Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen

Von Dr. Markus D. Vischer

This article proposes a new interpretation of the term «person close [to the shareholders]» in art. 628 para 2 CO. It deals with the provisions on the acquisition of assets as a whole based on the understanding of these provisions as designed to prevent circumventions of the provisions on in-kind contributions. Within the context of art. 628 para 2 CO, asset acquisitions thus remain only those which qualifiy as hidden in-kind contributions.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Begriff der nahestehenden Person
1. Begriff in Art. 678 OR
2. Begriff in Art. 628 Abs. 2 OR
2.1 Ausgangspunkt
2.2 Rechtslage in Deutschland
2.3 Schlussfolgerung
III. Gegenstand von Sachübernahmen
IV. Vereinbarte bzw. beabsichtigte Sachübernahme
V. Rechtsfolgen der Verletzung der Sachübernahmevorschriften
1. Zivilrechtlich
2. Strafrechtlich
VI. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Schon das Aktienrecht von 1936 sah bei Sacheinlagen und Sachübernahmen eine Statuten- und Registerpublizität vor.[1]

Das Aktienrecht von 1991 hielt an dieser Statuten- und Registerpublizität fest, ja baute sie noch aus, indem es zusätzlich verlangte, dass Sacheinlageverträge und, wenn vorhanden, Sachübernahmeverträge schriftlich verfasst oder öffentlich beurkundet sein müssen und sie dem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsakt beizulegen sind.[2] Zudem führte das Aktienrecht von 1991 eine Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung ein, indem es verlangte, dass zwingend ein Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht erstellt und von einem Revisor geprüft werden muss.[3]

Die bei Gründungen und Kapitalerhöhungen anwendbaren Sacheinlage- und vor allem Sachübernahmevorschriften,[4] an sich grundlegende Pfeiler des in der Schweiz wie sonst auf dem Kontinent hochgehaltenen bilanziellen Eigenkapitalschutzes,[5] führten

1 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 790; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 Rz 372, s. auch Rz 421; zur Rechtslage vor dem Aktienrecht von 1936 z.B. *Hans Peter Walter/Maja Blumer,* Sieben Thesen und sieben Denkanstösse zur Sachübernahme, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, hrsg. von Robert Waldburger/Charlotte M. Baer/Ursula Nobel/Benno Bernet, Bern 2005, 408.

2 Botschaft 1983 (Fn. 1), 790; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 373.

3 Botschaft 1983 (Fn. 1), 790; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 373.

4 S. betreffend Gründung: Art. 628 Abs. 2, Art. 631 Abs. 2 Ziff. 5 und 6, Art. 634, Art. 635 Ziff. 1, Art. 635a und Art. 642 OR; betreffend ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhung: Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR, wobei Ziff. 5, ohne dass dies explizit gesagt wird, der gleiche Sachübernahmebegriff wie in Art. 628 Abs. 2 OR zugrunde liegt, Art. 651 Abs. 3, Art. 651 Abs. 4, Art. 652c, Art. 652e Ziff. 1, Art. 652f, Art. 652g Abs. 3 und Art. 652h Abs. 2 OR; betreffend bedingter Kapitalerhöhung: Keine Vorschriften zu Sacheinlagen und Sachübernahmen, da dem Gesetzgeber bei der bedingten Kapitalerhöhung nur die Leistung der Einlagen in bar oder durch Verrechnung und nicht durch Sacheinlage vorschwebte, s. Art. 653 Abs. 2 OR und dazu z.B. BSK OR II-*Isler/Zindel,* Art. 653 OR N 19 f.; *Peter R. Isler/Evelyn Schilter-Heuberger,* Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung, in: Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, hrsg. von Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch, Bern 2011, 895, mit der Konsequenz, dass bei bedingten Kapitalerhöhungen die Sachübernahmevorschriften nicht eingehalten werden müssen, s. z.B. *Niklaus Dietschi,* Beabsichtigte Sachübernahmen, Zürich/St. Gallen 2012, 48 f. und *Guillaume Grisel,* Le champ d'application des dispositions relatives à l'apport en nature et à la reprise de biens; in: Aspects actuels du droit de la société anonyme, hrsg. von Matthieu Blanc/Francois Dessemontet/Pierre-André Oberson/Alain Thévenaz, Lausanne 2005, 11 Fn. 46; zu all diesen Bestimmungen z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 169 ff.

5 BGE 132 III 668, E. 3.2, bestätigt in BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.1; ausführlich zum bilanziellen Eigenkapitalschutz z.B *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 153 ff., auch mit einer Auseinandersetzung mit den Kritikern dieses Prinzips, wie z.B. *Tobias Meyer,* Kapitalschutz als Selbstzweck? – Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 2008, 220 ff.; *ders.,* Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Zürich 2009, 1 ff.; *Ralph Malacrida,* Neuer Wind im Restrukturierungsrecht – Kurswechsel im Gläu-

in der Praxis infolge von zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten zunehmend zu Problemen und wurden zudem vermehrt kritisiert.[6]

Das Bundesgericht versuchte in BGE 128 III 178 bezüglich Sachübernahmen eine Art Befreiungsschlag, indem es erklärte, es liege dann keine Sachübernahme vor, wenn die Übernahme einer Sache vom statutarischen Zweck der Gesellschaft gedeckt sei. Dies überzeugte aber von der Begründung her nicht und wurde entsprechend von der Lehre zu Recht überwiegend kritisiert[7] mit der Folge, dass in der Praxis bezüglich Sachübernahmen weitere Rechtssicherheit verloren ging.

Das fiel auch dem Gesetzgeber auf, der die damals laufende GmbH- und Revisionsrechts-Reform nutzen wollte, um bezüglich Sachübernahmen wieder Rechtssicherheit zu schaffen.[8]

In der Folge wurde deshalb im Aktienrecht 2005 in Art. 628 Abs. 2 OR die Wendung «[…] oder Dritten» ersetzt durch «[…] oder einer dieser nahe stehenden Person».[9]

Rechtssicherheit wurde dadurch aber nicht erreicht. Zwar wurden viele Sachübernahmen durch die Beschränkung auf solche von nahestehenden Personen den restriktiven Sachübernahmevorschriften entzogen, doch blieben die alten Auslegungsschwierigkeiten (beim jetzt zugegebenermassen engeren Anwendungsbereich der Sachübernahmevorschriften) bestehen, und es kamen neue Auslegungsprobleme im Zusammenhang mit dem Begriff der nahestehenden Person dazu.[10]

So sind die Sacheinlage- und v.a. die Sachübernahmevorschriften des Aktienrechts, die im Wesentlichen auch im GmbH-Recht[11] und im Genossenschaftsrecht[12] gelten und die in der laufenden Aktienrevision mindestens nach dem Willen des Bundesrats nicht wesentlich verändert werden sollen,[13] nach wie vor eine grosse Hypothek für den Wirtschaftsstandort Schweiz u.a. mit der Folge von Sacheinlage- und Sachübernahmegründungen im Ausland statt in der Schweiz,[14] im besten Fall mit anschliessender Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz.

II. Begriff der nahestehenden Person

1. Begriff in Art. 678 OR

Scheinbar wurde mit der Einführung des Begriffs der nahestehenden Person in Art. 628 Abs. 2 OR auf einen bewährten Begriff zurückgegriffen, denn dieser Ausdruck kam vor der Aktienrechtsrevision 2005 bereits in Art. 678 OR vor.[15]

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung umfasst der dem Steuerrecht entlehnte Begriff der nahestehenden Person in Art. 678 OR alle Drittpersonen, die aufgrund persönlicher oder wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit einem Aktionär oder mit einem Verwaltungsrat eng verbunden sind.[16]

Es ist offensichtlich, dass der so umschriebene Begriff der nahestehenden Person ein unbestimmter

bigerschutz?, GesKR 2007, 239 f.; s. zum Ganzen auch *Dietschi* (Fn. 4), 8 ff.

