

Die Abschaffung der Sachübernahmevorschriften im neuen Aktienrecht

Hans Caspar von der Crone | Magda Aref*

Under current Swiss corporate law the acquisition of assets from a shareholder intended prior the formation of the company is subject to the same rules as a payment of subscribed capital by contribution in kind. An (intended) acquisition of assets occurs when the company intends or undertakes to acquire certain assets of its shareholders or of a person closely related to a shareholder soon after its formation or capital increase. In these cases, the current law imposes strict transparency rules in the articles of association and the commercial register, the need for an audit confirmation, and special treatment within the report of formation or capital increase respectively a qualified majority for the shareholders' meeting. However, legal practice has shown

that the provisions relating to (intended) acquisition of assets leave room for interpretation and lead to legal uncertainty in their application. The Swiss Federal Council's dispatch emphasizes the uncertainty regarding questions as to when an acquisition meets the thresholds of a relevant acquisition of assets and the harsh sanction of the acquisition (or even the incorporation or capital increase) being void in cases of non-compliance. With the corporate law reform 2020, the provisions relating to an (intended) acquisition of assets will be deleted without substitution. The legal consequences of their deletion shall be explained and dealt with in the following paper.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
 - 1. Sachübernahmevorschriften als Schutz vor Umgehung der Sacheinlagevorschriften
 - 2. Hintergründe der Abschaffung
 - 3. Würdigung
 - 4. Andere Lösungsansätze?
- III. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die Bestimmungen des schweizerischen Aktienrechts zur Sachübernahme bei der Gründung (bisher Art. 628 Abs. 2 OR), Kapitalerhöhung (bisher Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR) oder Nachliberierung (bisher Art. 634a OR) haben in der Praxis immer wieder zu Diskussionen geführt.¹ Im Fokus dieser Diskussionen standen dabei insbesondere die Rechtsunsicherheiten, die sich aus der Abgrenzung der Sachübernahme- von den Sacheinlagevorschriften ergaben.

Wird die Einlageverpflichtung bei einer Gründung oder einer Kapitalerhöhung bzw. im Fall einer Nachliberierung statt in bar durch direkte oder indirekte Einbringung von Sachwerten erfüllt, ist eine Liberierung nur gewährleistet, wenn die eingebrachten Vermögenswerte werthaltig sind.² Bei der Kapitalaufbringung durch Einlage von Wirtschaftsgütern stehen die Aktienzeichner deshalb sowohl unter sich als auch im Verhältnis zu den Gläubigern in einem Interessenkonflikt. Der Gesetzgeber bemüht sich deshalb seit Beginn des 20. Jahrhunderts, die einschlägigen Vorschriften insbesondere mit Blick auf den

* Prof. Dr. iur. Hans Caspar von der Crone und Mag. iur. LL.M. Magda Aref, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <www.rwi.uzh.ch/vdc>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf <aktienrechtplus.ch> publiziert.

¹ Siehe u.a. *Nikolaus Dietschi*, Beabsichtigte Sachübernahmen, Zürich/St. Gallen 2012, S. 1; *Rolf Watter*, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP/PJA 2/1994, S. 147 f.; *Markus D. Vischer*, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW/RSDA 4/2012, S. 287 f.

² *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 Rz. 372; BGE 119 IV 319 ff.

Gläubigerschutz auszubauen und zu präzisieren. Bereits das Aktienrecht 1936 sah aus diesem Grund bei Sacheinlagen und Sachübernahmen – hervorgegangen aus der Bekämpfung des Gründungs- oder Emissionsschwindels Ende des 19. Jahrhunderts – eine Statuten- und Registerpublizität vor.³

Das Aktienrecht 1991 hielt an den Voraussetzungen des Gründerberichts sowie der Transparenz in Zeichnungsschein und Statuten fest, verlangte aber zusätzlich, dass Sacheinlageverträge und, wenn vorhanden, Sachübernahmeverträge, schriftlich verfasst bzw. bei Einbringung von Grundstücken öffentlich beurkundet sowie dem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsakt beigelegt werden mussten. Zudem baute das Aktienrecht 1991 eine Gründungs- und Kapitalerhöhungsprüfung ein: Die Gründer bzw. der Verwaltungsrat haben einen Gründungs- und Kapitalerhöhungsbericht zu erstellen, der von einem Revisor geprüft werden muss.⁴

In seinem Leitentscheid BGE 128 III 178 stellte das Bundesgericht im Jahr 2002 fest, ein Erwerb von Wirtschaftsgütern nach der Gründung sei insoweit keine Sachübernahme im Sinne der Liberierungsvorschriften, als er vom statutarischen Zweck der Aktiengesellschaft gedeckt sei.⁵ Soweit ein geplanter oder bereits beschlossener Erwerb von Sachwerten im Gründungsstadium im Gesellschaftszweck liege, seien die spezifischen Schutzvorkehrungen für Sachübernahmen deshalb nicht anwendbar.⁶ Mit dem Entscheid trug das Bundesgericht der Tatsache Rechnung, dass beim Erwerb von Wirtschaftsgütern, die der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen, eine Abgrenzung gestützt auf den Zeitpunkt, in dem der Erwerb geplant oder beschlossen wird, nicht vollumfänglich überzeugen kann. Die Praxis zeigte in der Folge allerdings, dass die Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Sachübernahmestatbestands mit der neuen bundesgerichtli-

chen Rechtsprechung mehr verlagert als beseitigt wurden.⁷

In der Folge wurde der Gesetzgeber aktiv. Durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) wurde der Wortlaut von Art. 628 Abs. 2 OR von «...oder Dritten» ersetzt durch «...oder einer dieser nahe stehenden Person».⁸ Mit der Einschränkung des Sachübernahmestatbestands auf den Erwerb von Wirtschaftsgütern von Liberierungspflichtigen oder diesen nahestehenden Personen sollte Rechtssicherheit bei der Abgrenzung geschaffen werden. Dieses Ziel wurde rein numerisch insofern erreicht, als dass viele Erwerbsgeschäfte neu von vornherein nicht mehr unter die restriktiven Sachübernahmenvorschriften fielen. Bei den verbleibenden Sachverhalten allerdings blieben die alten Auslegungsschwierigkeiten bestehen. Zudem erwies sich neu die Auslegung des Begriffs der «nahestehenden Personen» als schwierig.⁹

Im E-OR 2007 sah der Bundesrat weitere Korrekturen an den auf den 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Sachübernahmenvorschriften gemäss Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 vor,¹⁰ um dann allerdings im Vorentwurf 2014 und im Entwurf 2016 die vollständige Streichung der Sachübernahmenvorschriften vorzuschlagen. Im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 folgten die Eidgenössischen Räte diesem Antrag. Mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts im Jahr 2023 werden die Bestimmungen zur Sachübernahme dementsprechend ersatzlos gestrichen.¹¹ Sachübernahmen sind künftig keine Tatbestände der qualifizierten Liberierung mehr. Ihre besondere Behandlung im Rahmen des Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsberichts entfällt genauso wie die Notwendigkeit einer Prüfungsbestätigung durch

³ Böckli (Fn. 2) § 1 Rz. 372; Vischer (Fn. 1), S. 287; Vgl. zu den Aktien-Skandalen Ende des 19. Jahrhunderts auch BBI 1880 I 218 ff. und Peter Böckli, Bis zum Tod der Gräfin, 9. Aufl., Zürich 2009, S. 1 ff.

