Vermögenswert in der Bilanz gemäss Art. 959 Abs. 2 OR aktiviert werden kann.¹² Demgegenüber muss die Sacheinlage nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt sein.¹³

Zweitens muss die Sacheinlage auf die Gesellschaft übertragen werden. Der *Rechtserwerb* durch die Gesellschaft muss spätestens eine logische Sekunde nach dem Handelsregistereintrag erfolgen.¹⁴ Die für die Übertragung notwendigen Handlungen müssen jedoch spätestens bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses und damit vor dem Handelsregistereintrag vorgenommen worden sein.¹⁵

Drittens muss die Sacheinlage werthaltig sein. Dies bedeutet, dass der wirkliche Wert der Sacheinlage ihrem Ausgabebetrag zu entsprechen hat. Die Bestimmung der *Werthaltigkeit* setzt voraus, dass dem Gegenstand der Sacheinlage mittels einer Bewertung ein Geldwert zugewiesen wird.¹⁶ Denn nur so kann ermittelt werden, ob der Gegenstand der Sacheinlage den für den Aktienbezug geschuldeten Ausgabebetrag deckt.

4. Risiko der Überbewertung

Dem Bewertungsvorgang haftet ein *Überbewertungsrisiko* an. Namentlich sind die Aktienzeichner an einer möglichst hohen Bewertung ihrer Vermögenswerte interessiert, da sie so bei gleich bleibendem Ausgabepreis mehr Aktien im Gegenzug erhalten.¹⁷ Um dieses Überbewertungsrisiko einzudämmen, sieht das Gesetz Schutzvorschriften und Schutzmassnahmen vor, deren Einhaltung mit be-

⁹ EHRA, Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, Ziff. 3, REPRAX 2/2001, S. 59 ff.; ausführlich MEYER (Anm. 1), Rz 289 ff.; MARKUS BÖSINGER, Gründung mittels Sacheinlage, § 24.12 ff., in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014.

¹⁰ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014.

¹¹ Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, S. 74; MATTHIAS D. TRAUTMANN, Die qualifizierte Kapitalerhöhung, Zürich/St. Gallen 2016, Rz 685.

¹² JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN, Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, Zürich 1972, S. 37; NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Zürich/St. Gallen 2012, Rz 220; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2015, § 9 N 22; MEYER (Anm. 1), Rz 353.

¹³ EHRA (Anm. 9), Ziff. 3; VON DER CRONE (Anm. 4), § 2 N 145.

¹⁴ BÖSINGER (Anm. 9), § 24.24; MEYER (Anm. 1), Rz 520.

¹⁵ MEYER (Anm. 1), Rz 525; ZK-SIEGWART (Anm. 8), Art. 633 OR N 34.

¹⁶ BAUMANN (Anm. 12), S. 121; MEYER (Anm. 1), Rz 537; KATHARINA ELISABETH SCHOOP, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, S. 52.

¹⁷ MEYER (Anm. 1), Rz 91.

sonderen schriftlichen Urkunden belegt werden muss.¹⁸ Insbesondere soll die Sacheinlage in das Handelsregister eingetragen und dadurch öffentlich bekannt gemacht werden.¹⁹

C) Sachübernahme als Umgehungstatbestand

1. Sinn und Zweck

Die *Sachübernahme* bezeichnet den Tatbestand, bei dem die Gesellschaft Vermögenswerte von ihren Aktionären oder diesen nahestehenden Personen im Zusammenhang mit ihrer Gründung, einer Kapitalerhöhung oder einer Nachliberierung erwirbt.²⁰ Findet der Erwerb nicht zeitgleich mit der Gründung, Kapitalerhöhung bzw. Nachliberierung statt und ist der Erwerb in diesem Zeitpunkt beabsichtigt, so ist die Sachübernahme eine beabsichtigte.²¹

Die Sachübernahme stellt den *Umgehungstatbestand* der Sacheinlage dar. Er soll verhindern, dass über einen Umweg derselbe Zustand erzielt wird wie bei einer Sacheinlage, ohne dass die einschlägigen Schutzvorschriften und Schutzmassnahmen eingehalten werden. Ein Überbewertungsrisiko besteht nämlich auch bei der Sachübernahme. Erwirbt die Gesellschaft im Anschluss an eine Barliberierung einen Vermögenswert von ihren Aktionären oder diesen nahestehenden Personen gegen ein Entgelt (womöglich, aber nicht zwingend, das zuvor liberierte Bargeld), so führt dies wirtschaftlich betrachtet zum selben Ergebnis, wie wenn die Gesellschaft unmittelbar die besagten Vermögenswerte als Sacheinlage gegen Ausgabe neuer Aktien erworben hätte.²² Statt diesen Vorgang zu verbieten, hat sich der Gesetzgeber dafür entschlossen, die (beabsichtigte) Sachübernahme unter dieselben Schutzvorschriften und Schutzmassnahmen zu stellen wie die Sacheinlage.²³ Zu beachten ist, dass der Vorentwurf der laufenden Aktienrechtsrevision die entsprechende Gesetzesbestimmung streichen will.²⁴

¹⁸ Ausführlich MEYER (Anm. 1), Rz 588 ff.

¹⁹ Art. 642 OR; Art. 45 Abs. 2 lit. a, Art. 48 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 2 HRegV.

²⁰ Art. 628 Abs. 2 OR; statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 15 N 18.

²¹ BGE 83 II 284 E. 3c; ausführlich DIETSCHI (Anm. 12), Rz 141 ff.; vgl. ferner EDGAR PHILIPPIN/JULIEN ROUVINEZ, Reprise de biens – la notion de «proche» dans l'article 628 CO, S. 15 ff., S. 21 ff., in: swisNot (Hrsg.), Mélanges Festschrift Miscallanee – Beiträge zum Handelsrecht 2015 / Contributions en droit commercial 2015 / Contributi di diritto commerciale 2015, Zürich 2015.

²² PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 379; VON DER CRONE (Anm. 4), § 2 N 155; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 283; ähnlich MARKUS BÖSIGER, Gründung mittels Sachübernahme, § 25.1, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014.

²³ Art. 628 Abs. 2 OR; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 86.

²⁴ Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, S. 23; TRAUTMANN (Anm. 11), Rz 688 ff.; zu den Folgen dieser geplanten Streichung MANUEL MEYER, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 2015, S. 4 ff.

