

Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht

Markus Vischer

Die Begriffe der Mantel- und Vorratsgesellschaft sind schillernde Begriffe. Gemeinhin werden darunter alle möglichen Phänomene abgehandelt wie z.B. eine Gesellschaft ohne kaufmännisch geführtes Gewerbe, eine Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit, eine Gesellschaft mit dem Zweck der Verwaltung des eigenen Vermögens, eine Gesellschaft, bei welcher der statutarische und der tatsächliche Zweck auseinanderfällt, eine vermögenslose oder vermögensschwache Gesellschaft, eine Gesellschaft mit scheinliberiertem Kapital, eine Gesellschaft mit Mängeln in der Organisation oder fehlendem Rechtsdomizil, eine still liquidierte Gesellschaft, eine faktisch liquidierte Gesellschaft oder eine Gesellschaft mit wieder aufgenommener Geschäftstätigkeit. All diesen Gesellschaften ist gemein, dass sie nicht per se einen rechtswidrigen oder unsittlichen Zweck verfolgen oder sogar per se keine Rechtspersönlichkeit haben. Auch der Handel mit Anteilen solcher Gesellschaften ist nicht per se rechtswidrig oder unsittlich und damit nichtig, was angesichts der mit solchen Gesellschaften oft verbundenen rechtlichen Problemen noch nicht heisst, dass ein solcher Handel sinnvoll ist. Er ist es höchstens bei den sogenannt offenen Vorratsgesellschaften, bei denen sämtliche rechtlichen Vorschriften bei der Gründung und danach eingehalten wurden.

Les notions de société vide et de société de réserve sont des notions ambigües. Elles regroupent d'ordinaire toutes sortes de phénomènes comme p. ex. une société n'exerçant pas d'industrie en la forme commerciale, une société sans activité, une société dont le but est de gérer ses propres biens, une société dont le but réel ne correspond pas au but statutaire, une société dépourvue de biens ou disposant de peu d'actifs, une société dont le capital a été libéré en apparence, une société présentant des lacunes dans l'organisation ou sans domicile légal, une société liquidée tacitement, une société liquidée de fait ou une société ayant repris une activité. Toutes ces sociétés ont pour point commun qu'elles ne poursuivent pas en soi de but illicite ou contraire aux mœurs, voire même qu'elles ne sont pas en soi dépourvue de personnalité juridique. Le commerce de parts portant sur ces sociétés n'est en soi pas illicite ou contraire aux mœurs et partant nul, ce qui ne signifie pas pour autant qu'un tel commerce soit judicieux étant donné les problèmes juridiques qui sont souvent liés à ces sociétés. Le négoce peut tout au plus se justifier pour les sociétés de réserve dites ouvertes, pour lesquelles toutes les prescriptions légales ont été observées lors de la constitution et ultérieurement.

Inhaltsübersicht

A. Begriff
B. Die AG ohne kaufmännisch geführtes Unternehmen
C. Die AG ohne Geschäftstätigkeit
D. AG mit Zweck Verwaltung des eigenen Vermögens
E. Die AG mit Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Zweck
F. Die vermögenslose oder vermögensschwache AG
G. Die AG mit scheinliberiertem Kapital
H. Die AG mit Mängeln in der Organisation oder fehlendem Rechtsdomizil
I. Die still liquidierte AG
J. Die faktisch liquidierte AG
K. AG mit wieder aufgenommener Geschäftstätigkeit
L. Schlussfolgerungen

A. Begriff

Das Bundesgericht definiert die Mantelgesellschaft in einer jahrzehntealten, mehr oder weniger gleichbleibenden Rechtsprechung als «eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegebene, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft»[1].

Im Steuerrecht entwickelte sich dieser Begriff weiter. Er findet heute positivrechtlich in Art. 5 Abs. 2 lit. b StG seinen Niederschlag, wo die Mantelgesellschaft als «Gesellschaft […], die wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist», umschrieben wird.

Bei beiden Definition wird auf eine Form der Mantelgesellschaft im weiteren Sinne Bezug genommen, nämlich auf die Mantelgesellschaft im eigentlichen Sinn, die durch Umwandlung einer «ursprünglich normalen» Gesellschaft entsteht («Zustandekommen durch Umwandlung»)[2]. Der entsprechende Zustand kann aber bereits bei der Gründung entstehen («Zustandekommen durch Gründung»)[3]. In die-

Markus Vischer, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Walder Wyss Ltd., Zürich.

1 BGE 123 III 473, E. 5c, unter Hinweis auf BGE 55 I 134 ff., BGE 64 II 361, E. 1, und Bundesgerichtsentscheid vom 4.9.1989, E. 1b, abgedruckt in SJ 1990, 108; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4C_19/2001 vom 25.5.2001, E. 2.

2 Duri F. Prader, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1995, 74 ff.

3 Prader (FN 2), 27 ff.; s. auch Jean Nicolas Druey, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. A. der Teile III und IV des Werks von Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2010, § 7 N 52.

sem Fall der Mantelgesellschaft im weiteren Sinne wird im Allgemeinen von einer Vorratsgesellschaft gesprochen und diese der Mantelgesellschaft im eigentlichen Sinn gegenübergestellt[4].

Im Zivilrecht[5] entwickelten sich verschiedene Meinungen zu den Charakteristika der Mantelgesellschaft (im eigentlichen Sinn) und der Vorratsgesellschaft. Eine Meinung bleibt in Bezug auf die Vermögenssituation der alten Definition des Bundesgerichts treu und versteht die Mantel- und Vorratsgesellschaft als vermögenslose Gesellschaft[6]. Eine andere Meinung folgt diesbezüglich der steuerrechtlichen Entwicklung des Begriffs und erfasst auch Gesellschaften, die über gewisse liquide Mittel verfügen[7]. Eine dritte Meinung erkennt als Charakteristika der Mantel- und Vorratsgesellschaft unabhängig von ihrer Vermögenssituation ihre Unternehmenslosigkeit und ihren Vorratscharakter[8].

Im Folgenden soll nicht versucht werden, den Begriff der Mantel- und/oder Vorratsgesellschaft exakt zu definieren, um nicht ins rein Begriffliche abzugleiten. Vielmehr soll im Folgenden untersucht werden, welche rechtstatsächlichen Typen von Gesellschaften gemeinhin unter dem Begriff der Mantel- und Vorratsgesellschaft abgehandelt werden und welche Probleme sich bei diesen Gesellschaften stellen[9]. Anschliessend wird versucht, daraus gewisse Konklusionen zu ziehen, insbesondere auch zur Zulässigkeit des Mantel- und Vorratsgesellschaftshandels, kurz auch einfach Mantelhandel genannt, d.h. von Verträgen mit dem Zweck eines Gesellschafterwechsels bei solchen Gesellschaften[10]. Die Untersuchung wird auf die AG beschränkt, wobei sich die Resultate zum grössten Teil auch auf andere juristische Personen, d.h. insbesondere die GmbH, übertragen lassen.

