

Private Übernahme der Liberierungsschuld

Bundesgerichtsurteil 4A_512/2012 vom 28. Januar 2013

Mit Bemerkungen von MLaw Barbora Castell und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

- 1.1 Überblick
- 1.2 Verlauf der Kapitalerhöhung

2. Prozessgeschichte

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Bezirksgerichts Uster

- 1.1 Generalversammlungsbeschluss über die Kapitalerhöhung
- 1.2 Zeichnung des Erhöhungsbetrags
- 1.3 Wirkung des Handelsregistereintrags
- 1.4 Schuldübernahme

2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich

3. Urteil des Bundesgerichts

III. Bemerkungen

1. Übernahme der Liberierungsschuld durch einen Nichtaktionär

- 1.1 Private Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR
- 1.2 Insolvenz des Schuldübernehmers und die Kaduzierung
 - 1.2.1 Wesen der Kaduzierung
 - 1.2.2 Die Kaduzierung nach einer erfolgten Übernahme der Liberierungsschuld

2. Begründung der Liberierungsschuld durch den Schuldübernehmer

3. Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR – Nutzen in der Praxis

- 3.1 Fiduziarisches Eigentum an Aktien
- 3.2 Sanierungsmassnahmen im Konzern

IV. Ergebnis

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1 Überblick

Die W AG war eine Aktiengesellschaft, die am 29. März 2005 von Amtes wegen aufgelöst wurde, weil sie kein Domizil mehr hatte. Am 9. Juni 2008 wurde über sie der Konkurs eröffnet. Der Beklagte C war einziger Verwaltungsrat der W AG. E, F und G, die sich nicht am Verfahren beteiligten, waren die Aktionäre der W AG. Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung war das Aktienkapital der W AG aufgrund einer zuvor durchgeführten Kapitalerhöhung mittels Nennwertheraufsetzung zu 50% liberiert. Die Konkursverwaltung trat am 7. August 2008 den Massa-

anspruch gegen C auf Einforderung des Non-Versés aus nicht liberiertem Aktienkapital im Sinne von Art. 260 SchKG an die Kläger A und B ab. Diese reichten dann vor dem Bezirksgericht Uster Klage gegen C ein auf Zahlung des Non-Versés.

Der Beklagte bestritt den Anspruch der W AG gegen ihn auf Nachliberierung des Non-Versés sowie eine schuldrechtliche Anerkennung dieser Forderung. Er machte geltend, er sei zu keinem Zeitpunkt Aktionär der W AG gewesen, weshalb er den Zeichnungsschein nicht gültig in seinem Namen habe unterzeichnen können. Er habe weder die Liberierungspflicht übernommen, noch sei er irgendwie persönlich für die Liberierung der Aktien verantwortlich.

1.2 Verlauf der Kapitalerhöhung

Das Aktienkapital der W AG, das in 11 500 voll liberierte Namenaktien à CHF 10.– aufgeteilt war, wurde im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung von CHF 115 000.– auf CHF 230 000.– verdoppelt, indem der Nennwert sämtlicher Namenaktien auf CHF 20.– erhöht wurde. Auf die Nachliberierung wurde vorerst verzichtet, sodass sämtliche Aktien der W AG nur noch zu 50% liberiert waren. Der Beschluss des Verwaltungsrates C bezüglich der Kapitalerhöhung wurde vom Notariat öffentlich beurkundet. C unterzeichnete am Tag, an dem der Generalversammlungsbeschluss über die Kapitalerhöhung gefällt wurde (27. Februar 2003), einen Zeichnungsschein, der auf diesen Generalversammlungsbeschluss Bezug nahm. Er erklärte in diesem Schein, dass er «CHF 115 000.– des neu auszugebenden Aktienkapitals bzw. der Nennwerterhöhung seiner bisherigen 11 500 Aktien, welche nach durchgeführter Kapitalerhöhung als zu 50% liberiert gelten, zum Nennwerterhöungspreis von CHF 10.– je Aktie zeichne und sich verpflichte, diesen Preis durch entsprechende Einlage zu 100% zu liberieren.»

