In:
Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 3/2003.

Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?

BGE 128 III 178 (Urteil 7B.4/2002 vom 21. März 2002)

Mit Bemerkungen von Dr. Lukas Glanzmann, Zürich[1]

Inhaltsübersicht

A. Sachverhalt

B. Erwägung

C. Bemerkungen

I. Die Sachübernahmebestimmungen
1. Der Zweck der Sachübernahmebestimmungen
2. Der Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen
3. Die Rechtsfolgen einer Sachübernahme
4. Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Sachübernahmebestimmungen

II. Ein im Ergebnis richtiges Urteil

A. Sachverhalt

Aufgrund des ausschliesslich im Internet veröffentlichten Wortlautes des Urteils ergibt sich zusammengefasst folgender Sachverhalt:

A.– Die Aktiengesellschaft X. («SA X.») ist Eigentümerin eines selbständigen und dauernden Baurechtes, welches eine Parzelle belastet, die sich ihrerseits im Eigentum der Stadt S befindet. Auf diesem Grundstück wurde die sogenannte *«partie avant»* des Baukomplexes «X» erstellt. Das Baurecht wurde im 2. Rang zugunsten der V. SA und des Z belastet. Die SA X. ist zudem Eigentümerin von drei Stockwerkeigentumseinheiten, welche auf einer benachbarten Parzelle erstellt wurden und die so genannte *«partie arrière»* des Baukomplexes «X» bilden. Diese drei Stockwerkeigentumseinheiten wurden im 2. Rang zugunsten von Z belastet.

Die V. SA und Z haben eine Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet. Das Schuldbetreibungs- und Konkursamt des Kantons Genf hat den Schätzwert der *«partie avant»* auf CHF 210 Mio. und denjenigen der *«partie arrière»* auf CHF 60 Mio. festgelegt.

Am 16. Mai 2001 wurde die SA Z. und am 17. Mai 2001 wurde die W. SA gegründet. Die jeweiligen Gründer haben eine Erklärung unterschrieben, wonach die Gesellschaft weder Vermögenswerte von einer gewissen Bedeutung übernommen oder zu übernehmen sich verpflichtet hat, noch die Absicht hat, solche Vermögenswerte zu übernehmen, mit Ausnahme solcher Werte, die in der Handelsregisteranmeldung aufgeführt sind.

Am 25. Mai 2001 hat das Amt wie vorgesehen die Versteigerung des Baurechts und der drei Stockwerkeigentumseinheiten vorgenommen. Die *«partie avant»* wurde für CHF 165 Mio. der SA Z. und die *«partie arrière»* für CHF 58 Mio. der W. SA zugeschlagen.

B.– Am 5. Juni 2001 hat unter anderem die SA X. Klage gegen den Zuschlag der *«partie avant»* und der *«partie arrière»* eingereicht, mittels welcher sie die Annullierung des Verkaufes verlangte.

Mit Entscheid vom 28. November 2001 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Klage der SA X. abgewiesen.

C.– Am 17. Dezember 2001 ist unter anderem die SA X. an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes gelangt.

B. Erwägung

Die einzige Erwägung, welche sich mit der Frage der Sachübernahme befasst, ist in der amtlichen Sammlung veröffentlicht und lautet wie folgt:

4.– Dans sa plainte, la recourante SA X. a soutenu que l'adjudication de la partie «avant» du complexe à la SA Z. et celle de la partie «arrière» à W. SA étaient nulles, dans la mesure où elles avaient été opérées en violation des dispositions du Code des obligations relatives aux reprises de biens. Son grief ayant été écarté par l'autorité cantonale de surveillance, elle le formule à nouveau devant le Tribunal fédéral.

a) Aux termes de l'art. 628 al. 2 CO, si la société reprend des biens ou envisage la reprise de biens d'un actionnaire ou d'un tiers, les statuts doivent indiquer l'objet de la reprise, le nom de l'aliénateur et la contre-prestation de la société.

b) En tant qu'il vise la reprise de créances (recours, p. 17 s. ch. 2.4), le grief est irrecevable parce qu'il se fonde sur un novum (cf. consid. 2 supra) et qu'il ne ressort pas de la décision attaquée que la SA Z. aurait effectué une contre-prestation.

c) Ne constituent pas une reprise de biens au sens de l'art. 628 al. 2 CO les opérations courantes, faisant partie de la marche normale, de la (future) société (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 15 n. 23; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, Zurich 1996, no 75). Selon la

[1] Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt (Zürich und New York). Dank gebührt lic. iur. *Frano Koslar* für seine wertvollen Hinweise und und lic. iur. *Alexander Roesch* für die Mithilfe bei der Übersetzung und Literatursuche. Etwaige Hinweise oder Bemerkungen nimmt der Autor dankend entgegen.

décision attaquée, la SA Z. a été constituée dans le but d'exploiter des «commerces, en particulier dans le domaine hôtelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale». Lors de la vente aux enchères litigieuse, elle a acquis la partie «avant» du complexe du «X.», soit un immeuble comprenant un hôtel (M.), des restaurants, un casino, un centre commercial, une salle de spectacles, des parkings et quatre appartements. Quant à W. SA, dont le but est «l'exploitation d'établissement hôtelier, le commerce, la représentation, l'import-export et la diffusion de produits, ainsi que la prestation de services et la gestion de biens», elle a acquis la partie «arrière» dudit complexe, soit un immeuble comprenant l'extension de l'hôtel (M.), des surfaces commerciales et d'exposition, des bureaux, des logements, des locaux techniques, des dépôts et un parking souterrain. Ces acquisitions font incontestablement partie des activités statutaires des sociétés respectives, de sorte qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO.