2. Anwendungsvoraussetzungen

Es ist daher nicht erstaunlich, dass der Tatbestand der Sachübernahme einen *sacheinlagefähigen Gegenstand* voraussetzt.²⁵

Als Veräusserer des Gegenstands der Sachübernahme muss zwingend ein Aktionär bzw. eine diesem nahestehende Person auftreten, denn nur in diesen Situationen besteht ein Überbewertungsrisiko.²⁶ Unter den Begriff der *Aktionäre* fallen Aktionäre, Aktienzeichner und an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigte. Von einer *nahestehenden Person* wird gesprochen, wenn aufgrund der konkreten Kontrollverhältnisse über die Gesellschaft die Gefahr besteht, dass die Sachübernahme nicht zu Drittbedingungen (*at arms length*) vollzogen wird.²⁷

Der Erwerb muss entgeltlich sein, d.h. die Gesellschaft muss für den Erwerb des Gegenstands der Sachübernahme ein *Entgelt* erbringen.²⁸ Keine Rolle spielt, mit welchen Mitteln diese Leistung erbracht wird.²⁹ Die von der Gesellschaft zu erbringenden Mittel müssen also nicht vom Aktionär im Rahmen der Liberierung eingebracht worden sein. Umgekehrt ist der Erwerb kein entgeltlicher, wenn die Vermögenswerte der Gesellschaft in Form eines *Kapitalzuschusses* ohne Entgelt zufließen.³⁰ Unseres Erachtens spielt es keine Rolle, ob der Kapitalzuschuss direkt oder indirekt erfolgt. Bei einem direkten Kapitalzuschuss leistet der Aktionär der Gesellschaft einen Vermögenswert unentgeltlich als Kapitalreserve. Bei einem indirekten Kapitalzuschuss leistet der Aktionär der Gesellschaft in einem ersten Schritt einen Vermögenswert unentgeltlich als Kapitalreserve, damit und unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft mit diesem empfangenen Vermögenswert einen anderen Vermögenswert von einer den Aktionären nahestehenden Person entgeltlich erwerben kann. Der anschliessende entgeltliche Vermögenserwerb stellt in diesem Fall keine Umgehung einer Sacheinlage dar, sondern eine Umgehung der direkten Einlage des Vermögenswerts als Kapitalzuschuss. Folgerichtig ist der Erwerb in diesem Fall unentgeltlich, so dass die Bestimmungen über die Sachübernahme nicht zur Anwendung gelangen.

Eine Sachübernahme liegt schliesslich nur vor, wenn diese in einem *funktionalen Zusammenhang* zu einer Kapitalaufbringung steht und daher eine Gefährdung des eben geleisteten Aktienkapitals besteht.³¹ Eine solche Gefährdung ist nicht bei jedem geringfügigen Geschäft gegeben. Gemäss Rechtsprechung und h.L. muss es sich um Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung

²⁵ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 175; vgl. vorne Kap. II.B)3.

²⁶ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 328 f.; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 10.

²⁷ BÖCKLI (Anm. 22), § 1 N 380 f.; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 341; ausführlich CONRADIN KRAMER, Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht, GesKR 2016, 159 ff., 163 ff.

²⁸ Art. 628 Abs. 2 OR; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 283; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1981, § 10 N 67.

²⁹ Art. 45 Abs. 3 HRegV; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 285 f.; a.M. LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, S. 101 ff., S. 107 f., in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008.

³⁰ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 297 ff. MEYER (Anm. 1), Rz 821 ff.; TRAUTMANN (Anm. 11), Rz 289.

³¹ BÖCKLI (Anm. 22), § 1 N 388; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 314; FORSTMOSER (Anm. 28), § 15 N 154.

handeln, womit Sachübernahmen im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vom Geltungsbereich der einschlägigen Schutzvorschriften ausgenommen sind.³²

III. Offenlegung von Sacheinlagen und Sachübernahmen

A) Handelsregistereintrag

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die Gründung sowie Kapitalerhöhungen und Nachliberierungen beim Handelsregisteramt am Gesellschaftssitz zwecks Eintragung in das Handelsregister anzumelden.³³ Dabei müssen auch etwaige Sacheinlagen bzw. (beabsichtigte) Sachübernahmen angemeldet und in das Handelsregister eingetragen werden, damit die Öffentlichkeit über diese besonderen Tatbestände und die damit verbundenen Risiken, insbesondere das Überbewertungsrisiko, informiert ist.³⁴

Bei Sacheinlagen wie bei (beabsichtigten) Sachübernahmen werden das Datum des Sacheinlagevertrags bzw. dasjenige eines allenfalls bestehenden Sachübernahmevertrags, der Gegenstand der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme und die dafür ausgegebenen Aktien bzw. die Gegenleistung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen.³⁵

B) Handelsregisterbelege

Sacheinlagen und (beabsichtigte) Sachübernahmen werden nur gestützt auf eine Vielzahl von Handelsregisterbelegen, welche die Einhaltung der einschlägigen Schutzvorschriften belegen, in das Handelsregister eingetragen. Die massgebenden Handelsregisterbelege für Sacheinlagen und (beabsichtigte) Sachübernahmen sind die Folgenden:

1. Begründungsbeschluss

Das Thema Sacheinlage bzw. (beabsichtigte) Sachübernahme wird erst bei der *Kapitalaufbringung* aktuell. Die Kapitalaufbringung kann im Rahmen der Gründung, einer Kapitalerhöhung oder Nachliberierung erfolgen.³⁶ Bei der Gründung wird das Aktienkapital in der Gründungsurkunde von den Gründern festgelegt.³⁷

³² BGE 83 II 284 E. 3c; BÖCKLI (Anm. 22), § 1 N 390a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 15 N 23; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 9; weitergehend DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Anm. 12), § 9 N 32; a.M. DIETSCHI (Anm. 12), Rz 232; ähnlich VON DER CRONE (Anm. 4), § 2 N 158.

³³ Art. 640 und Art. 652h OR.

³⁴ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 410; MEYER (Anm. 1), Rz 748.

³⁵ Art. 642 OR; Art 45 Abs. 2 lit. a und b, Art. 48 Abs. 2, Art. 54 Abs. 4 HRegV; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 407; MEYER (Anm. 1), Rz 741; ADRIAN TAGMANN, Kommentierung zu Art. 45 N 39, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Stämpfli Handkommentar, Bern 2013.

³⁶ Vgl. vorne Kap. II.A).

³⁷ Art. 630 Ziff. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 14 N 12.

