Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Sacheinlageverträge

Im Aktienrecht wird der (herkömmliche) Sacheinlagevertrag in Art. 631 Abs. 2, 634 Ziff. 1 und Art. 652g Abs. 3 OR erwähnt. Im GmbH-Recht wird er in Art. 779 Abs. 2 Ziff. 2 OR als Einlagevertrag angesprochen. Er ist aber mit Ausnahme einer Vorschrift zur Form im Aktienrecht[1] weder im Aktien- noch GmbH-Recht geregelt.

Dies macht den (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag zum vom Gesetz benannten Innominatvertrag[2].

Auch das voraussichtlich auf den 1. Juli 2004 in Kraft tretende Fusionsgesetz (FusG) regelt den (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag nicht.

II. Übertragungsverträge im Allgemeinen

Dagegen regelt das FusG neu den (Vermögens-)Übertragungsvertrag[3] und schafft damit einen neuen Nominatvertrag[4].

Zudem regelt das FusG neu den Fusionsvertrag[5] in Art. 12 f. FusG und schafft und regelt neu den Spaltungsvertrag[6].

Die Vermögensübertragung steht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und im Handelsregister eingetragenen Einzelfirmen bei der Übertragung ihres Vermögens oder Teilen davon auf andere Gesellschaften, Stiftungen und im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen zur Verfügung[7].

III. Übertragungsverträge in der Funktion von Sacheinlageverträgen

Weil die nicht begriffsnotwendige[8] Gegenleistung bei der Vermögensübertragung auch in Gesellschaftsanteilen bestehen kann[9], der Vollzug des

Das Fusionsgesetz regelt neu den Vermögensübertragungsvertrag. Das Sacheinlagerecht des OR findet im Fusions- und Spaltungsrecht des FusG keine Anwendung mehr. Der Autor erläutert die Rechts- und Sachgewährleistung bei Übertragungsverträgen in der Funktion von Sacheinlageverträgen mit Unternehmen oder Unternehmensteilen als Einlagegegenstand; sie richtet sich grundsätzlich nach den Regeln des Kauf- bzw. Tauschvertrages. Kommt es aufgrund von Gewährleistungsansprüchen zu einer Rückabwicklung des Sacheinlagevertrages und zu Ausgleichszahlungen, sind die gesellschaftsrechtlichen Normen zu beachten. Der Sacheinleger haftet verschuldensunabhängig für die Differenz zwischen dem Anrechnungswert der Sacheinlage und ihrem wirklichen Wert. Zi.

La loi sur la fusion règle nouvellement le contrat de cession de patrimoine. Les dispositions sur l'apport en nature du CO ne s'appliquent plus au droit de la fusion et de la scission régi par la LFus. L'auteur décrit le système de la garantie pour les défauts et de la garantie contre l'éviction pour les contrats de cession tendant à un apport en nature dont l'apport est une entreprise ou des parts d'entreprise; ces garanties sont régies en principe par les règles du contrat respectivement de vente ou d'échange. Lorsqu'en raison de prétentions découlant de la garantie, le contrat d'apport en nature est résolu et qu'il y a des créances en restitution à payer, on doit respecter les normes du droit des sociétés. Celui que fait l'apport répond, indépendamment d'une faute, de la différence entre la valeur comptabilisée de l'apport en nature et sa valeur réelle. P.P.

[1] Art. 634 Ziff. 1 OR.

[2] Dazu z.B. OR-*Schluep/Amstutz,* Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 5.

[3] Art. 70 f. FusG.

[4] Z.B. *Urs Bertschinger,* Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, herausgegeben von *Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl,* Zürich 2003, 359 ff., insbesondere 374.

[5] Bisher ebenfalls ein vom Gesetz benannter Innominatkontrakt, OR-*Schluep/Amstutz,* Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 5.

[6] Art. 36 f. FusG.

[7] Art. 69 Abs. 1 i.V. Art. 2 lit. a FusG. Richtigerweise sollten auch nicht im Handelsregister eingetragene weitere Personen, insbesondere natürliche Personen, als übernehmende Partei in Frage kommen (z.B. *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 3; *Nicholas Turin,* Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2003, 92 ff.).; siehe auch Art. 86 ff., 98, 99 f. FusG.

[8] Z.B. *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 7, 71 N 5; *Bertschinger* (Fn. 4) 361; *Turin* (Fn. 7) 155 f.

[9] Z.B. *Bertschinger* (Fn. 4), 369, 372; *Turin* (Fn. 7), 157; unpräzis *Peter Locher/Toni Amonn,* Vermögensübertragungen im Recht der direkten Steuern, ASA *2003* 764, richtig dagegen 765 f.

Übertragungsvertrages einfacher ist[10] und es Art. 181 Abs. 4 OR (wie gemäss FusG geändert) zum Teil sogar verlangt[11], wird der Sacheinlage- durch den Übertragungsvertrag weitgehend verdrängt werden[12]. Die Sacheinlagevorschriften des OR bleiben aber anwendbar[13]. Im Fusionsrecht und Spaltungsrecht des FusG findet das Sacheinlagerecht des OR dagegen überhaupt keine Anwendung mehr[14].

Entsprechend oft wird man in der Zukunft bei Gründungen einer AG oder GmbH und Kapitalerhöhungen bei einer AG oder GmbH Übertragungsverträge in der Funktion von Sacheinlageverträgen antreffen.

Im Folgenden wird sowohl für den (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag als auch den Übertragungsvertrag in der Funktion des Sacheinlagevertrages einheitlich der Begriff des Sacheinlagevertrages verwendet. Weiter wird allgemein von Sacheinleger (anstatt auch von den übertragenden Rechtsträgern, z.B. Art. 72 FusG), von Sacheinlage (anstatt von den zu übertragenden Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens, z.B. Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG) und von AG oder GmbH (anstatt von übernehmenden Rechtsträgern, z.B. Art. 73 Abs. 2 FusG) gesprochen.