C. Bemerkungen

I. Die Sachübernahmebestimmungen

1. Der Zweck der Sachübernahmebestimmungen

Eine Sachübernahme im Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR liegt vor, wenn die Gesellschaft im Zusammenhang mit ihrer Gründung oder einer Kapitalerhöhung[2] von Aktionären oder von Dritten Vermögenswerte übernimmt. Während die Gesellschaft bei einer Sach*einlage* den Veräusserer mit Aktien bezahlt, besteht bei der Sach*übernahme* die Leistung der Gesellschaft gegenüber dem Veräusserer in Geld, das ihr unmittelbar zuvor als Einlage zugeführt wurde.[3] Handelt es sich beim Veräusserer um den Aktionär, der die Einlage geleistet hat, dann hat dieser letztlich in beiden Fällen der Gesellschaft einen Vermögenswert übertragen und als Gegenleistung dafür Aktien erhalten. Mittels einer Sachübernahme wäre es deshalb ein Leichtes, die strengen Formvorschriften über die Sacheinlage zu umgehen. Das Gesetz versucht eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften zu verunmöglichen, indem es die Sachübernahme ausdrücklich regelt und diese bezüglich Publizitätsvorschriften der Sacheinlage im Wesentlichen gleichstellt.[4] Dadurch soll verhindert werden, dass die Gesellschaft überbewertete Aktiven erwirbt und dadurch ihr Grundkapital gefährdet.[5]

Die Sachübernahme ist in der Praxis mit vielen Unsicherheiten behaftet. Namentlich bei der beabsichtigten Sachübernahme[6] ist nicht immer klar, ob ein bestimmter tatsächlicher Vorgang den Tatbestand erfüllt oder nicht. Im Folgenden wird deshalb zuerst der Geltungsbereich der betreffenden Bestimmungen in sachlicher, persönlicher, zeitlicher und bilanzieller Hinsicht näher ausgeleuchtet, bevor auf die mit einer Sachübernahme verbundenen Rechtsfolgen eingegangen wird.

2. Der Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen

a. Geltungsbereich in sachlicher Hinsicht

Der Tatbestand der Sachübernahme wird in sachlicher Hinsicht grundsätzlich durch jedes Übernahmegeschäft erfüllt, das einen Vermögenswert als Gegenstand hat, der auch als Sacheinlage dienen könnte.[7] Mithin werden also von den Sachübernahmebestimmungen alle Rechtsgeschäfte über bilanziell aktivierungsfähige Werte, die übertragbar und verwertbar sind, erfasst.[8] Ein Teil der Lehre will die Sachübernahmevorschriften auf Kaufgegenstände

2 Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

3 *Baumann Joseph-Alexander,* Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau, Diss. Zürich 1972, 15; *Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 19.

4 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 20.

5 BGE 83 II 284 E. 3c; *Watter Rolf,* Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmevorschriften im Schweizer Aktienrecht, in: AJP 1994 147–154, 147; *Forstmoser Peter,* Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Zürich 1981, § 10 N 6.

6 Eine beabsichtigte Sachübernahme liegt vor, wenn im Zeitpunkt der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung der Übernahmevertrag noch nicht abgeschlossen ist.

7 *Siegwart Alfred,* ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945, Art. 628 N 50; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 21; *Baumann* (FN 3), 19.

8 *Watter* (FN 5), 148; *Böckli Peter,* Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 69; *Forstmoser* (FN 5), § 10 N 14; Eidg. Amt für das Handelsregister, Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, in: REPRAX 2001 60 f. M.E. spielt die für eine Sacheinlage weitere notwendige Voraussetzung der Verfügbarkeit für die Qualifikation als Sachübernahme keine Rolle.

beschränken,[9] was aber mit dem Zweck der entsprechenden Vorschriften nicht zu vereinbaren ist.[10] Eine latente Gefährdung des Grundkapitals besteht nämlich nicht nur, wenn die Gesellschaft einen Kaufvertrag abschliesst, sondern auch bei anderen Rechtsgeschäften, wie etwa bei einem Werkvertrag.[11]