6 Z.B. *Walter/Blumer* (Fn.1), 405 ff.

7 Z.B. *Lukas Glanzmann,* Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 2007, 73; *Grisel* (Fn. 4), 42 ff.; *Walter A. Stoffel,* La fondation qualifiée des sociétés anonymes: Les apports en nature et la reprise des biens – Tendances récentes, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, hrsg. von Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli, Zürich/Basel/Genf 2004, 664 f.; *Peter Forstmoser,* Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme? Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f., Reprax 2003, 1 ff., 4; *Peter Ruf,* Die Offenlegungspflicht für Sachübernahmen, Bemerkungen zum BGE 128 III 178, BN 2003, 29 ff.

8 *Susanne Leutenegger Oberholzer* für die Kommission bei den nationalrätlichen Beratungen des Aktienrechts 2005, AB 2005 N 104 f.; und *Hansheiri Inderkum* für die Kommission bei den ständerätlichen Beratungen des Aktienrechts 2005, AB 2005 S 633.

9 *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 380 Fn. 738.

10 Gl.M. *Christoph Käser/Markus Gysi,* Management Buyout: Qualifizierte Gründung?, Reprax 2012, 33, 40.

11 Betreffend Gründung: Art. 777b Abs. 2 Ziff. 5 und 6 und v.a. Art. 777c Abs. 2 OR mit den Rückverweisungen auf das Aktienrecht; betreffend Kapitalerhöhung: Art. 781 Abs. 3 und 5 OR mit den direkten und indirekten Rückverweisungen auf das Aktienrecht; s. z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 53 f.

12 Art. 833 Ziff. 2 und 3 OR; s. z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 54 f.

13 Art. 634, Art. 634a und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 und 7 E OR, in: BBl 2008, 1751 ff.

14 *Käser/Gysi* (Fn. 10), 33; *Martin Waldburger,* Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1), GesKR 2007, 413, zum Aktienrecht von 1991.

15 S. heute auch Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 5, Art. 663b^{bis} Abs. 3 Ziff. 3, Art. 663b^{bis} Abs. 5 und Art. 663c Abs. 3 OR.

16 Z.B. BSK OR II-*Kurer/Kurer,* Art. 678 OR N 7; OFK-*Vischer,* Art. 678 OR N 5.

Rechtsbegriff ist. Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB hat der Richter den Sinngehalt solcher Begriffe nicht bezogen auf einen konkreten Anwendungsfall individualisierend, sondern generalisierend wie ein Gesetzgeber zu bestimmen,[17] was impliziert, dass er dabei den Wertungen des Gesetzgebers zu folgen und dem Zweck der betreffenden Norm zum Durchbruch zu verhelfen hat.[18] Dem genügt eine nicht wertende, nur mechanistische Definition des Nahestehens wie z.B. (in anderem Zusammenhang) in § 138 der deutschen Insolvenzordnung[19] oder in IAS 24[20] nicht. Vielmehr ist nach Art. 678 OR aufgrund des Normzwecks dieser Bestimmung nur ein Nahestehen relevant, das so ausgestaltet ist, dass der entsprechenden Person eine nicht at arm's length stehende und damit ungewöhnliche Leistung zufliesst.[21]

2. Begriff in Art. 628 Abs. 2 OR

2.1 Ausgangspunkt

Die Revision des Aktienrechts 2005, genauer die Änderung in Art. 628 Abs. 2 OR mit der Eingrenzung auf (den Aktionären) nahestehende Personen, hat klargestellt, dass es bei den neuen Sachübernahmevorschriften nicht primär und auf alle Fälle nicht generell um den Schutz der Kapitalerhaltung, sondern um den Schutz der Kapitalaufbringung durch Umgehung der Sacheinlagevorschriften (und nur insoweit und damit sekundär um einen Schutz der Kapitalerhaltung) geht.[22]

Mit anderen Worten soll mit den neuen Sachübernahmevorschriften sichergestellt werden, dass das betreffende Aktienkapital effektiv und nicht nur scheinbar durch Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlagevorschriften aufgebracht wird. Ein weitergehender Schutz der Kapitalaufbringung oder gar der Kapitalerhaltung nach der Kapitalaufbringung ist nicht das Ziel dieser Vorschriften. In diesem Sinn, also in den Sinn, dass die Sachübernahmevorschriften (und auch die Sacheinlagevorschriften) nicht generell die Kapitalaufbringung und gar die Kapitalerhaltung sichern können oder wollen, sind die Sachübernahme- (und auch die Sacheinlage-)bestimmungen «unlogisch»[23] bzw. unsinnig[24] bzw. sie verfehlen ihren Zweck.[25]

Entsprechend sind die Sachübernahmevorschriften positivrechtliche Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften.[26] Es verhält sich diesbezüglich anders als bei den Verrechnungsliberierungsvorschriften, wo keine positivrechtlichen Umgehungs-

[17] *Hans Peter Walter,* Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, ZBJV 2011, 232.

[18] Sogenannte Fernwirkung des Gesetzes, s. z.B. *Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt,* Einführung in das Recht, 4. Aufl., Bern 2008, § 15 Rz 122.

[19] Wortlaut s. z.B. *<http://dejure.org/gesetze/InsO/138.html>,* zuletzt besucht am 29.4.2012.

[20] Wortlaut s. z.B. *<http://www.ifrs-portal.com/Publikationen/IFRS_Texte_1.0_2011_11.pdf>,* zuletzt besucht am 2.5.2012; dazu resp. zu einer früheren Fassung *Marco Spadin,* Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS (AIA 24), Zürich/St. Gallen 2008, 1 ff.

[21] Z.B. BGer 2A_11/2007 vom 25. Oktober 2007, E. 2.3.2, im MwSt-Bereich; s. auch BSK OR II-*Kurer/Kurer,* Art. 678 OR N 7; OFK-*Vischer,* Art. 678 OR N 5.

[22] *Dietschi* (Fn. 4), 33, 42, 55 f., 167; BSK OR II-*Schenker,* Art. 628 OR N 10; *Käser/Gysi* (Fn. 10), 32 f., 37; CHK-*Waldburger,* Art. 628 OR N 3; *Thierry Spaniol,* Sinn und Unsinn der Sachübernahmevorschriften, GesKR 2009, 233, 235; *Lukas Glanzmann,* Die grosse Aktienrechtsrevision – Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, ST 2008, 666; CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 628 OR N 11; *Waldburger* (Fn. 14), 415; *Walter/Blumer* (Fn. 1), 409 f.; *Forstmoser* (Fn. 7), 5; s. auch *Leutenegger Oberholzer* (Fn. 8) für die Kommission bei den nationalrätlichen Beratungen des Aktienrechts 2005, AB 2005 N 105; s. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, Aktienrechts und Rechnungslegungsrechts sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht, vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1640 f.

[23] *Rolf Watter,* Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmevorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994, 147 ff.

[24] *Spaniol* (Fn. 22), 233.

[25] *Walter/Blumer* (Fn. 1), 410 ff.

[26] Zum «Umgehungsrecht» im Allgemeinen, u.a. mit den Stichworten Innentheorie, Aussentheorie, Analogieschluss, teleologische Extension, wirtschaftliche Betrachtungsweise, Willkür- und Rechtsmissbrauchsverbot, Normenkonkurrenz, z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 39 ff.; *Yves Mauchle,* Normenkonkurrenz im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung, AJP 2012, 933 ff.; *Markus Reich,* Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 135 ff.; *Ernst E. Kramer,* Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010, 192 ff., insbesondere 208 f.; *Raphael Lanz,* Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Bern 2000, 212 ff.; für das deutsche Recht z.B. *Martin Kreuels,* Abgrenzung der Lehre von der verdeckten Sacheinlage zum Grundsatz endgültig freier Verfügbarkeit, Bergisch Gladbach/Köln 1996, 16 ff.

vorschriften existieren und auch nicht konstruiert werden sollten.[27]

Umgehung, bei der Sachübernahme die Aufspaltung des Geschäfts der Sacheinlage in zwei Geschäfte, nämlich Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung und anschliessende Sachübernahme, bedeutet nicht Simulation und Dissimulation. Mit anderen Worten ist die Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung genauso ernsthaft gewollt wie die anschliessende Sachübernahme.[28]