IV. Natur des Sacheinlagevertrages

Die Natur des (herkömmlichen) Sacheinlagevertrages ist umstritten. Nach der einen Auffassung handelt es sich bei ihm um einen eigenständigen, von den Statuten zu unterscheidenden Vertrag zwischen dem Sacheinleger und der Gesellschaft[15]. Nach der anderen Auffassung ist der Sacheinlagevertrag ein unselbstständiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrages zwischen den Gesellschaftern[16].

Die zweite Auffassung ist für den Sacheinlagevertrag bei der Kapitalerhöhung[17] und für den Sacheinlagevertrag, bei dem der Sacheinleger mit dem Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile nicht identisch ist[18], nicht wirklich passend. Es ist daher eher der ersten Auffassung zu folgen, wobei zuzugeben ist, dass bei der Gründung die Annahme des Ab-

[10] Siehe V. Anzufügen ist, dass auch postuliert wird, dass der Übertragungsvertrag kein Verpflichtungsgeschäft (so aber z.B. *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 70 N 3; *Bertschinger*, Fn. 4, 361; *Turin,* Fn. 7, 127 f.; *Peter Loser-Krogh,* Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP *2000* 1098), sondern ein Verfügungsgeschäft sei, mit dem ein Kauf oder ein gesellschaftsrechtlicher Tatbestand oder ein anderes Verpflichtungsgeschäft vollzogen werde.

[11] Zur Kontroverse um die Tragweite von Art. 181 Abs. 4 OR (wie gemäss FusG geändert) z.B. *Epper,* Stämpflis Handkommentar, FusG 29 N 1; *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG Vorbem. zu FusG 69-72 N 4 f.; *Comboef,* Stämpflis Handkommentar, FusG 108 N 5; *Ralph Malacrida,* Spaltung von Gesellschaften, Hand Out zum Referat anlässlich der Tagung vom 10. September 2003 der Stiftung für juristische Weiterbildung zum neuen Fusionsgesetz, 10 f.; *Rudolf Tschäni,* Vermögensübertragung, Hand Out zum Referat anlässlich der Tagung vom 10. September 2003 der Stiftung für juristische Weiterbildung zum neuen Fusionsgesetz, 27; *Turin* (Fn. 7) 64 f.; *Raffael Büchi,* Spinoff, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, 118 ff.; *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1110; vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl *2000* V 4492. M.E. ist der Lehrmeinung zu folgen, wonach Art. 181 Abs. 4 OR (wie durch das FusG geändert) lediglich verlangt, bei Übertragung von Aktiven mittels Vermögensübertragung auch die Passiven mittels Vermögensübertragung zu übertragen, es aber weiterhin zulässig ist, Aktiven und Passiven mittels Singularsukzession zu übertragen. Entsprechend ist eine automatische Übertragung der Passiven nur noch mittels Vermögensübertragung möglich.

[12] Siehe auch *Peter Spori/Reto Gerber,* Fusionen und Quasifusionen im Recht der direkten Steuern, ASA *2003* 697, insbesondere Fn. 51.

[13] Art. 69 Abs. 2 FusG; dazu z.B. *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 9.

[14] Art. 9 Abs. 2, Art. 10, Art. 33 Abs. 2 und Art. 34 FusG.

[15] Z.B. *Otto Konstantin Kaufmann,* Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aarau 1940, 105; siehe auch *Peter Forstmoser,* Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung I, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich 1981, § 10 N 49 f.

[16] Z.B. *Jean-Marc Vuille,* Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Winterthur 1966, 62 f., 83; *Hans Rudolf Geiser,* Die Haftung eines Gesellschafters der G.m.b.H. bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens, Bern 1944, 8; *Karl Huber,* Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H., Bern 1939, 45 f.; siehe zur entsprechenden Kontroverse in Deutschland z.B. *Peter Ulmer,* in: Grosskommentar Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), herausgegeben von *Peter Ulmer,* Erster Band, Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8. A., Berlin, New York 1992, § 5 GmbHG N 23; *Andreas Pentz,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-53, herausgegeben von *Bruno Kropff/Johannes Semler,* 2. A., München 2000, § 27 AktG N 16.

[17] Siehe allerdings z.B. *Kaufmann* (Fn. 15) 117, wonach alle Gesellschafter, auch die später bei einer Kapitalerhöhung dazukommenden Gesellschafter «durch ein einheitliches vertragliches Band» miteinander verbunden sind.

[18] Dazu z.B. *Jürg Schneider,* Le capital social initial de la société à responsabilité limitée, Zürich 2000, 160; *Christoph K. Widmer,* Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, 333; *Katharina Schoop,* Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, 32.

schlusses eines Vertrages zwischen dem Sacheinleger und der in Gründung befindlichen Gesellschaft[19] vielleicht etwas konstruiert wirkt[20].

Die Gegenleistungen für die Sacheinlage sind bei der Sacheinlage in eine AG Aktien und bei der Sacheinlage in eine GmbH Stammanteile. Die Aktien oder Stammanteile gehen entweder an den Sacheinleger selber, wenn er mit dem Zeichner identisch ist, oder an den Zeichner, wenn dies nicht der Fall ist. Diesfalls ist der Sacheinlagevertrag ein Vertrag zugunsten Dritter[21].

Dies macht den Sacheinlagevertrag zu einem Tauschvertrag, unabhängig davon, ob eine Einbringung quo ad dominum, d.h. zu Eigentum, quo ad usum, d.h. zum Gebrauch oder quo ad sortem[22] vorliegt[23].

Bei aller Betonung des vertraglichen Charakters des Verhältnisses zwischen der AG oder GmbH und dem Sacheinleger darf nicht vergessen werden, dass dieses Verhältnis dann nicht nur ein vertragliches Verhältnis ist, wenn der Sacheinleger mit dem Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile identisch ist. In diesem Fall ist es vielmehr auch ein gesetzliches Verhältnis[24], das aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, auch Zeichnung genannt[25], entsteht[26]. Es hat damit in diesem Fall einen Doppelcharakter, so wie etwa auch das Verhältnis von Verwaltungsrat und AG einen Doppelcharakter hat[27].