2. Prozessgeschichte

Am 1. Juli 2010 reichten A und B (Kläger, Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht Uster Klage gegen C (Beklagter, Beschwerdegegner) ein und beantragten, dieser sei zu verpflichten, CHF 115 000.– zuzüglich 5% Zins seit dem 9. Juni 2008 zu bezahlen. Das Bezirksgericht Uster wies die Klage mit Urteil vom 20. April 2012 ab. Am 3. Juli 2012 wies auch das Obergericht des Kantons Zürich die Klage ab, nach-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

dem die Beschwerdeführer Berufung erhoben hatten. Das Bundesgericht wies am 28. Januar 2013 die dagegen erhobene Beschwerde ebenfalls ab.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Bezirksgerichts Uster

1.1 Generalversammlungsbeschluss über die Kapitalerhöhung

Das Bezirksgericht stellte fest, dass der Beklagte den Generalversammlungsbeschluss bezüglich der Kapitalerhöhung in Vertretung der Aktionäre selber durchführte. Es war zwar strittig, ob der Beklagte auch für die Vertretung des Aktionärs F bevollmächtigt war, doch angesichts der Tatsache, dass das Recht, den Generalversammlungsbeschluss anzufechten (Art. 691 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 706a OR), bereits erloschen war, sei grundsätzlich von der Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses auszugehen.¹

1.2 Zeichnung des Erhöhungsbetrags

Obwohl bei einer Kapitalerhöhung, in der der Nennwert der bestehenden Aktien heraufgesetzt wird, keine zusätzlichen Aktien ausgegeben werden, sei das neue Kapital zu zeichnen, da sich die Aktionäre bei der ursprünglichen Zeichnung nur zur Zahlung der Einlage für den ursprünglichen Nennwert verpflichteten. Demzufolge sei die Verpflichtung zur Leistung der Einlage im Umfang der Kapitalerhöhung in einem neuen Zeichnungsschein festzuhalten.²

Bei einer Kapitalerhöhung mittels Nennwertheraufsetzung der bestehenden Aktien kommen nur die bestehenden Aktionäre als Zeichner in Betracht, da keine neuen Aktien ausgegeben werden und «keine andere Möglichkeit besteht, als dass jeder Zeichner bereits Aktionär ist.» Der Beklagte unterzeichnete den Zeichnungsschein nicht im Namen der Aktionäre E, F und G, sondern in dessen eigenem Namen. Das Bezirksgericht stellte fest, dass der Beklagte die Nennwerterhöhung nicht in eigenem Namen gültig zeichnen konnte, weil er zum Zeitpunkt der Zeichnung weder Aktionär war noch aufgrund der Zeichnung Aktionär geworden ist. Des Weiteren verwies das

Bezirksgericht auf die herrschende Lehre, nach der ein Zeichnungsschein nichtig ist, wenn es an der bedingungslosen Verpflichtung des Zeichners fehlt, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten.³

1.3 Wirkung des Handelsregistereintrags

Trotz einer eventuell ungültigen Zeichnung stellte das Bezirksgericht fest, dass die Kapitalerhöhung aufgrund der heilenden Wirkung des Handelsregistereintrags wirksam sein muss. Das Bezirksgericht begründet die heilende Wirkung des Handelsregistereintrags auf die Kapitalerhöhung mit der heilenden Wirkung des Handelsregistereintrags bei der Entstehung der Rechtspersönlichkeit der AG (Art. 643 Abs. 2 OR). *Mutatis mutandis* habe diese Regel auch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsverfahrens zu gelten.⁴ Aufgrund der heilenden Wirkung des Handelsregistereintrags ist das Bezirksgericht auf die Frage, ob der Zeichnungsschein gültig ist, nicht näher eingegangen. Es schloss jedoch aus dem passiven Verhalten der Aktionäre auf eine stillschweigende Bevollmächtigung des Verwaltungsrates zur Durchführung einer Kapitalerhöhung.⁵

Entgegen der Ansicht der Kläger stellte das Bezirksgericht fest, dass die heilende Wirkung des Handelsregistereintrags nicht zur Folge hätte, dass der Beklagte durch die Unterzeichnung des Zeichnungsscheins zum Aktionär der W AG geworden ist. Demgegenüber bewirkte die heilende Wirkung des Handelsregistereintrags, dass die eventuelle Nichtigkeit des Zeichnungsscheins geheilt wurde und die Aktionäre dadurch zur Nachliberierung verpflichtet wurden.⁶

1.4 Schuldübernahme

Das Bezirksgericht zog die Möglichkeit einer internen Schuldübernahme des Beklagten in Betracht, nach der sich der Beklagte gegenüber den Aktionären verpflichtet hätte, deren Nachliberierungspflicht zu erfüllen. Es ist auf diese Frage nicht näher eingegangen, da die Kläger die Prozessführungsbefugnis hat-

¹ Urteil des Bezirksgerichts Uster CG 100036/U01/Gm/bf vom 20. April 2012, E. 5.3.

² Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 8.1.

³ Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 9.1–9.3.

⁴ Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 10.2.

⁵ Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 10.3, 11.1.

