

# Kapitalgesellschaften gründen, grenzüberschreitend umstrukturieren

*Für deutsche Klienten stellt sich im Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr regelmäßig die Frage, welche Gesellschaftsform für ihren Geschäftsbetrieb in der Schweiz am besten geeignet ist. Im Verlauf der Zeit kann sodann das Bedürfnis entstehen, die vorhandenen Strukturen an veränderte Verhältnisse anzupassen. Der vorliegende Beitrag soll den Leser an diese Themen heranzuführen und gleichzeitig als erste Orientierungshilfe dienen.*

## 1. Die Gründung von Kapitalgesellschaften in der Schweiz

### 1.1 Grundlagen

Die Aktiengesellschaft („AG“) sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH“) sind die geläufigsten Kapitalgesellschaften schweizerischen Rechts. Die beiden Gesellschaftsformen unterscheiden sich insbesondere durch die Höhe des erforderlichen Mindestkapitals (CHF 100.000.– bei der AG, CHF 20.000.– bei der GmbH) und die stärkere Personenbezogenheit und erhöhte Flexibilität der GmbH (Publikation der Gesellschafter im Handelsregister, Treuepflichten und mögliche Nebenpflichten der Gesellschafter, Konkurrenzverbot der Geschäftsführer).

Die Gründung der AG sowie der GmbH erfolgt durch öffentliche Beurkundung des Errichtungsaktes bei einer Urkundsperson in der Schweiz, in welchem ein oder mehrere Gründer, die natürliche oder juristische Personen sein können, die Gesellschaft gründen, die Aktien bzw. Stammanteile zeichnen, die Statuten erlassen und die Organe bestellen. Das Kapital kann entweder in bar oder durch Sacheinlagen liberiert werden, wobei das Verfahren der Bargründung wesentlich einfacher ist.

Die Gesellschaft entsteht durch Eintrag im Handelsregister ihres in den Statuten festgelegten Sitzes. Sie muss dort nicht zwingend über eigene Räumlichkeiten verfügen, sondern darf eine c/o Adresse haben. Für ausländische Investoren stellt die AG in der Regel die bevorzugte Rechtsform dar, insbesondere aufgrund der Anonymität der Aktionäre. Nachstehend werden Einzelfragen zu den Organen der AG kurz erläutert.

### 1.2 Ausländisches Aktionariat

Die Aktionäre der AG sind anonym. Somit hat ihre Nationalität grundsätzlich keine Bedeutung. Eine Ausnahme stellt der

Erwerb von Grundeigentum durch eine ausländisch beherrschte AG dar, der unter Umständen einer Bewilligung bedarf.

### 1.3 Ausländische Vertretungsberechtigte

Im Gegensatz zum deutschen dualistischen System mit Aufsichtsrat und Vorstand verfügt die schweizerische Aktiengesellschaft von Gesetzes wegen nur über ein einziges Exekutivorgan: den Verwaltungsrat. Dieser kann, sofern die Statuten es vorsehen, die Geschäftsführung ganz oder teilweise an einzelne Mitglieder oder an Dritte delegieren. Die Gesellschaft muss dabei stets durch mindestens eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Im Übrigen dürfen Verwaltungsrat und Geschäftsführung aus Personen bestehen, die weder Schweizer sind noch in der Schweiz wohnen.

### 1.4 Revisionspflicht

Einer umfangreichen Revisionspflicht unterstehen Publikumsgesellschaften und Gesellschaften, die bezüglich Bilanzsumme, Umsatzerlös und Anzahl Vollzeitstellen gesetzlich festgelegte Schwellenwerte überschreiten. Andere Gesellschaften haben ihre Jahresrechnung lediglich eingeschränkt prüfen zu lassen, wobei mit Zustimmung aller Aktionäre auch auf diese eingeschränkte Prüfung verzichtet werden kann, sofern die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen aufweist.

## 2. Grenzüberschreitende Umstrukturierungen

### Ausgangslage

Gerade im Dreiländereck und seinem in vielerlei Hinsicht vernetzten Wirtschaftsraum besteht in der Praxis ein Bedürfnis nach grenzüberschreitenden Umstrukturierungen von Handelsgesellschaften; zu denken ist namentlich an Sitzverlegungen, Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen. Solche Transaktionen stellen für die invol-

vierten Parteien eine erhebliche Herausforderung dar. Im Folgenden soll überblickartig aufgezeigt werden, wie diese Probleme angegangen und gemeistert werden können.

### Bestimmung des anwendbaren Rechts

Wie bei jedem grenzüberschreitenden (internationalen) Sachverhalt ist auch bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen vorab abzuklären, nach welcher Rechtsordnung sich die Zulässigkeit, Voraussetzungen und Wirkungen einer Umstrukturierung richten. Aus der Sicht des schweizerischen Rechts bestimmt sich das anwendbare Recht nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht („IPRG“). Die Art. 161 ff. IPRG enthalten einige Bestimmungen zur Sitzverlegung, Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung jeweils von der Schweiz ins Ausland und umgekehrt. Diesen Bestimmungen ist das Bestreben gemeinsam, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden. Die Transaktion sowie der von ihr angestrebte Zweck müssen deshalb nach der Konzeption des IPRG sowohl durch die Rechtsordnung des Wegzugs- als auch durch die Rechtsordnung des Zuzugsstaats zumindest geduldet werden.

### Praktische Schwierigkeiten – und Auswege

Die kumulative Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen stellt jedoch gleichzeitig auch ein Hindernis für grenzüberschreitende Umstrukturierungen dar. Dies zeigt sich exemplarisch am Beispiel der Sitzverlegung im Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr: Während nach der Rechtsprechung des BGH gegenüber Drittstaaten wie der Schweiz die sog. Sitztheorie gilt, hat sich das schweizerische IPRG für die Gründungstheorie entschieden. Als Folge dieser Inkompatibilität kann der Sitz einer schweizerischen Kapitalgesellschaft nicht nach Deutschland verlegt werden; erforderlich ist vielmehr eine Liquidation mit anschließender Neugründung in Deutschland. Ähnliche Unwegsamkeiten bestehen auch bei einer Sitzverlegung von Deutschland in die Schweiz. Auch bei den übrigen Formen grenzüberschreitender Umstrukturierungen ist jeweils im Einzelfall abzuklären, ob die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Die in diesem Zusammenhang bestehenden Probleme führen in der Praxis nicht selten zur Wahl alternativer Transaktionsformen wie namentlich der Gründung ausländischer Tochtergesellschaften oder Niederlassungen.

## DIE AUTOREN

**Ayesha Curmally, lic .iur.**, Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin SAV Erbrecht, arbeitet als Senior Associate im Wirtschaftsanwaltsbüro WENGER PLATTNER in Basel. Sie begleitet regelmäßig natürliche und juristische Personen bei der Errichtung von Kapitalgesellschaften. E-Mail: [Ayesha.Curmally@wenger-plattner.ch](mailto:Ayesha.Curmally@wenger-plattner.ch).



**Reto Vonzun, Dr. iur., LL.M.**, arbeitet als Senior Associate im Wirtschaftsanwaltsbüro WENGER PLATTNER in Basel. Er berät regelmässig nationale und internationale Klienten zu Fragen des schweizerischen Gesellschafts- und Handelsrechts (einschliesslich M&A) und vertritt deren Interessen bei Vertragsverhandlungen sowie in (streitigen) Gerichtsverfahren. E-Mail: [Reto.Vonzun@wenger-plattner.ch](mailto:Reto.Vonzun@wenger-plattner.ch)