2.2 Rechtslage in Deutschland

Deutschland hat mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG) und mit dem Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. Juli 2009 (ARUG) den Begriff der «verdeckten Sacheinlage» ins GmbH- und Aktienrecht eingeführt.[29] Die «Lehre von der verdeckten Sacheinlage» war eine vorangehende Schöpfung der Lehre und Rechtsprechung. Ihr liegt die Idee zugrunde, dass die Sacheinlagevorschriften nicht durch Sachübernahmen umgangen werden dürfen.[30] Gestützt darauf wurde die verdeckte Sacheinlage im deutschen GmbH- und Aktienrecht wie folgt definiert: «Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters [bzw.: Aktionärs] bei wirtschaftlicher Betrachtung und auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), […]».[31]

Die verdeckte Sacheinlage weist damit zwei Tatbestandsmerkmale auf, nämlich «die wirtschaftliche Entsprechung» und «die vorherige Abrede».[32]

In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist man sich, ausgehend vom Verständnis der verdeckten Sacheinlage als Umgehungsvorschrift, einig, dass die Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage nicht durch Einschaltung eines Dritten ausgehebelt werden können.[33]

Solche Dritte sind aber nur insoweit relevant, als auch bei Einschaltung eines Dritten beim Aktionär ein unmittelbarer oder mindestens ein mittelbarer Rückfluss seiner Bareinlage vorliegen muss.[34]

Ein solcher unmittelbarer oder mittelbarer Rückfluss der Bareinlage liegt z.B. vor, wenn der Dritte als Treuhänder für den Aktionär handelt.[35] Dieser Fall ist z.B. gegeben, wenn die Tochtergesellschaft sich treuhänderisch für die Muttergesellschaft an einer Enkelgesellschaft beteiligt und diese Enkelgesellschaft eine Sachübernahme von der Muttergesellschaft tätigt.[36]

Ein solcher unmittelbarer oder mittelbarer Rückfluss der Bareinlage liegt z.B. auch vor, wenn der Dritte eine vom Aktionär beherrschte Gesellschaft ist.[37] Dieser Fall ist z.B. gegeben, wenn eine Mutter-

27 Gl.M. BGE 87 II 169, E. 7; a.M. *Anna Peter/Hans-Ueli Vogt,* Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, GesKR 2011, 237 f., die in Besprechung von BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 postulieren, dass die Verrechnungsliberierungsvorschriften aufgrund einer «funktionalen Äquivalenz auf den Sachverhalt einer Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Altschuld eines Aktionärs oder nahestehenden Person anzuwenden seien»; a.M. wohl auch *Jürg G. Schütz,* Zur Rückzahlung von vorbestehenden Gesellschaftsschulden, zum aktienrechtlichen Verbot der Einlagerückgewähr und zur Äquivalenz der Liberierungsarten – eine Klarstellung mit Fragezeichen, Jusletter vom 6. Juni 2011, Rz 51 ff.

28 Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4),155 f., 221 ff.; richtig auch BGE 87 II 169, E. 3, in Bezug auf eine (im konkreten Fall behauptete, vom Bundesgericht aber verneinte) Umgehung der Verrechnungsliberierungsvorschriften; a.M. *Stoffel* (Fn. 7), 652; s. auch *Michael Taufner,* Die verdeckte Sacheinlage, Sachgründung und Umgehungsgeschäfte, Wien 2010, 92, zur auch in Österreich nach der herrschenden Lehre vorgenommenen Unterscheidung von Schein- und Umgehungsgeschäft.

29 S. Art. 19 Abs. 4 GmbHG und Art. 27 Abs. 3 AktG; Wortlaute s. z.B. *<http://dejure.org/gesetze/GmbHG/19.html und http://dejure.org/gesetze/AktG/27.html>,* zuletzt besucht am 29.4.2012.

30 Grundlegend z.B. BGH Urteil vom 15. Januar 1990, II ZR 164/88; BGH Urteil vom 18. Februar 1991, II ZR 104/90; s. auch BGH Urteil vom 11. Februar 2008, II ZR 171/06; z.B. *Pentz,* in: Münchener Kommentar AktG (2008), § 27 AktG N 84 ff.

31 § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG; zur Fortgeltung der bisherigen Definition der verdeckten Sacheinlage in § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG z.B. *Matthias Zick,* Die verdeckte Sacheinlage im Recht der GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen der reformierten Rechtslage (MoMiG) auf die Mitgesellschafter des Inferenten, Frankfurt a.M. et al. 2011, 133 ff.

32 Z.B. *Ebbing,* in: Michalski, Kommentar GmbHG (2010), § 19 GmbHG N 134.

33 Z.B. *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 117.

34 Z.B. *Ebbing* (Fn. 32), N 149; *Märtens,* in: Münchener Kommentar GmbHG (2010), § 19 N 210, u.a. mit Hinweis auf BGH Urteil vom 21. Februar 1994, II ZR 60/93.

35 Z.B. *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 120.

36 Z.B. *Märtens* (Fn. 34), § 19 N 217 f.; *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 121 f.

37 Z.B. *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 121 a.E.

gesellschaft sich an einer Tochtergesellschaft beteiligt und diese Tochtergesellschaft eine Sachübernahme von einer von der Muttergesellschaft beherrschten Schwestergesellschaft tätigt.[38]

Kein solcher unmittelbarer oder mittelbarer Rückfluss der Bareinlage liegt dagegen vor, wenn eine von einer Muttergesellschaft beherrschte Tochtergesellschaft sich an einer Enkelgesellschaft beteiligt und diese Enkelgesellschaft eine Sachübernahme von einer von der gleichen Muttergesellschaft beherrschten Schwestergesellschaft der Tochtergesellschaft, also von ihrer Tantengesellschaft, tätigt.[39]

Ebenso wenig liegt ein unmittelbarer oder mittelbarer Rückfluss der Bareinlage vor, wenn eine Muttergesellschaft sich an einer Tochtergesellschaft beteiligt und diese Tochtergesellschaft sich an einer Enkelgesellschaft beteiligt, weil die Tochtergesellschaft zwischengeschaltet bleibt.

Ein blosses Nahestehen entsprechend einer mechanistischen Umschreibung, wie z.B. in § 138 der deutschen Insolvenzordnung,[40] genügt damit nicht.[41]

Entsprechend liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die Gesellschaft eine Sachübernahme von der Ehefrau des Aktionärs tätigt und die Ehefrau nicht treuhänderisch für ihren Ehemann handelt.[42]

Damit ist zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage nur ein Nahestehen relevant, das so ausgestaltet ist, dass trotz Einschaltung der entsprechenden Person dem Aktionär letztlich seine Bareinlage unmittelbar oder mittelbar wieder zufliesst.

2.3 Schlussfolgerung

Der Blick auf die deutsche Rechtslage und das Verständnis der deutschen Vorschriften zur verdeckten Sacheinlage und der schweizerischen Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften zeigt, wie Art. 628 Abs. 2 OR insgesamt und insbesondere auch bezüglich des Begriffs der nahestehenden Person auszulegen ist:

Wie in Art. 678 OR ist der Begriff der nahestehenden Person in Art. 628 Abs. 2 OR ein unbestimmter Rechtsbegriff,[43] welcher der wertenden Ausfüllung durch den Richter in Berücksichtigung des Normzwecks[44] bedarf. Auch bei Art. 628 Abs. 2 OR genügt damit nicht einfach ein Nahestehen gemäss einer mechanistischen Definition. Vielmehr ist nach Art. 628 OR wie nach Art. 678 OR nur ein bestimmt geartetes Nahestehen relevant.[45] Dieses muss, im Unterschied zu Art. 678 OR,[46] aufgrund des Charakters von Art. 628 Abs. 2 OR als Umgehungsvorschrift aber so ausgestaltet sein, dass trotz Einschaltung einer entsprechenden Person dem Aktionär letztlich seine Bareinlage unmittelbar oder mittelbar wieder zufliesst.[47]

Unter diesem Gesichtspunkt genügt ein Näheverhältnis zu dem Aktionär, welchem seine Bareinlage unmittelbar oder mittelbar wieder zufliesst. Ein Näheverhältnis zu mehreren Aktionären und den die Gesellschaft beherrschenden Aktionären ist nicht verlangt.[48]

Dieses Kriterium ist auch praxistauglich, während es das bei Art. 678 OR relevante Kriterium des Handelns at arm's length im Rahmen der Sachübernahmevorschriften nicht wäre. Denn die mit dem Problem der Einhaltung der Sachübernahmevorschriften konfrontierten Personen[49] gehen im Regelfall davon aus, dass die (vereinbarte oder beabsichtigte) Sachübernahme at arm's length und entsprechend nicht

[38] Z.B. *Märtens* (Fn. 34), § 19 N 215; *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 121.