⁶ Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 9.3, 10.3.

ten, den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen, und nicht den Anspruch der Aktionäre.⁷

2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich

Das Obergericht bestätigte die Ausführungen und Feststellungen des Bezirksgerichts, dass der Beklagte keine Aktionärsstellung hatte.⁸

3. Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt an den Sachverhaltserkenntnissen der Vorinstanz fest, nach denen der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung nicht Aktionär war. Da C nicht Aktionär war, konnte er sich nicht als Aktionär zur Nachliberierung mittels einer Nennwerterhöhung der bestehenden Aktien verpflichten.⁹

Es liess die Frage offen, ob die Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR an einen Dritten übertragen werden kann und ob C als solch ein Dritter zur Einzahlung der Nennwerterhöhung verpflichtet werden konnte. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass sich seine bestehende Rechtsprechung, die eine externe Schuldübernahme ausschliesst, auf Inhaberaktien bezieht. Im Hinblick auf nicht voll liberierte Namenaktien würde diese Rechtsprechung nicht gleichermassen gelten.¹⁰

III. Bemerkungen

1. Übernahme der Liberierungsschuld durch einen Nichtaktionär

1.1 Privative Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR

Die Liberierungspflicht muss nicht ausschliesslich dem Eigentümer der nicht liberierten Aktie obliegen. Es kann durchaus möglich sein, dass die Schuld i.S. einer externen Schuldübernahme durch einen Dritten übernommen wird (Art. 176 OR).¹¹

Bei einer externen bzw. privativen Schuldübernahme tritt der Schuldübernehmer in die Position des Altschuldners ein, wodurch der Altschuldner von seinen Verbindlichkeiten befreit wird. Die Forderung der Gläubigerin wird durch den Schuldnerwechsel nicht berührt. Die Gläubigerin kann ihre Forderung nach der Schuldübernahme allerdings nur noch gegenüber dem Schuldübernehmer geltend machen. Die externe Schuldübernahme ist ein Vertrag, der zwischen der Gläubigerin und dem Schuldübernehmer abgeschlossen wird. In der Regel liegt der externen Schuldübernahme ein interner Schuldübernahmevertrag zwischen dem Altschuldner und dem Schuldübernehmer zugrunde. Im internen Schuldübernahmevertrag verspricht der Schuldübernehmer dem Altschuldner, seine Schuld durch eine externe Schuldübernahme zu übernehmen. In der Regel wird dem Schuldübernehmer dafür vom Altschuldner eine Gegenleistung versprochen. Die Gläubigerin muss dem Schuldnerwechsel zustimmen, was ihre Verfügungsbefugnis voraussetzt. Befindet sie sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des externen Schuldübernahmevertrags im Konkurs, so kann kein Schuldnerwechsel stattfinden. Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass die zu übernehmende Schuld übernahmefähig ist.¹²

Die Liberierung stellt eine Geldschuld dar. Bei Geldschulden kommt es bei der Leistung nicht auf die Persönlichkeit des Schuldners an.¹³ Die Liberierungsschuld muss folglich nicht persönlich vom jeweiligen Aktionär erfüllt werden. Dies entspricht auch dem Wesen der Aktiengesellschaft – der «société anonyme», die sich durch ein erhebliches Mass an Loslösung von den einzelnen Mitgliedern kennzeichnet.¹⁴ Bei der Aktiengesellschaft kommt es nicht darauf an, wer das Kapital einzahlt, solange sichergestellt ist, dass das Kapital wirklich eingezahlt wird.¹⁵

⁷ Urteil des Bezirksgerichts (Fn. 1), E. 11.2.

⁸ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB 120049-O/U vom 3. Juli 2012, E. 3.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_512/2012 vom 28. Januar 2013, E. 5.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts (Fn. 9), E. 6.

¹¹ Vgl. Beschluss und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008, ZR 2009 Nr. 15, S. 58.

¹² Zum Ganzen: *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 91.10 ff.; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 85 N 2 ff.; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, § 16 N 1409 ff.

¹³ *Urs Leu*, in: *Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, 5. Aufl., Basel 2011, N 3 zu Art. 68 e contrario; Explizit zur Liberierungspflicht, *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 14 N 29.

¹⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13) § 1 N 17 f.

¹⁵ Eine Ausnahme hierzu stellen die vinkulierten Namenaktien dar.