⁴ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 790; Vischer (Fn. 1), S. 287.

⁵ BGE 128 III 178 S. 179.

⁶ Peter Forstmoser, Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme? Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f., Reprax 3/2003, S. 1.

⁷ Forstmoser (Fn. 6), S. 1 ff.; Lukas Glanzmann, Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, SZW/RSDA 3/2003, S. 166 ff.; Peter Ruf, Die Offenlegungspflicht für Sachübernahmen, Bemerkungen zum BGE 128 III 178, BN 2/2003, S. 29 ff.; Vischer (Fn. 1), S. 288.

⁸ AS 2007, 4822; BBI 2002, 3226; BBI 2004, 3969 f.

⁹ Vischer (Fn. 1), S. 288.

¹⁰ Lukas Handschin/Conradin Cramer, Gründung und Kapital bei AG und GmbH – ausgewählte Fragen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht & Notar, Zürich 2016, S. 81.

¹¹ BBI 2017, 432 f.

einen zugelassenen Revisor und die Statuten- und Registerpublizität.¹²

II. Ausgangslage

Für eine Einordnung des Verzichts auf Sachübernahmeverordnungen ist von ihren Funktionen nach Aktienrecht 1991/2005 ausgehend (hinten 1.) die Frage nach den Hintergründen für die Abschaffung zu stellen (hinten 2.), gefolgt von einer Würdigung (hinten 3.) und Überlegungen zu möglichen Konsequenzen (hinten 4.)

1. Sachübernahmeverordnungen als Schutz vor Umgehung der Sacheinlagevorschriften

Nach geltendem Recht liegt eine Sachübernahme vor,¹³ wenn die Aktiengesellschaft schon vor der Gründung bzw. Kapitalerhöhung den Erwerb von Vermögenswerten von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen plant oder bereits vereinbart.¹⁴ Zwar wird die Einlageverpflichtung in bar erfüllt, die in Gründung befindliche Gesellschaft hat sich allerdings bereits verpflichtet, diese Mittel zum Kauf bestimmter Güter einzusetzen. Nach Aktienrecht 1991/2005 unterstehen geplante oder beschlossene Sachübernahmen den gleichen Schutzvorschriften wie Sacheinlagen. Damit soll in erster Linie eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften verhindert werden.¹⁵ Wirtschaftlich gesehen kann durch Verbindung

einer Barliberierung mit einer Vereinbarung zum Kauf bestimmter Güter nämlich das gleiche Ergebnis erzielt werden wie mit einer Sacheinlage.¹⁶ Die Sachübernahmebestimmungen stehen einer solchen indirekten Einbringung von Sachwerten nicht entgegen, unterstellen sie aber den gleichen Vorschriften, wie sie auch für die direkte Sacheinlage gelten.¹⁷ Das System der Berichterstattung, Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht, der Prüfung durch den zugelassenen Revisor und des Ausweises in Statuten und Handelsregister gilt damit einheitlich sowohl für die Sacheinlage wie auch für die Sachübernahme oder anders gesagt, für die direkte und die indirekte Einbringung von Sachwerten.¹⁸ Ziel der Schutzbestimmungen ist es insbesondere,¹⁹ eine Überbewertung der eingelegten oder übernommenen Vermögenswerte zu verhindern. Bei der Sacheinlage stellt die Überbewertung die Erfüllung der Liberierungspflicht in Frage. Bei der Sachübernahme hat sie einen unternehmerisch nicht gerechtfertigten Mittelabfluss zur Folge. In beiden Fällen beeinträchtigt eine solche Überbewertung nicht nur die Gläubiger, sondern auch allfällige Mitaktionäre, kommt es bei ihnen doch wirtschaftlich gesehen zu einer Verwässerung ihrer Beteiligung.²⁰ Insofern sprechen abgesehen einmal vom Umgehungsrisiko auch rein funktionale Überle-

¹² Art. 628 OR wird im neuen Aktienrecht gänzlich aufgehoben. Die Bestimmungen zu den Sacheinlagen bei einer qualifizierten Gründung im Sinne der bisher geltenden Art. 628 Abs. 1 und Abs. 4 OR werden neu in Art. 634 Abs. 4 revOR überführt; die Bestimmungen zu den besonderen Vorteilen bei einer qualifizierten Gründung im Sinne des bisher geltenden Art. 628 Abs. 3 OR werden neu in Art. 636 revOR überführt.

¹³ Eingehend zum Sachübernahmevertrag Markus Bösiger, Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag, SZW/RSDA 4/2017, S. 398 f.

¹⁴ Conradin Cramer, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 4 f. zu Art. 628 OR; Martin Waldburger, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Alexandra Jungo/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Anton K. Schnyder/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), CHK: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 628 OR.

¹⁵ Samuel Sauter, Revision des Aktienrechts. Ein Nachruf auf die Sachübernahme und qualifizierte Gründungs- und

Einlageatbestände, Bulletin 4/2017, S. 2, abrufbar unter: <Revision_des_Aktienrechts_Qualifizierte_Tatbestaende_(Nr4).pdf (ruossvoegele.ch)>, zuletzt abgerufen am 8.7.2021.

¹⁶ Franz Schenker, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 8 f. zu Art. 628 OR; Handschin/Cramer (Fn. 10), S. 73; Böckli (Fn. 2), § 1 Rz. 372 m.w.H; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, §16 N 91.

¹⁷ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §15 N 18 f.

¹⁸ BBI 2017, 432; Dietschi (Fn. 1), S. 1; Vischer (Fn. 1), S. 294.

¹⁹ Barbara Graham-Siegenthaler, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Zürich 2014, N 6 zu Art. 628 OR; BGE 83 II 284 S. 289; Dietschi (Fn. 1), S. 36 f.

²⁰ Forstmoser (Fn. 6), S. 13; Walter A. Stoffel, La fondation qualifiée des sociétés anonymes: Les apports en nature et la reprise des biens – Tendances récentes, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 657 f.

gungen für eine einheitliche Erfassung von Sacheinlage und Sachübernahme.²¹

2. Hintergründe der Abschaffung

Der historische Gesetzgeber wollte mit der Gleichstellung der Sachübernahme mit den Sacheinlagebestimmungen hauptsächlich einen besonders klaren Sachverhalt der Umgehung erfassen: Ein Aktienzeichner nimmt zur Erfüllung der Einlageverpflichtung einen pfandgesicherten Kredit auf (Lombardkredit). Als Kreditsicherheit dient dabei die in die Gesellschaft einzubringende Sache. Nach formeller Abwicklung der Gründung kauft die Gesellschaft die Sache. Mit der Bezahlung des Kaufpreises fliesst der eingelegte Betrag an den Aktienzeichner zurück, der seinerseits den Bankkredit zurückführt.²² In der Aktienrechtsrevision 1991 beschränkte sich der Gesetzgeber nun allerdings nicht auf die Erfassung solcher offensichtlicher Umgehungstatbestände. Vielmehr sollten alle funktional einer Sacheinlage äquivalenten Tatbestände über die Sachübernahmebestimmungen erfasst werden. Insbesondere setzte der Gesetzgeber deshalb die bloss beabsichtigte Sachübernahme der fest vereinbarten gleich (bisher Art. 628 Abs. 2 OR).²³ Gerade die Erfassung der beabsichtigten Sachübernahme allerdings erweist sich als eigentliche Quadratur des Zirkels. Sollen alle wirtschaftlich einer Sacheinlage äquivalenten Tatbestände einheitlich erfasst werden, führt kein Weg an der Erfassung auch bloss beabsichtigter Transaktionen vorbei. Umgekehrt aber sollten bei einer wohl geplanten und vorbereiteten Gründung alle einigermaßen gewichtigen Erwerbsgeschäfte im unmittelbaren Nachgang zur Gründung bereits in einem Geschäftsplan vorgehen und damit technisch gesehen «beabsichtigt» gewesen sein. Ähnliche Herausforderungen stellen sich auf der Ebene der Durchsetzung. Sollen Sachübernahmebestimmungen wirkungsvoll durchgesetzt werden, muss ihre Verletzung die Nichtigkeit der