Bis anhin gingen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung davon aus, dass mitunter diejenigen Geschäfte nicht unter den Tatbestand der Sachübernahme fallen, die im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit abgeschlossen werden,[12] oder die wirtschaftlich unbedeutend sind.[13] Anderseits war unbestritten, dass der Tatbestand der Sachübernahme namentlich dann erfüllt wird, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft ausserhalb des normalen Geschäftsganges liegt und zudem wirtschaftlich bedeutend ist.[14] Das Bundesgericht scheint in dem hier besprochenen Entscheid diese Praxis aufzugeben, sofern dieser Entscheid zum Nennwert genommen werden darf. Auf jeden Fall kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass es sich beim Erwerb der *partie avant* durch die SA Z. zu einem Preis von CHF 165 Mio. und der *partie arrière* durch die W. SA zu einem Preis von CHF 58 Mio. um wirtschaftlich unbedeutende Geschäfte im Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit handelt. Dennoch hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese Akquisitionen unbestrittenermassen Teil des statutarischen Zweckes der jeweiligen Gesellschaften seien, und zwar von der Art, dass sie nicht unter Art. 628 Abs. 2 OR fielen.[15] Interessanterweise hat sich das Bundesgericht mit keinem Wort mit seiner bisherigen Praxis auseinander gesetzt, namentlich auch nicht mit BGE 83 II 284, dem ein ähnlicher Sachverhalt zu Grunde lag. In diesem Entscheid wurde die Wohnbau AG mit dem Zweck des An- und Verkaufs von Wohnhäusern gegründet, wobei bereits vor der Gründung die Absicht bestand, vier Wohnhäuser zu einem Preis von je CHF 175 000.– zu erwerben. Das Bundesgericht hatte damals diesen Erwerb ohne weiteres als beabsichtigte Sachübernahme qualifiziert.

b. Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht

In persönlicher Hinsicht spielt es grundsätzlich keine Rolle, von wem die Gesellschaft einen Vermögenswert übernimmt, denn gemäss Gesetz können sowohl Verträge mit Aktionären als auch mit Dritten den Tatbestand der Sachübernahme erfüllen.[16] Bezüglich des Erwerbs von Vermögensgegenständen von Dritten wurde anlässlich der letzten Aktienrechtsrevision zwar erkannt, dass dann keine Gefahr der Umgehung der Bestimmungen über die Sacheinlage besteht, wenn dieser Dritte völlig unabhängig ist und keinem Aktionär in irgendeiner Weise nahe steht. Dennoch wollte der Gesetzgeber den Tatbestand der Sachübernahme bewusst weit fassen, weil die Unterscheidung zwischen nahe stehenden und unabhängigen Dritten sehr schwer zu ziehen sei.[17]

So gerechtfertigt die Anwendbarkeit der Sachübernahmebestimmungen ist, wenn es sich beim Vertragspartner um einen Aktionär oder einen diesem nahe stehenden Dritten handelt, so unsachlich sind deren Rechtsfolgen bei Verträgen mit unabhängigen Dritten. Einerseits besteht in diesem Fall nämlich nicht die Gefahr einer Umgehung der Sacheinlagebestimmungen, weil ein unabhängiger Dritter gegenüber der Gesellschaft keine Liberierungspflicht hat. Gleichzeitig ist die bei einer Sachübernahme verlangte Offenlegung der entsprechenden Übernahmeverträge für beide Parteien sehr hinderlich,[18] denn solche Verträge beinhalten oft Geschäftsgeheimnisse, die durchaus schutzberechtigt sind. Andererseits ist es im Fall einer beabsichtigten Sachübernahme – bei

9 *Kaps Roderick*, Die Gründungsprüfung nach dem Entwurf zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, Diss. St. Gallen, Bamberg 1989, 62; *Secrétan Roger*, Limite entre, d'une part les obligations contractées par les fondateurs au nom de la future société anonyme, puis assumées par elle (645 CO), et, d'autre part, la fondation avec reprise de biens (628 al. 2 CO), in: JdT 1958 I 290–300, N 30; *von Steiger Fritz*, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970, 80.

10 *Forstmoser* (FN 5), § 10 N 90.

11 Vgl. zum Vorschlag, dass auch die Gewährung eines Darlehens in den sachlichen Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen fallen kann, *Glanzmann Lukas*, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen, Bern 1996, 43–45.

12 *Baumann* (FN 3), 21; *von Steiger Werner*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1957, in: ZbJV 1959 89–112, 96; *Funk Fritz*, Kommentar des Obligationenrechts, 2. Bd., Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, Art. 628 N 3; *Secrétan* (FN 9), N 31; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 23.

13 Gemäss BGE 83 II 284 E. 3c muss es sich um Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung handeln, durch welche das Grundkapital der Gesellschaft geschwächt wird.

14 BGE 83 II 284 E. 3c; *Böckli* (FN 8), N 75; *von Steiger Fritz* (FN 9), 80.

15 BGE 128 III 178 E. 4c am Ende.

16 Art. 628 Abs. 2 OR.

17 *Botschaft* über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 I 745 (zitiert nach dem Separatdruck), 111.