Demgegenüber wird bei der Kapitalerhöhung der Umfang des neuen Aktienkapitals entweder von der Generalversammlung oder im Rahmen der genehmigten Kapitalerhöhung vom Verwaltungsrat in einem Erhöhungsbeschluss beschlossen.³⁸ Einzig bei der bedingten Kapitalerhöhung entstehen die Aktionärsrechte aus dem neuen Aktienkapital durch Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte und der Erfüllung der daraus entstehenden Einlagepflicht.³⁹ Die Nachliberierung wird stets vom Verwaltungsrat beschlossen.⁴⁰ Diese Begründungsbeschlüsse sind dem Handelsregisteramt einzureichen.⁴¹

Der Beschluss, mit dem das neue Aktienkapital geschaffen wird, muss im Falle von Sacheinlagen die Art der Einlagen, deren Gegenstand und Bewertung sowie den Namen des Sacheinlegers und die ihm zukommenden Aktien angeben.⁴² Bei (beabsichtigten) Sachübernahmen sind hingegen der Gegenstand der Sachübernahme, der Name des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft im Beschluss zu erwähnen.⁴³

2. Emissionsprospekt

Werden durch Kapitalerhöhung neue Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten, muss der Verwaltungsrat einen *Emissionsprospekt* erstellen,⁴⁴ der beim Handelsregisteramt einzureichen ist.⁴⁵ Besondere Angaben zu Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen sind nicht zu machen. Allerdings ist gemäss Art. 652a Abs. 1 Ziff. 4 OR der Begründungsbeschluss⁴⁶ im Prospekt abzubilden, der Angaben über die Sacheinlage bzw. (beabsichtigte) Sachübernahme enthält.⁴⁷

3. Sacheinlagevertrag und Sachübernahmevertrag

Sacheinlagen werden gestützt auf einen Sacheinlagevertrag, Sachübernahmen hingegen auf einen Sachübernahmevertrag auf die Gesellschaft übertragen. Der *Sacheinlagevertrag* ist ein Vertrag *sui generis*, mit dem sich eine Person gegenüber der Gesellschaft dazu verpflichtet, die Sacheinlage zu übertragen und die Gesellschaft im Gegenzug die Leistung dieser Sacheinlage als Erfüllung des für

³⁸ Art. 650 Abs. 1 und Art. 651 Abs. 1 OR; BGE 132 III 668 E. 3.3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 52 N 63 und 242.

³⁹ Art. 653e Abs. 3 und Art. 653g Abs. 1 OR; VON DER CRONE (Anm. 4), § 10 N 57; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 80.

⁴⁰ Art. 634a OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 14 N 30; vgl. zum Ausreichen eines Verwaltungsratsbeschlusses der Nachliberierung mittels Sacheinlage MEYER (Anm. 1), Rz 153.

⁴¹ Art. 46 Abs. 2 lit. a HRegV, Art. 50 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 lit. a HRegV.

⁴² Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 591; TRAUTMANN (Anm. 11), Rz 302 ff.; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 20.

⁴³ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 160 f.; TRAUTMANN (Anm. 11), Rz 302 ff.; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 23.

⁴⁴ Art. 652a OR; VON DER CRONE (Anm. 4), § 10 N 15; RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, Kommentierung zu Art. 46 N 27, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN).

⁴⁵ Art. 46 Abs. 2 lit. f und Art. 50 Abs. 1 HRegV.

⁴⁶ Vgl. vorne Kap. III.B)1.

⁴⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 52 N 93 ff.; MEYER (Anm. 1), Rz 609.

den Aktienbezug geschuldeten Ausgabebetrags anerkennt.⁴⁸ Der Sacheinlagevertrag muss nicht zwingend vom Aktienzeichner unterschrieben werden.⁴⁹ Der *Sachübernahmevertrag* ist hingegen ein gewöhnlicher Erwerbsvertrag, mit dem die Gesellschaft von einem Aktionär oder einer nahestehenden Person einen Vermögenswert erwirbt.⁵⁰

Sowohl der Sacheinlagevertrag als auch der Sachübernahmevertrag müssen dem *Schriftlichkeitserfordernis* genügen. Soweit Grundstücke Gegenstand der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme sind, muss der Vertrag öffentlich beurkundet sein.⁵¹

Sacheinlageverträge und Sachübernahmeverträge sind dem Handelsregister einzureichen.⁵² Ein Sachübernahmevertrag ist jedoch nur einzureichen, sofern er im Zeitpunkt der Anmeldung bereits existiert.⁵³

4. Rechenschaftsbericht

Im Rahmen der Gründung müssen die Gründer in einem schriftlichen *Gründungsbericht* Rechenschaft über die Art und den Zustand der Sacheinlage oder der (beabsichtigten) Sachübernahme und die Angemessenheit der Bewertung geben.⁵⁴ Bei der Kapitalerhöhung muss der Verwaltungsrat dieselbe Rechenschaft in einem *Kapitalerhöhungsbericht* ablegen.⁵⁵ Ferner muss der Verwaltungsrat auch bei der Nachliberierung einen solchen *Rechenschaftsbericht* verfassen.⁵⁶ Dieser Rechenschaftsbericht muss dem Handelsregisteramt eingereicht werden.⁵⁷

Der Rechenschaftsbericht dient einerseits der Information der Öffentlichkeit und der nicht am Kapitalaufbringungsverfahren beteiligten Aktionäre. Andererseits ist er aber auch Prüfungsgrundlage für die von einem zugelassenen Revisor zu vollziehende Prüfung.⁵⁸

⁴⁸ MEYER (Anm. 1), Rz 611; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN (Anm. 44), Art. 43 N 29.

⁴⁹ MEYER (Anm. 1), Rz 623.

⁵⁰ SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN (Anm. 44), Art. 43 N 37.

⁵¹ Art. 634 Ziff. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 15 N 39; BSK OR II-SCHENKER, Art. 634 N 4.

⁵² Art. 631 Abs. 2 Ziff. 5 und 6 OR; Art. 43 Abs. 3 lit. a und b, Art. 46 Abs. 3 lit. a und b und Art. 50 Abs. 1 HRegV.

⁵³ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 427.

⁵⁴ Art. 635 OR; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 417; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 95; MEYER (Anm. 1), Rz 682.

⁵⁵ Art. 652e OR.

⁵⁶ Art. 635 OR per analogiam.