fraglichen Rechtsgeschäfte zur Folge haben. Nach langjähriger Rechtsprechung und herrschender Lehre führt die Verletzung der Sachübernahmebestimmungen des geltenden Aktienrechts denn auch zur schuldrechtlichen Nichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte, mit entsprechend negativer Auswirkung auf die Rechtssicherheit.²⁴ Zu Unsicherheit haben in der Praxis sowohl die zivil- als auch die strafrechtliche Verfolgung beigetragen, mit denen sich die an einer Gründung oder Kapitalerhöhung beteiligten Personen für den Fall einer Qualifikation von Rechtsgeschäften als Sachübernahme konfrontiert sahen.²⁵ Mit der ersatzlosen Streichung der Sachübernahmenvorschriften anerkennt der Gesetzgeber, dass sich das abstrakte Ziel einer einheitlichen Erfassung aller der Sacheinlage im engeren Sinn wirtschaftlich funktional äquivalenten Tatbestände nur um den Preis beträchtlicher Rechtsunsicherheiten erreichen lässt.

Die bisher geltenden sachübernahmespezifischen Rechtsfolgen stellen laut Bundesrat sodann nicht ein alleiniges Mittel des Kapitalschutzes dar. Die Sachübernahmebestimmungen werden von weiteren Normen im Aktienrecht flankiert, welche den Erwerb überbewerteter Vermögenswerte durch die Aktiengesellschaft und den Abfluss von Nettovermögen an deren Aktionäre oder eine diesen nahestehende Person einschränken sollen.²⁶ Wird zukünftig im Rahmen einer Sachübernahme ein Schaden verursacht, so sollen nach Ansicht der Botschaft auf diese Normen, insbesondere auf den Haftungstatbestand nach Art. 754 OR und die Rückerstattungsklage gemäss Art. 678 OR, zurückgegriffen werden. Die Gründe, welche den Bundesrat zu diesem Entschluss veranlassen, werden im nachfolgenden Abschnitt erläutert.²⁷

2.1 Rechtsunsicherheit

Als Hauptgründe für die Abschaffung der Sachübernahmebestimmungen führt der Bundesrat in der Botschaft an, dass die gesetzliche Regelung der Sachübernahme in der Praxis zu zahlreichen Abgren-

²¹ Dietschi (Fn. 1), S. 1.; Rolf Sethe/Lukas Fahrländer, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Verantwortlichkeitsprozesse, Tagungsband 2020, Zürich 2020, S. 222 f.

²² Siehe Ausführungen unter II.1; Hans Caspar von der Crone et al., RechtEck, die Internetplattform zum Handels- und Wirtschaftsrecht, abrufbar unter: <www.rechteck.ch> (zuletzt besucht am 8.7.2021).

²³ Dietschi (Fn. 1), S. 1.

²⁴ BGE 83 II 284 E. 4; BGE 79 II 174 E. 2; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 17), § 17 N 36; Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 223 Fn. 136 m.w.H.; zur kritischen Meinung zur Nichtigkeitsfolge siehe Dietschi (Fn. 1), S. 204 Fn. 1190 sowie S. 545 f.

²⁵ Dietschi (Fn. 1), S. 2.

²⁶ Dietschi (Fn. 1), S. 2.

²⁷ Lukas Müller/Philippe J.A. Kaiser/Diego Benz, Sacheinlagegründung im revidierten Aktienrecht, EF 6/21, S. 285 f.

zungsschwierigkeiten geführt habe und bezüglich bestimmter problematischer Rechtsgeschäfte ohnehin wirkungslos geblieben sei.²⁸

Die Botschaft betont dabei die Rechtsunsicherheit, die sich aus der Frage ergebe, ob ein Übertragungsgeschäft eine Sachübernahme darstelle oder nicht. Diese Schwierigkeit sei insbesondere bei der beabsichtigten Sachübernahme präsent. Mit der Voraussetzung der Absicht komme die Problematik eines schwer nachzuweisenden, subjektiven Elements hinzu:²⁹ In der Praxis sei der Nachweis einer genügend konkretisierten Absicht, welche eine Deklaration und Offenlegung der Sachübernahme im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung geboten hätte, äusserst schwierig.³⁰

Zudem hätte nach bisherigem Recht die Nichtbeachtung der Sachübernahmebestimmungen die Nichtigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts zur Folge. Diese Rechtsunsicherheit, die mit der *ultima ratio* der potentiellen Nichtigkeit drohe, sei aus Sicht der Praxis störend.³¹

2.2 Selektive Wirkung

Die nur selektive Wirkung der Sachübernahmenvorschriften begründet die Botschaft mit dem gewissen zufälligen Moment, welchen die Sachübernahme aufweise: Die Bestimmungen erfassen nur den Erwerb von Vermögenswerten mit dem einbezahlten Aktienkapital, nicht hingegen den Abschluss anderer Verträge, wie beispielsweise Beratungs- oder Mietverträge, obwohl bei solchen Verträgen der Mittelabfluss noch viel einfacher sei. Der Bundesrat führt Konstellationen an, in denen ein (zu) hoher Mietzins vereinbart oder für eine Beratung ein überhöhter Stundensatz verrechnet würde. So könne sich die Aktiengesellschaft in einer Liegenschaft eines Aktionärs oder einer ihm nahestehenden Person einmieten, und einen zu hohen Mietzins bezahlen, ohne dass die

Sachübernahmenvorschriften greifen würden.³² Ein anderes Beispiel wären etwa im Gründungsstadium angefallene Entschädigungen für Arbeitsleistungen. Beabsichtigt eine Aktiengesellschaft, nach deren Eintragung in das Handelsregister, eine teure Dienstleistung in Anspruch zu nehmen,³³ ist die Gefahr einer Schwächung des Aktienkapitals genauso virulent wie bei einer qualifizierten Gründung.³⁴

Aus dem Verständnis der Sachübernahmebestimmungen als Umgehungsnorm der Sacheinlagevorschriften ergibt sich zwingend, dass die Sachübernahmenvorschriften nur Gegenstände erfassen, die auch Gegenstand einer Sacheinlage sein können. Nicht sacheinlagefähig sind namentlich Mietleistungen, Dienstleistungen, Arbeitsleistungen, Werkleistungen oder Ansprüche daraus.³⁵ Wenn es bei Verträgen aus solchen Leistungen zu einem Mittelabfluss kommt, greifen die Sachübernahmebestimmungen nicht.