Dieser Sicherstellung dient die sogleich zu beschreibende Kaduzierung in Art. 682 OR und die an die externe Schuldübernahme anlehrende Bonitätsvinkulierung in Art. 685 OR. Die Bonitätsvinkulierung verlangt bei einer Veräusserung einer nicht voll liberierten Namenaktie die Zustimmung der Gesellschaft, da die Veräusserung der nicht voll liberierten Namenaktie für die Gesellschaft einen Schuldnerwechsel bedeutet. Sie betont den der externen Schuldübernahme zugrunde liegenden privatrechtlichen Grundsatz, wonach keine Schuld ohne Zustimmung des Gläubigers durch einen Dritten übernommen werden darf. Art. 685 OR ist nicht als eine abschliessende *lex specialis* des besonderen Teils des Obligationenrechts zu verstehen, die die Übernahme der Liberierungsschuld durch einen Dritten i.S.v. Art. 176 OR ausschliesst, mit der Konsequenz, dass die Liberierungsschuld nur durch die Veräusserung der ganzen Namenaktie an einen Dritten «übertragen» werden könnte.

Der Wortlaut der Bestimmungen von Art. 680 OR (Verpflichtung zur Leistung) und Art. 681 OR (Folgen bei Nichtleistung), in denen jeweils vom leistenden oder nicht leistenden Aktionär die Rede ist, ist somit weit auszulegen. Unter dem «leistenden Aktionär» ist der Schuldner der Liberierungspflicht zu verstehen, der nicht in allen Fällen Aktionär sein muss. Zwar ist die Liberierung die einzige Pflicht des Aktionärs (Art. 680 OR), doch eine Befreiung von der Liberierungspflicht durch einen Schuldnerwechsel wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Zusammenfassend kann eine Nachliberierungsschuld im Rahmen einer privativen Schuldübernahme durch einen Nichtaktionär übernommen werden. Einerseits ist sie nicht persönlich zu erfüllen; andererseits sprechen die aktienrechtlichen Bestimmungen nicht gegen eine Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR. Erteilt die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Schuldübernahme, steht der Übernahme der Liberierungsschuld durch einen Nichtaktionär nichts im Wege.¹⁶

¹⁶ Vgl. Beschluss und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008 (Fn. 11), 58; *Christoph K. Widmer*; Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht (Diss.), Zürich 1998, 165. Vgl. auch BGE 48 II 395, E. 1 *in fine*, E. 2. Zwar erwähnt das Gericht nicht eine Befreiung des Aktionärs von seiner Liberierungspflicht durch eine externe Schuldübernahme (diese Frage war auch nicht Gegenstand des Verfahrens), doch es betont, dass eine Befreiung von der Liberierungsschuld nur möglich ist, wenn für

1.2 Insolvenz des Schuldübernehmers und die Kaduzierung

Wird die Liberierungsschuld im Rahmen einer privativen Schuldübernahme auf einen Dritten übertragen, so ergibt sich folgendes Szenario: i) Der Aktionär wird von seiner Verpflichtung zur Liberierung befreit, behält aber seine Eigentümerstellung bezüglich der nicht voll liberierten Namenaktie, da keine Veräusserung seiner Aktie an den Dritten erfolgt; ii) Die Liberierungsforderung der Aktiengesellschaft besteht mit allen Nebenrechten (insbesondere mit dem Recht auf Kaduzierung der nicht voll liberierten Aktie) weiter (Art. 178 Abs. 1 OR analog), wobei die AG die Nachliberierung nur gegenüber dem Dritten geltend machen kann. Der Aktionär bleibt aufgrund seiner Eigentümerstellung bezüglich der nicht voll liberierten Aktie mit dem Risiko belastet, dass die Aktiengesellschaft seine Aktie kaduziert, wenn der Dritte nach Aufforderung zur Nachliberierung das Liberierungsmanko nicht einzahlt.

1.2.1 Wesen der Kaduzierung

Die Kaduzierung nach Art. 682 ff. OR stellt zusammen mit der in Art. 685 OR vorgesehenen Bonitätsvinkulierung die Einzahlung des Eigenkapitals sicher. Wird ein zur Nachliberierung verpflichteter Aktionär zahlungsunfähig oder ist er zahlungsunwillig, steht der Aktiengesellschaft das Recht zu, den Aktionär seiner Rechte verlustig zu erklären und (mindestens) das Liberierungsmanko von einem Ersatzzeichner einzuholen.¹⁷ Im Kaduzierungsverfahren wird die nicht voll liberierte Aktie vernichtet und stattdessen eine neue Aktie an einen «Ersatzzeichner» ausgegeben, der sich mit der Zeichnung der Ersatzaktie zur Liberierung derselben verpflichtet und zum Aktionär wird. Der Aktionär verliert nicht nur seine Rechte, sondern auch den Anspruch auf die Rückerstattung des zum Teil einbezahlten Aktienkapitals. Dabei gehen nicht nur die Aktionärsrechte unter, sondern auch allfällige Rechte eines an der Aktie berechtigten Dritten, wie etwa eines Nutznießers oder eines Pfandgläubigers.¹⁸

den einzahlungspflichtigen Zeichner eine Ersatzperson eintritt.