B. Die AG ohne kaufmännisch geführtes Unternehmen

Das OR ist so konzeptioniert, dass die Aktiengesellschaft (AG) meist, aber nicht notwendigerweise ein kaufmännisches Unternehmen betreibt[11]. Der Begriff des kaufmännischen Unternehmens bzw. nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe ergibt sich aus Art. 934 und Art. 2 lit. b HRegV.

Ist die AG also ohne kaufmännisches Unternehmen, ist sie damit nicht rechtswidrig, d.h. sie verfolgt nicht einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck oder erwirbt nicht die Rechtspersönlichkeit bzw. verliert sie sogar.

C. Die AG ohne Geschäftstätigkeit

Der Begriff der Geschäftstätigkeit wird in Art. 938a OR verwendet. Er ist weiter als der Begriff des Führens eines kaufmännischen Unternehmens und umfasst z.B. auch die Verwaltung des eigenen Vermögens, wie dies z.B. bei einer Holding- oder Immobiliengesellschaft der Fall sein kann. Man kann sich deshalb fragen, ob es überhaupt eine AG ohne Geschäftstätigkeit gibt[12]. Art. 938a OR und Art. 155 OR setzen allerdings voraus, dass eine AG keine Geschäftstätigkeit haben kann.

Selbst wenn eine solche weit verstandene Geschäftstätigkeit der AG fehlt, wird die AG ohne eine solche Geschäftstätigkeit nicht rechtswidrig, d.h. sie verfolgt nicht einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck; auch ist es nicht so, dass sie die Rechtspersönlichkeit nicht erlangt oder eine solche verliert[13]. Denn es gibt keine Pflicht der AG zum Tätigwerden[14].

---

4 So z.B. Niklaus Dietschi, Beabsichtigte Sachübernahmen, Zürich/St. Gallen 2012, 156 ff. in Anlehnung an die deutsche Terminologie, s. z.B. BGH Beschluss 12/02 vom 9.12.2002 zur Vorratsgesellschaft und z.B. BGH Beschluss 4/02 vom 7.7.2003 zur Mantelgesellschaft (i.e.S.); anders Prader (FN 2), 5 f., der die Begriffe Mantelgesellschaft und Vorratsgesellschaft synonym braucht; zu weiteren Begriffen neben den Begriffen Mantelgesellschaft und Vorratsgesellschaft wie Reservegesellschaft, Fassongesellschaft, etc. z.B. Druey (FN 3), § 7 N 52; Prader (FN 2), 5.

5 Zum Auseinanderfallen des zivil- und steuerrechtlichen Begriffs z.B. Marcel Bourquin, Steuerrechtliche Probleme beim Handel mit Aktienmänteln, Entlebuch 1985, 121.

6 Prader (FN 2), 8 f. m.W.N.

7 Prader (FN 2), 9 m.w.N.

8 Prader (FN 2), 11 ff.

9 S. Bourquin (FN 5), 25 ff., mit einem ähnlichen Ansatz für den Bereich des Steuerrechts; s. auch Zürcher Kommentar-Alfred Siegwart, Einleitung [zu Art. 620–659 OR], N 32, der von einer «Menge von Zwischenstufen» spricht.

10 Zu diesem engeren Begriff des Mantelhandels, der nicht auch die Verwendung der Mantel- und Vorratsgesellschaft umfasst, z.B. Prader (FN 2), 118 f.

11 Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Bern 2012, § 4 N 58, 16 N 44.

12 S. auch Druey (FN 3), § 7 N 66, mit der einiges für sich habenden Aussage, dass jede AG ein Unternehmen betreibt. S. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.19/2001 vom 25.5.2001, E. 2b, wo die Übernahme und das Eintreiben von bestrittenen Forderungen als Geschäftstätigkeit qualifiziert wurde.

13 BGE 112 II 1, E. 4, zum Erwerb der Rechtspersönlichkeit bei anfänglicher Widerrechtlich- bzw. Unsittlichkeit; zur diesbezüglichen Kontroverse z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 1 N 57 ff., 110; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, 4. A., Basel 2011 (nachfolgend zitiert: BSK OR II), BSK OR II-Franz Schenker, Art. 643 OR N 11 f.

14 Dietschi (FN 4), 157; SPR VIII/2-Christoph von Greyerz, 57; s. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom

Dass die AG ohne Geschäftstätigkeit nicht per se rechtswidrig ist, ergibt sich auch aus den bereits genannten Art. 938a OR und Art. 155 HRegV. Nach diesen Bestimmungen hat der Handelsregisterführer die Möglichkeit, eine AG, die keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr hat, unter bestimmten Voraussetzungen im Handelsregister zu löschen. Eine der Voraussetzungen ist, dass kein Verwaltungsratsmitglied mitteilt, dass die Eintragung aufrecht erhalten bleiben soll. Ist dies aber der Fall, bleibt die AG eingetragen[15]. Gleiches gilt, wenn ein Aktionär oder ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend macht und der Zivilrichter entsprechend entscheidet[16]. Das zeigt, dass die AG ohne Geschäftstätigkeit nicht per se rechtswidrig ist. Dazu kommt, dass der Richter wohl auch im Fall von Art. 938a OR und Art. 155 HRegV analog Art. 736 Abs. 4 OR die Möglichkeit hat, statt auf Löschung der AG auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[17].

D. AG mit Zweck Verwaltung des eigenen Vermögens

Es wurde bereits angetönt, dass der Gesellschaftszweck der Verwaltung des eigenen Vermögens zulässig ist[18], was sich theoretisch in der Bewirtschaftung des Gegenwerts des Eigenkapitals, z.B. eines Festgeldkontos[19], erschöpfen kann.

Die AG mit einem solchen (offen in den Statuten ausgewiesenen) Zweck ist nicht rechtswidrig, d.h. sie verfolgt nicht einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck oder erwirbt nicht die Rechtspersönlichkeit bzw. verliert sie sogar.

Es gibt auch keinen Grund für den Handelsregisterführer, eine Gründungsanmeldung einer solchen AG aufgrund von Art. 26 HRegV und dem darin statuierten Wahrheitsgebot bzw. Täuschungsverbot zurückzuweisen.