Da in der Schweiz, im Unterschied zu Deutschland und Österreich, die Verrechnungslibrierung gesetzlich geregelt ist und keine diesbezüglichen Umgehungsvorschriften existieren, fallen Forderungen des Aktienzeichners gegen die betreffende Aktiengesellschaft unter das Regime der Verrechnungslibrierung.³⁶ Aus diesem Grund fallen auch Konstellationen, in denen nach einer Gründung oder Kapitalerhöhung eine Forderung zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft begründet wird, selbst im Fall eines Gründungs- bzw. Emmissionsschwindels, nicht unter die Sachübernahmenvorschriften.³⁷ Das gleiche gilt für Fälle, in denen die Aktiengesellschaft nach deren Gründung eine Forderung gegenüber dem Aktionär oder der nahestehenden Person begründet, etwa

²⁸ Loïc Horisberger, La suppression des règles sur la reprise de biens sans allègement des règles sur les apports en nature – une incohérence?, REPRAX 4/2017, S. 186 ff.

²⁹ BBI 2017, 432 f.

³⁰ BBI 2017, 432; Sauter (Fn. 15), S. 2; Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW/RSDA 1/2017, S. 4; Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 223.

³¹ BBI 2017, 432; Sauter (Fn. 15), S. 2; von der Crone/Angstmann (Fn. 30), S. 4; Müller/Kaiser/Benz (Fn. 27), S. 285.

³² BBI 2017, 432; Vischer (Fn. 1), S. 293 f.; Emanuel Dettwiler, Aktienrechtsrevision/Vorschlag des Bundesrates, Gründungs- und Kapitalvorschriften, Kurz & Bündig 8a/2016, S. 2.

³³ Immerhin sind solche Kosten sofort als Aufwand zu verbuchen, was ihre Transparenz erzwingt.

³⁴ Hans Caspar von der Crone/Linus Cathomas, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW/RSDA 5/2017, S. 604.

³⁵ Thierry Spaniol, Sinn und Unsinn der Sachübernahmenvorschriften, GesKR 2/2009, S. 236; Vischer (Fn. 1), S. 292 f.

³⁶ Für die Verrechnungslibrierung gemäss Art. 634a Abs. 2 OR und Art. 635 Ziff. 2 OR sind die Voraussetzungen von Art. 120 OR zu beachten.

³⁷ Vischer (Fn. 1), S. 293; Lukas Glanzmann, Neue Finanzierungsinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR 4/2011, S. 492 f.; BGE 87 II 169 E. 5; Dietschi (Fn. 1), S. 96 f.

durch Darlehensgewährung mit der Aktiengesellschaft als Darlehensgeberin.³⁸ Forderungen eines Aktionärs gegenüber Dritten, anderen Aktionären oder einer ihm nahestehenden Person hingegen erfüllen den Tatbestand der Verrechnungsliberierung nicht, da sie sich mit der Aktiengesellschaft mangels Gegenseitigkeit nicht verrechnen lassen. In diesen Fällen sind Forderungen grundsätzlich, sofern die Kriterien der Sacheinlagenfähigkeit, insbesondere die Bewertbarkeit der Forderung, erfüllt sind, sacheinlagefähig, weshalb die Sachübernahmebestimmungen einzuhalten sind.³⁹

In den oben genannten Konstellationen bestehe laut Bundesrat eine grössere Gefahr, dass als Haftungssubstrat dienendes Aktien- und Partizipationskapital abflüsse. Die Schutzmechanismen der Sachübernahme wirkten somit selektiv, weshalb eine Abschaffung gerechtfertigt sei. Diese Abkehr vom geltenden System führe auch nicht zu einer Schwächung des Kapitalschutzes. Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR sowie die aktienrechtliche Verantwortlichkeit stellten einen genügenden Schutz der Gesellschaft sicher, was uns zum nächsten Argument des Bundesrats für eine ersatzlose Streichung der Sachübernahmebestimmungen führt.⁴⁰

2.3 Ausreichender Schutz

In zweiter Linie argumentiert der Bundesrat, dass es die Sachübernahmenvorschriften für den Kapitalschutz einer Aktiengesellschaft gar nicht brauche. Der Schutz gefährdeter Drittinteressen könne auch durch die Bestimmungen des Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsrechts gewährleistet werden. So könne etwa eine Sachübernahme von einem Aktionär zu einem überhöhten Preis eine verdeckte Gewinn-

ausschüttung darstellen, was einen Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 OR zur Folge hätte.⁴¹

Schliesslich seien Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Sachübernahme sodann von der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR erfasst. Die Verwaltungsräte seien im Falle der Übernahme von überbewerteten Vermögenswerten persönlich für den Schaden, welcher der Aktiengesellschaft dadurch entstehe, gemäss (bisher) Art. 717 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 754 OR haftbar.⁴²

Weitere Schutzmechanismen böten das Rechnungslegungsrecht, gemäss welchem der erworbene Vermögenswert zu aktivieren sei. Die Übernahme eines Vermögenswertes zu einem überhöhten Preis durch die Aktiengesellschaft und die Einstellung des gleichen Wertes in der Bilanz wären auf Grund des Verstosses gegen die Grundsätze der Bilanzwahrheit, des Vorsichtsprinzips sowie der einschlägigen Bewertungsvorschriften widerrechtlich.

Ausreichender Schutz ergäbe sich auch durch die sanierungsrechtlichen Vorschriften: So stehe den Gläubigern eine ganze Reihe konkurs- und betriebsrechtlicher Rechtsbehelfe zu, falls eine Forderung fällig sei und von der Gesellschaft nicht bezahlt würde.

Auch strafrechtliche Haftungsfolgen fallen in Betracht, so etwa gemäss Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe), Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), Art. 163 StGB (betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug), Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung) und Art. 165 StGB (Misswirtschaft).⁴³

Zum Schluss argumentiert der Bundesrat, dass der Anwendungsbereich der oben aufgelisteten Schutzmechanismen nicht nur auf Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einer Gründung, Kapitalerhöhung oder Nachliberierung gälte, sondern als Haftungs- und Schutztatbestände für sämtliche Übernahmen von Vermögenswerten. Bei diesen Geschäften, welche sich wesentlich auf das Vermögen oder die Liquidität der Aktiengesellschaft auswirken könnten, sei der Verwaltungsrat ohnehin gut beraten, eine neutrale *Fairness Opinion* zur Bewertung

³⁸ Vischer (Fn. 1), S. 293; Peter R. Isler/Evelyn Schilter-Heuberger, Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung, in: Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 887; Rolf Bär, Die Haftung des Gesellschafters nach schweizerischem GmbH-Recht, Jusletter vom 14. April 2003, Rz. 11 Fn. 5.

³⁹ Es liegt in diesem Fall kein sacheinlagefähiger Vermögenswert vor.

⁴⁰ BBI 2017, 433; von der Crone/Cathomas (Fn. 34), S. 604; von der Crone/Angstmann (Fn. 30), S. 4.

⁴¹ BBI 2017, 433; Handschin/Cramer (Fn. 10), S. 81; Dietschi (Fn. 1), S. 279.

⁴² BBI 2017, 433.