¹⁷ *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Teil I, § 1 N 340.

¹⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 44 N 39.

Für die Aktiengesellschaft stellt das Kaduzierungsverfahren eine Möglichkeit dar, das nicht eingezahlte Eigenkapital in die Gesellschaft einzubringen, ohne mit einem Verlustrisiko bei einer Betreibung des Aktionärs rechnen zu müssen. Da sie nicht verpflichtet ist, den Altaktionär aus der Verlustigerklärung seiner Aktionärsrechte schadlos zu halten, kann aus einer Kaduzierung ein sogenannter Kaduzierungsgewinn resultieren.¹⁹ Seit der Aktienrechtsrevision von 1937 ist die Kaduzierung im Gesetz festgeschrieben²⁰ und nach herrschender Meinung ist sie zwingender Natur. Die AG kann sie weder wegbedingen noch (zu Ungunsten des Aktionärs) ändern.²¹ Der Verwaltungsrat kann nicht frei zwischen der ordentlichen Eintreibung und der Kaduzierung wählen; er ist verpflichtet, nach dem Grundsatz von Art. 717 OR vorzugehen und nach der gebotenen Sorgfalt die zweckmässige Entscheidung zu treffen. Das Kaduzierungsverfahren ist vor allem geboten, wenn der Aktionär zahlungsunfähig ist oder wenn die Umtriebe und das Risiko einer Leistungsklage aus anderen Gründen als zu gross erscheinen. Des Weiteren ist eine Kaduzierung geboten, wenn es um grosse, nicht liberierte Beträge geht und solvente und zahlungswillige Ersatzzeichner vorhanden sind.²²

Das Recht der Aktiengesellschaft zur Kaduzierung ist von der h.M. als ein aktienrechtliches Instrument *sui generis* anerkannt.²³ Zu Recht wird die Qualifikation der Kaduzierung als Konventionalstrafe für den Liberierungsschuldner oder eine Art von gesellschaftsrechtlichem Schuldnerverzug verneint.²⁴ Das Kaduzierungsverfahren dient nicht der Bestrafung des säumigen Liberierungsschuldners, sondern der Sicherung des Aktienkapitals, welches die eigentliche

Kernsubstanz und das Haftungssubstrat der Aktiengesellschaft bildet. Das Kaduzierungsrecht stellt folglich ein aktienrechtliches Sicherungsrecht dar, das einem Pfandrecht gleichkommt.²⁵

1.2.2 Die Kaduzierung nach einer erfolgten Übernahme der Liberierungsschuld

Pfandrechte, die vom Schuldner vertraglich begründet wurden, bleiben nach einem erfolgten Schuldnerwechsel weiter bestehen (Art. 178 Abs. 1 OR).²⁶ Nach *Becker* gilt Art. 178 Abs. 1 OR auch bei gesetzlich begründeten Sicherungsrechten, sofern der Schuldner die mit dem Sicherungsrecht belastete Sache in die Lage gebracht hat, an die das Gesetz die Entstehung des Sicherungsrechts knüpft.²⁷ So verhält es sich auch mit dem Aktionär, der als Erstzeichner seine Aktie zeichnet. Im Moment der Zeichnung, durch die die Liberierungsforderung der Gesellschaft begründet wird, entsteht auch das Recht der Gesellschaft zur Kaduzierung, welche die ausstehende Liberierungsforderung sichert. Die gesetzliche Begründung des Sicherungsrechts ist somit auf den ursprünglichen Schuldner zurückzuführen, was bedeutet, dass das Kaduzierungsrecht ohne Weiteres nach dem Schuldnerwechsel bestehen bleibt. Etwas anderes wäre im Hinblick auf den zwingenden Charakter der Kaduzierung, die weder geändert noch wegbedungen werden darf, auch nicht denkbar.

Der Aktionär wird mit der Übernahme seiner Liberierungsschuld durch einen Dritten von der Liberierungspflicht befreit, doch sein Eigentum an der Aktie bleibt weiterhin mit dem Kaduzierungsrecht der Gesellschaft belastet, solange der Schuldübernehmer nicht nachliberiert. Die befreiende Wirkung für den Aktionär wird somit in dieser Hinsicht relativiert. Da die Existenz seiner Rechte nun vom Verhalten eines Dritten abhängen wird, sollte es möglich sein, dass der Verwaltungsrat den Aktionär über die Aufforderung zur Nachliberierung an den Liberierungsschuldner informiert und dass dem Aktionär im Falle einer

¹⁹ *Böckli* (Fn. 17), Teil I, § 1 N 341.