[39] Z.B. *Märtens* (Fn. 34), § 19 N 216 und *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 121, jeweils mit Hinweis auf BGH Urteil vom 12. Februar 2007, II ZR 272/05.

[40] S. vorne II.1.

[41] Z.B. *Bayer,* in: Schmidt/Lutter, Kommentar AktG (2010), § 27 AktG N 67; *Märtens* (Fn. 34), § 19 N 212; *Pentz* (Fn. 30), § 27 AktG N 120 a.E.

[42] BGH Urteil vom 12. April 2011, II ZR 17/10.

[43] Z.B. *Dietschi* (Fn. 4),142 f.; CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 628 OR N 12.

[44] Gl.M. *Käser/Gysi* (Fn. 10), 34.

[45] Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 143; *Glanzmann* (Fn. 22), 666; a.M. EHRA, Praxismitteilung 1/09, 12. März 2009, Hinweise zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister, Reprax 2009, 19; s. auch *Lanz* (Fn. 26), 139 ff. mit einer ähnlichen Interpretation des Näheverhältnisses im Mietrecht beim Eigenbedarf des Vermieters.

[46] Gl.M. *Glanzmann* (Fn. 22), 666; a.M. BSK OR II-*Schenker,* Art. 628 OR N 10; *Käser/Gysi* (Fn. 10), 34; *Rino Siffert,* Die ordentliche Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft aus handelsregisterlicher Sicht, Reprax 2011, 47; CHK-*Waldburger,* Art. 628 OR N 5; EHRA (Fn. 45), 19; *Hans-Ueli Vogt/Adrian Bieri/Ivo Zuberbühler,* Aktienrecht – Entwicklungen 2007, Bern 2008, 26; *Waldburger* (Fn. 14), 414 f.; s. auch Botschaft 2007 (Fn. 22), 1641 Fn. 105.

[47] S. auch *Käser/Gysi* (Fn. 10), 36 f., die mit einer ähnlichen Argumentation ein Nahestehen i.S. von Art. 628 Abs. 2 OR beim typischen MBO verneinen.

[48] A.M. *Dietschi* (Fn. 4),141; CHK-*Waldburger,* Art. 628 OR N 6; *Waldburger* (Fn. 14), 415.

[49] Gründer, Gründungsprüfer, Handelsregister, etc.

ungewöhnlich ist, weshalb ihnen dieses Kriterium bei der Bestimmung einer relevanten nahestehenden Person im Rahmen der Sachübernahmevorschriften nicht helfen würde.

Die Anwendung eines unterschiedlichen Kriteriums im Rahmen von Art. 628 Abs. 2 und Art. 678 OR ist gerechtfertigt, weil es bei Art. 628 Abs. 2 OR im Unterschied zu Art. 678 OR um eine präventive Kontrolle durch Offenlegungs- und Kontrollvorschriften[50] geht.

Nachzutragen ist, dass es gemäss Art. 628 Abs. 2 OR auf alle Fälle nur um «Aktionären» nahestehende Personen geht, während es bei Art. 678 OR sowohl um «Aktionären» als auch «Mitglieder[n] des Verwaltungsrats» nahestehende Personen geht.[51] Unter Aktionären sind wohl bei der Gründung die (zum Zuge gekommenen) Zeichner, also die Aktionäre bei Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister, und bei der Kapitalerhöhung die (zum Zuge gekommenen) Zeichner, also die Aktionäre bei Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, und die bisherigen Aktionäre gemeint. Keinesfalls sind dagegen irgendwelche anderen zukünftigen Aktionäre erfasst.[52] Alles andere hiesse der Versuchung zu erliegen, die Sachübernahmevorschriften teleologisch zu überdehnen und als generelle Kapitalerhaltungsvorschriften zu interpretieren, während sie aber wie gesagt in Tat und Wahrheit primär der Kapitalaufbringung dienen.

III. Gegenstand von Sachübernahmen

Aus dem Verständnis der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften ergibt sich zwingend, dass die Sachübernahmevorschriften nur Gegenstände erfassen, die auch Gegenstand einer Sacheinlage sein können. Das entspricht an sich der herrschenden Lehre,[53] war aber doch lange und ist immer noch umstritten, weil natürlich erneut die Versuchung besteht, die Sachübernahmevorschriften teleologisch zu überdehnen und als generelle Kapitalerhaltungsvorschriften zu interpretieren, während sie aber wie gesagt primär der Kapitalaufbringung dienen.[54]

In dem Sinne sind nur Sachen von den Sachübernahmevorschriften erfasst, die bewertbar, übertragbar, verfügbar und verwertbar sind.[55] Ob auch die Bilanzierbarkeit bzw. Aktivierbarkeit Voraussetzung ist, ist umstritten, m.E. aber infolge des Charakters der Sacheinlage- und Sachübernahmevorschriften als Vorschriften zum Schutz des bilanziellen Eigenkapitals zu bejahen.[56]

Fremdwährungseinlagen gelten nicht als Sacheinlagen, sondern sind Bareinlagen.[57]

Trotz an sich anerkanntem Prinzip, dass die Sachübernahmevorschriften nur Gegenstände erfassen, die auch Gegenstand einer Sacheinlage sein können, wird in der Lehre und Rechtsprechung doch immer wieder für einzelne Abweichungen von diesem Grundsatz plädiert.[58] Dem ist vor dem genannten Hintergrund des Verständnisses der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften nicht zu folgen.

Entsprechend ist der Wert der betreffenden Sachen irrelevant, mithin also auch, ob sie im Rahmen

[50] Stichworte Statuten- und Registerpublizität und Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung, s. vorne I.

[51] *Dietschi* (Fn. 4), 143; *Waldburger* (Fn. 14), 415.

[52] Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 140; a.M. *Waldburger* (Fn. 14), 414.

[53] *Dietschi* (Fn. 4), 71, 87 ff.; *Lukas Glanzmann,* Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, SZW 2003, 167; Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640.

[54] Z.B. *Glanzmann* (Fn. 22), 666.

[55] *Käser/Gysi* (Fn. 10), 32; *Grisel* (Fn. 4), 15 ff.; EHRA, Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, Reprax 2001, 60 f.; s. betreffend Verfügbarkeit im Speziellen auch Art. 634 Ziff. 2 OR und dazu BGE 132 III 668, E. 3.2.1; kritisch zu den Kriterien der Übertragbarkeit, Verfügbarkeit, Verwertbarkeit *Dietschi* (Fn. 4), 79 ff.

[56] Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 78; BSK OR-II *Schenker,* Art. 628 OR N 3; *Glanzmann* (Fn. 53), 167; EHRA (Fn. 55), 60 f.; *Vincent Rivier,* Problèmes de mise en oeuvre du nouveau droit de la société anonyme, SJ 1995, 192; *Watter* (Fn. 23), 148; a.M. CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 628 OR N 12; II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, ZBGR 1999, 160, E. 2.1; unklar *Spaniol* (Fn. 22), 234; zur Kontroverse in Deutschland z.B. *Tim Drygala*, Die Kapitalerhöhung durch Aufrechnung mit einem Guthaben gegenüber der AG nach deutschem Recht, SZW 2006, 246; *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 10 f.; *Röhricht,* in: Grosskomm AktG (2004), § 27 AktG N 21 ff., 122; s. auch den vom Bundesrat in der laufenden Revision des Aktienrechts vorgeschlagenen Art. 634 OR.