⁵⁷ Art. 631 Abs. 2 und Art. 652g Abs. 3 OR; Art. 43 Abs. 1 lit. a, Art. 46 Abs. 2 lit. b, Art. 50 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 lit. e Ziff. 1 HRegV.

⁵⁸ VON DER CRONE (Anm. 4), § 2 N 148; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 416; MEYER (Anm. 1), Rz 680; vgl. zur Prüfungsbestätigung hinten Kap. III.B)5.

5. Prüfungsbestätigung

Der Rechenschaftsbericht muss von einer Prüfstelle auf Vollständigkeit und Richtigkeit geprüft werden.⁵⁹ Grundsätzlich muss ein *zugelassener Revisor* gemäss Art. 5 RAG⁶⁰ die Prüfung vornehmen. Bei Publikumsgesellschaften ist die Prüfung allerdings durch ein *staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen* gemäss Art. 7 ff. RAG durchzuführen, während Gesellschaften, die der ordentlichen Revision i.S.v. Art. 727 OR unterliegen, einen *zugelassenen Revisionsexperten* gemäss Art. 4 RAG mandatieren müssen.⁶¹ Die Prüfstelle muss für die Prüfung des Rechenschaftsberichts den Anforderungen an die Unabhängigkeit gemäss Art. 728 OR⁶² genügen.⁶³

Die Durchführung der Prüfung und das Prüfungsergebnis müssen in einer schriftlichen *Prüfungsbestätigung* ausgewiesen werden,⁶⁴ die dem Handelsregisteramt als Nachweis der erfolgten Prüfung und des positiven Prüfungsergebnisses eingereicht werden muss.⁶⁵

6. Feststellungsbeschluss

Die Gründer fassen bei der Gründung in der Gründungsurkunde und der Verwaltungsrat bei Kapitalerhöhungen und Nachliberierungen in einer separaten öffentlichen Urkunde einen Feststellungsbeschluss,⁶⁶ der mitsamt Beilagen dem Handelsregisteramt einzureichen ist.⁶⁷ Darin erklären die Gründer bzw. der Verwaltungsrat im Sinne einer *Wissenserklärung*, dass alle neu auszugebenden Aktien gültig gezeichnet sind, die dafür versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind.⁶⁸ Die Gründer bzw. der Verwaltungsrat stützen sich auf die Handelsregisterbelege, die der Kapitalaufbringung zu Grunde liegen. Diese sind der Begründungsbeschluss, ein etwaiger Emissionsprospekt, die Zeichnungsscheine, die Sacheinlageverträge, bereits bestehende Sachübernahmeverträge, der Rechenschaftsbericht und die Prüfungsbestätigung.⁶⁹ Dem Feststellungsbeschluss sind nur der Rechenschaftsbericht, die Sacheinlageverträge und etwaige Sachübernahmeverträge sowie die Prüfungsbestätigung beizu-

⁵⁹ Art. 635a und Art. 652f Abs. 1 OR; BÖCKLI, (Anm. 22), § 1 N 409; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 438 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 16 N 31; MEYER (Anm. 1), Rz 708 ff.

⁶⁰ Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005 (RAG, SR 221.302).

⁶¹ VON DER CRONE, § 2 N 150; MEYER (Anm. 1), Rz 704.

⁶² Ausführlich BSK Revisionsrecht-WATTER/RAMPINI, Art. 728 OR N 5 ff.

⁶³ MEYER (Anm. 1), Rz 705; BSK OR II-SCHENKER, Art. 635a N 3.

⁶⁴ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 442; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 52 N 159; MEYER (Anm. 1), Rz 712 f.

⁶⁵ Art. 43 Abs. 3 lit. d, Art. 46 Abs. 3 lit. c, Art. 50 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 lit. e Ziff. 2 HRegV.

⁶⁶ Art. 629 Abs. 2, Art. 634a Abs. 1 und Art. 652g Abs. 1 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 714.

⁶⁷ Art. 43 Abs. 1 lit. a, Art. 46 Abs. 2 lit. b, Art. 50 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 lit. a HRegV.

⁶⁸ Art. 629 Abs. 2 und Art. 652g Abs. 1 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 716 ff.

⁶⁹ Art. 631 Abs. 2 und Art. 652g Abs. 2 und 3 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 720; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652g N 11.

legen. Ferner werden im Kanton Zürich der Urkunde auch die Statuten beige-fügt.⁷⁰

7. Statutenartikel

Unmittelbar im Anschluss an den Feststellungsbeschluss fassen die Gründer bei der Gründung bzw. der Verwaltungsrat bei der Kapitalerhöhung und Nachliberierung den *Statutenänderungsbeschluss*, mit dem die neuen Statuten als gültige Statuten angenommen werden. Diese Statuten müssen eine besondere Klausel über die Sacheinlage bzw. die (beabsichtigte) Sachübernahme enthalten.⁷¹ Die Statutenklausel muss den Gegenstand und die Bewertung der Sacheinlage bzw. der (beabsichtigten) Sachübernahme, den Namen des Sacheinlegers bzw. des Veräusserers und die ihm zukommenden Aktien bzw. die von der Gesellschaft zu erbringende Gegenleistung beinhalten.⁷² Die neuen Statuten müssen beglaubigt und dem Handelsregisteramt eingereicht werden.⁷³

8. Stampa- und Lex Friedrich-Erklärung

Zusätzlich zu den vorgenannten Belegen müssen die Anmeldenden dem Handelsregisteramt eine Stampa-Erklärung⁷⁴ und eine Lex Friedrich-Erklärung einreichen.⁷⁵ Es handelt sich um *schriftliche Wissenserklärungen*.⁷⁶

Mit der *Stampa-Erklärung* erklären die Anmeldenden insbesondere, dass keine anderen als die in den vorgenannten Handelsregisterbelegen erwähnten Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen bestehen.⁷⁷

Die *Lex-Friedrich-Erklärung* muss beim Handelsregisteramt eingereicht werden, wenn ein Grundstück Gegenstand der Sacheinlage oder Sachübernahme ist oder wenn die Gesellschaft eine Immobiliengesellschaft ist.⁷⁸ Damit geben die Anmeldenden Antworten auf bestimmte Fragen, welche die Schlussfolgerung erlauben, dass keine Bewilligungspflicht im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland besteht.⁷⁹

⁷⁰ Art. 631 Abs. 2 und Art. 652g Abs. 3 OR; HARALD MAAG, Kapitalerhöhung (ordentlich, genehmigt und bedingt), § 74.112 f, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014; MEYER (Anm. 1), Rz 715.