²⁰ *Josef Höchli*, Die Kaduzierung von Aktien im revidierten Schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936 (Diss.), Zürich 1941, 97 ff.; Vgl. *Alfred Sauter*, Die Lehre von der Kaduzierung nach schweizerischem und deutschem Aktienrecht (Diss.), Zürich 1918, 17.

²¹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 44 N 21; *Peter Kurer/Christian Kurer*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 11 zu Art. 682; *Wolfhart Bürgi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Art. 660–697 OR), N 16 zu Art. 681, 682 m.w.H.; *Höchli* (Fn. 20), 97.

²² *Böckli* (Fn. 17), Teil I, § 1 N 333.

²³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 44 N 18; *Bürgi* (Fn. 21), N 15 zu Art. 681, 682; *Höchli* (Fn. 20), 94.

²⁴ *Bürgi* (Fn. 21), N 15 zu Art. 682; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 44 N 18; *Höchli* (Fn. 20), 94.

²⁵ Vgl. *Emil Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N 3 zu Art. 682, nach dem es sich genau genommen nicht um die Ausgabe neuer Aktien, sondern um die Verwertung des ausgefallenen Titels handelt. Zur historischen Entwicklung der Kaduzierung, *Sauter* (Fn. 20), 10–14, 27.

²⁶ *Koller* (Fn. 12), § 85 N 21 f.

²⁷ *Hermann Becker*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, Art. 1–183, N 9 zu Art. 178 OR.

unterlassenen Zahlung des Liberierungsschuldners analog zu Art. 827 ZGB die Möglichkeit gegeben wird, den Restbetrag des Nennwerts einzuzahlen. Begleitet der Aktionär die Liberierungsforderung, sollte das Forderungsrecht der Gesellschaft gegenüber dem Schuldübernehmer an den Aktionär übergehen (Art. 827 Abs. 2 ZGB analog).

2. Begründung der Liberierungsschuld durch den Schuldübernehmer

Das Bezirksgericht zog die Möglichkeit nicht in Betracht, dass sich auch ein Nichtaktionär zur Übernahme der Liberierungsschuld verpflichten kann.

Grundsätzlich müsste die Nachliberierungspflicht durch den Aktionär oder durch dessen Stellvertreter begründet werden, und erst in einem zweiten Schritt könnte ein Nichtaktionär die neu begründete Schuld des Aktionärs übernehmen. Doch es müsste auch möglich sein, diesen zweistufigen Vorgang zu überspringen, sodass die Nachliberierungspflicht unmittelbar durch den Schuldübernehmer in seinem Namen begründet wird. In diesem Fall bedürfte es jedoch der Zustimmung der Aktionäre, da deren Aktien im Fall einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldübernehmers kaduziert werden könnten.

Im vorliegend behandelten Fall kann es offen bleiben, ob der Verwaltungsrat durch die Zeichnung des Zeichnungsscheins die Nachliberierungsschuld der Aktionäre privativ übernommen hat, da der Fall viele Unklarheiten aufweist. Allerdings sollte ein in einem Zeichnungsschein ausdrücklich kundgegebener Wille eines Nichtaktionärs zur Liberierung eines Erhöhungsbetrags grundsätzlich beachtet und als eine Schuldübernahme anerkannt werden können. Wer einen Zeichnungsschein, in dem er im eigenen Namen eine Nachliberierungspflicht begründet, unterschreibt, muss die aus diesem Rechtsakt entstandenen Konsequenzen tragen. Ist er nicht Aktionär, so muss er mindestens als Schuldübernehmer anerkannt werden, sofern die Voraussetzungen einer Schuldübernahme gegeben sind.

Wird ein Zeichnungsschein von einem nicht bevollmächtigten Nichtaktionär im Namen der Aktionäre unterschrieben, so müsste der Nichtaktionär aufgrund von Art. 39 OR dem Gläubiger der Nachliberierungsforderung für den entstandenen Schaden haften.

3. Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR – Nutzen in der Praxis

Die Loslösung der Liberierungsverpflichtung vom Aktionär und ihre Übertragung auf einen Dritten könnten bei treuhänderischen Aktionärsstellungen oder im Rahmen von konzerninternen Sanierungen nützlich sein.

