

Praxismitteilung - Liberierung durch frei verwendbares Eigenkapital

Falls die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (insb. einer GmbH in eine Aktiengesellschaft) eine Kapitalerhöhung bedarf und die Kapitalerhöhung mittels Liberierung durch frei verwendbares Eigenkapital erfolgen soll, sind die nachfolgenden Ausführungen zu beachten.

Gemäss Art. 652d Abs. 2 OR, der aufgrund des Verweises nach Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR auch bei der GmbH zur Anwendung kommt, muss bei der Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital die «Deckung des Erhöhungsbetrages» mit der Jahresrechnung, in der von der Generalversammlung genehmigten Fassung und dem Revisionsbericht des zugelassenen Revisors bzw. Revisionsexperten nachgewiesen werden. Gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. j HRegV ist bei der Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (auch) bei der GmbH ein entsprechender Hinweis darauf ins Handelsregister einzutragen.

Folgt man der Botschaft (BOTSCHAFT zur Änderung des Obligationenrechts [Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht (...)] vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969, S. 4035) und dem überwiegenden Teil der Lehre (HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, §10 N 75; SCHALLER/KESSLER, OFK-Aktienrecht, Art. 652d, N 7; SIFFERT/TAGMANN, SHK-HRegV, Art. 46 HRegV, Rz 51; a.M. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2022, § 2 Rz. 38 Fn 140; ZINDEL/ISLER, BSK-OR II, Art. 652d, N 6), ist der Revisionsbericht nach Art. 652d OR auch im Fall eines Verzichts auf die eingeschränkte Revision (einmalig) zu erstellen und zusätzlich zur Prüfungsbestätigung zum Kapitalerhöhungsbericht gemäss Art. 652f OR zwingend einzureichen.

Nach den Vorgaben der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) muss es sich zudem beim Nachweis der «Deckung des Erhöhungsbetrags» durch den Revisionsbericht des zugelassenen Revisors (nebst der Jahresrechnung) um ein positives Prüfungsurteil handeln (positive assurance), d.h. ein negatives Prüfungsurteil (negative assurance) ist rechtlich unzureichend. Ein «Review» gemäss Art. 729 ff. OR erfüllt diese Anforderungen ebenfalls nicht, da diesfalls eine negative assurance abgegeben wird. Dies entspricht gestützt auf REPRAX 1/2020, S. 111 der ständigen Praxis des EHRA.