[57] *Siffert* (Fn. 46), 42; *Grisel* (Fn. 4), 34 ff.; *Paul Thalmann/Nora Benninger,* Bares ist Wahres, Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, Reprax 2003, 42 ff.; s. auch den vom Bundesrat in der laufenden Revision des Aktienrechts vorgeschlagenen Art. 633 Abs. 3 OR: «Als Einlagen in Geld gelten Einzahlungen in Franken und in einer andern frei konvertiblen Geldwährung.»

[58] S. auch Auflistung bei *Grisel* (Fn. 4), 39 ff.

eines Bagatellgeschäfts übernommen werden oder nicht.[59]

Irrelevant ist auch, ob die betreffenden Sachen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs übernommen werden oder nicht.[60]

Irrelevant ist schliesslich, ob die betreffenden Sachen dem Gesellschaftszweck dienen oder nicht. BGE 128 III 178 ist nach der Aktienrechtsrevision 2005 überholt, wie sich schon aus den Ausführungen von *Susanne Leutenegger Oberholzer*[61] ergibt.[62]

Forderungen gegen Dritte, auch gegen andere Aktionäre und nahestehende Personen,[63] sind grundsätzlich, d.h. soweit die genannten Kriterien erfüllt sind, also die Forderung insbesondere bewertbar ist, was nichts mit deren Nominalwert zu tun hat,[64] sacheinlagefähig.[65]

Weil aber in der Schweiz im Unterschied zu Deutschland die Verrechnungsliberierung gesetzlich geregelt ist und keine diesbezüglichen Umgehungsvorschriften existieren bzw. konstruiert werden sollten,[66] sind Forderungen gegen die betreffende Gesellschaft nicht sacheinlagefähig.[67]

Entsprechend fallen Konstellationen, in denen nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung (effektiv bestehende und nicht bloss fiktive) Alt- oder Neuforderungen der Aktionäre oder nahestehender Personen, also vor der Gründung bzw. Kapitalerhöhung bereits bestehende oder danach begründete (effektiv bestehende und nicht bloss fiktive) Forderungen solcher Personen gegenüber der Gesellschaft, von dieser getilgt werden,[68] nicht unter die Sachübernahmevorschriften.[69]

Aus dem gleichen Grund fallen auch Konstellationen, in denen nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung eine Forderung gegenüber dem Aktionär oder nahestehenden Personen begründet wird, z.B. durch Darlehensgewährung nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung, aber auch im Falle eines Gründungs- bzw. Emissionsschwindels,[70] nicht unter die Sachübernahmevorschriften.[71]

59 Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 94 f.; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 390; *Stoffel* (Fn. 7), 665, 662 auch mit dem richtigen Hinweis, dass nicht die Höhe des Werts das Problem ist, sondern eine allfällige Überbewertung der Sachübernahme; *Forstmoser* (Fn. 7), 8 f.; gleich für das deutsche Recht z.B. *Johannes E. Benz,* Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), Diss., Freiburg i. Br. 2009, 63 ff. mit Hinweis auf BGH Urteile vom 20. November 2006, II ZR 176/05 («Warenlager») und vom 11. Februar 2008, II ZR 171/06; a.M. BGE 83 II 284, E. 3c; BSK OR II-*Schenker,* Art. 628 OR N 9; *Siffert* (Fn. 46), 46; *Spaniol* (Fn. 22), 234; *Hans-Ueli Vogt,* Aktienrecht – Entwicklungen 2008, Bern 2009, 51 f.; *Vogt/Bieri/Zuberbühler* (Fn. 46), 26 f.; *Grisel* (Fn. 4), 39 ff.; *Watter* (Fn. 23), 154; *Peter Forstmoser,* Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich 1981, § 10 N 74; für eine de minimis Schwelle von CHF 1000.– bzw. 10% des neu geschaffenen Aktienkapitals *Käser/Gysi* (Fn. 10), 35; *Waldburger* (Fn. 14), 416, bzw. *Walter/Blumer* (Fn. 1), 418 und *Watter* (Fn. 23), 154; s. auch Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640.

60 Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 94 f.; gleich für das deutsche Recht z.B. *Roth,* in: Roth/Altmeppen, Münchener Kommentar GmbHG (2012), § 19 N 52a, aber immerhin N 71; a.M. BSK OR II-*Schenker,* Art. 628 OR N 9; *Siffert* (Fn. 46), 46; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 390a; *Grisel* (Fn. 4), 40 f.; *Stoffel* (Fn. 7), 660 f.; *Glanzmann* (Fn. 53), 173; *Forstmoser* (Fn. 7), 9; s. auch Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640.

61 S. vorne Fn. 8.

62 Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 134 ff.; BSK OR II-*Schenker,* Art. 628 OR N 9 a.E.; *Käser/Gysi* (Fn. 10), 35; *Vogt* (Fn. 59), 51; *Hans-Jakob Käch,* GmbH-Revision und weitere Änderungen des Gesellschafts- und Handelsrechts, ZBGR 2008, 8; Vogt/*Bieri/Zuberbühler* (Fn. 46), 27; *Waldburger* (Fn. 14), 416; *Glanzmann* (Fn. 7), 73 f.; wohl auch *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 390; s. auch *Dietschi* (Fn. 4), 83 f. und Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640; a.M. offenbar Urteil des II. Zivilappellationsgerichtshofs des Kantons Freiburg A2 2006-94 vom 7. Januar 2010, FZR 2010, 344, E. 9.3.2; offengelassen in BGer 6B_387/2009 vom 20. Oktober 2009, E. 2.2.

63 Zur dieser in Deutschland umstrittenen Frage, z.B. *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 15.

64 Für das deutsche Recht z.B. *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 14.

65 Z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 96 f., 102 f.; *Grisel* (Fn. 4), 17.

66 S. vorne II.2.1.

67 BGE 87 II 169, E. 5; *Dietschi* (Fn. 4), 97; BSK OR-II *Schenker,* Art. 628 OR N 2; *Lukas Glanzmann,* Neue Finanzierungsinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR 2011, 492 f.; *Isler/Schilter-Heuberger* (Fn. 4), 880, 888, 894; *Grisel* (Fn. 4), 15, 17; anders in Deutschland, s. z.B. *Isler/Schilter-Heuberger* (Fn. 4), 887; *Roth* (Fn. 60), § 5 N 45.

68 Zu solchen Fällen BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011; BGE 87 II 169.

69 Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 97; a.M. *Rolf Bär,* Die Haftung des Gesellschafters nach schweizerischem GmbH-Recht, Jusletter vom 14. April 2003, Rz 11, Fn. 5; anders auch in Deutschland s. z.B. *Drygala* (Fn. 56), 246.

70 Bezüglich strafrechtlicher Implikationen solcher Fälle s. hinten V.2.; bezüglich zivilrechtlicher Implikationen z.B. BGE 109 II 128, E. 2; BGer vom 14. Februar 1969, in: SJ 1969, 150.

71 *Dietschi* (Fn. 4), 101 f.; wohl a.M. *Glanzmann* (Fn. 53), 167 f.

Nicht sacheinlagefähig sind Dienstleistungen bzw. Ansprüche auf Dienstleistungen,[72] Arbeitsleistungen bzw. Ansprüche auf Arbeitsleistungen,[73] Werkleistungen bzw. Ansprüche auf Werkleistungen[74] oder Mietleistungen bzw. Ansprüche auf Mietleistungen.[75]

IV. Vereinbarte bzw. beabsichtigte Sachübernahme

Aus dem Verständnis der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften ergibt sich, dass nur im Zeitpunkt (der Anmeldung) der Gründung bzw. Kapitalerhöhung vereinbarte Sachübernahmen von den Sachübernahmevorschriften erfasst sein können. Ansonsten würde es an einem zweigliedrigen, vereinbarten Umgehungsgeschäft (bestehend aus Bareinlage und Sachübernahme) fehlen.[76]

Der Gesetzgeber hat, in Sanktionierung der früheren bundesgerichtlichen Praxis,[77] den rechtlich im Sinne von Art. 1 ff. OR bindend vereinbarten Sachübernahmen bloss beabsichtigte Sachübernahmen gleichgesetzt, also diesbezügliche Vereinbarungen quasi minderen Werts akzeptiert.