3.1 Fiduziarisches Eigentum an Aktien

Die Stellung des Treuhänders (Fiduziars) zeichnet sich durch seine Verpflichtung gegenüber dem Treugeber (Fiduziant) aus, dass der Treuhänder gegen aussen als voll Berechtigter auftritt, während er im internen Verhältnis gegenüber dem Treugeber verpflichtet ist, seine Rechte nur in einer bestimmten Weise auszuüben.²⁸ Der fiduziarische Aktionär wird von der Aktiengesellschaft als vollwertiger Aktionär behandelt, wohingegen dem Treugeber keine Aktionärsrechte zustehen. Die Aktionärsrechte gehen mittels Legalzession (Art. 401 OR) auf den Treugeber über, nachdem dieser seine Pflichten aus dem Treuhandvertrag gegenüber dem Treuhänder erfüllt oder nachdem das Treuhandverhältnis durch Zeitablauf oder Kündigung des Auftrags beendet wird (Art. 404 OR). Dabei darf auch bei einer erfolgten Legalzession der Drittschuldner den Treuhänder so lange als Gläubiger betrachten, bis ihm die Legalzession angezeigt wird. Damit der Treugeber folglich nach Beendigung des Treuhandverhältnisses bzw. nach Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Treuhänder die Aktionärsstellung erwirbt, muss er der AG vorerst die Legalzession anzeigen.²⁹

Eine treuhänderisch gehaltene Aktionärsstellung kann beispielsweise im Rahmen einer treuhänderisch erfolgten Gründung einer Aktiengesellschaft entstehen. Des Weiteren kann der Aktionär statt einer Begründung eines Pfandrechts an seiner Aktie diese dem Gläubiger zur treuhänderischen Haltung übertragen.³⁰ Erfolgt eine Kapitalerhöhung, die eine Nachliberierungspflicht zur Folge hat, ist es für die Beteiligten von Interesse, dass der an der Aktie wirtschaftlich berechnete Treugeber und nicht der Treuhänder für die Nachliberierung aufkommt.

²⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 45 N 36; BGE 71 II 100; BGE 90 II 164.

²⁹ BGE 115 II 468, E. 2c), d); BGE 90 II 164.

³⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 45 N 39; BGE 115 II 468, E. 2a ff.

3.2 Sanierungsmassnahmen im Konzern

Die Übertragung der infolge einer Kapitalerhöhung entstandenen Nachliberierungspflicht einer Konzerngesellschaft auf eine andere Konzerngesellschaft könnte innerhalb einer Unternehmensgruppe eine nützliche Sanierungsmassnahme darstellen und die Sanierungsmassnahme der Kapitalerhöhung ergänzen.

Erfolgt eine Kapitalerhöhung bei einer Konzerngesellschaft, die durch eine weitere oder mehrere weitere Konzerngesellschaft(en) beherrscht ist, so handelt es sich bei der Kapitalerhöhung um eine «konzerninterne» Sanierungsmassnahme, weil lediglich in die sanierungsbedürftige Gesellschaft neues Kapital gelangt, aber kein zusätzliches Kapital in den Konzern einfließen kann. Unabhängig von der Einordnung als konzernintern oder konzernextern wird die Kapitalerhöhung als eine «Aussenfinanzierungsmassnahme» bezeichnet, da sie im Gegensatz zu den Innenfinanzierungsmassnahmen (wie blosse Vermögensumschichtungen, welche die Liquidität verbessern) zusätzliches Kapital in die sanierungsbedürftige Gesellschaft von aussen mit einbringt. Somit ist die Kapitalerhöhung nicht nur dazu bestimmt, die Liquidität der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zu verbessern, sondern sie kann zusätzlich auch Unterkapitalisierungen und Überschuldungen beseitigen.³¹

Während die Kapitalerhöhung, in der neue Aktien geschaffen und an Dritte ausgegeben werden, mit einer Veränderung der bestehenden Beteiligungsverhältnisse im Konzern verbunden ist, bleiben die Beteiligungsverhältnisse nach einer erfolgten Kapitalerhöhung durch eine Heraufsetzung des Nennwerts unverändert. Ist in einem vertikalen Konzern eine Kapitalerhöhung einer Untergesellschaft erforderlich und dabei wünschenswert, dass die herrschenden Beteiligungsverhältnisse bestehen bleiben, so drängt sich die Kapitalerhöhung auf, in welcher der Nennwert der Aktien der sanierungsbedürftigen Konzerngesellschaft heraufgesetzt wird.³²