V. Sacheinlageverträge über Unternehmen

Als Sacheinlage kommen nur Vermögenswerte in Betracht, die bewertbar, übertragbar, verfügbar und verwertbar sind[28].

Es ist an sich unbestritten, dass Unternehmen (bzw. Unternehmensteile) Gegenstand einer Sacheinlage sein können[29], ob das Unternehmen nun mittelbar über (die kontrollierende Mehrheit der) Anteile der juristischen Person, die Trägerin des Unternehmens ist, oder unmittelbar mittels Aktiven und Passiven eingelegt wird. Im ersten Fall liegt aus der Sicht des Sacheinlegers ein so genannter share deal[30], im zweiten Fall aus Sicht des Sacheinlegers ein so genannter asset deal vor[31]. Aus der Sicht der AG oder GmbH liegt dagegen in beiden Fällen ein share deal vor. Insgesamt liegt ein Unternehmenstausch vor[32].

19 Z.B. *Widmer* (Fn. 18) 333; *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 50.

20 Siehe auch Art. 36 Abs. 2 FusG, gemäss welcher Bestimmung bei der Auf- oder Abspaltung von Vermögensteilen auf eine neue Gesellschaft wohl aus diesen Gründen der Spaltungsplan, gemäss bundesrätlicher Botschaft zum FusG (Fn. 11) 4437, ein einseitiges Rechtsgeschäft, den Spaltungsvertrag, ersetzt; siehe aber auch Art. 12 f. FusG, welche Bestimmung aus der Sicht des FusG etwas inkonsequenterweise keinen Fusionsplan vorsieht, obwohl es bei der Kombinationsfusion ebenfalls zur Übertragung von Vermögen auf eine neu gegründete Gesellschaft kommt.

21 Art. 112 OR.

22 Dazu im Allgemeinen z.B. *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser,* Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. A., Bern 1993, § 8 N 34 ff.; zur Zulässigkeit der Sacheinlage quo ad usum oder quo ad sortem z.B. *Schoop* (Fn. 18) 38.

23 Gl. M. bezüglich Qualifikation des (herkömmlichen) Sacheinlagevertrages als Tauschvertrag *Büchi* (Fn. 11) Fn. 525; a.M. z.B. *Widmer* (Fn. 18) 334, und *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 56, die den (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag je nach Einlageart anders qualifizieren; a.M. auch *Kaufmann* (Fn. 15) 111, nach dem der (herkömmliche) Sacheinlagevertrag unter den Vorschriften des Kaufvertrages steht; siehe auch Art. 531 Abs. 2 OR, nach welcher Bestimmung bei Sacheinlagen in eine einfache Gesellschaft die Regeln des Mietvertrages und des Kaufvertrages auf die Gewährspflicht anwendbar sind; siehe auch *Markus Vischer,* Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW *2003* 336 f., 338, zur Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages als Kaufvertrag auch dann, wenn Teil des übertragenen Geschäfts Gebrauchsrechte sind; siehe auch *Bertschinger* (Fn. 4) 361, 368, mit der Einreihung des Übertragungsvertrages (nach FusG) unter die Veräusserungsverträge.

24 Siehe auch VIII. zur gesetzlichen Differenzhaftung des Zeichners der Sacheinlageaktien oder -stammanteile als ein Ausfluss dieses gesetzlichen Verhältnisses.

25 Zur Problematik des Begriffs z.B. *Schneider* (Fn. 18) 127 f.

26 Siehe auch OR-*Amstutz,* Art. 798 OR N 2, der von einer Beitritts- oder Adhäsionserklärung spricht.

27 Z.B. OR-*Wernli,* Art. 710 OR N 9; Cour de Justice de Genève, SJ *1998* 628, besprochen in *Pierre Tercier/Walter Stoffel,* Das Gesellschaftsrecht 1998/99, SZW *1999* 313; siehe auch *Forstmoser* (Fn. 15) § 12 N 130, wonach die Zeichnung von Aktien bei der Gründung und Kapitalerhöhung kein Kauf sei, und § 9 N 215, wonach die Zeichnung eine körperschaftsrechtliche Bindung bewirke, aber auch § 9 N 215 f. und § 52 N 112, wonach die Zeichnung eine einseitige Erklärung, eine Offerte sei; a.M. wohl das Bundesgericht gemäss BGE 120 IV 279, wonach die Zeichnung von Aktien zu einem Kaufvertrag oder mindestens zu einem kaufähnlichen Innominatvertrag führe; siehe auch die in Anm. 10 erwähnte Lehrmeinung, wonach der Übertragungsvertrag ein Verfügungsgeschäft sei, mit dem u.a. gesellschaftsrechtliche Tatbestände vollzogen werden.

28 Z.B. *Schneider* (Fn. 18) 159; Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme des eidgenössischen Amts für das Handelsregister, Reprax *2001* 60 f.

29 Z.B. *Büchi* (Fn. 11) Fn. 565; *Schoop* (Fn. 18) 38.

30 Zum Begriff z.B. *Hanno Merkt,* Internationaler Unternehmenskauf, 2. A., Köln 2003, N 13 ff., auch asset purchase genannt, z.B. *Rudolf Tschäni,* M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 68.