Die Vereinbarungen (ob rechtlich bindend oder quasi «minderen Werts») können zwischen den Gesellschaftern (bzw. Gesellschaftern in spe) oder einem oder mehrerer Gesellschaftern (bzw. Gesellschaftern in spe) und der Gesellschaft (bzw. Gesellschaft in Gründung) abgeschlossen sein.[78] Entsprechend lässt sich der Sachübernahmevertrag als unselbständiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags zwischen den Gesellschaftern oder als eigenständiger Vertrag zwischen dem Sachübertrager und der Gesellschaft begreifen.[79]

Bei Einpersonengründungen bzw. -gesellschaften ist logischerweise eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern ausgeschlossen, weshalb die Absicht des Alleingesellschafters[80] oder eine Vereinbarung des Alleingesellschafters mit der Gesellschaft (bzw. Gesellschaft in Gründung) genügen muss.

Als innere Tatsache ist die Absicht schwer fassbar.[81] Die deutsche Praxis behilft sich deshalb mit allerlei Vermutungen, z.B. der Vermutung, dass wenn eine Sachübernahme innerhalb von 6 Monaten nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung erfolgt, und es sich nicht um ein «gewöhnliches Umsatzgeschäft im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs» handelt, eine verdeckte Sacheinlage bzw. in der schweizerischen Terminologie eine beabsichtigte Sachübernahme vorliegt.[82] Solche Vermutungen sind aber wie überhaupt eine überdehnte «Gewissensforschung» in diesem Bereich abzulehnen.[83] Bei fehlendem klarem Nachweis einer Absicht und im Zweifelsfall ist entsprechend keine solche Absicht anzunehmen. Erneut darf man nicht der Versuchung erliegen, die Sachübernahmevorschriften teleologisch zu überdehnen

72 *Dietschi* (Fn. 4), 100; CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 628 OR N 12; *Watter* (Fn. 23), 148; zur gleichen Rechtslage im deutschen Recht z.B. *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Kommentar AktG (2010), § 27 AktG N 30 ff. und *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 18, mit Hinweisen auf BGH Urteil vom 16. Februar 2009, II ZR 120/07 («Qivive»); s. auch BGH Urteil vom 1. Februar 2010, II ZR 173/08 («Eurobike»).

73 *Dietschi* (Fn. 4), 100; BSK OR-II *Schenker,* Art. 628 OR N 3.

74 Wohl a.M. *Glanzmann* (Fn. 53), 167 f.

75 *Spaniol* (Fn. 22), 236.

76 Zu Recht verlangt der deutsche Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der früheren Praxis (z.B. BGH Urteil vom 4. März 1996, II ZR 89/95) deshalb für die verdeckte Sacheinlage in § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG und § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG eine Abrede (aber keine Umgehungsabsicht, gl.M. für das schweizerische Recht *Dietschi* [Fn. 4], 62), was die verdeckte Sacheinlage entgegen *Taufner* (Fn. 28), 79 ff. und 115 ff., nicht zum Scheingeschäft bzw. teilweisen Scheingeschäft macht; s. dazu schon vorne II.2.1; zum relevanten Zeitpunkt s. auch *Dietschi* (Fn. 4), 63 ff.

77 S. BGE 109 Ib 95, E. 3; 83 II 284, E. 2c.

78 *Dietschi* (Fn. 4), 59 f.; für das deutsche Recht z.B. *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 60.

79 Zum analogen Verständnis des Sacheinlagevertrages bzw. zur umstrittenen Natur des Sacheinlagevertrages z.B. *Markus Vischer,* Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 106 f.; für ein Verständnis des Sachübernahmevertrags als eigenständiger Vertrag z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 112 ff., 223 ff.; *Forstmoser* (Fn. 59), § 10 N 68, 77; zum Verhältnis zwischen Sachübernahmeverträgen und Verträgen gemäss Art. 645 Abs. 2 OR z.B. *Forstmoser* (Fn. 59), § 10 N 84 ff., *Ruf* (Fn. 7), 30 f.

80 Für das deutsche Recht z.B. *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 62, mit Hinweis auf BGH Urteil vom 11. Februar 2008, II ZR 171/06, welches von entsprechendem «Vorhaben» des Alleingesellschafters spricht.

81 *Dietschi* (Fn. 4), 26, 58, 69; *Stoffel* (Fn. 7), 660.

82 Nachweise z.B. bei *Benz* (Fn. 59), 73 ff. und *Bayer* (Fn. 41), § 27 AktG N 63.

83 Wohl ebenso *Dietschi* (Fn. 4), 137 f. und *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 383, s. aber auch Rz 389; *Spaniol* (Fn. 22), 234; s. aber auch *Dietschi* (Fn. 4), 67 f., weniger klar 70, der wohl (m.E. zu Unrecht) die Meinung vertritt, es müsse ein reduziertes Beweismass zur Anwendung kommen.

und als generelle Kapitalerhaltungsvorschriften zu interpretieren, während sie aber wie gesagt in Tat und Wahrheit primär der Kapitalaufbringung dienen.

Aus dem Verständnis der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften ergibt sich, dass nur Barleistungen taugliche Gegenleistungen für Sachübernahmen sein können.[84] Denn nur bei einem Barabfluss (aus Sicht der Gesellschaft) bzw. Barzufluss (aus der Sicht des Aktionärs) kann gesagt werden, dass der Aktionär gleichgestellt ist, wie wenn er von Anfang an (in einer Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung) statt einer Barleistung eine Sacheinlage geleistet hätte.

Ist die Gegenleistung damit keine Barleistung, was z.B. der Fall ist, wenn die Gegenleistung eine Sachleistung, eine Dienstleistung oder auch die Übernahme von Schulden des Aktionärs ist, so sind die Sachübernahmevorschriften nicht einzuhalten.[85] Alles andere hiesse erneut der Versuchung zu erliegen, die Sachübernahmevorschriften teleologisch zu überdehnen und als generelle Kapitalerhaltungsvorschriften zu interpretieren, während sie aber wie gesagt in Tat und Wahrheit primär der Kapitalaufbringung dienen.

Mithin weisen Sachübernahmeverträge immer ein Kaufelement auf bzw. sind sie, wenn man das angesprochene mögliche gesellschaftsrechtliche Element ausblendet, materiell immer Kaufverträge.[86] Tauschverträge und Sacheinlageverträge scheiden damit aus. So sind z.B. bei einer Gründung, bei der bereits eine Sacheinlagekapitalerhöhung (mit einer Sacheinlage von Aktionären oder nahe stehenden Personen) vereinbart bzw. beabsichtigt ist, die Sachübernahmevorschriften nicht einzuhalten. Auch Verträge über die Einlage von Sachen u.ä. ins Eigenkapital (Einlage-, Einschuss- oder Zuschussverträge genannt) scheiden aus, weil kein Barabfluss aus der Gesellschaft bzw. kein Barzufluss beim Aktionär vorliegt.[87]

Damit ist auch gesagt, dass sich die Sachübernahmeproblematik nur bei Bargründungen bzw. Barkapitalerhöhungen und z.B. nicht bei Sachgründungen bzw. Sacheinlagekapitalerhöhungen bzw. Verrechnungsliberierungsgründungen oder -kapitalerhöhungen stellt.[88]

Weiter ist damit auch gesagt, dass sich die Sachübernahmeproblematik nur bei (Bar-)Gründungen und (Bar-)Kapitalerhöhungen und anschliessender, nicht etwa vorgängiger Sachübernahme stellt. Übernimmt also eine Gesellschaft vom Aktionär oder einer nahestehenden Person gegen Barzahlung eine Sache und führt sie anschliessend eine Barkapitalerhöhung durch, sind die Sachübernahmevorschriften nicht einzuhalten.