⁷¹ Art. 629 Abs. 1 und Art. 652g Abs. 1 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 723; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 159 ff.

⁷² Art. 628 Abs. 1 und 2 und Art. 652g Abs. 1 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 724; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 3 ff. und N 11; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN (Anm. 44), Art. 43 N 34 und 42.

⁷³ Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 652g Abs. 3 OR; Art. 22 Abs. 4 HRegV; Art. 43 Abs. 1 lit. b, Art. 46 Abs. 2 lit. b, Art. 50 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 lit. b HRegV.

⁷⁴ Art. 43 Abs. 1 lit. h, Art. 46 Abs. 2 lit. g und Art. 54 Abs. 1 lit. f HRegV.

⁷⁵ Art 18 des Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, SR 211.412.41).

⁷⁶ BÖCKLI (Anm. 22), § 1 N 366; MEYER (Anm. 1), Rz 726.

⁷⁷ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 446; MEYER (Anm. 1), Rz 727; vgl. kritisch dazu BÖCKLI (Anm. 22), § 1 N 385.

⁷⁸ MAAG (Anm. 70), § 74.120; MEYER (Anm. 1), Rz 732.

⁷⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 16 N 23 f.; MEYER (Anm. 1), Rz 733.

IV. Nachweis der in den Handelsregisterbelegen gemachten Angaben

A) Prüfungskognition des Registerführers

Bevor der Registerführer einen Handelsregistereintrag vornimmt, muss er prüfen, ob alle *Eintragungsvoraussetzungen* erfüllt sind.⁸⁰ Prüfungsgegenstand sind jeweils die eingereichten Handelsregisterbelege.⁸¹ Die Prüfungskognition des Registerführers, d.h. die Prüfungsbefugnis, ist dieselbe für die kantonalen Handelsregisterämter wie für das EHRA.⁸² Die Prüfungskognition unterscheidet sich aber hinsichtlich der formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen.

Die Prüfungskognition ist hinsichtlich der *formellen Eintragungsvoraussetzungen* unbeschränkt.⁸³ Zu den formellen Eintragungsvoraussetzungen zählen die örtliche Zuständigkeit des Handelsregisters, die personelle Zuständigkeit der Anmeldenden, die Eintragungsfähigkeit des Sachverhalts, die Vollständigkeit der Handelsregisterbelege sowie des zwingend und bedingt notwendigen Statuteninhalts und die Einhaltung von Fristen sowie von Form- und Inhaltserfordernissen.⁸⁴ Im Zusammenhang mit Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen bedeutet dies, dass der Registerführer prüfen muss, ob alle vorstehend genannten Handelsregisterbelege vorliegen⁸⁵ und ob diese den vorgeschriebenen Inhalt enthalten.

Hinsichtlich der *materiellen Eintragungsvoraussetzungen* ist die Prüfungskognition des Registerführers grundsätzlich eingeschränkt. Dies bedeutet, dass der Registerführer nur prüfen darf, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind.⁸⁶ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Registerführer einen Handelsregistereintrag aufgrund der Verletzung von materiellen Eintragungsvoraussetzungen nur dann ablehnen, wenn dadurch die Eintragung offensichtlich und unzweideutig gegen zwingendes Recht verstossen würde, das den Schutz öffentlicher Interessen oder Dritter bezweckt.⁸⁷ Die Bestimmungen zur Sacheinlage und zur (beabsichtigten) Sachübernahme stellen als Kapitalschutzbestimmungen zwingendes Recht dar und schützen die Interessen der Öffentlichkeit. Deshalb sind diese Bestimmungen von der materiellen Prüfungskognition des Registerführers erfasst.⁸⁸ Damit darf der Registerführer die materiellen Voraussetzungen der Sacheinlage und (beabsichtigten) Sachüber-

⁸⁰ Art. 940 OR; Art. 28 und Art. 32 HRegV.

⁸¹ MEYER (Anm. 1), Rz 742.

⁸² Art. 32 Abs. 3 HRegV; vgl. MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 32 N 129.

⁸³ BGE 132 III 668 E. 3.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 54), § 6 N 43a.

⁸⁴ Art. 940 OR i.V.m. Art. 28 HRegV; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 443; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 6), § 16 N 31; MEYER (Anm. 1), Rz 743.

⁸⁵ Vgl. vorne Kap. III.B).

⁸⁶ CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Prüfungskognition der Handelsregisterbehörde, Zürich 1996, S. 392.

⁸⁷ BGE 121 III 371 E. 2a; BGE 117 II 186 E. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 54), § 6 N 48.

⁸⁸ EHRA (Anm. 9), Ziff. 2; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 443; MEYER (Anm. 1), Rz 744; a.M. wohl FORSTMOSER (Anm. 28), § 10 N 193.

nahme prüfen, d.h. ob die jeweiligen Tatbestände vorliegen und ob die Voraussetzungen (Sacheinlagefähigkeit, Werthaltigkeit, funktioneller Zusammenhang sowie die Identität des Veräusserers als Aktionär bzw. nahestehende Person) erfüllt sind.

Nachfolgend werden zwei ausgewählte Problemfelder im Zusammenhang mit der Prüfungskognition des Registerführers untersucht: zum einen geht es um den Existenznachweis von ausländischen Rechtseinheiten und zum anderen um den Nachweis von Unterschriftenberechtigungen.

B) Prüfung der Existenz von ausländischen Rechtseinheiten

1. Problemstellung

Rechtseinheiten können im Zusammenhang mit Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen auf zwei Arten auftreten. Erstens als *Partei*, d.h. als Aktionärin bzw. Aktienzeichnerin, die eine Sacheinlage tätigt, bzw. als Aktionärin oder nahestehende Person, die die Sachübernahme veräussert. Zweitens als mittelbarer *Gegenstand* der Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme, wenn Anteile an dieser Rechtseinheit unmittelbarer Gegenstand der Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme sind.