18 Vgl. zu Offenlegung hinten C.I.3.

der definitionsgemäss im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung der Übernahmevertrag noch nicht abgeschlossen ist – verständlich, dass namentlich die Gesellschaft als Käuferin den vermeintlichen Preis nicht offen legen will. Eine Offenlegung des Preises gefährdet nämlich direkt deren Verhandlungsposition. Dabei hilft ihr auch nicht, dass nicht der exakte Preis, sondern bloss ein Maximalpreis offen gelegt werden muss: Als Käuferin hat die Gesellschaft kein Interesse, den maximalen Preis, den sie zu bezahlen bereit ist, offen zu legen.[19] Aus verhandlungstaktischer Sicht der Gesellschaft könnte höchstens die Offenlegung des Minimalpreises in Frage kommen, was jedoch im Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Sachübernahmebestimmungen nicht dienlich ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anwendbarkeit der Sachübernahmebestimmungen auf Verträge mit unabhängigen Dritten nicht sachgerecht ist und zudem – entgegen der Ansicht des Gesetzgebers – sowohl berechtigten Interessen des Dritten als auch der Gesellschaft entgegenläuft.

c. Geltungsbereich in zeitlicher Hinsicht

Steht fest, dass ein Rechtsgeschäft in sachlicher und persönlicher Hinsicht unter den Tatbestand der Sachübernahme fällt, so ist weiter abzuklären, ob dies auch in zeitlicher Hinsicht zutrifft. Hierbei ist von Bedeutung, wann einerseits die Parteien den Vertrag schliessen und wann andererseits die Sache übergeben bzw. der Preis bezahlt werden muss.

Vorab kann festgehalten werden, dass der Erwerb von Vermögenswerten, bei dem das Verpflichtungsgeschäft im Zeitpunkt der Gründungsversammlung oder der Generalversammlung abgeschlossen, aber der Preis erst mit dem von den Aktionären liberierten Kapital bezahlt wird, unter den Tatbestand der Sachübernahme fällt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.[20]

Weniger eindeutig ist der Anwendungsbereich der fraglichen Bestimmungen bei einer beabsichtigten Sachübernahme, d.h. wenn im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung das Verpflichtungsgeschäft noch nicht abgeschlossen ist. Zwar ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut unmissverständlich, dass auch solche Geschäfte unter den Tatbestand der Sachübernahme fallen können. Dies trifft namentlich dann zu, wenn ein Vertrag bis ins letzte Detail ausgearbeitet ist und unmittelbar nach der Gründung oder Kapitalerhöhung unterzeichnet wird.[21] Fraglich ist hingegen die Unterstellung dann, wenn die Übernahme nicht unmittelbar nach der Gründung oder Kapitalerhöhung, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt stattfindet. Dazu hat das Bundesgericht festgehalten, dass auch solche Geschäfte den Tatbestand erfüllen können, denn von Bedeutung sei alleine, dass die entsprechende Sachübernahme bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft geplant und ihre Ausführung als einigermassen sicher anzusehen sei.[22] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn zwischen dem Sachübernahmevertrag und der Gründung bzw. Kapitalerhöhung ein funktionaler Zusammenhang besteht, d.h. die beabsichtigte Sachübernahme ein Teil des Planes ist, ohne den die Gründung oder Kapitalerhöhung nicht durchgeführt worden wäre.[23] Aus diesem Grund ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung zwar fest steht, dass entweder der Vermögenswert A oder der Vermögenswert B übernommen werden soll, wenn aber noch nicht sicher ist, welcher der beiden Vermögenswerte tatsächlich übernommen wird.[24]

Schliesslich kann sich namentlich bei Kapitalerhöhungen die Frage stellen, ob der Tatbestand der (beabsichtigten) Sachübernahme auch dann erfüllt wird, wenn zwar die Voraussetzungen einer beabsichtigten Sachübernahme im Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses noch nicht vorliegen, jedoch noch vor dem Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates erfüllt werden. M.E. muss diese Frage aufgrund des Zweckes der Sachübernahmebestimmungen bejaht werden. Wie bereits erwähnt, sollen die Sachübernahmebestimmungen eine Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlage verhindern.[25] Obwohl bei der ordentlichen Kapitalerhöhung zwingend die Generalversammlung über Sacheinlagen be-

[19] *Böckli* (FN 8), N 74; *Schenker Franz,* BS-Komm. zu Art. 626–649 OR, in: Honsell, H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002, OR 628 N 11; *Watter* (FN 5), 150.

[20] *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 18.

[21] BGE 83 II 284 E. 3c.

[22] BGE 83 II 284 E. 3c; *Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas,* Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 66 N 59; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 22.

[23] *Böckli* (FN 8), N 75.

[24] Das Gleiche gilt, wenn noch nicht feststeht, von wem ein Vermögenswert übernommen werden soll; vgl. dazu *Schenker* (FN 19), OR 628 N 11.

[25] Vgl. vorne C.I.1.

schliessen muss,[26] ist wohl unbestritten, dass die Sacheinlagebestimmungen auch dann eingehalten werden müssten, wenn diese Kompetenz dem Verwaltungsrat delegiert werden könnte. Weil es sich bei den Sachübernahmevorschriften um Schutzbestimmungen handelt, ist deshalb zu fordern, dass der Verwaltungsrat die notwendige Statutenänderung im Feststellungsbeschluss vornimmt, was übrigens dem Verfahren bei der genehmigten Kapitalerhöhung entspricht.[27] Als Alternative dazu käme einmal in Betracht, dass eine Offenlegung ganz unterbliebe oder dass die Generalversammlung noch einmal durchgeführt werden müsste. Beides ist aus den folgenden Gründen nicht vertretbar: Während eine Unterlassung der Offenlegung eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der durch die Sachübernahmebestimmungen zu schützenden Personen bewirkte, würde eine nochmalige Durchführung der Generalversammlung nicht nur erhebliche Kosten verursachen, sondern hätte auch eine unzumutbare Verzögerung des ganzen Geschäftes zur Folge.[28] Schliesslich ist es wohl ebenso wenig angezeigt, zu verlangen, dass das beabsichtigte Übernahmegeschäft nicht abgeschlossen werden darf, namentlich wenn es sich um einen Vertrag mit einem unabhängigen Dritten handelt.