Alles andere hiesse erneut der Versuchung zu erliegen, die Sachübernahmevorschriften teleologisch zu überdehnen und als generelle Kapitalerhaltungsvorschriften zu interpretieren, während sie aber wie gesagt in Tat und Wahrheit primär der Kapitalaufbringung dienen.

Nicht nötig ist eine Identität des zuerst zugeflossenen und dann abgeflossenen Bargelds. Es spielt mit anderen Worten keine Rolle, ob ein geschlossener oder offener bzw. überhaupt ein Geldkreislauf vorliegt oder nicht. Entscheidend ist mithin nicht die Quelle des Bargeldes, sondern dass überhaupt Bargeld (im Rahmen einer Sachübernahme nach einer Gründung bzw. Kapitalerhöhung) an den Aktionär gelangt, ob dieses nun «eigenfinanziert» oder «fremdfinanziert» ist.[89]

[84] Gl.M. *Glanzmann* (Fn. 22), 666; a.M. *Dietschi* (Fn. 4), 117 ff.

[85] A.M. bezüglich Übernahme von Schulden des Aktionärs *Dietschi* (Fn. 4), 131 f. und CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 628 OR N 12; *Glanzmann* (Fn. 53), 170; *Forstmoser* (Fn. 59), § 10 Rz 38, 75; s. auch EHRA, Praxismitteilung EHRA 1/11, 25. Oktober 2011, Hinweise zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister, Reprax 2011, 58.

[86] *Roderick Kaps,* Die Gründungsprüfung nach dem Entwurf zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, Bamberg 1989, 62; *Roger Secrétan,* 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), JdT 1958 I 298 ff.; a.M. *Dietschi* (Fn. 4), 95 ff.; *Forstmoser* (Fn. 59), § 10 N 90.

[87] Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 131 f.; *Spaniol* (Fn. 22), 235.

[88] Gl.M. *Spaniol* (Fn. 22), 236; *Lukas Glanzmann,* Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, hrsg. von Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Bern 2008, 107 f.; *ders.* (Fn. 22), 666; a.M. *Dietschi* (Fn. 4), 97 f., 119; siehe aber auch Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640.

[89] Gl.M. *Dietschi* (Fn. 4), 119 f.; *Spaniol* (Fn. 22), 235, der aber (m.E. zu Unrecht) dann die Sachübernahmebestimmungen nicht angewandt haben will, wenn bei einer fremdfinanzierten Sachübernahme das Fremdkapital anschliessend in Eigenkapital umgewandelt wird; *Grisel* (Fn. 4), 12; *Glanzmann* (Fn. 53), 170; gleich für das deutsche Recht z.B. *Benz* (Fn. 59), 17, mit der Ablehnung des Prinzips der «Nämlichkeit», mit Hinweis auf BGH Urteil

V. Rechtsfolgen der Verletzung der Sachübernahmevorschriften

1. Zivilrechtlich

Nach traditioneller Auffassung führt die Verletzung der Sachübernahmevorschriften, wohl auch aus einem falschen Verständnis der Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung und anschliessenden Sachübernahme als simuliertes und dissimuliertes Geschäft,[90] zwar aus Gründen des Publikumsschutzes nicht zur Nichtigkeit der Bargründung (bzw. der Gesellschaft) bzw. der Barkapitalerhöhung,[91] aber zur zivilrechtlichen Vollnichtigkeit der Sachübernahme.[92] Dies soll in der laufenden Revision des Aktienrechts nach dem Willen des Bundesrates nicht geändert werden.[93]

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist dann richtig, wenn die in Verletzung der Sachübernahmevorschriften zustande gekommene Sachübernahme den Tatbestand von Art. 678 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR erfüllt, wobei zu beachten ist, dass der Schutz von Art. 680 Abs. 2 OR mit einer Ausnahme nicht weiter geht als der Schutz von Art. 678 OR.[94] Denn die Rechtsfolge der Verletzung dieser Bestimmungen ist die Nichtigkeit.[95] Dazu kommt bei einer Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR, und das ist die soeben genannte Ausnahme, neben der Nichtigkeit das ganze oder teilweise Wiederaufleben der Liberierungsschuld des Zeichners.[96]

Allerdings kann diese Nichtigkeit bei Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) durchaus eine Teilnichtigkeit oder sogar eine modifizierte Teilnichtigkeit sein.[97] In der Regel wird man von einer Teilnichtigkeit und nicht von einer Vollnichtigkeit ausgehen müssen. Man ist dann im Wesentlichen bei der Rechtsfolge der Vorschriften über die verdeckte Sacheinlage im deutschen Recht, die darin besteht, dass die Sachübernahme (bzw. verdeckte Sacheinlage) grundsätzlich wirksam bleibt, aber die Liberierungsschuld (in bar) wieder auflebt und die Sachübernahme zum richtigen Wert (im Zeitpunkt der Anmeldung der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung oder im Zeitpunkt der Überlassung, falls dieser später ist) auf die Liberierungsschuld (in bar) angerechnet wird.[98]

Die Teilnichtigkeit ist (i.d.R.) auch die adäquate Rechtsfolge, wenn die Sachübernahmevorschriften nicht eingehalten wurden, aber der Tatbestand von Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) nicht erfüllt ist. Eine Vollnichtigkeit des Sachübernahmevertrags ist in diesen Fällen (i.d.R.) nicht angezeigt.

Dasselbe ergibt sich aus dem Verständnis der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften der Sacheinlagevorschriften. Denn ist die Sacheinlage überbewertet, so ist sie nicht einfach vollnichtig. Vielmehr lebt im entsprechenden Umfang die Liberierungsschuld der Zeichner (in bar) wieder auf. Man spricht in diesem Umfang auch von der (verschuldensunabhängigen) Differenzhaftung der Zeichner.[99]

vom 18. Februar 2008, II ZR 132/06 («Rheinmöve»); a.M. wohl *Watter* (Fn. 23), 148 f.; s. auch BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.4, zur Nichtrelevanz der Geldherkunft bei der Tilgung von vorbestehenden Schulden nach einer Gründung bzw. Kapitalerhöhung bzw. bei den dadurch aufgeworfenen Rechtsproblemen.

90 S. vorne II.2.1.

91 Z.B. *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 441.

92 BGE 83 II 284, E. 4; bestätigt z.B. in BGE 131 III 636, E. 2.2, worin das Bundesgericht auch explizit die Möglichkeit einer Teilnichtigkeit bei Nichteinhaltung der Sachübernahmevorschriften ablehnt; CHK-*Waldburger,* Art. 628 OR N 9; *Glanzmann* (Fn. 53), 171; *Forstmoser* (Fn. 59), § 10 Rz 142; differenzierend BSK OR-II *Schenker,* Art. 628 OR N 13; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 442 ff.; *Walter/Blumer* (Fn. 1), 423 f.; kritisch, aber eher de lege ferenda *Ruf* (Fn. 7), 37; auch BGE 87 II 169, E. 7, in Bezug auf eine (im konkreten Fall behauptete, vom Bundesgericht aber verneinte) Umgehung der Verrechnungsliberierungsvorschriften; für eine Analyse der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung *Dietschi* (Fn. 4), 204 ff.

93 Botschaft 2007 (Fn. 22), 1640 f.

94 OFK-*Vischer,* Art. 680 OR N 14.

95 Z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 235 f.; OFK-*Vischer*, Art. 678 OR N 20 und Art. 680 OR N 15.

96 Z.B. BGE 109 II 128, E. 2; BGE 102 II 353, E. 4; BGer vom 14. Februar 1969, E. 2, SJ 1969, 150; OFK-*Vischer,* Art. 680 OR N 15; *Glanzmann* (Fn. 53), 172.

97 Z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 235 f.; OFK-*Vischer*, Art. 678 OR N 20.

98 *Dietschi* (Fn. 4), 233 ff., 238; *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 445; zur deutschen Rechtslage § 19 Abs. 4 Satz 2 und 3 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 Satz 2 und 3 AktG.