E. Die AG mit Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Zweck

Fallen bei einer AG der statutarische und der tatsächliche Zweck auseinander, so liegt ein unwahrer oder simulierter Zweck vor. Ob ein solcher unwahrer oder simulierter (und damit verdeckter) Zweck per se ein widerrechtlicher oder unsittlicher Zweck im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB und 57 Abs. 3 ZGB (bzw. Art. 19/20 OR)[20] ist, ist zu verneinen[21]. Vielmehr liegt nur dann ein widerrechtlicher oder unsittlicher Zweck vor, wenn der tatsächlich verfolgte Zweck selbst widerrechtlich oder unsittlich ist[22].

Lassen die Organe ein Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Zweck zu, so verletzen sie Pflichten, z.B. diejenigen nach Art. 26 HRegV. Ihre Verletzung führt zu Verantwortlichkeiten der Organe.

Selbst wenn man vertreten würde, eine solche AG verfolge per se oder infolge der Pflichtverletzung ihrer Organe einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck, erwirbt die AG dennoch die Rechtspersönlichkeit bzw. verliert diese nicht[23]. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und ev. anderen Betroffenen) bei anfänglicher Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit nach Art. 643 Abs. 3 und 4 OR und bei nachträglicher Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit analog Art. 78 ZGB (Verein) und Art. 88 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB (Stiftung) gestützt auf Art. 57 Abs. 3 ZGB die Auflösungsklage zu[24], wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[25].

20.2.2009, wiedergegeben von Adrian Tagmann, Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht, Reprax 1/2009, 42 ff., insbesondere S. 43 mit der richtigen Aussage, «dass das Verfahren nach Art. 938a OR keine Sanktion gegen inaktive und nachlässige Gesellschaften darstelle …».

15 BSK OR II-Martin K. Eckert (FN 13), Art. 938a OR N 4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2009.00699 vom 10.3.2010, E.2.1; a.M. David Rüetschi, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013, Art. 155 HRegV N 19.

16 BSK OR II-Martin K. Eckert (FN 13), Art. 938a OR N 5.

17 S. auch E.

18 Vgl. C., gl.M. Prader (FN 2), 33 ff., 80 f., u.a. unter Hinweis auf die Immobiliengesellschaft.

19 Prader (FN 2), 36.

20 Markus Kick, Die verbotene juristische Person, Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Freiburg 1993, 79 ff.

21 Gl.M. wohl Dietschi (FN 4), 157; a.M. Prader (FN 2), 45 ff.

22 S. auch BGE 115 II 401, wo die Widerrechtlichkeit des Zwecks nicht im Auseinanderfallen zwischen statutarischem und tatsächlichem Zweck gesehen wurde, sondern in der Widerrechtlichkeit des verfolgten tatsächlichen Zwecks.

23 Vgl. C.

24 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 1 N 111; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB I, 4. A., Basel 2011 (nachfolgend zitiert: BSK ZGB I), BSK ZGB I-Claire Huguenin, Art. 57/58 ZGB N 8 f.; Commentaire romand, CO I-François Rayroux, art. 736 CO N 30; Kick (FN 20), 108 ff.

25 BSK ZGB I-Claire Huguenin (FN 24), Art. 57/58 ZGB N 9; s. auch BGE 138 III 294, E. 3.1.6 mit der absolut richtigen Aussage, dass die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR nicht über das Verfahren nach Art. 731b OR unterlaufen werden sollten, welche Aussage m.E. auch für Verfahren nach Art. 643 Abs. 3 und 4 OR und nach Art. 57 Abs. 3 ZGB gilt.

Die im Rahmen der Geschäftstätigkeit im Einklang mit dem tatsächlichen Zweck vom Verwaltungsrat vorgenommenen Handlungen werden oft ultra vires sein[26].

F. Die vermögenslose oder vermögensschwache AG

Das OR legt in Art. 621 OR zwar ein Mindestkapital (und in Art. 632 OR, Art. 683 OR und 693 Abs. 2 OR die Mindesteinlagen) fest und enthält diverse Regeln über die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung. Eine bestimmte Eigenkapitalquote legt es aber nicht fest[27]. Entsprechend gibt es auch keine Pflicht der Gründer bzw. der Aktionäre, für ein wirtschaftlich angemessenes Eigenkapital zu sorgen[28], was auch im Einklang mit dem in Art. 680 Abs. 1 OR festgehaltenen Fundamentalprinzip des klassischen Aktienrechts steht, nämlich dass der Aktionär neben der Liberierungspflicht keine anderen Pflichten und insbesondere auch keine Nach- oder Zuschusspflichten hat[29]. Anzufügen ist immerhin, dass die Liberierungspflicht bei Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR wiederauflebt[30].

Eine Kapitalausstattungspflicht der Gründer bzw. Aktionäre sollte auch nicht dadurch konstruiert werden, dass man bei einer vermögenslosen oder vermögensschwachen AG (oder einer anderen AG) unter bestimmten Umständen eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften, insbesondere der Kapitalaufbringungsvorschriften, annimmt[31].

Den Verwaltungsrat treffen keine Kapitalausstattungspflichten, sondern lediglich eine Geschäftsanpassungspflicht, wenn nicht genügend Eigenkapital vorhanden ist[32].

Daneben bestehen gegebenenfalls Pflichten im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Regeln über die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung, z.B. im Zusammenhang mit Sacheinlagen und Sachübernahmen, OR 678, OR 680 Abs. 2 OR, etc. Insbesondere treffen ihn auch die Pflichten nach Art. 725 OR.

Werden diese Pflichten verletzt, entstehen entsprechende zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeiten der Organe[33]. Die AG wird dadurch nicht per se rechtswidrig, d.h. verfolgt in diesem Fall nicht per se einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck. So sind z.B. bei Verletzung der Sacheinlage-/Sachübernahmevorschriften lediglich die entsprechenden Verträge, nicht aber die AG per se, nichtig[34].

Dass die vermögenslose oder vermögensschwache AG nicht per se rechtswidrig ist, ergibt sich auch aus Art. 938a OR und Art. 155 HRegV. Nach diesen Bestimmungen hat der Handelsregisterführer die Möglichkeit, eine AG, die keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr hat, unter bestimmten Voraussetzungen im Handelsregister zu löschen. Eine der Voraussetzungen ist, dass kein Verwaltungsratsmitglied mitteilt, dass die Eintragung aufrecht erhalten bleiben soll. Ist dies aber der Fall, bleibt die AG eingetragen[35]. Entsprechend kann nicht gesagt werden, es bestehe bei einer AG ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven eine Löschungspflicht der Organe.

Die AG bleibt auch eingetragen, wenn ein Aktionär oder ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend macht und der Zivilrichter entsprechend entscheidet[36].

Beides zeigt, dass die vermögenslose oder vermögensschwache AG nicht per se rechtswidrig ist. Dazu kommt, dass der Richter wohl auch im Fall von Art. 938a OR und Art. 155 HRegV analog Art. 736 Abs. 4 OR die Möglichkeit hat, statt auf Löschung der AG auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung zu erkennen[37].