In diesen Fällen wird die Rechtseinheit mindestens im Begründungsbeschluss⁸⁹, im Sacheinlagevertrag bzw. Sachübernahmevertrag⁹⁰ und im Statutenartikel⁹¹ erwähnt. Soweit Anteile der Rechtseinheit Gegenstand der Sacheinlage bzw. der (beabsichtigten) Sachübernahme sind, wird die Rechtseinheit weiter im Rechenschaftsbericht erwähnt.⁹² Zusätzlich wird sie in das *Hauptregister*⁹³ eingetragen.⁹⁴ Tritt die Rechtseinheit hingegen als Partei auf, ist eine Erwähnung im Rechenschaftsbericht nicht zwingend.⁹⁵ Ebenso erfolgt kein Eintrag in das Hauptregister.⁹⁶ Fraglich ist, inwiefern die Existenz der Rechtseinheit in den vorgenannten Fällen anhand von Belegen nachgewiesen werden muss.

⁸⁹ Art. 630 Ziff. 1 i.V.m. Art. 634, Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 und Art. 651 Abs. 4 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 594 f.

⁹⁰ DIETSCHI (Anm. 12), Rz 427 f.; MEYER (Anm. 1), Rz 634 und 637.

⁹¹ Art. 628 Abs. 1 und 2 und Art. 652g OR; DIETSCHI (Anm. 12), Rz 395 und 397; MEYER (Anm. 1), Rz 724.

⁹² Art. 635 Ziff. 1 und Art. 652e Ziff. 1 OR; MEYER (Anm. 1), Rz 682.

⁹³ Art. 6 Abs. 3 HRegV; vgl. zu den Bestandteilen des Handelsregisters MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 54), § 6 N 25 ff.

⁹⁴ Art. 642 OR; Art. 45 Abs. 2 lit. b, Art. 48 Abs. 2, Art. 50 Abs. 4, Art. 52 Abs. 3 und Art. 54 Abs. 4 HRegV; MEYER (Anm. 1), Rz 741.

⁹⁵ Art. 635 Ziff. 1 und Art. 652e Ziff. 1 OR e contrario.

⁹⁶ Art. 642 OR e contrario; Art. 45 Abs. 2 lit. b, Art. 48 Abs. 2, Art. 50 Abs. 4, Art. 52 Abs. 3 und Art. 54 Abs. 4 HRegV e contrario; MEYER (Anm. 1), Rz 741.

2. Belegprinzip

Nach dem *Belegprinzip* sind sämtliche in das Handelsregister einzutragende Tatsachen zu belegen.⁹⁷ Das Handelsregisteramt darf von der inhaltlichen Richtigkeit der ihm eingereichten Erklärungen und Belege ausgehen.⁹⁸ Nimmt eine einzutragende Tatsache Bezug auf das Bestehen einer Rechtseinheit, so ist deren Bestehen nachzuweisen.⁹⁹ Die Anmeldenden haben zu belegen, dass die besagte Rechtseinheit in Übereinstimmung mit den an ihrem Sitz geltenden Rechtsvorschriften existiert.¹⁰⁰

Differenziert wird zwischen schweizerischen und ausländischen Rechtseinheiten. Für erstere haben die Anmeldenden keinen *Existenznachweis* zu erbringen, wenn sie in einem kantonalen Handelsregister eingetragen sind.¹⁰¹ Vielmehr muss das zuständige kantonale Handelsregisteramt das Bestehen der Rechtseinheit durch Einsicht in das hiesige Handelsregister eigenständig verifizieren.¹⁰² Nur sofern eine Rechtseinheit nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, muss deren Existenz durch einen aktuellen beglaubigten und überbeglaubigten bzw. apostillierten Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder durch gleichwertige Urkunden belegt werden.¹⁰³ Kennt der Sitzstaat der ausländischen Rechtseinheit keine derartigen Auszüge, sind der Errichtungsakt (*certificate of incorporation*) zusammen mit den Statuten (*bylaws*) und einer Unbedenklichkeitsbescheinigung (*certificate of good standing*) einzureichen.¹⁰⁴

Soweit eine Rechtseinheit im Handelsregister in der Schweiz eingetragen ist, muss kein Existenznachweis erbracht werden. Für alle anderen, insbesondere die ausländischen Rechtseinheiten, stellt sich die Frage, inwiefern ein Existenznachweis zu erbringen ist, wenn sie als Partei im Zusammenhang mit einer Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme auftreten und wenn sie Gegenstand einer Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme sind. In beiden Szenarien ist zu prüfen, ob die Erwähnung der Rechtseinheit eine *einzutragende Tatsache* im Sinne von Art. 24 Abs. 1 HRegV darstellt.

⁹⁷ Art. 15 Abs. 2 HRegV; FLORIAN ZIHLER, Kommentierung zu Art. 15 N 6, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-ZIHLER).

⁹⁸ SHK HRegV-ZIHLER (Anm. 97), Art. 15 N 11.

⁹⁹ Art. 24 HRegV.

¹⁰⁰ RINO SIFFERT, Kommentierung zu Art. 24 N 1, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK-HRegV-SIFFERT).

¹⁰¹ Art. 24 Abs. 1 HRegV.

¹⁰² SHK HRegV-SIFFERT (Anm. 100), Art. 24 N 2.

¹⁰³ Art. 24 Abs. 2 HRegV; diese Bestimmung ist im Lichte von Art. 24 Abs. 1 HRegV zu lesen, der den Nachweis des Bestehens von Rechtseinheiten behandelt, wenn eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache auf eine Rechtseinheit Bezug nimmt; wobei ein von einer Urkundsperson beglaubigter und mit einer Apostille versehener Internet-Auszug aus einem ausländischen Register gemäss gewissen Autoren genügt, so GWELESSIANI (Anm. 82), Art. 24 N 115; a.M. SHK HRegV-SIFFERT (Anm. 100), Art. 24 N 5.

¹⁰⁴ GWELESSIANI (Anm. 82), Art. 24 N 115; SHK HRegV-SIFFERT (Anm. 100), Art. 24 N 4 f.