31 Zum Begriff z.B. *Merkt* (Fn. 30) N 13 ff., auch share purchase genannt, z.B. *Tschäni* (Fn. 30) 46.

32 Siehe schon IV.

Beim (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag, der einen asset deal festhält, bereitet allerdings das Kriterium der Verfügbarkeit Mühe. Nach dem Wortlaut von Art. 634 Ziff. 1 OR und Art. 652c i.V. Art. 634 Ziff. 1 OR bzw. Art. 779 Abs. 4 OR und Art. 786 Abs. 1 i.V. Art. 779 Abs. 4 OR würde dies bedeuten, dass ausser bei Grundstücken für jedes einzelne Aktivum des Unternehmens (im weitesten Sinne) die spezifischen rechtlichen Voraussetzungen der Übertragung nach den Regeln der Singularsukzession im Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister erfüllt sein müssen[33]. In der Praxis wird dies jedoch nur beschränkt durchgesetzt, bei der Gründung auch wegen dem Problem, dass vor der Eintragung ins Handelsregister die AG bzw. GmbH noch gar nicht existiert und demzufolge vor dieser Eintragung nichts auf sie übertragen werden kann. Man begnügt sich entsprechend oft mit der für Grundstücke geltenden Regelung, bei welcher ein bedingungsloser Anspruch auf Übereignung genügt[34]. Entsprechend werden in der Praxis nach der Eintragung ins Handelsregister oft noch Vollzugshandlungen vorgenommen, beispielsweise bei Immaterialgüterrechten (durchaus auch konstitutive) Eintragungen in Register veranlasst, bei Vertragsübertragungen die Zustimmungen Dritter eingeholt, bei Übertragungen von Konzessionen oder Bewilligungen die Zustimmung der zuständigen Behörden eingeholt oder bei beweglichen Sachen der Besitz übertragen[35] usw.

Beim Übertragungsvertrag (in der Funktion eines Sacheinlagevertrages), der einen asset deal festhält, bereitet das Kriterium der Verfügbarkeit dagegen keine Mühe, werden die Aktiven und Passiven[36] doch mit der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister eo ipso übertragen (so genannte partielle Universalsukzession)[37].

Beim (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag, der einen asset deal festhält, wird das eingelegte Unternehmen in der Regel mittels Bilanzen und oft zusätzlich mittels (detaillierten oder beispielhaften) Auflistungen von bestimmten Aktiven und Passiven (im weitesten Sinne) beschrieben[38]. Der Stichtag solcher Bilanzen und dergleichen liegt notwendigerweise in der Vergangenheit, was nichts daran ändert, dass die Aktiven des Unternehmens nicht per einem solchen Stichtag, sondern Stück für Stück mittels Singularsukzession übertragen werden[39].

Beim Übertragungsvertrag (in der Funktion eines Sacheinlagevertrages), der einen asset deal festhält, wird das eingelegte Unternehmen mittels eines Inventars und einzelner Aufführung der (Bestandteile des Unternehmens bildenden) Grundstücke, Wertpapiere und immateriellen Werte beschrieben[40].

Es wird interessant sein, zu beobachten, wie die Gerichte und Handelsregisterämter die an sich strengen Anforderungen an die Beschreibung des eingelegten Unternehmens in Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG beim Übertragungs-

33 Dazu z.B. BGE 109 II 101; *Büchi* (Fn. 11) N 93 ff.; *Vuille* (Fn. 16) 100 ff.

34 Art. 634 Ziff. 1 OR und Art. 652c i.V. Art. 634 Ziff. 1 OR bzw. Art. 779 Abs. 4 OR und Art. 786 Abs. 1 i.V. Art. 779 Abs. 4 OR.

35 Zu Letzterem z.B. *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 69a; *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 46; aber auch BGE 119 IV 323 f.

36 Im weitesten Sinne, also insbesondere entgegen den nicht eindeutigen Materialien auch die Verträge, so z.B. *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Claudia Fritsche/Katja Berlinger,* www.fusg.ch – die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, Stand 16. Dezember 2003: Vermögensübertragung: Materielles: Exkurs zum Übergang von Verträgen; *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 19 ff.; *Passadelis,* Stämpflis Handkommentar, FusG 73 N 8; *Tschäni* (Fn. 30), 95; *Bertschinger* (Fn. 4) 365 ff.; *Piera Beretta,* Vertragsübernahmen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ *2002* 252; *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1102; a.M. (unter Berufung auf die Materialien und *Turin*) *Eidgenössisches Amt für das Handelsregister,* Tabellarische Übersicht der revidierten Handelsregisterverordnung sowie der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister mit kurzen Erläuterungen vom 19. Dezember 2003 (erstellt im Rahmen der Vernehmlassung zur Teilrevision der Handelsregisterverordnung, Ausführungsbestimmungen zum neuen Fusionsgesetz), 19, welche Meinungsäusserung besonderes Gewicht hat, erfolgt sie doch zu Art. 108a revHregV, welche Bestimmung vorsieht, dass das Handelsregisteramt die Eintragung (einer Vermögensübertragung) insbesondere dann ablehnen muss, wenn die von der Vermögensübertragung erfassten Gegenstände offensichtlich nicht frei übertragbar sind; *Turin* (Fn. 7) 114 ff.; unklar *Tschäni* (Fn. 11) 18 f.

37 Z.B. *Frick,* Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 1 f.; *Passadelis,* Stämpflis Handkommentar, FusG 73 N 8; *Locher/Amonn* (Fn. 9) 767; *Tschäni* (Fn. 30) 94 ff.; *Bertschinger* (Fn. 4) 365, 372 f.; *Beretta* (Fn. 36) 249, 251 ff.; *Büchi* (Fn. 11) 145 f., 159 ff.; *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1100 ff.

38 *Büchi* (Fn. 11) 79 ff.; *Widmer* (Fn. 18) 336; *Clemens Meisterhans,* Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Zürich 1996, 239; *Schoop* (Fn. 18) 53.

39 Siehe im Allgemeinen *Christian Meier-Schatz,* Die «Rückwirkung» bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW *1997* 1 ff. und dessen Unterscheidung von echter Rückwirkung, die es nicht gibt, und der unechten Rückwirkung, d.h. dem Rückbezug einer Transaktion auf einen Bilanzstichtag in der Vergangenheit.

40 Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG.

vertrag[41] auslegen werden[42], insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass Inventare immer per einem bestimmten Stichtag in der Vergangenheit erstellt werden[43]. Insbesondere wird auch interessant sein, zu beobachten, ob und wie die Gerichte und Handelsregisterämter die entsprechende Praxis auf den (herkömmlichen) Sacheinlagevertrag übertragen werden.