---

26 Vgl. I.

27 Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 373.

28 Kägi (FN 27), 373; Prader (FN 2), 156 f.

29 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 11), § 16 N 156; BSK OR II-Peter Kurer/Christian Kurer (FN 13), Art. 680 OR N 9.

30 Z.B. Markus Vischer, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 2012, 296; Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 2. A., Zürich 2009, Art. 680 OR N 15; a.M. Kägi (FN 27), 403 ff.

31 Vgl. K.

32 Kägi (FN 27), 373 ff.

33 S. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_324/2011 vom 16.1.2012 (Zivilrecht) und Urteil des Bundesgerichts 6B_711/2011 vom 31.1.2012 (Strafrecht) im Zusammenhang mit der Verletzung der Pflichten nach Art. 725 OR; s. auch Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich/Basel/Genf 2011, 59 ff.; Daniel Hunkeler, Projekt «Wegwerfgesellschaften» der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich – strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs von Gesellschaften, Jusletter 14.9.2009.

34 S. z.B. Vischer SZW (FN 30), 296; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.19/2001 vom 25.5.2001, E. 2c, und Prader (FN 2), 94 f. bezüglich Verletzung der Pflichten nach Art. 725 OR.

35 BSK OR II-Martin K. Eckert (FN 13), Art. 938a OR N 4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2009.00699 vom 10.3.2010, E.2.1.

36 BSK OR II-Martin K. Eckert (FN 13), Art. 938a OR N 5.

37 S. auch C.

Es ist zudem nicht so, dass eine AG eine Pflicht zum Vermögenserwerb hätte[38].

Selbst wenn man vertreten würde, eine AG, deren Organe Pflichten wie die Pflichten nach Art. 725 OR verletzen, verfolge einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck, erwirbt die AG dennoch die Rechtspersönlichkeit bzw. verliert diese nicht[39]. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und ev. anderen Betroffenen) die Auflösungsklage zu, wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[40].

G. Die AG mit scheinliberiertem Kapital

Bei der AG mit scheinliberiertem Kapital wird das Kapital bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung nur zum Schein aufgebracht, weil es nach der Gründung oder Kapitalerhöhung in Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR[41] aufgrund einer Abrede[42] gleich wieder an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats oder diesen nahestehende Personen abfliesst[43]. Man spricht in diesen Fällen auch von einer Schwindelgründung bzw. Schwindelkapitalerhöhung[44].

Eine solche AG ist nicht per se rechtswidrig, d.h. verfolgt nicht per se einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck. Vielmehr entstehen in diesem Fall zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeiten der handelnden Personen[45]. Zudem lebt die Liberierungspflicht der Gründer wieder auf[46].

Selbst wenn man vertreten würde, die AG verfolge in einem solchen Fall einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck, erwirbt die AG dennoch die Rechtspersönlichkeit[47] bzw. verliert diese nicht. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und ev. anderen Betroffenen) die Auflösungsklage zu[48], wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[49].

H. Die AG mit Mängeln in der Organisation oder fehlendem Rechtsdomizil

Fehlt der AG eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt oder fehlt der AG das Rechtsdomizil, so kann es zur Auflösung der AG kommen[50].

Auch eine solche AG ist nicht per se rechtswidrig, d.h. verfolgt in diesem Fall nicht per se einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck oder erwirbt nicht die Rechtspersönlichkeit nicht bzw. verliert eine solche nicht[51].

I. Die still liquidierte AG

Unter einer still liquidierten AG versteht man eine AG, die in Verletzung der Vorschriften von Art. 736 ff. OR liquidiert wurde[52]. Seit 1984 verweigern die Handelsregisterbehörden auch in der deutschen Schweiz die Löschung still liquidierter Gesellschaften auf Gesuch ihrer Organe[53]. Auch hier kann deshalb nicht gesagt werden, es bestehe eine Löschungspflicht der Organe[54].

Die still (wie auch die gemäss Art. 736 ff. OR ordentlich) liquidierte AG verliert mit der letzten Liquidationshandlung nicht per se ihre Rechtspersönlichkeit. Vielmehr ist auch in diesem Fall die Löschung im Handelsregister konstitutiv und nicht deklaratorisch[55]. Das gilt auch für

38 SPR VIII/2-Christoph von Greyerz, 57.
39 Vgl. C.
40 Vgl. E.
41 Und Art. 678 OR, s. zum (umstrittenen) Verhältnis dieser beiden Bestimmungen mit nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich den gleichen Rechtsfolgen z.B. Vischer SZW (FN 30), 296; Vischer (FN 30), Art. 680 OR N 14.
42 Zum analogen Begriff der Abrede bei der Sachübernahmegründung bzw. -kapitalerhöhung z.B. Vischer SZW (FN 30), 294.
43 Vischer SZW (FN 30), 297; Dietschi (FN 4), 152.
44 Vischer SZW (FN 30), 297.
45 Z.B. Vischer SZW (FN 30), 296 ff.; Dietschi (FN 4), 154.
46 Vgl. F.
47 Gl.M. Prader (FN 2), 50 ff.
48 So z.B. Dietschi (FN 4), 154.
49 Vgl. E.
50 Art. 731b OR und Art. 154 HRegV bzw. Art. 153 ff. HRegV.
51 BSK OR II-Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser (FN 13), Art. 731b OR N 7, auch zum Verhältnis von Art. 731b OR und Art. 643 OR.
52 Suzanne Wettenschwiler, Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft, im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren, Zürich 1982, 45 f.
53 Z.B. Patrick O'Neill, Die faktische Liquidation der Aktiengesellschaft, vor dem Hintergrund des Verkaufs des gesamten Geschäfts durch die Verwaltung, Zürich 2007, 8 f.; Thomas Koch, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, Basel 1997, 159; zur entsprechenden Praxis der Westschweiz seit 1973 Wettenschwiler (FN 52), 50.
54 Vgl. F.
55 So die frühere Bundesgerichtspraxis, Nachweise in Urteil des Bundesgerichts 2C_408/2012 vom 25.9.2012, E. 3.1; Rüetschi (FN 15), Art. 164 HRegV N 4 f.; David Rüetschi, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV – Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, Reprax 4/2011, 23 ff.; Eva Bilek/Hans Caspar von der Crone, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesell-

den Fall der Löschung mit anschliessender Wiedereintragung nach Art. 164 HRegV, unabhängig davon, ob die Löschung und Wiedereintragung eine AG betrifft, die in einem Liquidationsprozess ist oder nicht, die noch über Vermögenswerte verfügt oder nicht, und entsprechend unabhängig davon, ob verfügt wird, dass die Firma der wiedereingetragenen AG den Zusatz in Liquidation enthält oder nicht enthält[56].