d. Geltungsbereich in bilanzieller Hinsicht

Letztlich stellt sich noch die Frage, ob es eine Rolle spielt, wie der Erwerb des Vermögenswertes finanziert wird. Ein Teil der Lehre hält dafür, dass der Tatbestand der Sachübernahme dann nicht erfüllt sei, wenn der Erwerb des fraglichen Vermögensgegenstandes mittels Kredit und nicht mittels Eigenkapital finanziert wird.[29] Dieser Sachverhalt läge z.B. dann vor, wenn eine Gesellschaft mit einem Kapital von CHF 500 000.– gegründet würde und unmittelbar nach der Gründung einen Kredit über CHF 1 Mio. aufnähme, um damit einen Vermögenswert von CHF 1 Mio. zu erwerben. M.E. kann es grundsätzlich nicht darauf ankommen, wie der Vermögenswert letztlich finanziert wird, denn eine Gefährdung des Grundkapitals ist auch in diesem Fall gegeben und zwar noch mit einem erheblichen *Leverage*-Effekt. Wird davon ausgegangen, dass der erworbene Vermögenswert tatsächlich nur einen Wert von CHF 500 000.– hat, dann ist sofort das ganze Grundkapital aufgebraucht und die Forderungen der Gläubiger sind nur noch knapp gedeckt. Wäre die Gesellschaft hingegen vollständig mittels Eigenkapital finanziert – und damit der Tatbestand der Sachübernahme erfüllt –, dann würde der Verlust vollständig vom Eigenkapital getragen, das aber immer noch CHF 1 Mio. betragen würde. Die Forderungen der übrigen Gläubiger würden hingegen vorerst noch nicht beeinträchtigt.[30]

Weiter stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der Sachübernahme auch dann erfüllt sein kann, wenn die Gesellschaft Aktiven und Passiven übernimmt und dafür keinen Preis bezahlt, weil z.B. der Saldo gerade ausgeglichen ist.[31] M. E. kann auch in diesem Fall der Tatbestand der beabsichtigten Sachübernahme erfüllt sein, denn eine Gefährdung des Grundkapitals ist auch hier – sogar in zweifacher Hinsicht – gegeben: Es besteht nicht nur die Gefahr, dass überbewertete Aktiven erworben werden, sondern auch dass zu tief bewertete Passiven übernommen werden.

3. Die Rechtsfolgen einer Sachübernahme

Erfüllt ein bestimmtes Rechtsgeschäft die Voraussetzungen einer (beabsichtigten) Sachübernahme in sachlicher, persönlicher, zeitlicher und bilanzieller Hinsicht, so sind damit verschiedene Rechtsfolgen verbunden. Vorab ist zu beachten, dass solche Rechtsgeschäfte unter Umständen der Schriftform unterliegen, was sich daraus ergibt, dass mit der Anmeldung beim Handelsregisteramt bereits vorliegende Sachübernahmeverträge einzureichen sind.[32] Die entsprechenden Verträge müssen also schriftlich verfasst sein, wenn sie vor der Anmeldung abgeschlossen werden. Nach der Anmeldung – d.h. im Fall einer beabsichtigten Sachübernahme – können die Verträge grundsätzlich formlos abgeschlossen werden.[33]

[26] Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

[27] Bei der genehmigten Kapitalerhöhung müssen die Angaben zu Sacheinlagen nicht schon im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung sondern erst im Erhöhungs- bzw. Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates enthalten sein; *Zindel Gaudenz G./Isler Peter R.*, BS-Komm. zu Art. 650–653i OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002, OR 651 N 20.

[28] Dies gilt selbstverständlich nur dann, wenn das ganze Vorgehen nicht darauf ausgelegt ist, die Quorumsbestimmungen nach Art. 704 Abs. 1 OR zu umgehen.

[29] *Watter* (FN 5), 148.

[30] *Watter* (FN 5), 148.

[31] Dieses Vorgehen wird mitunter bei Ausgliederungen gewählt, wenn ein Geschäftsbereich mit Aktiven und Passiven auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen wird.

[32] Art. 640 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 631 Abs. 2 OR, Art. 78 Abs. 2 lit. c HRegV; *Böckli* (FN 8), N 79; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 39.

[33] Art. 11 Abs. 1 OR.