An einem Erfolg der Sanierungsmassnahme fehlt es dann, wenn die Konzerngesellschaft, die beispielsweise die sanierungsbedürftige Konzerngesellschaft zu 100% beherrscht, selber nicht finanziell in der Lage ist, die aus der Nennwerterhöhung resultierende Nachliberierung zu leisten oder die zusätzlichen Aktien zu liberieren ohne evt. selber zuerst eine Kapitalerhöhung durchführen zu müssen. Ist diese beherrschende Konzerngesellschaft selber durch eine weitere Konzerngesellschaft zu 100% beherrscht, die in einer guten finanziellen Lage ist, so könnte die letztere die Liberierungsschuld ihrer Tochter übernehmen und somit direkt das zusätzliche Eigenkapital in die Untergesellschaft einbringen. Dabei könnte sie auch hier vom Leverage-Effekt profitieren, wonach nur 20% des gezeichneten Aktienkapitals liberiert werden müssen.³³ Die Nachliberierungspflicht müsste nicht nur die unmittelbare Muttergesellschaft der zur Nachliberierung verpflichteten Gesellschaft übernehmen, sondern auch eine im vertikalen Verhältnis höher stehende Gesellschaft, wie beispielsweise eine weitere Konzerngesellschaft, die wiederum die Muttergesellschaft zu 100% beherrscht. Die Übernahme der Liberierungsschuld durch eine Muttergesellschaft (Downstream) wäre im Vergleich zu Side- und Upstreamverhältnissen weniger problematisch, da die Interessen der Tochter auch im Interesse der die Schuld übernehmenden Mutter stehen und somit auch mit Art. 717 OR vereinbar sind. Allerdings wären die Steuerfolgen von verdeckten Kapitaleinlagen abzuklären.³⁴

Problematisch wäre eine Schuldübernahme durch eine Tochtergesellschaft (Upstream) oder eine Schwes-tergesellschaft (Sidestream), da die Übernahme der Liberierungsschuld nicht im unmittelbaren Interesse der die Liberierungsschuld übernehmenden Konzerngesellschaft erfolgen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Letztere für die Schuldübernahme keine Gegenleistung erhält.³⁵ Eine Schuld-

³¹ *Armand Rublin*, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht (Diss.), Zürich 2002, 158; *Marcus Lutter/Peter Hommelhoff/Wolfram Timm*, Finanzierungsmassnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft, Betriebsberater 15 (1980), 737 ff.

³² Alternativ könnten auch neue Aktien geschaffen und im Verhältnis zu den bisherigen Beteiligungen an die bestehenden Aktionäre ausgegeben werden, was auch keine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse bewirken würde.

³³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 52 N 147 ff.; BGE 67 I 116, E. 4, 5.

³⁴ *Markus Reich*, Steuerrecht, Zürich 2009, § 15 N 47 f.; § 13 N 132; *Markus R. Neuhaus/Rolf Watter*, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: *Kramer/Nobel/Waldburger* (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 176.

³⁵ Vgl. *Neuhaus/Watter* (Fn. 34), 176; *Rublin* (Fn. 31), 240; *Heinz Schärer*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe (Diss. Freiburg), Winterthur 1981, 73 m.w.H.; BGE 41 II 618.

übernahme sollte in Sidestream- und Upstreamverhältnissen demzufolge nur restriktiv möglich sein.³⁶

IV. Ergebnis

Die Nachliberierungsschuld kann im Rahmen einer privativen Schuldübernahme durch einen Dritten übernommen werden. Die Liberierungsschuld stellt keine Schuld dar, die persönlich vom Aktionär zu erfüllen ist und folglich nicht durch einen Dritten übernommen werden könnte. Andererseits sprechen sich auch die aktienrechtlichen Bestimmungen nicht gegen eine Übernahme der Liberierungsschuld i.S.v. Art. 176 OR aus. Insbesondere verstösst eine Liberierungsschuldübernahme nicht gegen die Kaduzierungsvorschriften. Aufgrund des sicherungsrechtlichen Charakters der Kaduzierung, die einem Grundpfand-

recht nahe kommt, ist eine zwingend gebotene Kaduzierung auch nach einer Übernahme der Liberierungsschuld durch einen Nichtaktionär möglich.

Der Übernehmer der Nachliberierungsschuld könnte auch unmittelbar im eigenen Namen die Nachliberierungspflicht begründen. Allerdings wäre in diesem Fall die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich, deren Aktien im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Liberierungsschuldners kaduziert werden könnten.

Die Liberierungsschuldübernahme könnte einerseits für fiduziarische Aktionäre von Bedeutung sein, andererseits könnte sie sich in der Kombination mit einer Kapitalerhöhung durch Nennwertheraufsetzung als eine nützliche Sanierungsmassnahme innerhalb eines Konzerns erweisen, in dem es von Bedeutung ist, dass die bestehenden Beteiligungsverhältnisse nach einer Kapitalerhöhung nicht verändert werden.

³⁶ Der externe Schuldübernahmevertrag müsste zu Konditionen abgeschlossen werden, wie sie auch mit Dritten zur Anwendung kämen, vgl. *Neuhaus/Watter* (Fn. 34), a.a.O.; vgl. BGE 41 II 619, nach dem auch Schenkungen einer Gesellschaft zulässig sind, sofern sie bestimmte Interessen der Gesellschaft fördern oder in Erwartung einer Gegenleistung erfolgen.