Das ergibt sich v.a. aus der Parallelität der konstitutiven Wirkung der Eintragung der AG bei der Gründung[57], aber auch aus Rechtsicherheitsgründen, nachdem ansonsten für Dritte unklar wäre, ob im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften noch existieren oder nicht, ganz abgesehen davon, dass oft nicht nur für Dritte unklar sein dürfte, wann genau die letzte Liquidationshandlung stattgefunden hat.

Entsprechend ist auch die Wiedereintragung konstitutiv, wobei allerdings bezüglich Aktiven, Passiven und sonstigen Rechtspositionen der gelöschten und wiedereingetragenen Gesellschaft gesetzlich vorbehältlich einer zwischenzeitlich stattgefundenen Rechtsänderung, z.B. des Erwerbs eines Aktivum durch einen Dritten, eine mit der Wiedereintragung ex nunc stattfindende restitutio ad integrum angeordnet wird[58].

Werden Art. 736 ff. OR verletzt, entstehen entsprechende Verantwortlichkeiten der Organe. Die AG wird dadurch nicht per se rechtswidrig, d.h. verfolgt in diesem Fall nicht per se einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck.

Anzufügen ist zudem, dass die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine still liquidierte (und vermögenslose) AG (ohne Geschäftstätigkeit) im Handelsregister zwangsweise zu löschen ist und wonach eine solche AG zur Anmeldung ihrer Auflösung oder sogar zu ihrer Löschung verpflichtet ist, durch Art. 938a OR und Art. 155 HRegV (bzw. bereits die diesbezüglich Vorgängerbestimmung, aArt. 89 HRegV) überholt ist[59].

Selbst wenn man vertreten würde, eine AG, deren Organe Art. 736 ff. OR ja selbst eine Pflicht zur Anmeldung der Auflösung oder sogar eine Löschungspflicht nach stiller Liquidation[60] verletzen, verfolge einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck, verliert die AG nicht per se die Rechtspersönlichkeit. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und ev. anderen Betroffenen) wiederum die Auflösungsklage zu, wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[61].

Die im Rahmen der stillen Liquidation vom Verwaltungsrat vorgenommenen Handlungen sind im Regelfall ultra vires, sind also nicht von der Vertretungsmacht (und nicht nur der Vertretungsbefugnis) des Verwaltungsrats gemäss Art. 718a Abs. 1 OR gedeckt und damit nicht zustande gekommen[62].

---

schaft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006 (BGE 132 III 731) vom 19. September 2006 i.S. Nachlass X. (Beschwerdeführer) gegen Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin), SZW 2007, 83; Berner Kommentar-Manfred Küng, Art. 937 OR N 128; SPR VIII/2-Christoph von Greyerz, 285; a.M. z.B. BSK OR II-Christoph Stäubli (FN 13), Art. 746 OR N 1; Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 576; Edgar Philippin, Observations procédurales sur l'action en réinscription d'une entité juridique radiée, Reprax 2/2011, 21; O'Neill (FN 53), 122 f.; Rainer Riek, Das Liquidationsstadium bei der AG, Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung und der Pflichten des Liquidators sowie der Fortführung der Gesellschaft, Zürich 2003, 180; differenzierend Guillaume Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Fribourg 2000, 244, wonach die Löschung im Handelsregister eine notwendige, bei noch nicht abgeschlossener Liquidation aber nicht eine hinreichende Bedingung für den Verlust der Rechtspersönlich ist; letztlich gl.M. wie Vianin Prader (FN 2), 86 f. unter Hinweis auf die sogenannte Lehre vom Doppeltatbestand, und Lukas Handschin, Die Anfechtung des Fusionsvertrags aus Willensmangel, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 308 ff. bezüglich übertragender Gesellschaft bei der Fusion; letztlich ähnlich wie Vianin, Prader und Handschin die heutige Bundesgerichtspraxis, z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C_408/2012 vom 25.9.2012, E. 3.1 und 3.2, wonach die Löschung im Handelsregister lediglich eine widerlegbare Vermutung des Verlusts der Rechtspersönlichkeit begründet; differenzierend, aber gerade umgekehrt, Peter Gauch, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SZW 1976, 147 f., Fn. 40, wonach die Rechtspersönlichkeit mit der letzten Liquidationshandlung oder der Löschung endet, auch wenn bei der Löschung die Liquidation nicht abgeschlossen ist.

56 Dazu Rino Siffert/Forian Zihler, Handelsregisterrecht – Entwicklungen 2011, Bern 2012, 114 ff. und dort beschriebene kantonale Entscheide.

57 Art. 643 Abs. 1 OR, z.B. BSK OR II-Franz Schenker (FN 13), Art. 643 OR N 1.

58 Im Resultat gleich Urteil des Bundesgerichts 2C_408/2012 vom 25.9.2012, E. 3.1; Rüetschi (FN 15), Art. 164 HRegV N 6; Bilek/von der Crone (FN 55), 83.

59 Prader (FN 2), 89 ff., 136 f. zur Vorgängerbestimmung von Art. 938a OR und Art. 155 HRegV, aArt. 89 HRegV, m.N. auf die entsprechende Bundesgerichtspraxis; s. zudem schon F; wohl a.M. bezüglich Löschungspflicht BSK OR II-Christoph Stäubli (FN 13), Art. 746 OR N 3.

60 Vgl. F.

61 Vgl. E.

62 S. im Allgemeinen BSK OR II-Rolf Watter (FN 13), Art. 718a OR N 5, wonach interessen- und pflichtwidriges Handel stets ausserhalb der Organvollmacht liegt; a.M. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 N 79 bezüglich faktischer Liquidation, wonach nur die Vertretungsbefugnis be-

J. Die faktisch liquidierte AG

Unter einer faktisch liquidierten AG versteht Böckli eine AG, die ohne Beschluss der Generalversammlung wesentliche, für die Fortführung der AG im Bereich des Gesellschaftszwecks vitale Teile des Vermögens in liquide oder quasiliquide Form überführt hat, ohne dass eine Neuinvestition im Bereich des Gesellschaftszwecks geplant ist[63]. Die Abgrenzung der faktischen Liquidation von der stillen Liquidation ist umstritten[64] und wohl im Fall der Totalliquidation auch fliessend.

Die Tatsache, dass im Fall der faktischen Liquidation vorbehältlich eines Anwendungsfall der bundesgerichtlichen Kammgarnspinnerei-Rechtsprechung[65] nicht wie an sich nötig ein zweckändernder Beschluss oder ein Liquidationsbeschluss der Generalversammlung gefällt wird[66], führt nicht dazu, dass die AG dadurch per se rechtswidrig wird, d.h. einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgt oder sogar die Rechtspersönlichkeit verliert[67]. Vielmehr entstehen entsprechende Verantwortlichkeiten der Organe[68]. Zudem sind die im Rahmen der faktischen Liquidation vom Verwaltungsrat eingegangenen Verträge im Regelfall ultra vires[69].