Weiter ist durch die Gründer im Gründungsbericht bzw. durch den Verwaltungsrat im Kapitalerhöhungsbericht über die Art und den Zustand der Sachübernahmen und die Angemessenheit der Bewertung Rechenschaft zu geben.[34] Der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht unterliegt der Prüfung durch einen Revisor.[35] Dieser hat zu überprüfen, ob der Bericht bezüglich der Art und des Zustandes der Sachübernahmen vollständig und richtig ist. Ebenfalls hat er die Bewertung der Sachübernahme zu prüfen. Allerdings ist dabei nicht zu beurteilen, ob diese richtig oder falsch ist, sondern nur, ob die vorgenommene Bewertung vertretbar ist.[36]

Die Sachübernahme bedarf der Offenlegung sowohl im Handelsregister als auch in den Statuten.[37] Während im Handelsregister der Gegenstand der Sachübernahme und die Gegenleistung der Gesellschaft anzugeben sind,[38] haben die Statuten zusätzlich noch den Namen des Veräusserers zu enthalten.[39] Die entsprechende Statutenbestimmung darf nach 10 Jahren durch die Generalversammlung gelöscht werden.[40] Vor Ablauf dieser Frist ist eine Streichung der Bestimmungen über Sachübernahmen zulässig, wenn die Gesellschaft endgültig auf die entsprechende Sachübernahme verzichtet.[41]

Schliesslich kommt bei (beabsichtigten) Sachübernahmen im Rahmen von Kapitalerhöhungen noch dazu, dass der Beschluss der Generalversammlung über die Kapitalerhöhung mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des vertretenen Aktienkapitals auf sich vereinigen muss.[42]

[34] Art. 635 Ziff. 1 und Art. 652e Ziff. 1 OR. Daneben ist auch noch die sogenannte Stampaerklärung zu verfassen, worin u.a. erklärt wird, dass keine anderen Sachübernahmen bestehen als die Genannten; vgl. Art. 78 Abs. 1 lit. g und Art. 80 Abs. 1 lit. d HRegV; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 16 N 20; *Böckli* (FN 8), N 74a.

[35] Art. 635a und Art. 652f OR.

[36] *Botschaft* (FN 17), 115; *Böckli* (FN 8), N 85; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (FN 3), § 15 N 50; *Schenker* (FN 19), OR 635a N 5.

[37] Vgl. zur Zuständigkeit für die entsprechende Statutenänderung vorne C.I.2.c).

[38] Art. 641 Ziff. 6 OR.

[39] Art. 628 Abs. 2 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

[40] Art. 628 Abs. 4 OR.

[41] Vgl. *Botschaft* zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3148–3340, 3226.

[42] Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR.

4. Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Sachübernahmebestimmungen

a. Zivilrechtliche Mängel und deren Heilung

Werden bei einer Sachübernahme die anwendbaren Bestimmungen verletzt, so liegen in zivilrechtlicher Hinsicht die folgenden Mängel vor: (i) das Übernahmegeschäft stellt unter Umständen eine Gesetzesumgehung dar, (ii) der Handelsregistereintrag ist nicht vollständig, (iii) die Statuten sind nicht vollständig und – im Rahmen einer Kapitalerhöhung – (iv) der Generalversammlungsbeschluss wurde nicht korrekt gefasst.

Vorab kann festgehalten werden, dass Lehre und Praxis davon ausgehen, dass die zivilrechtlichen Mängel geheilt werden können, wenn nachträglich die Statuten und der Handelsregistereintrag angepasst werden.[43] Die entsprechenden Beschlüsse sind grundsätzlich von der Generalversammlung zu fassen, ausser wenn der Verwaltungsrat ausnahmsweise für die Statutenänderung zuständig war.[44] Während die Korrektur eines Gründungsmangels in Analogie zum Gründungsakt einen einstimmigen Beschluss sämtlicher Aktionäre erfordert, genügt bei der Korrektur eines Kapitalerhöhungsbeschlusses die erforderliche Mehrheit gemäss Art. 704 Abs. 1 OR.

b. Folgen für das Übernahmegeschäft und die Liberierungspflicht

(i) Übernahme von einem Aktionär

Solange die Mängel in den Statuten und im Handelsregister nicht behoben sind, ist das Übernahmegeschäft nach herrschender Lehre und Praxis nichtig.[45] Diese Rechtsfolge ist gerechtfertigt, wenn es sich um die Übernahme von Vermögenswerten von einem liberierenden Aktionär oder einem diesem nahe stehenden Dritten handelt. In diesem Fall liegt nämlich eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen, d.h. eine Gesetzesumgehung, vor.[46] Weil dabei die für eine Sacheinlage notwendigen Formvorschriften nicht eingehalten werden, ist das Übernahmegeschäft nichtig.[47]

[43] BGer, in: SAG 1943/44 183; BGE 83 II 284 E. 4; *Forstmoser* (FN 5), § 10 N 145; *Champeaux Christian,* Bericht über die Tätigkeit der Eidg. Fachkommission für das Handelsregister im Jahre 2001, in: REPRAX 1/2002 67–73, 67.

[44] Vgl. dazu vorne C.I.2.c).

[45] BGE 83 II 284 E. 4; *Forstmoser* (FN 5), § 10 N 142; *Schenker* (FN 19), OR 628 N 13.

[46] A.M. offenbar *Widmer Christoph K.,* Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998, 375, wonach dieses Vorgehen keine Gesetzesumgehung ist.

[47] *Kramer Ernst A.,* Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 158.