VI. Rechts- und Sachgewährleistungen im engeren Sinn

Die Ansprüche aus Rechts- und Sachgewährleistung im engeren Sinn richten sich bei Sacheinlageverträgen nach den Regeln des Tauschvertrages[44].

Infolge der Verweisung in Art. 237 OR sind damit die Gewährleistungsregeln des Kaufvertrages massgebend, also Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR, soweit diese Bestimmungen nicht durch Art. 238 OR modifiziert werden[45].

Die AG oder GmbH bzw. der Sacheinleger können damit grundsätzlich alle Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts des Tausch- bzw. Kaufrechts geltend machen[46]. Insbesondere kann die AG oder GmbH (bei Mängeln des eingelegten Unternehmens), aber auch der Sacheinleger (bei Mängeln der AG oder GmbH) Wandelung geltend machen[47]. Allerdings steht aus praktischen Gründen die Minderung und der Schadenersatz im Vordergrund[48].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Unternehmenskauf besteht eine Haftung aufgrund von Art. 197 ff. OR (bei Fehlen von Zusicherungen) nur bei Mängeln, die beim share deal die in Wertpapieren verkörperten Anteile am Unternehmen, und beim asset deal Sachen im sachenrechtlichen Sinn, die Teil des Unternehmens sind, betreffen. Dem ist nicht zuzustimmen. Vielmehr besteht eine Haftung (bei Fehlen von Zusicherungen) auch dafür, dass das Unternehmen als solches keine körperlichen oder rechtlichen Mängel hat, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern[49].

Dennoch (oder gerade wegen der Unsicherheiten im Zusammenhang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) empfiehlt es sich, im Sacheinlagevertrag auf Zusicherungen, vor allem seitens der AG oder GmbH bezüglich des eingelegten Unternehmens, zu bestehen bzw. überhaupt die Gewährleistung (nicht nur die im engeren Sinn) umfassend vertraglich zu regeln[50].

Eine solche Zusicherung ist auch die Zusicherung des Sacheinlegers, dass das eingelegte Unternehmen einen bestimmten Wert hat. Eine solche Zusicherung wird in der Regel mindestens implizite vorliegen[51]. Liegt sie nicht einmal implizite vor, liegt im Nichterreichen des angegebenen Werts des eingelegten Unternehmens ein Mangel, der die Tauglichkeit des eingelegten Unternehmens zum vorausgesetzten Gebrauch, nämlich zuerst einmal der korrekten Liberierung, aufhebt bzw. erheblich mindert[52].

---

41 Und in Art. 37 lit. b FusG beim Spaltungsvertrag.

42 Zu den Anforderungen des FusG z.B. *Schenker,* Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 4 ff., zur Spaltung; *Turin* (Fn. 7) 147 ff.; siehe auch *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1102, Fn. 63, mit der Frage, ob u.U. auch nicht im Inventar erwähnte Aktiven übergehen können; dazu *Rolf Watter/Raffael Büchi,* Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-)Gesellschaft, in: Mergers & Acquisitions V, herausgegeben von *Rudolf Tschäni,* Zürich 2003, 20, die richtigerweise davon ausgehen, dass das Inventar (insbesondere unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen, dazu in Bezug auf die Mitteilung bzw. Auskündigung nach Art. 181 Abs. 1 OR z.B. BGE 129 III 167) auszulegen ist und dass demzufolge nur Aktiven nach Art. 72 FusG beim übertragenden Rechtsträger verbleiben, die auch nach einer Auslegung nicht vom Inventar erfasst werden; kritisch zu den Anforderungen des FusG *Büchi* (Fn. 11) 157 ff.; dazu *Turin* (Fn. 7) 148; siehe auch *Bertschinger* (Fn. 4) 364 f. mit dem Plädoyer für eine praxisorientierte Auslegung von Art. 37 lit. b und Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG.

43 Siehe auch *Schenker,* Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 6 zur Spaltung.

44 Siehe schon IV. und V.

45 Zur einheitlichen Anwendung von Art. 192 ff. und 197 ff. OR auf den Unternehmenskaufvertrag, unabhängig davon, ob dieser als share deal oder asset deal zu qualifizieren ist, *Vischer* (Fn. 23) 337 f.

46 Zu den Rechtsbehelfen beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. *Tschäni* (Fn. 30) 156 ff. und *Markus Vischer,* Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ *2001* 361 ff.; zu den Rechtsbehelfen beim Tausch im Allgemeinen z.B. BK-*Giger,* Art. 238 OR N 1 ff. und *Thomas Aebersold,* Der Tausch nach schweizerischem Obligationenrecht, Bern 1997, 123 ff.

47 *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 57, insbesondere Fn. 110; *Schoop* (Fn. 18) 30, insbesondere Fn. 174, 33; *Kaufmann* (Fn. 15) 111 f.; a.M. *Huber* (Fn. 16) 51 f.; unklar *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1102 f.

48 *Büchi* (Fn. 11) Fn. 525; beim Unternehmenskauf im Allgemeinen *Tschäni* (Fn. 30) 170 f.; *Vischer* (Fn. 46) 361 f.

49 Zum Ganzen *Vischer* (Fn. 23) 336 f. (Fn. 11) 338 f.

50 Z.B. *Büchi* (Fn. 11) 85 ff.; *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1098; *Schoop* (Fn. 18) 33; beim Unternehmenskaufvertrag im Allgemeinen z.B. *Tschäni* (Fn. 30) 168, 176 f.; *Vischer* (Fn. 46) 368.

51 Siehe auch *Schoop* (Fn. 18) 53; ZK-*Siegwart,* Art. 628 OR N 16.

52 A.M. die herrschende Lehre, nach welcher der Wert einer Sache keine Eigenschaft dieser Sache ist und deshalb weder zugesichert noch vorausgesetzt werden kann, z.B. *Peter Böckli,* Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich 1998, 93 mit Verweisungen.