⁴³ BBI 2017, 434.

und Aktivierbarkeit des zu übernehmenden Vermögenswertes einzuholen.⁴⁴

Die Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften sei daher laut Bundesrat aus den vorgenannten Gründen sachgerecht.⁴⁵

3. Würdigung

3.1 Paradigmenwechsel in der Kapitalaufbringung

Als Gründe für die ersatzlose Streichung der Sachübernahmebestimmungen werden hauptsächlich vorgebracht, dass die betreffenden Vorschriften zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt haben, und dass das Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsrecht einen ausreichenden Rechtsschutz der Gesellschaft bieten. Das Argument eines ausreichenden Rechtsschutzes würde allerdings für eine Abschaffung sämtlicher Regelungen über die qualifizierten Liberierungsformen sprechen. Zwar sind bezüglich Sachübernahmen tatsächlich viele Einzelfragen umstritten, doch stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der ersatzlosen Abschaffung der Sachübernahmebestimmungen nicht über das Ziel hinausschiesst: Diese Neuerung bedeutet nämlich im Endeffekt, dass die Übernahme von Vermögenswerten im Gründungsstadium nicht offengelegt werden muss, solange die Liberierung – zumindest der Form nach – in bar erfolgt. Gleichzeitig wird die Schutzwirkung der Sacheinlagebestimmungen geschwächt, da die mit einer Sacheinlage verbundenen Transparenzvorschriften mit einer leichten Anpassung des Kapitalaufbringungsvorgangs umgangen werden können. Im Ergebnis führt die Streichung zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel. Während die bisher geltenden Sachübernahmenvorschriften vorbeugend zu verhindern versuchen, dass das Aktienkapital bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung durch die Einbringung überbewerteter Vermögenswerte geschwächt wird (Prävention), soll laut Gesetzgeber zukünftig erst reagiert werden, wenn sich dieses Risiko realisiert hat, und zwar durch Rückverschiebungen der betreffenden Vermögenswerte (Art. 678 OR) bzw. den Ersatz des entstandenen Schadens (Art. 754 OR;

Restitution). Die Neuerung im revidierten Aktienrecht hat zwar den Vorteil, dass die umfassenden und systembedingt teilweise formalistischen Transparenzpflichten der qualifizierten Gründung nicht bereits durch eine abstrakte Gefährdung des Aktienkapitals ausgelöst werden; umgekehrt besteht aus der Sicht der Gründer bzw. der an der Kapitalerhöhung Beteiligten ein legitimes Interesse an einem Verfahren, das – soweit es korrekt abgewickelt wird – verlässlich vor dem späteren Vorwurf schützt, die Gläubigerinteressen seien durch falsch bewertete Sachübernahmen gefährdet worden. Mit der Neuerung im Jahr 2023 entfällt dieser «safe harbour».⁴⁶ Wegen der bisher geltenden Sachübernahmenvorschriften thematisieren Aktiengesellschaften und deren Rechtsberater möglicherweise problematische Sachübernahmen von Aktionären und ihnen nahestehenden Personen regelmässig im Vorfeld. Mit der ersatzlosen Streichung der Sachübernahmebestimmungen entfällt also diese vorgelagerte Prüfung.

Die vom Gesetzgeber genannten Schutzmechanismen, aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Rückerstattungsklage, führen zu einer ausschliesslich nachgelagerten Prüfung, welche dem Geschädigten letztlich aufzwingt, einen Anfangsverdacht zu konkretisieren und zu klagen.⁴⁷ Dazu muss sich ein Kläger finden, der bereit ist, die Klagerisiken auf sich zu nehmen.⁴⁸ Hinzu kommt, dass die Organe in Aktiengesellschaften nicht immer über die notwendige Substanz verfügen, um ihrer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch rein wirtschaftlich gerecht zu werden, dies erst recht nach dem Scheitern eines Projekts.⁴⁹ Mit der Verantwortlichkeitsklage nach Konkurs einer Gesellschaft, die aufgrund einer verdeckten Sacheinlage ungenügend kapitalisiert wurde, würden Gläubiger deshalb in vielen Fällen bloss gutes Geld dem schlechten nachwerfen.⁵⁰

Eine effiziente aktienrechtliche Ordnung begrenzt sich nicht darauf, Pflichtverletzungen nur ex

⁴⁴ BBI 2017, 434.

⁴⁵ BBI 2017, 434; Hans Peter Walter/Maja Blumer, Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme, in: Robert Waldburger/Charlotte M. Baer/Ursula Nobel/Benno Berner (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 405 ff.

⁴⁶ Von der Crone/Cathomas (Fn. 34), S. 604.

⁴⁷ Von der Crone/Angstmann (Fn. 30), S. 4; Handschin/Cramer (Fn. 10), S. 81.

⁴⁸ Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 224.

⁴⁹ Hans Caspar von der Crone/Felix Buff, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?, SZW/RSDA 5/2015, S. 452 ff.; Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, S. 93 ff.

⁵⁰ Von der Crone/Cathomas (Fn. 34), S. 605.

post zu sanktionieren, sondern ermöglicht es den Beteiligten, sich *ex ante* einen verlässlichen Überblick über ihre Rechte und Pflichten zu verschaffen.⁵¹ Die bisher geltenden Sachübernahmebestimmungen schaffen aus diesem Grund Klarheit und Vorhersehbarkeit.⁵²

3.2 Konsequenzen für die Praxis

Mit der Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften müssen indirekte Sacheinlagen in Zukunft grundsätzlich zulässig sein; vorbehalten bliebe nur der Rechtsmissbrauch.⁵³ Würden Rechtsgeschäfte, mit denen die Aktiengesellschaft nach deren Gründung oder Kapitalerhöhung Sachwerte übernimmt, demgegenüber leichthin als Umgehung der Sacheinlagebestimmungen qualifiziert, wäre die Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 ein Schlag ins Wasser. Die Abschaffung der Sachübernahmebestimmungen ergibt nur dann einen Sinn, wenn die ehemalige Praxis nicht einfach mittels einer Art standardmässiger Umgehungsvermutung bei Sachverhalten weitergeführt wird, in denen bar liberiert wird, gefolgt vom Kauf von Vermögenswerten von einem der Aktienzeichner.⁵⁴ Diese Rechtsgeschäfte müssen grundsätzlich zulässig sein und nicht von vornherein unter Umgehungsverdacht stehen. Erst die eigentliche Scheinliberierung stellt einen Umgehungstatbestand dar.⁵⁵

Rechtsgeschäfte, bei denen missbräuchlich die Sacheinlagevorschriften umgangen werden sollen, sind unzulässig. Nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auf ein Umgehungsgeschäft die umgangene Norm anzuwenden. Sofern die Übernahme eines Vermögenswertes zukünftig in Tat und Wahrheit eine verdeckte Sacheinlage darstellt, müssten die Schutzvorschriften über die Sacheinlage auf das fragliche Geschäft zur Anwendung kommen. Das bedeutet, dass analog der Sacheinlagevorschriften bei Nichteinhaltung der Schutzmassnahmen die Nichtigkeit des Übertragungsgeschäfts die Folge

wäre. Die Gesellschaft hätte in diesem Fall einen Rückforderungsanspruch in Bezug auf den übernommenen Vermögenswert.⁵⁶