Bezüglich der aus einer Umgehung der Sacheinlagebestimmungen resultierenden Folgen für die Liberierungspflicht der Aktionäre ist zwischen verschiedenen Zeitabschnitten zu unterscheiden. Solange die Gesellschaft den Sachübernahmevertrag nicht abgeschlossen hat, ist das Aktienkapital nach wie vor gültig liberiert, denn die Gesellschaft hat in diesem Zeitpunkt noch keine Verpflichtung, die Einlage in einer bestimmten Art und Weise zu verwenden. Dasselbe gilt nach Abschluss der Übernahmeverträge bis zur Bezahlung des Übernahmepreises, denn weil der Übernahmevertrag nichtig ist, ist die Gesellschaft in diesem Fall gar keine gültige Verpflichtung eingegangen. Hat hingegen die Gesellschaft den Übernahmepreis bezahlt, dann ist davon auszugehen, dass sie dadurch eine Einlagerückgewähr begangen hat, weil sie ohne Rechtsgrund das liberierte Kapital an den Aktionär oder an einen diesem nahe stehenden Dritten zurückerstattet.[48] Eine solche Einlagerückgewähr ist nichtig, und die Liberierungspflicht lebt wieder auf, wobei der empfangende Veräusserer das Kapital zurückzuerstatten hat.[49] Diese Nichtigkeit und die damit verbundenen Rechtsfolgen halten so lange an, bis die Gesellschaft allenfalls ihre Statuten und den Handelsregistereintrag anpasst.

(ii) Übernahme von einem Dritten

Anders ist die Situation bei der Übernahme von Vermögenswerten von einem unabhängigen Dritten. In diesem Fall ist zu beachten, dass der Veräusserer keine Liberierungspflicht gegenüber der Gesellschaft hat. Deshalb darf auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen vorliegt,[50] weshalb auch keine Formvorschriften verletzt werden. Zwar stimmt es, dass nach wie vor die Bestimmungen über die Sachübernahme verletzt sind, doch handelt es sich bei diesen Publizitätsvorschriften nicht um Formvorschriften bezüglich des Übernahmegeschäfts, sondern um Rechtsfolgen des Tatbestandes der Sachübernahme. Die Nichtbeachtung einer Rechtsfolge führt aber nicht zur Nichtigkeit des Übernahmegeschäftes,[51] sondern allenfalls zu einer Haftung der Organe aus Verantwortlichkeit.[52]

Geht man dennoch von der Nichtigkeit des Übernahmegeschäftes aus, dann haben die Parteien gegeneinander einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. aus Vindikation.[53] Dabei ist zu beachten, dass die Klagbarkeit des Bereicherungsanspruchs entfällt, wenn die ungerechtfertigte Zuwendung in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.[54] Nach der umstrittenen Praxis des Bundesgerichtes fällt darunter nicht nur der so genannte Gaunerlohn, sondern jede Leistung, die aufgrund eines rechtswidrigen Vertrages ausgerichtet wurde.[55] Die möglicherweise stossenden Ergebnisse gleicht das Bundesgericht teilweise über das Rechtsmissbrauchsverbot aus, zum Teil nimmt es sie in Kauf.[56] Diese Praxis wird allgemein damit begründet, dass sich rechtswidriges Verhalten nicht lohnen soll. Bei einer Rückforderung wegen Verletzung der Sachübernahmevorschriften ist dieser Praxis nicht zu folgen. Es kann dann nämlich nicht darum gehen, die Gesellschaft für ihr Verhalten zu bestrafen oder zu belohnen, sondern es sollen einzig die Gläubiger und die übrigen Aktionäre in ihren Interessen geschützt werden. Deshalb ist eine Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zuzulassen.

Sofern der Übernahmevertrag mit einem unabhängigen Dritten abgeschlossen worden ist, hat eine Verletzung der Sachübernahmebestimmungen keinen Einfluss auf die Liberierungspflicht der Aktionäre: Der Dritte hat gegenüber der Gesellschaft keine Liberierungspflicht und die Aktionäre sind ihrer Liberierungspflicht durch Bareinlage nachgekommen.

c. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Entsteht der Gesellschaft, einzelnen Aktionären oder den Gläubigern aus der Verletzung der Sachübernahmebestimmungen ein Schaden, so haften dafür die Gründer aus Verantwortlichkeit.[57] Diese Haftungsgrundlage besteht auch bei einer Sachübernahme im Zusammenhang mit einer Kapital-

48 Art. 680 Abs. 2 OR.

49 *Glanzmann* (FN 11), 77.

50 *Böckli* (FN 8), N 72.

51 Ebenfalls gegen Nichtigkeit als Rechtsfolge sind *Watter* (FN 5), 150, und *Böckli* (FN 8), N 104.

52 Vgl. dazu unten C.I.4.c).

53 Art. 62 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB; *Gauch Peter/Schluep Walter R.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bd., 7. Aufl., Zürich 1998, N 1500.

54 Art. 66 OR; *Gauch/Schluep* (FN 53), N 1548.

55 BGE 102 II 401 E. 4a (m.w.H.); s. dazu die Kritik bei *von Thur Andreas/Escher Arnold,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, 491; *Bucher Eugen,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 680–683; *Guhl/Koller* (FN 22), § 27 N 13; *Gauch/Schluep* (FN 53), N 1549–1552.