3. Rechtseinheit als einzutragende Tatsache

Tritt eine Rechtseinheit im Rahmen einer Sacheinlage oder einer Sachübernahme als Partei auf oder bilden Anteile an derselben den Gegenstand der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme, so nehmen die Handelsregisterbelege und der Hauptregistereintrag Bezug auf eine Tatsache, deren Wahrheit von der Existenz der Rechtseinheit abhängig ist. Denn nur eine existierende Rechtseinheit kann als Sacheinlegerin bzw. Veräussererin eines Vermögenswerts auftreten und nur Anteile an einer existierenden Rechtseinheit können als Gegenstand einer Sacheinlage bzw. Sachübernahme fungieren. Allerdings wird die Existenz der Rechtseinheit jedenfalls dann von der Prüfstelle geprüft, wenn Anteile an einer Rechtseinheit Gegenstand der Sacheinlage bzw. Sachübernahme bilden. Denn in diesen Fällen werden die Anteile im *Rechenschaftsbericht* aufgeführt und bewertet. Letzterer bildet wiederum den Gegenstand der Prüfung der Prüfstelle, die in ihrer schriftlichen Prüfungsbestätigung die Vollständigkeit und Richtigkeit des Rechenschaftsberichts belegt.¹⁰⁵ Damit die Revisionsstelle die Art und den Zustand der Sacheinlage bzw. Sachübernahme prüfen kann, muss sie sich vorfrageweise der Existenz der Sacheinlage bzw. des Gegenstands der Sachübernahme versichern. Die Prüfungsbestätigung stellt unseres Erachtens in diesem Fall eine «gleichwertige Urkunde» im Sinne von Art. 24 Abs. 2 HRegV dar.¹⁰⁶ Deshalb hat das Handelsregisteramt nicht anhand weitergehender Belege nachzuprüfen, ob die Rechtseinheit, deren Anteile Gegenstand der Sacheinlage oder Sachübernahme bilden, existiert.¹⁰⁷

Gleiches gilt unseres Erachtens, wenn eine Rechtseinheit in einer Gründungsurkunde eines Schweizer Notars als Partei auftritt. Denn in diesem Fall wird deren Existenz zumindest im Kanton Zürich durch den Notar geprüft.¹⁰⁸ Folglich kann unseres Erachtens der Registerführer im Zusammenhang mit Sacheinlagen und Sachübernahmen nur dann einen eigenständigen Existenznachweis einer Rechtseinheit gestützt auf Art. 24 Abs. 2 HRegV verlangen, wenn die Rechtseinheit nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und als

¹⁰⁵ Art. 635a und Art. 652f OR; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Andere Prüfungen, Zürich 2009, 17 und 42 f.; MEYER (Anm. 1), Rz 708 und 710.

¹⁰⁶ Zur Beschränkung der Prüfungspflicht des Handelsregisterführers auf die Überprüfung des Prüfberichts, wodurch eine materielle Überprüfung des Rechnungslegungsberichts entfällt, CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, S. 368 f., wohl ebenso MEISTERHANS (Anm. 86), S. 410.

¹⁰⁷ In diesem Sinne ROLF WATTER, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmeverordnungen im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994, S. 147 ff., S. 154.

¹⁰⁸ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005, Rz 182 ff.; § 13 Abs. 1 und § 15 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Notariate vom 23. November 1960 (Notariatsverordnung; LS 242.2).

Partei weder in der Gründungsurkunde noch als Gegenstand der Sacheinlage im Rechenschaftsbericht aufgeführt ist.¹⁰⁹

Die *beabsichtigte Sachübernahme* unterscheidet sich von der Sachübernahme dadurch, dass erstere im Zeitpunkt deren Offenlegung beabsichtigt wird und daher noch nicht vollzogen wurde.¹¹⁰ Die einzutragende Tatsache ist daher die Absicht und nicht der Vollzug der kundgegebenen Absicht wie dies bei der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme der Fall ist. Im Zeitpunkt der Eintragung muss weder der Gegenstand der beabsichtigten Sachübernahme noch der Veräusserer derselben existieren.¹¹¹ Daher ist unseres Erachtens Art. 24 HRegV auf die beabsichtigte Sachübernahme nicht anwendbar, sodass ein Existenznachweis entfällt. Ganz abgesehen davon und wie im vorhergehenden Absatz erläutert, stellt unseres Erachtens die Prüfungsbestätigung eine «gleichwertige Urkunde» im Sinne von Art. 24 Abs. 2 HRegV dar und ist daher für diejenigen Fälle ausreichend, bei denen Anteile an einer Rechtseinheit, die nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, Gegenstand der beabsichtigten Sachübernahme sind.

C) Prüfung von Unterschriftsberechtigungen

1. Problemstellung

Handelsregisterbelege müssen rechtsgültig unterzeichnet sein.¹¹² Tritt eine Rechtseinheit im Zusammenhang mit einer Sacheinlage bzw. Sachübernahme als Partei auf, wird dieselbe Handelsregisterbelege durch ihre Stellvertreter unterzeichnen. Welche Personen auf Rechnung einer Rechtseinheit einen Handelsregisterbeleg unterzeichnen dürfen, ergibt sich regelmässig aus den auf dieselbe anwendbaren Rechtserlassen.¹¹³ Bei schweizerischen Gesellschaften sind vorrangig die Bestimmungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts einschlägig. Bei ausländischen Rechtseinheiten sind hingegen die Bestimmungen des anwendbaren ausländischen *Gesellschaftsstatuts* einschlägig.

Fraglich ist, inwiefern der Registerführer die *Rechtsgültigkeit der Unterschriften* der für die jeweilige Rechtseinheit handelnden Stellvertreter nachprüfen soll, wenn diese Handelsregisterbelege unterzeichnen, die im Rahmen von Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen eingereicht werden. Problematisch sind dabei nur die Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge. Alle übrigen Handelsregisterbe-

¹⁰⁹ Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) verlangt der Registerführer regelmässig einen Existenznachweis der ausländischen Rechtseinheit, die als Gesellschafterin gemäss Art. 791 Abs. 2 OR in das Handelsregister eingetragen wird; nach der vorliegenden Ansicht entfällt die Berechtigung jedoch auch in diesem Fall, zusätzliche existenznachweisende Belege zu verlangen, wenn die Gesellschafterin in der öffentlichen Urkunde als Partei auftritt.

¹¹⁰ Vgl. vorne Kap. II.B)1.

¹¹¹ So bereits BGE 59 II 434 ff., 447; statt vieler DIETSCHI (Anm. 12), Rz 446; a.M. die ältere Literatur, so EMIL SCHUCANY, Kommentierung zu Art. 628 N 4, in: Kommentar zum Schweizer Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26./27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1940.

¹¹² Art. 20 Abs. 2 HRegV.