Um die mit der Nichtigkeit verbundenen Rechtsunsicherheiten im revidierten Aktienrecht zu mildern, bieten sich bei übernommenen Sachen zukünftig verschiedene Wege an, mit denen sich die Gründer bzw. der Verwaltungsrat in unklaren Fällen vor einer Verantwortlichkeit schützen können und gleichzeitig für Mitaktionäre und Gläubiger Transparenz schaffen. Zum einen können die Beteiligten bei übernommenen Vermögenswerten den Preissetzungsvorgang ausreichend dokumentieren. Bei übernommenen Sachen ohne Marktpreis können sie eine *Fairness Opinion* einholen. Auf diese Weise können sie sich gegen einen möglicherweise Jahre später erhobenen Vorwurf, sie hätten indirekt nicht werthaltige Aktiven in die Gesellschaft eingebracht, absichern. In zweifelhaften Fällen mit erheblichem Bewertungsspielraum werden daher die vorsichtigen Gründer bzw. Verwaltungsräte vorsorglich ein Bewertungsgutachten von neutraler Seite einholen.⁵⁷ Bei zweifelhaften Sachübernahmen, bei denen sich ein Missbrauchsverdacht ergeben könnte, steht der Aktiengesellschaft analog der Sacheinlagevorschriften die Möglichkeit offen, über Geschäfte mit zweifelhaftem Charakter Rechenschaft abzulegen, den Rechenschaftsbericht prüfen zu lassen und diesen Vorgang freiwillig sowohl in den Statuten als auch in das Handelsregister eintragen zu lassen. *De lege lata* lässt sich dies aus einer liberalen Auslegung von Art. 30 Abs. 1 HRegV ableiten, welcher die Eintragung zusätzlicher Tatsachen, die weder im Gesetz noch in der Verordnung vorgesehen sind, in das Handelsregister zulässt, wenn dies dem Zweck des Handelsregisters entspricht und an der Bekanntgabe ein öffentliches Interesse besteht.⁵⁸ Dies ist vor allem in Bezug auf die sogenannte «Stampa Erklärung» notwendig, die im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 auf Gesetzesstufe angehoben wird. Nach Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 revOR sind die Gründer bzw. im Falle der Kapitalerhöhung der Verwaltungsrat verpflichtet, in der öffentlichen Urkunde der Gründung bzw. Statutenänderung festzuhalten, dass kei-

⁵¹ Von der Crone/Cathomas (Fn. 34), S. 604.

⁵² Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Vorschläge zur Aktienrechtsrevision, SZW/RSDA 5/2017, S. 608.

⁵³ Nicolas Facincani/Reto Sutter, Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, TREX 2018, S. 41.

⁵⁴ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 10 N 245.

⁵⁵ Von der Crone (Fn. 54), § 10 N 245; Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 225.

⁵⁶ Von der Crone (Fn. 54), § 10 N 245; Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 225.

⁵⁷ Dietschi (Fn. 1), S. 278 f.

⁵⁸ Handschin/Cramer (Fn. 10), S. 79; Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 226.

ne anderen als jene in den Belegen aufgeführten Sacheinlagen bestehen. Unter revidiertem Recht besteht somit das Risiko, dass eine schriftliche Falschaussage macht, wer Geschäfte, deren Eigenschaft als eine verdeckte Sacheinlage unklar ist, nicht offenlegt. Dies kann sowohl eine zivilrechtliche als auch strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen.⁵⁹

Darüber hinaus wird man bei überbewerteten Sachübernahmen wegen der Abschaffung der Sachübernahmevorschriften zukünftig auf zusätzliche Schutzmechanismen zugreifen, welche laut Gesetzgeber eine disziplinierende Wirkung auf den Kapitalaufbringungsvorgang haben können. Nachfolgend seien einige von ihnen dargestellt.

3.2.1 Haftung

Mit der Streichung der Sachübernahme als qualifizierten Gründungs- und Kapitalerhöhungstatbestand⁶⁰ wird auch die Gründungshaftung gemäss Art. 753 Ziff. 1 revOR angepasst. Der Haftungstatbestand der Gründungshaftung besteht im revidierten Aktienrecht mit Ausschluss der Sachübernahme darin, dass Sacheinlagen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angegeben, verschwiegen oder verschleiert werden oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwidergehandelt wird.⁶¹ Indirekte Sacheinlagen müssten – wie bereits oben aufgeführt – zukünftig grundsätzlich zulässig sein, weshalb die Gründungshaftung nur noch bei Missbrauchsfällen eine Rolle spielen dürfte. Wird mit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts die Sachübernahme als verdeckte Sacheinlage gewertet, wird der Haftungstatbestand von Art. 753 Ziff. 1 revOR auch in Zukunft als unrichtige Angabe bzw. Verschleierung von Sacheinlagen zur Anwendung kommen.⁶² Die Gründungshaftung betrifft sowohl unter geltendem als auch unter revidiertem Recht nur den Gründungs- und Kapitalerhöhungszeitraum, erfasst

allerdings einen grösseren Personenkreis der Passivlegitimierten als Art. 754 revOR, da auch «alle Personen, die bei der Gründung mitwirken» für den Schaden verantwortlich sind, sofern einer der Tatbestände nach Ziff. 1–3 revOR erfüllt ist. In Art. 754 revOR ist mit den Organmitgliedern der Kreis der Passivlegitimierten zwar kleiner als bei der Gründungshaftung gemäss Art. 753 revOR, hingegen gilt Art. 754 revOR unabhängig vom Gründungs- und Kapitalerhöhungsstadium. Aus Sicht der Gläubiger kann die Aushöhlung des Aktienkapitals durch das Übertragungsgeschäft einen mittelbaren Schaden darstellen, welcher die Gläubiger im Konkursfall und nach Verzicht der Konkursverwaltung zur Erhebung der Verantwortlichkeitsklage berechtigt. Bei der Gründungshaftung sind die Gläubiger ebenfalls nur im Konkurs und nach Verzicht der Konkursverwaltung zur Geltendmachung der Klage legitimiert.⁶³

Der einzige Überschneidungsfall zwischen der Gründungshaftung und der Verantwortlichkeitsklage wird zukünftig die rechtsmissbräuchliche Umgehung der Sacheinlagevorschriften im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung sein. Sofern sich also zukünftig beide Bestimmungen in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, werden die Rechtsbehelfe kumulativ anwendbar sein. In allen anderen Fällen, in denen ein Vermögenswert von der Aktiengesellschaft überbewertet übernommen wird, kann die Haftung aus Verantwortlichkeit greifen.⁶⁴

Im Rahmen der Haftung sollen bei Pflichtverletzungen laut Bundesrat die Haftung der Leitungs- und Aufsichtsorgane gemäss Art. 754 revOR sowie die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 revOR eine wesentliche Rolle spielen. Übernimmt die Aktiengesellschaft einen überbewerteten Vermögenswert und wird das Übertragungsgeschäft als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert, stellt dies eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 revOR dar.⁶⁵

⁵⁹ *Sethe/Fahrländer* (Fn. 21), S. 226; *Peter Böckli*, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2/2017, S. 142.

⁶⁰ Aufhebung von Art. 628 Abs. 2, Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6 und Art. 642 OR.

⁶¹ *Sethe/Fahrländer* (Fn. 21), S. 221; BBI 2017, 399 ff., 600.

⁶² *Böckli* (Fn. 59), S. 142.