Eine weitere solche Zusicherung ist die Zusicherung der freien Verfügbarkeit nach Eintragung der AG oder GmbH bzw. der Kapitalerhöhung im Handelsregister[53].

Der Handelsregisterführer muss die Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung verweigern, wenn Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden[54].

Kommt es trotz Rechts- oder Sachmängeln zur Eintragung der AG oder GmbH bzw. der Kapitalerhöhung ins Handelsregister, so werden die Mängel nicht geheilt. Die Heilungswirkung von Art. 643 Abs. 2 OR[55] betrifft nur den Bestand der AG oder der GmbH bzw. der Kapitalerhöhung[56]. Sowohl die AG oder GmbH als auch der Sacheinleger können sich damit auch nach der Eintragung ins Handelsregister auf Rechts- und Sachmängel berufen.

Die Berufung auf Rechts- und Sachmängel ändert allerdings nichts an der Differenzhaftung des Zeichners der Sacheinlageaktien oder -stammanteile[57].

VII. Willensmängel

Die Berufung auf Willensmängel beim Abschluss des Sacheinlagevertrages bezüglich Eigenschaften der AG oder GmbH oder des eingelegten Unternehmens richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 21, 23–26 und 28–31 OR. Die entsprechenden Rechtsbehelfe kommen nach der wohl überwiegenden Lehre und Rechtsprechung konkurrierend zu den Ansprüchen des Gewährleistungsrechts im engeren Sinn zur Anwendung[58].

Willensmängel seitens des Sacheinlegers bezüglich (Unternehmens-) Mängel der AG oder der GmbH und seitens der AG oder GmbH bezüglich des eingelegten Unternehmens bewirken die Unverbindlichkeit, oder, in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR, die Teilunverbindlichkeit oder modifizierte Teilunverbindlichkeit des Sacheinlagevertrages[59].

Der Handelsregisterführer muss die Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung verweigern, wenn Willensmängel beim Abschluss des Sacheinlagevertrages geltend gemacht werden[60].

Kommt es trotz Willensmängeln beim Abschluss des Sacheinlagevertrages zur Eintragung ins Handelsregister, so werden die Willensmängel nicht geheilt. Sowohl die AG oder GmbH als auch der Sacheinleger können sich damit auch nach der Eintragung ins Handelsregister auf Willensmängel berufen.

Willensmängel ändern allerdings nichts an der Differenzhaftung des Zeichners der Sacheinlageaktien oder -stammanteile[61]. In diesem Sinne (und nur so) ist die herrschende Rechtsprechung und Lehre bezüglich Ausschluss der Berufung auf Willensmängel nach der Eintragung ins Handelsregister[62] zu verstehen[63]. Es verhält sich nicht anders als bei Ansprüchen aus Gewährleistung im engeren Sinn.

Entsprechend heilt die Eintragung der AG oder der GmbH bzw. der Kapitalerhöhung die (Willens-)Mängel bei Abschluss des Sacheinlagevertrages nicht. Eine Heilung ist nur durch den Neuabschluss des Sacheinlagevertrages frei von Willensmängeln möglich. Eine Kapitalherabsetzung mit anschliessender Kapitalerhöhung ist nicht (unbedingt) nötig[64].

VIII. Differenzhaftung des Zeichners

Kommt es aufgrund von Gewährleistungsansprüchen zur ganzen oder teilweisen Rückabwicklung des Sacheinlagevertrages (z.B. bei vollständiger oder teilweiser Entwehrung, Wandelung, Unverbindlichkeit, teilweiser oder modifizierter Unverbindlichkeit) und/oder zu Ausgleichszahlungen des Sacheinlegers an die AG oder GmbH oder zu Ausgleichszahlungen der AG oder GmbH an den Sacheinleger oder Dritte (z.B. Minderung oder Schadenersatz), so sind die gesellschaftsrechtlichen Normen zu beachten.

53 *Widmer* (Fn. 18) 336; siehe auch V.

54 Zur Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers im Allgemeinen z.B. *Schneider* (Fn. 18) 168 ff.

55 Welche Bestimmung analog auch für Kapitalerhöhungen, z.B. OR-*Eckert,* Art. 933 OR N 4; *Schneider* (Fn. 18) 116 f. mit Hinweis auf abweichende Meinungen, und analog auch für das GmbH-Recht gilt, z.B. OR-*Schenker,* Art. 783 OR N 3; *Schneider* (Fn. 18) 113.

56 Z.B. Kassationsgericht des Kantons Zürich SJZ *1947* 364, bezüglich Formmängel; im Allgemeinen, insbesondere auch zur Absolutheit bzw. Relativität des Prinzips z.B. auch *Schneider* (Fn. 18) 113 ff. und *Böckli* (Fn. 35) N 103, je mit Hinweis auf abweichende Meinungen; zur heilenden Wirkung der Handelsregistereintragung bei der Vermögensübertragung z.B. *Turin* (Fn. 7) 162 f., 173; *Loser-Krogh* (Fn. 10) 1102 f.

57 Dazu VIII.

58 Dazu beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. *Tschäni* (Fn. 30) 172 ff.; *Vischer* (Fn. 46) 366 ff.

59 Z.B. *Vischer* (Fn. 46) 366 f.

60 *Forstmoser* (Fn. 15) § 12 N 107 ff.

61 Dazu VIII.

62 Z.B. BGE 102 Ib 24; *Schneider* (Fn.18) 139 ff.; *Widmer* (Fn. 18) 334; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 17 N 35; *Böckli* (Fn. 35) N 47b; *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 58, 12 N 111 ff.

63 Gl.M. wohl *Schoop* (Fn. 18) 29; a.M. wohl *Vuille* (Fn. 16) 85 f.

64 Ähnlich wohl *Schneider* (Fn. 18) 116.

Keine Probleme[65] bereitet die ganze oder teilweise Rück- oder Weiterübertragung des eingelegten Unternehmens auf den Sacheinleger oder einen Dritten (z.B. bei vollständiger oder teilweiser Entwehrung), wenn der Sacheinleger aufgrund des Gewährleistungsrechts eine adäquate Ausgleichszahlung an die AG oder GmbH (z.B. Schadenersatz) leisten muss und so statt mittels Sacheinlage ganz oder teilweise quasi bar liberiert[66].