¹¹³ FLORIAN ZIHLER/CHRISTIAN CHAMPAUX, Kommentierung zu Art. 20 N 7, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013.

lege müssen von den Gründern und vom Verwaltungsrat der anmeldenden Gesellschaft unterzeichnet werden, deren Unterschriftenberechtigung jedenfalls im Kanton Zürich im Rahmen der Beurkundung der Gründungsurkunde bzw. der Kapitalerhöhungs- oder Nachliberierungsurkunde vom Notar geprüft wird.¹¹⁴ Eine eigenständige Prüfung durch das Handelsregisteramt ist folglich nicht angezeigt.¹¹⁵

2. Unterzeichnung von Sacheinlage- und Sachübernahmeverträgen

Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge sind sowohl von der Gesellschaft als auch vom Veräusserer des Gegenstands der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme zu unterzeichnen.¹¹⁶ Wie gesagt, interessiert vorliegend nur die Unterschriftenberechtigung der Personen, die für die Rechtseinheit unterzeichnen, die als *Veräussererin* auftritt.¹¹⁷

Vorab ist festzuhalten, dass eine Nachweispflicht der Unterschriftenberechtigung bei allen Rechtseinheiten, die im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, entfällt. Denn die Unterschriftenberechtigung ergibt sich aus dem Handelsregistereintrag.

Sodann ist zu beachten, dass das Handelsregisteramt von der inhaltlichen Richtigkeit der ihm eingereichten Erklärungen und Belege ausgehen darf.¹¹⁸ Gestützt darauf kann unseres Erachtens eine Überprüfung der Unterschriftenberechtigung von Rechtseinheiten, die als Vertragspartei einem Sacheinlage- bzw. Sachübernahmevertrag beitreten, durch das Handelsregisteramt unterbleiben. Dennoch liegt es im Ermessensspielraum des Registerführers, im Einzelfall die Unterschriftenberechtigung anhand von einschlägigen Belegen zu überprüfen. Unseres Erachtens entfällt eine Nachweispflicht der Anmeldenden, wenn der Sacheinlagevertrag bzw. der Sachübernahmevertrag öffentlich beurkundet wird. In diesem Fall wird die Unterschriftenberechtigung jedenfalls im Kanton Zürich von einem Notar geprüft.¹¹⁹

V. Schlusswort

Zur Eintragung von Sacheinlagen und (beabsichtigten) Sachübernahmen in das Handelsregister hat die anmeldende Gesellschaft eine Reihe von Handelsregisterbelegen einzureichen, welche die Einhaltung der einschlägigen Schutzvorschriften dokumentieren sollen. In diesen Handelsregisterbelegen werden Rechtseinheiten auf zwei Arten erwähnt: erstens als Partei, d.h. als Aktionärin bzw. Aktienzeichnerin, die eine Sacheinlage tätigen, bzw. als Aktionärinnen oder nahestehende Personen, welche die Sachübernahme veräussern; zweitens als mittelbarer Ge-

¹¹⁴ § 13 Abs. 1 und § 15 sowie § 96a Notariatsverordnung ZH; MOOSER (Anm. 108), Rz 190 ff.

¹¹⁵ MEISTERHANS (Anm. 86), S. 150 ff.; MEYER (Anm. 1), Rz 743.

¹¹⁶ Art. 634 Ziff. 1 i.V.m. Art 13 OR.

¹¹⁷ Vgl. vorne Kap. IV.C)1.

¹¹⁸ SHK HRegV-ZIHLER (Anm. 97), Art. 15 N 11.

¹¹⁹ § 13 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 Notariatsverordnung ZH.

genstand der Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme, wenn Anteile an dieser unmittelbarer Gegenstand der Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme bilden. Tritt eine Rechtseinheit als Partei auf, wird sie durch einen befugten Stellvertreter den Sacheinlagevertrag bzw. Sachübernahmevertrag unterzeichnen müssen, der dem Handelsregisteramt als Handelsregisterbeleg einzureichen ist.¹²⁰

Die vorangehende Untersuchung kommt zum Ergebnis, dass die Existenz von Rechtseinheiten, die in den einschlägigen Handelsregisterbelegen zur Sacheinlage bzw. (beabsichtigten) Sachübernahme aufgeführt sind, nicht zwingend mit weiteren Belegen nachgewiesen werden muss. Sind solche Rechtseinheiten nämlich im schweizerischen Handelsregister eingetragen, ergibt sich deren Existenz sowie die Unterschriftenberechtigung der handelnden Personen aus dem Handelsregistereintrag.¹²¹ Bei allen anderen Rechtseinheiten dürfen die Handelsregisterämter auf die inhaltliche Richtigkeit der Handelsregisterbelege vertrauen. Dies gilt jedenfalls für die Existenz der besagten Rechtseinheiten, da die einschlägigen Handelsregisterbelege bereits von der Prüfstelle bzw. den beurkundenden Notar auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit geprüft werden.¹²² Eine Doppelprüfung ist unseres Erachtens nicht erforderlich und daher nicht gerechtfertigt. Diese Ansicht scheint nach unserer Erfahrung von der konstanten Praxis zahlreicher Handelsregisterämter geteilt zu werden, jedoch nicht von allen. Eine Mitteilung des EHRA zu diesem Thema wäre daher zum Zwecke der Praxisvereinheitlichung sehr wünschenswert.

¹²⁰ Vgl. vorne Kap. IV.C)1.

¹²¹ Vgl. vorne Kap. IV.B)2.

¹²² Vgl. vorne Kap. IV.B)3.

Les apports en nature et les reprises de biens comportent un risque d'affaiblir le capital social. Par conséquent, la loi prévoit un certain nombre de dispositifs, dont le respect doit être démontré à la base de justificatifs. Ces justificatifs doivent être soumis à l'Office du registre du commerce compétent. Deux questions particulières surviennent en pratique en ce qui concerne l'existence des entités légales mentionnées dans ces justificatifs et l'autorisation d'agir des soussignés des justificatifs. Dans quel mesure l'existence et l'autorisation d'agir doivent être démontrées à la base de justificatifs supplémentaires?

Les auteurs en viennent à la conclusion que l'existence d'entités légales

mentionnées dans les justificatifs propres aux apports en nature et aux reprises de biens ainsi que l'autorisation d'agir ne doivent pas être plus amplement prouvées par des justificatifs supplémentaires. Dans la mesure où les entités légales sont inscrites au registre du commerce suisse, ladite inscription démontre leur existence et le pouvoir d'agir des soussignés. Pour ce qui est de toutes les autres entités légales, l'Office du registre du commerce peut se fier sur l'exactitude des justificatifs soumis puisque ceux-ci font déjà l'objet d'un contrôle préliminaire d'un réviseur agréé et/ou d'un notaire.

(trad. par Dr. Manuel Meyer)