K. AG mit wieder aufgenommener Geschäftstätigkeit

Eine AG, die wieder eine Geschäftstätigkeit aufnimmt, ist nicht per definitionem vermögenslos oder vermögensschwach.

Es ist deshalb nicht angebracht, bei Wiederaufnahme einer Geschäftstätigkeit per se von einer «wirtschaftlichen Neugründung»[70] auszugehen und per se die Gründungsvorschriften, insbesondere die Kapitalaufbringungsvorschriften, analog anzuwenden[71].

Gesetzesumgehungen bzw. Rechtsmissbrauch sollten nicht leichthin, sondern nur bei einer Zweckvereitelung der umgangenen Normen und nur im Einzelfall bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch angenommen werden[72].

Zu bedenken ist diesbezüglich, dass eine AG ohne Geschäftstätigkeit (und auch eine vermögenslose oder vermögensschwache AG) nicht per se rechtswidrig ist[73]. Nicht per se rechtswidrig ist es auch, wenn eine solche AG wieder eine Geschäftstätigkeit aufnimmt und die Generalversammlung dafür z.B. den Zweck anpasst oder eine Kapitalerhöhung durchführt, ist doch die Wiederaufnahme einer Geschäftstätigkeit grundsätzlich zulässig[74] und sieht das OR Zweckanpassungen u.a. in Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR und Kapitalerhöhungen u.a. in Art. 650 Abs. 2, 651 Abs. 1 und Art. 653 Abs. 1 OR explizit vor.

Eine Gesetzesumgehung und eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften bei einer «wirtschaftlichen Neugründung» ist damit abzulehnen[75].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der formelle Auflösungsbeschluss der Generalversammlung einer AG nach Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens nicht mehr widerrufen werden[76], die AG als nicht mehr «rückgegründet» werden, wie dieser Vorgang z.T. auch genannt wird[77]. Wird trotz formellem

---

troffen ist und demzufolge Dritte in ihrem guten Glauben nach Art. 718a Abs. 2 OR zu schützen sind.

63 Böckli (FN 62), § 17 N 76; ähnlich Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 144.

64 Z.B. Commentaire romand CO I-François Rayroux, Intro. aux art. 736–751 CO N 12 ff.; O'Neill (FN 53), 111 f., 117.

65 BGE 116 II 320, dazu z.B. O'Neill (FN 53), 103.

66 Böckli (FN 62), § 17 N 79.

67 Vgl. I.

68 Vgl. I.

69 Vgl. I.

70 Prader (FN 2), 117 f. in Anlehnung an die deutsche Terminologie.

71 Gl.M. ZK-Alfred Siegwart (FN 9), Einleitung [zu Art. 620–659 OR], N 35 ff.; anders aber die deutsche Rechtsprechung bei einer «wirtschaftlichen Neugründung», z.B. BGH Urteil 56/10 vom 6.3.2012; BGH Beschluss 4/02 vom 7.7.2003, BGH Beschluss 12/02 vom 9.12.2002, BGH Beschluss 17/91 vom 16.3.1992, und, ihr für das Schweizerische Recht folgend, z.B. Prader (FN 2), 152 ff., allerdings nur bei «wirtschaftlicher Neugründung» nach einem Gesellschafterwechsel; kritisch zur deutschen Rechtsprechung, insbesondere auch zum diffusen Begriff der «wirtschaftlichen Neugründung» z.B. Anne Lehder, Vorrats- und Mantelgesellschaften, Frankfurt am Main 2005, 64 ff.; Katrin Hancke, Vorrats- und Mantel-GmbH, Gläubigerschutz durch eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften?, Berlin 2007, 128 f., 178, 255 ff.

72 Z.B. Markus Vischer, Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, 570 f., auch zum Verhältnis von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch.

73 Vgl. C. und F.

74 Prader (FN 2), 80: «Eine AG kann jederzeit ihre bisherige Geschäftstätigkeit aufgeben und sich einem neuen Tätigkeitsfeld widmen.»; Peter Stähelin, Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973, 222 unter Berufung auf BGE 80 I 60, E. 3; s. auch L.

75 Gl.M. Dietschi (FN 4), 158 ff., 162 ff. bezüglich Anwendbarkeit der Sachübernahmevorschriften; für das deutsche Recht z.B. Lehder (FN 71), 64 ff.

76 BGE 123 III 473; dazu z.B. Peter Forstmoser, Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, BGE 123 III 473 ff. vom 18.7.1997 i.S. *Stratton Industrie Holding AG in Liquidation gegen Departement des Innern des Kantons Aargau und Handelsregisteramt des Kantons Aargau* [4A.6/1995], SZW 1998, 150 ff.

77 Z.B. Staehelin (FN 74), 217.

Auflösungsbeschluss die Geschäftstätigkeit wieder aufgenommen, ohne dass der formelle Auflösungsbeschluss widerrufen wurde oder ohne dass er rechtzeitig, d.h. vor Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens, widerrufen wurde, so wird dadurch die AG nicht per se rechtswidrig, d.h. verfolgt in diesem Fall nicht per se einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck. Vielmehr entstehen entsprechende Verantwortlichkeiten der Organe. Zudem sind die im Rahmen der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit vom Verwaltungsrat vorgenommenen Handlungen im Regelfall infolge des Auseinanderfallens von statutarischem und tatsächlichem Zweck ultra vires[78]. Selbst wenn man vertreten würde, die AG verfolge in einem solchen Fall einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck, verlöre die AG nicht per se die Rechtspersönlichkeit. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und ev. anderen Betroffenen) die Auflösungsklage zu, wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann[79].

Bei der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit nach einer stillen Liquidation hat dagegen die geschilderte Rechtsprechung gemäss BGE 123 III 473 keine Bedeutung, wurde doch kein formeller Auflösungsbeschluss gefasst, welcher Art. 680 Abs. 2 OR[80] ausser Kraft setzt, weshalb bei der stillen Liquidation der mit der geschilderten Rechtsprechung sichergestellte «lückenlose Gläubigerschutz»[81] bei der stillen Liquidation gewährleistet ist, ohne dass es noch der Anwendung der bei der der ordentlichen Liquidation geschilderten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfte. Auch wäre unklar, wie diese Rechtsprechung mangels formellem Auflösungsbeschluss bei der stillen Liquidation analog angewendet werden könnte. Damit soll die definitionsgemäss durch die stille Liquidation erfolgende Verletzung der Vorschriften von Art. 736 ff. OR nicht wegdiskutiert werden. Es bleibt bei dieser Verletzung und den diesbezüglichen Folgen, die eben in der Verantwortlichkeit der Organe liegen, und nicht darin, dass die AG dadurch per se rechtswidrig wird, d.h. einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgt oder sogar die Rechtspersönlichkeit verliert[82]. Entsprechend führt das Bundesgericht im Urteil 4C.19/2001 vom 25.5.2001, E. 2b, aus: «[Es] wäre überdies von einer Stilllegung mit anschliessender Reaktivierung der Klägerin auszugehen. Für diesen Fall gehen auch die vom Beklagten angeführten Autoren nicht von einer inexistenten Gesellschaft aus …».