Bei entsprechender Wahl durch die AG[67] kann diese Ausgleichszahlung an die AG auch in Aktien der AG erfolgen, wenn die Regeln von Art. 659 ff. OR[68] eingehalten werden. Diese Möglichkeit besteht für die GmbH nicht, weil der Erwerb der teilliberierten Stammanteile nicht zur Befriedigung von Forderungen gegen den Sacheinleger, «die nicht aus der Beteiligung am Stammkapital selbst herrühren», dient[69].

Fliesst bei einer ganzen oder teilweisen Rück- oder Weiterübertragung des eingelegten Unternehmens keine solche Ausgleichszahlung oder ist sie nicht adäquat oder muss die AG oder GmbH eine Ausgleichszahlung leisten, so liegt eine blosse Teilliberierung durch den Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile vor[70].

In diesem Fall muss die AG oder GmbH ihr Kapital entsprechend dem Fehlbetrag nach den Regeln von Art. 732 ff. OR (Aktienrecht) und 788 OR (GmbH-Recht)[71] herabsetzen[72].

Sie kann aber bei genügend frei verwendbarem Eigenkapital auch die Restliberierungsschuld[73] nach den Regeln von Art. 671 ff., 698 Abs. 2 Ziff. 4, 728 f. OR, usw. (Aktienrecht) oder Art. 805 i.V. 671 ff., 810 Abs. 1 Ziff. 4 OR, usw. (GmbH-Recht) an den Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile ausschütten, wenn gleichzeitig entsprechende Beträge an die allenfalls vorhandenen anderen Aktionäre ausgeschüttet werden[74].

Die AG oder GmbH muss bei einer Kapitalherabsetzung oder Ausschüttung ihr Kapital gleichzeitig nach den Regeln von Art. 650 ff. OR (Aktienrecht) und 786 f. OR (GmbH-Recht) wieder erhöhen. Sie kann für die Kapitalerhöhung auf den Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile greifen[75].

Sie kann aber auch auf die (formelle) Kapitalerhöhung verzichten und vom Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile einen Einschuss, auch Zuzahlung[76] oder freie Zuschüsse oder Zahlungen à fonds perdu[77] genannt (nicht zu verwechseln mit den Nachschüssen gemäss Art. 803 OR), in der Höhe des Fehlbetrags verlangen.

Zudem kann die AG oder GmbH den Fehlbetrag auch mit frei verwendbarem Eigenkapital liberieren[78], wenn gleichzeitig den allenfalls vorhandenen anderen Aktionären Aktien in entsprechender Höhe zuerkannt werden.

Der Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile ist zur entsprechenden Kapitalerhöhung oder zum entsprechenden Einschuss bis zur Höhe des mit dem eingelegten Unternehmen liberierten Nennwertes und Agios verpflichtet[79].

Unter Umständen bedeutet dies eine Zahlung über diesen Nennwert und dieses Agio hinaus, z.B. dann, wenn das eingelegte Unternehmen überschuldet war und der Sacheinleger keine Ausgleichszahlung leistet.

65 Unter dem Gesichtspunkt von Art. 678 und 680 Abs. 2 OR (Aktienrecht; zu Art. 678 und 680 Abs. 2 OR z.B. Handkomm-*Vischer,* OR 678 N 1 ff. und OR 680 N 1 ff.) und Art. 798 Abs. 2 und 806 OR (GmbH-Recht); siehe aber auch *Schneider* (Fn. 18) 141, welcher der Meinung ist, Art. 680 Abs. 2 und Art. 798 Abs. 2 OR seien nicht anwendbar.

66 *Geiser* (Fn. 16) 67; siehe auch *Schoop* (Fn. 18) 30, nach der eine solche Nachliberierung richtige Erfüllung des Sacheinlageversprechens ist.

67 Zu diesem Wahlrecht der mangelfrei liefernden Partei beim Tauschvertrag bei Teilbarkeit der gehörig erbrachten Leistung im Allgemeinen z.B. *Aebersold* (Fn. 46) 156 f.

68 Welche auch auf teilliberierte Aktien anwendbar sind, so z.B. OR-*von Planta/Lenz,* Art. 659 OR N 5; a.M. *Böckli* (Fn. 35) N 419b.

69 Art. 807 Abs. 1 OR.

70 Zum Begriff der Liberierung z.B. *Böckli* (Fn. 35) N 47b, der die Leistung von Nennwert und Agio, also des gesamten Ausgabebetrages, erfasst.

71 Siehe auch Art. 798 Abs. 2 OR.

72 Siehe z.B. *Böckli* (Fn. 35) N 47m, 49b, 419b, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 62) § 17 N 38, betreffend Rückgängigmachung der Liberierungspflicht mittels Kapitalherabsetzung; siehe auch *Forstmoser* (Fn. 15) § 12 N 20, *Geiser* (Fn. 16) 64, und *Kaufmann* (Fn. 15) 112, zur Kapitalherabsetzung zur Ermöglichung der Wandelung, und *Geiser* (Fn. 16) 62, zur Kapitalherabsetzung zur Ermöglichung der Vertragsaufhebung infolge Entwehrung.

73 Zur Sachdividende siehe z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 62) § 40 N 64 ff.

74 A.M. wohl *Böckli* (Fn. 35) N 47m, 49b, 419b.

75 Siehe *Böckli* (Fn. 35), N 103, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 62) § 17 N 36 f. betreffend Wiederaufleben, bzw. besser Nichtuntergang, der Liberierungspflicht, wenn die Sacheinlage nicht oder nicht im vorgeschriebenen Umfang erfolgt; siehe auch *Widmer* (Fn. 18) 372, 374, und *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 N 57 und § 12 N 20; siehe auch BGE 109 II 129; zur Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Wiedererhöhung z.B. OR-*Küng,* Vor Art. 732–735 OR N 12 ff. Art. 788 OR N 5.