99 *Vischer* (Fn. 79), 110 ff.; s. auch *Heidinger/Benz* (Fn. 72), § 27 AktG N 180 und *Ebbing* (Fn. 32), § 19 GmbHG N 152, zur Interpretation der deutschen Anrechnungslösung in § 19 Abs. 4 Satz 2 und 3 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 Satz 2 und 3 AktG im Lichte der Differenzhaftung; im Resultat gl.M. *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 444; s. auch BGE 128 III 180, wo das Bundesgericht bei Nichtbeachtung der Sacheinlagevorschriften nicht von der Nichtigkeit der Sacheinlage ausging; s. auch für das deutsche Recht *Benz* (Fn. 59), 107 ff. zur Parallelität der Rechtsfolge bei der offenen und der verdeckten Sacheinlage (d.h. in der schweizerischen Terminologie von Sacheinlage und Sachübernahme).

Neben den Auswirkungen auf die Sachübernahme selber kann die Nichteinhaltung der Sachübernahmevorschriften zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit etwa der Gründer oder der Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 753, Art. 754 OR und weiteren Bestimmungen führen.[100]

2. Strafrechtlich

Nach traditioneller Auffassung[101] führt die Nichteinhaltung der Sachübernahmevorschriften, wohl erneut aus einem falschen Verständnis der Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung und anschliessenden Sachübernahme als simuliertes und dissimuliertes Geschäft,[102] zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der handelnden Personen nach Art. 253,[103] Art. 251[104] und nach Art. 153 StGB.[105]

Allerdings sollte die sowohl für den Tatbestand von Art. 253 als auch von Art. 251 StGB notwendige Schädigungsabsicht[106] (entgegen der bundesgerichtlichen Praxis) nur angenommen werden, wenn ein Tatbestand von Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) vorliegt und die handelnden Personen darum, also letztlich um die (offensichtliche) Überbewertung der Sachübernahme, wussten.[107]

Es liegt dann ein Unterfall des sogenannten Gründungs- bzw. Emissionsschwindels vor, welche Fälle sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch charakterisieren, dass nach der Gründung bzw. nach der Kapitalerhöhung gemäss Art. 680 Abs. 2 OR[108] ungerechtfertigt Geld abfliesst, z.B. durch Bezahlung nicht bestehender oder fiktiver Schulden[109] oder eben durch eine überbewertete Sachübernahme.[110] Keine solchen Fälle sind dagegen diejenigen, wo nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung gerechtfertigt Geld abfliesst, z.B. durch die Bezahlung von vorbestehenden Schulden[111] oder durch eine richtig bewertete Sachübernahme.

Gleich wie bezüglich der Tatbestände von Art. 253 und Art. 251 StGB sollte auch bezüglich Art. 153 StGB verfahren werden und entsprechend zivilrechtsakzessorisch nur beim (vorsätzlich angestrebten) Tatbestand von Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) eine Strafbarkeit nach Art. 153 StGB angenommen werden.[112] Entsprechend ist auch die gegenüber dem Handelsregister abzugebende sogenannte Stampaerklärung, d.h. die Erklärung nach Art. 43 Abs. 1 lit. h bzw. nach Art. 46 Abs. 2 lit. g HRegV, zu kritisieren, die überschiessend und nicht gesetzeskonform ist.[113]

[100] Z.B. *Dietschi* (Fn. 4), 233, 239 ff.; *Glanzmann* (Fn. 53), 172 f.

[101] S. jetzt aber BGer 6B_387/2009 vom 20. Oktober 2009, E. 2.2, unter Hinweis auf BGE 128 III 178.

[102] S. vorne II.2.1; s. II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, ZBGR 1999, 160, E. 2.2.

[103] Erschleichung einer Falschbeurkundung in der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsurkunde bzw. im Handelsregistereintrag, z.B. II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, ZBGR 1999, 160, E. 2.2.

[104] Falschbeurkundung, wobei aber Art. 253 StGB die gleichzeitig mittelbar begangene Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB, nicht aber weitere vorangehende Falschbeurkundungen, verdrängt, s. z.B. BGE 107 IV 128, E. 3b.

[105] Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden, wobei aber Art. 253 StGB Art. 153 StGB verdrängt, s. z.B. BSK StGB II-*Weissenberger,* Art. 153 StGB N 10.

[106] Z.B. BGE 101 IV 145, E. 2b; a.M. bezüglich Art. 253 StGB BGer 6B_39/2012 vom 24. Mai 2012, E. 1.4.1; *Dietschi* (Fn. 4), 251; BSK StGB II-*Boog,* Art. 253 StGB N 12.

[107] S. auch BGE 83 IV 238 betreffend überbewertete Sacheinlage.

[108] Welche Bestimmung nach der hier vertretenen Meinung in Art. 678 OR aufgeht, s. vorstehend V.1.

[109] BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.5, mit Hinweis auf BGer 1P.258/2003 vom 19. August 2003 und 6S.96/2002 vom 19. Juni 2002 betreffend «Konstellationen, in denen sich die Gründer ihre Kapitaleinlage nach erfolgter Gesellschaftsgründung wieder auszahlen liessen, ohne dass damit eine ihnen gegenüber bestehende Schuld der Gesellschaft getilgt worden wäre» und 6S.213/1998 vom 19. Juni 2000 betreffend «einen Sachverhalt, in welchem die Gesellschaft mit den Mitteln, die ihr aus der Barliberierung zugeflossen sind, bloss fiktive Gesellschaftsschulden bezahlt hat, ohne dass dadurch Fremdkapital reduziert worden wäre».

[110] S. auch die Konstellationen wie z.B. die Gewährung von nicht ernstgemeinten Darlehen oder sonst ungerechtfertigten Entnahmen in BGer 6B_230/2011 vom 11. August 2011; 6B_455/2008 vom 26. Dezember 2008; 6B_460/2008 vom 26. Dezember 2008 und 6B_102/2007 vom 13. November 2007.

[111] BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.5 a.E.

[112] A.M. für das deutsche Recht z.B. *Benz* (Fn. 59), 220 ff.

[113] Gl.M. *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 385; a.M. BGE 119 II 463, E. 2, und BGer vom 17. November 1993, AJP 1994, 385 f., nach der die Stampaerklärung gesetzmässig ist; zur Herkunft des Namens Stampaerklärung *Böckli* (Fn. 1), § 1 Rz 383, *Alexandra Urbatus,* Die Stampaerklärung – Ein geschichtlicher Kurzabriss, Jahrbuch des Handelsregisters, Zürich 1995, 127 ff.; s. auch zur Strafbarkeit der verschleierten Sacheinlage in Deutschland z.B. *Bernhard Steinmetz,* Die verschleierte Sacheinlage im Aktienrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, Köln 1990, 74 ff., insb. 153 ff.

VI. Schlussbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen klären die Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit den Sachübernahmevorschriften nicht. Dies muss dem Gesetzgeber oder dem Bundesgericht überlassen werden. Sie zeigen aber einen möglichen Ausweg aus den Unsicherheiten, indem man sich strikt auf die Funktion der Sachübernahmevorschriften als Umgehungsvorschriften zu den Sacheinlagevorschriften besinnt, und nicht versucht, die Sachübernahmevorschriften zu generellen Kapitalaufbringungs- oder sogar Kapitalerhaltungsvorschriften umzubiegen. Das führt v.a. zu einem viel engeren Begriff der nahestehenden Person bei gleichzeitigem Überbordwerfen von in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Korrekturbemühungen wie wertmässige Anforderungen an den Sachübernahmegegenstand. Das führt weiter auch zu einer Aufweichung der harschen Rechtsfolgen der Verletzung der Sachübernahmevorschriften v.a. durch die Annahme einer Teilnichtigkeit im Regelfall.

In der Praxis wird man bis zu einer Klärung weiter mit den Unsicherheiten leben müssen, mit der Folge, dass man wie bisher im Zweifelsfall von einer relevanten Sachübernahme ausgehen und die Sachübernahmevorschriften einhalten muss.[114]

[114] Gl.M. bezüglich MBO *Käser/Gysi* (Fn. 10), 41.