L. Schlussfolgerungen

Alle geschilderten Konstellationen sind Phänomene, die selten als Idealtypen, sondern meistens in Kombination vorkommen und alsdann unter den schillernden Begriff der Mantel- und/oder Vorratsgesellschaft subsumiert werden.

Infolge der beliebigen Kombinationsmöglichkeiten sind generelle Aussagen schwierig. Zu viel hängt von der konkreten Ausprägung im Einzelfall ab.

Immerhin kann die generelle Aussage gemacht werden, dass alle diese Aktiengesellschaften einzeln, ja selbst solche, die eine Kombination aus allen Elementen sind, mit ihrer Eintragung im Handelsregister aufgrund von Art. 643 Abs. 2 OR die Rechtspersönlichkeit erwerben und diese Rechtspersönlichkeit erst mit der Löschung im Handelsregister wieder verlieren.

Weiter kann die generelle Aussage gemacht werden, dass alle diese Aktiengesellschaften einzeln, ja selbst solche, die eine Kombination aus allen Elementen sind, per se keinen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck haben.

Dies ist mit Bestimmtheit der Fall bei einer Vorratsgesellschaft mit dem offen in den Statuten ausgewiesenen Zweck der Verwaltung des eigenen Vermögens, selbst wenn sie mindestens anfänglich keine Geschäftstätigkeit hat. Für diesen Typ Vorratsgesellschaft wird der Begriff der offenen Vorratsgesellschaft bzw. der Begriff der Vorratsgesellschaft mit offener Gründung gebraucht[83].

Die ist aber auch der Fall bei Aktiengesellschaften, deren Organe gesellschaftsrechtliche Vorschriften wie die Vorschriften in Art. 680 Abs. 2 OR (und Art. 678 OR), Art. 725 OR, etc. verletzen.

Selbst wenn man vertreten würde, eine Aktiengesellschaft, deren Organe solche Vorschriften verletzen, würde einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgen, würde eine solche AG dennoch die Rechtspersönlichkeit erwerben bzw. verlöre diese nicht per se. Vielmehr stünde Gläubigern und Aktionären (und eventuell anderen Betroffenen) in diesem Fall die Auflösungsklage zu, wobei der Richter analog Art. 736 Ziff. 4 OR statt auf Auflösung auch auf eine andere rechts- und sachgemässe Lösung erkennen kann.

---

78 Vgl. E.

79 Vgl. E.

80 Und Art. 678 OR, s. zum umstrittenen Verhältnis dieser beiden Bestimmungen Vischer (FN 30), Art. 680 OR N 14.

81 BGE 123 III 473, E.5b.

82 Vgl. I.

83 Z.B. Prader (FN 2), 33 f. in Anlehnung an die deutsche Terminologie, s. z.B. BGH Beschluss 17/91 vom 16.3.1992.

Darauf ergibt sich, dass ein Vertrag mit dem Zweck eines Gesellschafterwechsels bei solchen Aktiengesellschaften, d.h. der sogenannte Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel[84], z.B. mittels eines Kauf- oder Fusionsvertrags, nicht per se nichtig sein kann, wie dies das Bundesgericht in einer jahrzehntealten, mehr oder weniger gleichbleibenden Rechtsprechung annimmt[85]. Denn ist der Zweck der betroffenen AG nicht widerrechtlich oder unsittlich, kann es der Vertrag betreffend Mantelhandel auch nicht sein[86].

Selbst wenn man vertreten würde, solche Aktiengesellschaften würden u.U. einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgen, z.B. weil die Organe gesellschaftsrechtliche Vorschriften verletzen, wäre der Vertrag betreffend Mantelhandel nicht nichtig[87], weil die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich vorsehen und ihr Sinn und Zweck die Nichtigkeit auch nicht gebieten[88].

Es liegt auch keine Gesetzesumgehung bzw. per se Rechtsmissbrauch vor[89]. Das wurde bezüglich Gründungsvorschriften bezüglich Wiederaufnahme einer Geschäftstätigkeit bereits ausgeführt[90] und ändert nicht, wenn vorgängig ein Aktionärswechsel stattfindet[91]. Es gilt aber auch bezüglich der anderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auch bezüglich der Liquidationsvorschriften in Art. 736 ff. OR[92]. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Lehre und Rechtsprechung zu den Aktionärsbindungsverträgen hinzuweisen, die viel stärker als Kaufverträge mit dem Aktienrecht verzahnt sind und bezüglich derer trotzdem nicht per se von einer Gesetzesumgehung bzw. von Rechtsmissbrauch ausgegangen wird[93].

Die vorherrschende deutsche Lehre und Rechtsprechung hat diesen Schritt zur Zulässigkeit des Mantel- und Vorratsgesellschaftshandels bereits gemacht, indem sie erkannt hat, dass die Gefahr nicht primär vom Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel ausgeht[94]. Sie geht aber auch nicht primär von der späteren Verwendung der entsprechenden AG aus[95], sondern vielmehr hauptsächlich von den oft vor dem Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel stattfindenden Verletzungen gesellschaftsrechtlicher Vorschriften[96]. Diesbezüglich existieren aber zivil- und strafrechtliche Rechtsbehelfe, so dass es weder geboten noch hilfreich ist, diese Gesellschaften oder den Aktionärswechsel bei solchen Gesellschaften per se nichtig zu erklären.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum (zivilrechtlichen) Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel ist deshalb aufzugeben[97]. Das sollte umso leichter fallen, als diese Rechtsprechung seit 1938, d.h. seit BGE 64 II 361, E. 1, nie mehr wirklich reflektiert, sondern im Wesentlichen nur noch fortgeschrieben wurde, und die damalige Hauptbegründung für die Nichtigkeit, nämlich die «rechtsmissbräuchliche Missachtung und Vereitelung des Zwecks der Löschungspflicht»[98], schon mangels Nichtbestehens dieser Pflicht, ob nun das Bundesgericht damit eine Pflicht zur Anmeldung der Auflösung oder eine effektive Löschungspflicht meint[99], nicht mehr verfängt. Dazu kommt, dass das Bundesgericht selber in seinem Urteil 4C.19/2001 vom 25.5.2001, E. 2b, die Rechtsfolge der Nichtigkeit relativiert und sich der Meinung von Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel angeschlossen hat, welche «Autoren nicht von einer inexistenten

---

84 Vgl. A.

85 BGE 123 III 473, E. 5c; Bundesgerichtsentscheid vom 4.9.1989, E. 1b, abgedruckt in SJ 1990, 108; BGE 80 I 60, E. 3; BGE 67 I 36; BGE 65 I 139, E. 3; BGE 64 II 361, E. 1.