⁶³ *Sethe/Fahrländer* (Fn. 21), S. 221; *Böckli* (Fn. 59), S. 142 ff.

⁶⁴ *Rolf Watter*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Basel 2016, N 24 f. zu Art. 753 OR.

⁶⁵ *Sethe/Fahrländer* (Fn. 21), S. 227.

3.2.2 Verdeckte Gewinnausschüttungen

Gemäss Art. 678 Abs. 2 revOR ist eine Leistung der Aktiengesellschaft an Aktionäre, Verwaltungsräte, mit der Geschäftsführung befasste Personen, Mitglieder des Beirats sowie diesen nahestehende Personen rückerstattungspflichtig, sofern ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Weitere Voraussetzung für diese Rückerstattungspflicht ist nach revidiertem Recht die fehlende Rechtfertigung der Leistung, aber nicht mehr die Bösgläubigkeit des Empfängers. An Stelle der Einrede der fehlenden Bösgläubigkeit tritt nach revidiertem Recht die Einrede von Art. 64 OR, welche Fairness gegenüber Personen schafft, die sich im guten Glauben der Bereicherung entäussert haben. Der Rückerstattungsanspruch steht sowohl der Aktiengesellschaft als auch dem einzelnen Aktionär zu, letzterer klagt allerdings auf Leistung an die Gesellschaft. Der unmittelbare Normzweck ist der Schutz der Minderheitsaktionäre. Zumindest mittelbar werden mit Art. 678 Abs. 2 OR auch die Interessen der Gläubiger geschützt, obschon Gläubiger im Unterschied zur Verantwortlichkeitsklage und zur Gründungshaftung nach geltendem wie auch nach revidiertem Recht nicht aktivlegitimiert sind.

Erfüllt die Übernahme eines Vermögenswertes die genannten Voraussetzungen, kann die gesamte von der Aktiengesellschaft erbrachte offensichtlich überhöhte Gegenleistung sowohl von der Aktiengesellschaft als auch von einem einzelnen Aktionär auf Leistung an die Gesellschaft verlangt werden. Denkbar wäre auch, dass nach den Grundsätzen von Art. 20 Abs. 2 OR bloss die richterliche Herabsetzung der von der Aktiengesellschaft erbrachten Gegenleistung auf das Angemessene gefordert wird.⁶⁶

Allerdings sei hier nochmals angemerkt, dass ein bereits entstandener Schaden mit der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 revOR, der Rückerstattungsklage nach Art. 678 revOR oder der Gründungshaftung nach Art. 753 Ziff. 1 revOR allenfalls *ex post* geltend gemacht werden kann. Die wichtige präventive Schutzwirkung der derzeit geltenden Transparenzvorschriften zur Verhinderung eines Schadens

(«sunlight is the best disinfectant») wird jedoch entfallen.⁶⁷

3.2.3 Verbot der Einlagerückgewähr

Gemäss Art. 680 Abs. 2 revOR steht dem Aktionär kein Recht zu, den eingezahlten Betrag zurückzufordern. In Sachverhalten der Scheinliberierung, also der rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Sacheinlagevorschriften, liegt materiell eine verbotene Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 revOR vor. Dabei handelt es sich um einen Sachverhalt, in dem rechtsmissbräuchlich die ordnungsgemässe Erfüllung der Einzahlungspflicht geltend gemacht wird. Insofern ist es unpräzise, in diesem Zusammenhang vom «Wiederaufleben» der Liberierungspflicht zu sprechen, da die Liberierungspflicht in Fällen der Scheinliberierung nie ordnungsgemäss erfüllt wurde.

Im revidierten Recht besteht – in Abweichung zur Konzeption unter dem bisherigen Art. 678 OR – eine klare Unterscheidung zwischen dem formalen Liberierungsverfahren auf der einen (Art. 680 Abs. 2 revOR) und der Sanktionierung von unrechtmässig erfolgten direkten oder indirekten Ausschüttungen (Art. 678 Abs. 2 revOR) auf der anderen Seite. Entsprechend ist die Frage der Rückerstattung abschliessend nach Art. 678 revOR geregelt, womit die Geltendmachung der ordnungsgemässen Erfüllung der Einzahlungspflicht im Kontext einer unzulässigen Ausschüttung an einen Aktionär entfällt. Vorbehalten bleiben einzig Sachverhalte in dem Kontext einer Scheinliberierung, wo der Aktionär weiterhin zur Leistung seiner Einlage verpflichtet bleiben muss (Art. 680 revOR). In Bezug auf die Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften bedeutet dies im Ergebnis, dass die Übernahme überbewerteter Vermögenswerte durch die Aktiengesellschaft unter Art. 678 revOR fällt, mit Ausnahme der Scheinliberierung, welche nach Art. 680 revOR zu behandeln ist.

Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung verjährt die aus Art. 680 revOR fliessende Liberierungsforderung der Aktiengesellschaft innert zehn Jahren (Art. 127 OR), während die Rückerstattungsklage eine eigene andere Verjährungsregel vorsieht (vgl. dazu Art. 678a revOR).⁶⁸

⁶⁶ Dietschi (Fn. 1), S. 194 m.w.H.; von der Crone (Fn. 54), § 13 N 551 f.

⁶⁷ Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 225; von der Crone/Cathomas (Fn. 34), S. 604; von der Crone/Angstmann (Fn. 52), S. 608.

⁶⁸ Dietschi (Fn. 1), S. 194 m.w.H.; von der Crone (Fn. 54), § 13 N 551 f.

4. Andere Lösungsansätze?

Mit Blick auf die vergangenen Aktienrechtsrevisionen wie auch auf die bevorstehende Reform im Jahr 2023 erweist sich die Liberalisierung bei der Kapitalaufbringung als Dauerthema. Mit der bevorstehenden Abschaffung der Sachübernahmeverordnungen im Jahr 2023 wird in der Lehre zunehmend diskutiert, ob es eine sinnvollere, weniger radikale Alternativlösung gegeben hätte, die Tatbestandsunklarheiten der betreffenden Bestimmungen zu beseitigen und den Anwendungsbereich zu reduzieren.⁶⁹

In der Lehre wurde eine Angleichung der Schweizer Sachübernahmeverordnungen an das deutsche Rechtssystem thematisiert. Das Rechtsinstitut der (beabsichtigten) Sachübernahme nach Schweizer Aktienrecht hat schliesslich seinen Ursprung in der deutschen Aktienrechtsnovelle von 1870.⁷⁰ Seither haben sich die Rechtssysteme in der Schweiz und in Deutschland unabhängig voneinander und unterschiedlich weiterentwickelt.⁷¹ Ein Blick auf die deutsche Rechtslage zur «verdeckten Sacheinlage» soll Klarheit darüber bringen, ob eine gänzliche Abschaffung der Sachübernahmeverordnungen sinnvoll war oder ob es durch Angleichung des Kapitalaufbringungsschutzes in der Schweiz an die Rechtslage in Deutschland möglich gewesen wäre, die Rechtsunsicherheiten zurückzubauen.