56 BGE 102 II 401 E. 4c; *Gauch/Schluep* (FN 53), N 1552.

57 Art. 753 OR; *Forstmoser* (FN 5), § 10 N 144; *Watter* (FN 5), 148.

erhöhung.[58] Zur Gründerhaftung hinzu kommt noch die Haftung des Verwaltungsrates aus Verantwortlichkeit[59] sowie die Haftung der Revisoren, wenn diese den Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht nicht richtig prüfen.[60]

d. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Schliesslich besteht auch das Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Gründer und der Mitglieder des Verwaltungsrates. Das Bundesgericht hat offenbar einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich bestätigt, wonach die Gründer einer AG strafbar sind, wenn diese bei der Gründung verheimlichen, dass eine Sachübernahme beabsichtigt ist.[61] Im konkreten Fall wurde ein Gründer wegen mehrfacher Urkundenfälschung und Erschleichen einer falschen Beurkundung verurteilt, weil er in der öffentlichen Urkunde und in der Stampa-Erklärung erklärte, es gehe um eine Bar-Gründung, während er wusste, dass die mit CHF 700 000.– gegründete Gesellschaft sofort eine Exklusivlizenz eines Mitgründers für CHF 900 000.– übernehmen sollte und sich damit des Gründungskapitals begab. Durch dieses Vorgehen sollten die Formalitäten der beabsichtigten Sachübernahmegründung abgekürzt und vereinfacht werden. Indem der Gründer gegenüber dem beurkundenden Notar den beabsichtigten Erwerb der Patentlizenz verschwieg, erwirkte er, dass anstelle der erforderlichen Sachübernahmegründung eine Bar-Gründung beurkundet wurde. Dadurch erfüllte er den Tatbestand des Erschleichens einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 StGB. Weiter erfüllte er auch den Tatbestand der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB, weil er dem Notar unrichtige Statuten vorlegte und dem Handelsregister eine falsche Stampa-Erklärung einreichte.[62]

II. Ein im Ergebnis richtiges Urteil

Wie bereits erwähnt ist die Begründung des hier besprochenen Urteils falsch, denn die Frage, ob eine Sachübernahme vorliegt, hat nicht unmittelbar etwas mit dem Gesellschaftszweck zu tun. Grundsätzlich ist nämlich festzuhalten, dass jede Handlung des Verwaltungsrates unter den Gesellschaftszweck fallen muss, andernfalls der Verwaltungsrat die Gesellschaft gar nicht gültig vertreten kann.[63] Die Frage, die bei der Sachübernahme relevant ist, ist hingegen die, ob die Übernahme im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit stattfindet. Falls ein Übernahmegeschäft im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft liegt, dann wird der Tatbestand der Sachübernahme nicht erfüllt.[64] Im vorliegenden Fall darf wohl nicht davon ausgegangen werden, dass der Erwerb der betreffenden Liegenschaften durch die beiden neu gegründeten Gesellschaften als übliche Geschäftstätigkeit bezeichnet werden darf. Solange eine Immobiliengesellschaft nicht regelmässig Liegenschaften kauft oder verkauft, ist ihre übliche Geschäftstätigkeit wohl eher das Halten und Verwalten von Liegenschaften.

Trotz dieser Kritik ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass im hier besprochenen Fall der Tatbestand der Sachübernahme nicht erfüllt wird. Weil die beiden Gesellschaften die fraglichen Liegenschaften im Rahmen einer Zwangsverwertung erworben haben, ist davon auszugehen, dass dafür ein Marktpreis bezahlt wurde. Genau in diesem Fall besteht aber keine Gefahr, dass die Gesellschaft überbewertete Aktiven erwirbt und dadurch ihr Grundkapital gefährdet. Aus diesem Grund ist zu hoffen, dass der Bundesgerichtsentscheid so gelesen werden darf, dass der Tatbestand der Sachübernahme immer dann nicht erfüllt ist, wenn ein Vermögenswert von einem unabhängigen Dritten erworben wird. In diesem Fall ist nämlich die Gefahr, dass die Gesellschaft überbewertete Aktiven erwirbt, nicht gegeben, weshalb sich auch die Anwendung der strengen Sachübernahmebestimmungen nicht rechtfertigt. Es bleibt zu hoffen, dass die Handelsregisterämter den hier besprochenen Entscheid ebenfalls in diesem Sinne interpretieren werden. Dadurch könnte die Praxis von einer oftmals belastenden und hinderlichen Rechtsunsicherheit befreit werden, ohne dass dabei die Interessen von Gläubigern oder Minderheitsaktionären tangiert würden.[65] Auf jeden Fall sollte das Bundesgerichtsurteil nicht bloss als Fehlurteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zur Seite gelegt werden, zumal zumindest die mitwirkende Präsidentin eine ausgewiesene Aktienrechtlerin ist.

58 Art. 753 Ziff. 1 OR.
59 Art. 754 Abs. 1 OR.
60 Art. 755 OR; *Böckli* (FN 8), N 1967b.
61 Urteil des OGer ZH vom 16. Januar 1996, in: ZBGR 1999 160.
62 ZBGR 1999 160 E. 2.2.
63 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht sämtliche Geschäfte als zweckkonform bezeichnet, die durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 323).
64 Vgl. vorne C.I.2.a).
65 Vgl. *Watter* (FN 5), 149.