86 S. dazu im Allgemeinen z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16.7.2012, E. 6.4; BGE 134 III 438, E. 2.2 und 2.3; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2011 (nachfolgend zitiert: BSK OR I), BSK OR I-Claire Huguenin, Art. 20 OR N 17.

87 Im Resultat gl.M. Prader (FN 2), 131 ff., 144.

88 S. dazu im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Claire Huguenin (FN 86), Art. 20 OR N 54; s. auch Entscheid der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs vom 24.5.1994, abgedruckt in BJM 1995, 215, zur Verkehrsfähigkeit von Aktien einer AG, der nach Art. 725a OR der Konkursaufschub bewilligt wurde.

89 Gl.M. Prader (FN 2), 133 ff., 138 ff., 144.

90 Vgl. K.

91 A.M. Prader (FN 2), 156 f.

92 S. F. und I., s. auch ZK-Alfred Siegwart (FN 9), Einleitung [zu Art. 620–659 OR], N 45.

93 S. dazu im Einzelnen z.B. Olivier Bloch, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, avec un aperçu du droit boursier, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2011, 137 ff.

94 Z.B. Conrad Bernhard Dreier, Die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten, Münster (Westfalen) 2008, 10.

95 So aber die vorherrschende deutsche Lehre und Rechtsprechung, z.B. Dreier (FN 94), 10, welche deshalb die Gründungsvorschriften analog anwendet, s. K.

96 Wie Art. 680 Abs. 2 OR (und 678 OR), Art. 725 OR und Art. 736 ff. OR; s. auch BGE 97 IV 10, E. 5: «Im vorliegenden Falle geht es indes nicht um die Zulässigkeit der Mantelverwertung, sondern darum, ob die Handlungen Müllers als des geschäftsführenden Organs der Immobilien Nord AG, durch welche die Gesellschaft völlig ausgehöhlt wurde, pflichtwidrig waren oder nicht.».

97 Im Wesentlichen gl.M. BSK OR II-Carl Baudenbacher (FN 13), Art. 620 OR N 8; Prader (FN 2), 144, 165, Bourquin (FN 5), 5; SPR VIII/2-Christoph von Greyerz, 57 f.; SPR VIII/2-Herbert Wohlmann, 338; ZK-Alfred Siegwart (FN 9), Einleitung [zu Art. 620–659 OR], N 26 ff.; a.M. wohl BSK OR II-Christoph Stäubli (FN 13), Art. 746 OR N 5.

98 BGE 80 I 60, E. 3, unter Hinweis auf BGE 64 II 361, E. 1.

99 Vgl. F. und I.

Gesellschaft aus[gehen]»[100], sondern vielmehr der Meinung sind, dass im Fall von «nachträglich aktiviert[en] oder reaktiviert[en] Gesellschaften … an den strengen Nichtigkeitsfolgen nicht mehr festgehalten werden» kann und dass «von solchen Gesellschaften eingegangene Rechtsgeschäfte gültig» sind[101]. Denn Letzteres impliziert bei Gesellschaften mit nach dem Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel neubestellten Organen entgegen BGE 67 I 36 Gültigkeit (und Eintragungsfähigkeit) der Neubestellung und damit Gültigkeit des Mantel- und Vorratsgesellschaftshandels[102].

Mit Bestimmtheit sollte die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich offener Vorratsgesellschaft, bei der sämtliche gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bezüglich Gründung und Führung eingehalten wurden und die demzufolge über ein intaktes Kapital verfügen, aufgegeben werden.

Damit soll jetzt nicht einem munteren Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel das Wort geredet werden. Nach wie vor gilt es, die Hände von solchen Gesellschaften zu lassen, da im Regelfall von den Organe solcher Gesellschaften Verletzungen gesellschaftsrechtlicher Vorschriften begangen worden sind, die nicht korrigierbar sind und die zu nicht beseitigbaren «Altlasten» und zu nicht vermeidbaren weiteren Verletzungen gesellschaftsrechtlicher Vorschriften nachfolgender Organe führen. Es ist zudem nicht nur das Zivil- (und Straf-)recht, sondern auch das Steuerrecht zu berücksichtigen, in welchem Bereich bei einer vom Steuerrecht als Mantelhandel qualifizierten Transaktion gravierende Steuerfolgen für die betroffene Gesellschaft und die Organe zu vergegenwärtigen sind[103].

Eine Ausnahme ist aber für offene Vorratsgesellschaften zu machen, bei denen sämtliche gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bezüglich Gründung und Führung eingehalten wurden, und die demzufolge über ein intaktes Kapital verfügen. In Bezug auf solche mag sich in speziellen Situationen ein Kauf einer solchen statt einer Neugründung aufdrängen. Eine solche spezielle Situation könnte z.B. bei nicht befriedigend lösbaren Probleme im Zusammenhang mit beabsichtigten Sachübernahmen bestehen, ist doch diesbezüglich eine in der Praxis nur schwer verkraftbare Rechtsunsicherheit festzustellen, die im neuen Aktienrecht aller Voraussicht nach nicht gelöst sein wird und die sich immer mehr zu einer Hypothek für den Wirtschaftsstandort Schweiz entwickelt[104].

---

100 Urteil 4C.19/2001 vom 25.5.2001, E. 2b.

101 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 63), § 56 N 169; s. auch schon das Bundesgericht selber in BGE 80 I 60, E. 3: «Sie [sic. die Beteiligten] haben aber ein schutzwürdiges Interesse daran, dass ihnen die vom Zivilrecht eingeräumte Möglichkeit, die bestehende Gesellschaft unter Aufbringung neuer Mittel weiterzuführen, gewahrt bleibt.».

102 Gl.M. wie Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 63), § 56 N 169: Lukas Morscher, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 2. A., Zürich 2009, Art. 620 OR N 7; ZK-Alfred Siegwart (FN 9), Einleitung [zu Art. 620–659 OR], N 33 ff.

103 S. z.B. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7760/2009 vom 20.12.2012 betreffend Verrechnungs- und Stempelsteuer.

104 S. Vischer SZW (FN 30), 287 zur Sachübernahme im Allgemeinen und 288 zum Standortnachteil.