4.1 Rechtslage in Deutschland

Die aktienrechtliche Kapitalaufbringung wurde in Deutschland mit dem MoMiG⁷² grundlegend revidiert. Seither findet sich der Begriff der «verdeckten Sacheinlage» in § 27 Abs. 3 des deutschen AktG.⁷³ Demnach befreit sich ein Aktionär nicht von seiner Einlageverpflichtung, wenn die Geldeinlage eines Aktionärs bei wirtschaftlicher Betrachtung und auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme

der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist.⁷⁴ Die verdeckte Sacheinlage weist somit zwei Tatbestandsmerkmale auf, namentlich «die wirtschaftliche Entsprechung» und «die vorherige Abrede».⁷⁵ Im Unterschied zur Schweiz führt die «verdeckte Sacheinlage» seit Einführung des MoMiG allerdings nicht zur Nichtigkeit des Übertragungsgeschäfts. Es wurde stattdessen eine Anrechnungslösung eingeführt: Nach deutschem Aktienrecht sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung rechtsgültig. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Aktionär. Mit einer Differenzhaftung hat also der Inferent die Differenz der für den Vermögenswert erhaltenen Gegenleistung zu dessen wirklichen Wert in bar auszugleichen.⁷⁶ Als zusätzliches Element eines Umgehungsschutzes dienen die Bestimmungen zur Nachgründung im Sinne von § 52 AktG. Demnach werden Verträge der Aktiengesellschaft mit Gründern oder mit mehr als 10% der beteiligten Aktionäre betreffend die Übernahme von Vermögenswerten gegen Vergütung, welche 10% des Grundkapitals übersteigt und die innerhalb von zwei Jahren seit dem Handelsregistereintrag geschlossen werden, nur mit Zustimmung der Hauptversammlung und durch Eintragung in das Handelsregister wirksam.⁷⁷

Hätte sich der Schutz der Sachkapitalaufbringung in der Schweiz an die Rechtslage in Deutschland ausrichten sollen? Einerseits ist festzuhalten, dass die Menge an wissenschaftlichen Publikationen der letzten Jahre zum Schutz der Sachkapitalaufbringung in Deutschland aufzeigt, dass dessen Wir-

⁶⁹ Siehe u.a. *Sethe/Fahrländer* (Fn. 21), S. 227 f.

⁷⁰ *Dietschi* (Fn. 1), S. 31 Fn. 186; *Vischer* (Fn. 1), S. 290; *Walter Bayer*, 17. Kapitel: Grundkapital, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung, in: *Walter Bayer/Mathias Habersack* (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, Band II, Tübingen 2007, S. 721 ff., S. 743 ff.

⁷¹ *Walter/Blumer* (Fn. 45), S. 408.

⁷² Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

⁷³ *Rainer Krause*, *Atypische Kapitalerhöhungen im Aktienrecht*, ZHR 181 (2017), S. 673 f.

⁷⁴ Siehe Art. 27 AktG; Wortlaut siehe z.B. <§ 27 AktG – Sacheinlagen; Sachübernahmen; Rückzahlung von Einlagen – de jure.org>, zuletzt abgerufen am 19.5.2021.

⁷⁵ *Vischer* (Fn. 1), S. 290.

⁷⁶ *Andreas Pentz*, in: *Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum AktG*, Band 1, 5. Aufl., München 2019, N 76 f. zu § 27 AktG.

⁷⁷ Siehe § 52 AktG; Wortlaut siehe z.B. <§ 52 AktG – Nachgründung – de jure.org>, zuletzt abgerufen am 19.5.2021; *Pentz* (Fn. 76), N 9 f. zu § 52 AktG.

kungsweise und Dogmatik in verschiedenen zentralen Punkten auch nach der MoMiG-Reform umstritten ist. Andererseits scheinen die komplexen Vorschriften zum Schutz der Sachkapitalaufbringung auf Grund ihrer Gründlichkeit und Reglementierungsdichte von einer einfachen und effizienten Regelung weit entfernt zu sein.⁷⁸

In Bezug auf die Verletzungsfolge hat der deutsche Gesetzgeber gezeigt, dass mit der Nichtigkeit des Übertragungsgeschäfts den Schutzadressaten nicht geholfen ist. Hingegen ergeben sich die Rechtsunsicherheiten der Schweizer Sachübernahmenvorschriften nicht nur bei der Frage ihrer Verletzung, sondern bereits bei der Beurteilung, ob sie auf ein Übertragungsgeschäft anwendbar sind oder nicht. Mit einer Differenzhaftung als Folge ihrer Verletzung wäre der Praxis somit nicht geholfen.⁷⁹

4.2 Andere Lösungsansätze

In der Lehre wurden indessen auch andere Lösungsansätze diskutiert: So hätte es sich angeboten, bei einer Sachübernahme im Gründungsstadium eine geringfügigkeitsgrenze einzubauen und bei der Übernahme zu Marktkonditionen auf einen Revisor zu verzichten. Bei Kapitalerhöhungen hätte man zudem auf die Einbeziehung von Sachübernahmen verzichten können, sofern die Rechtsgeschäfte im Zuge des gewöhnlichen Geschäftsganges erfolgt wären. Mit dem Kriterium der «beabsichtigten» Übernahme würde auf ein subjektives Element abgestellt werden, das mit Rechtsunsicherheit und schwerer Nachweisbarkeit verbunden sei. Um dies zu beseitigen, hätte sich die gesetzliche Fixierung einer Zeitspanne nach der Gründung respektive Kapitalerhöhung als objektives Tatbestandsmerkmal angeboten.⁸⁰ Diese Überlegungen lassen sich beliebig erweitern und ergänzen, sind jedoch müssig, denn nur die zukünftige Praxis wird zeigen, ob die Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften tatsächlich zur erhofften Rechtsicherheit führen wird.

III. Schlussbemerkungen

Die zunehmenden Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Sachübernahmen haben den Gesetzgeber veranlasst, den seiner Meinung nach rechtssicheren Weg durch die Abschaffung der Bestimmungen einzuschlagen. Diese Neuerung wirft insbesondere Fragen hinsichtlich der zukünftigen Behandlung indirekter Sacheinlagen auf. Mit der Streichung müssen indirekte Sacheinlagen, mit Ausnahme von Rechtsmissbrauchsfällen zukünftig zulässig sein. Würden Übertragungsgeschäfte, mit denen die Gesellschaft nach ihrer Gründung Sachwerte übernimmt, leicht hin als Umgehung der Sacheinlagebestimmungen qualifiziert, macht die Revision in diesem Punkt keinen Sinn.

Aus Sicht der Schweizer Verwaltungsräte und Gründer einer Aktiengesellschaft wird zukünftig ein besonderes Augenmerk auf die ausreichende Dokumentation des Preisfestsetzungsvorgangs sowie die Einholung einer neutralen *Fairness Opinion* bei Übertragungsgeschäften ohne Marktpreis zu legen sein. Bei Sachübernahmen mit zweifelhaftem Charakter ist es zudem ratsam, das Geschäft freiwillig in das Handelsregister eintragen zu lassen.

⁷⁸ Dietschi (Fn. 1), S. 279 f.; Matthias Zick, Die verdeckte Sacheinlage im Recht der GmbH, Frankfurt 2010, S. 133 ff.; Walter Bayer, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz (Kommentar), 20. Aufl., Köln 2020, N 51 zu § 19.

⁷⁹ Dietschi (Fn. 1), S. 279.

⁸⁰ Sethe/Fahrländer (Fn. 21), S. 227 f.