76 OR-*Küng,* Vor Art. 732–735 OR N 15.

77 *Böckli* (Fn. 35) N 923.

78 Z.B. OR-*Schenker,* Art. 634a OR N 9; a.M. *Böckli* (Fn. 35) N 47m.

79 Siehe z.B. *Schneider* (Fn. 18) 178 f.; *Schoop* (Fn. 18) 20, 30, 53, bezüglich Differenz zwischen Anrechnungswert der Sacheinlage und wirklichem Wert; *Huber* (Fn. 16) 99.

Diese Haftung der Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile gegenüber der AG oder GmbH ergibt sich aus dem Prinzip der Kapitalaufbringung[80] und ist eine gesetzliche Haftung. Sie ist verschuldensunabhängig[81]. Sie besteht unabhängig vom Sacheinlagevertrag und insbesondere auch unabhängig von allfälligen Rechts- und Sachmängeln der AG oder GmbH bzw. des eingelegten Unternehmens und von Willensmängeln[82].

Die (Differenz-)Haftung[83] besteht nicht nur im geschilderten Zusammenhang mit der Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlageverträgen. Sie besteht auch, wenn der Sacheinlagevertrag formungültig oder seine Erfüllung unmöglich ist[84].

Es besteht generell eine Haftung des Zeichners der Sacheinlageaktien oder -stammanteile gegenüber der AG oder GmbH für die Differenz zwischen dem Anrechnungswert der Sacheinlage[85] und dem (geringeren) wirklichen Wert der Sacheinlage, ob sich die Differenz nun deshalb ergibt, ob die Sacheinlage ganz oder teilweise zurück- oder weiterübertragen wurde oder weil sie weniger wert ist[86].

Im deutschen GmbH-Recht ist die Differenzhaftung in § 9 GmbHG positivrechtlich geregelt. Sie gilt aber trotz positivrechtlicher Regelung aufgrund des Prinzips der Kapitalaufbringung auch im deutschen Aktienrecht[87].

IX. Kaduzierung und weitere Rechtsbehelfe?

Es fragt sich, ob bei Rechts- und Sachmängeln des eingelegten Unternehmens, also bei Schlechterfüllung des Sacheinlagevertrages seitens des Sacheinlegers, die AG oder GmbH neben den geschilderten vertraglichen Rechtsbehelfen gegen den Sacheinleger und den geschilderten Ansprüchen gegen den Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile aus der Differenzhaftung auch die Möglichkeit hat, nach Art. 681 f. und 799 ff. OR vorzugehen.

Die Kaduzierung nach diesen Bestimmungen ist ein Rechtsbehelf, welcher der AG bzw. der GmbH im Falle der nicht rechtzeitigen Erfüllung der Liberierungspflicht[88], also bei Verzug mit der Erfüllung der Liberierungspflicht, zur Verfügung steht. An sich ist die Schlechterfüllung keine nicht rechtzeitige Erfüllung[89]. Dennoch scheint es angesichts des Charakters der Differenzhaftung[90] gerechtfertigt, der AG oder GmbH die Möglichkeit der Kaduzierung bei Rechts- und Sachmängeln des eingelegten Unternehmens einzuräumen[91]. Sie steht damit der AG oder GmbH insbesondere auch bei einer Überbewertung des eingelegten Unternehmens zur Verfügung[92].

Entsprechend kann die AG oder GmbH bei Rechts- und Sachmängeln des eingelegten Unternehmens auch die weiteren Rechtsbehelfe nach Art. 681 f. und 799 ff. OR wie den Anspruch auf Verzugszinse und den Anspruch auf eine Konventionalstrafe und auch die allgemeinen Rechtsbehelfe bei Verzug wie die Leistungsklage und die Schadenersatzklage geltend machen[93].

Die Kaduzierung und die weiteren Rechtsbehelfe bei nicht rechtzeitiger Erfüllung stehen der AG oder GmbH auch bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Verpflichtungen des Zeichners der Sacheinlageaktien oder -stammanteile aus der Differenzhaftung[94] zur Verfügung[95].

80 Dazu *Böckli* (Fn. 35) N 40a.

81 *Schoop* (Fn. 17) 30.

82 Siehe schon VII; siehe auch *Schoop* (Fn. 18) 31, mit Betonung des garantieähnlichen Charakters der Liberierungspflicht des Zeichners, wenn er mit dem Sacheinleger nicht identisch ist.

83 Von *Schoop* (Fn. 18) 31, Haftung aus Zeichnung genannt.

84 Z.B. *Schneider* (Fn. 18) Fn. 776, 203; *Forstmoser* (Fn. 15) § 10 Fn. 110.

85 Dazu z.B. *Schoop* (Fn. 18) 55.

86 Zu letzterem, insbesondere auch zum massgebenden Zeitpunkt, z.B. *Schneider* (Fn. 18) 181 f., 202 f.; leicht abweichend bezüglich Verschuldensunabhängigkeit OR-*Amstutz,* Art. 799 OR N 3; siehe auch zur verschuldensunabhängigen Haftung der Gesellschafter einer GmbH für die Differenz zwischen dem Anrechnungswert der Sacheinlage und dem (geringeren) wirklichen Wert der Sacheinlage nach Art. 802 OR, z.B. OR-*Amstutz,* Art. 802 OR N 10; leicht abweichend bezüglich Verschuldensunabhängigkeit z.B. *Schoop* (Fn. 18) 175 ff. mit weiteren Nachweisen.

87 Z.B. *Pentz* (Fn. 16) Art. 27 AktG N 5, 44, 51.

88 D.h. der Pflicht zur Liberierung von Nennwert und Agio, z.B. *Schneider* (Fn. 18) 129 f. mit Hinweis auf abweichende Meinungen.

89 Für das Werkvertragsrecht z.B. *Peter Gauch,* Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N 659, 2330; siehe aber auch Art. 258 Abs. 1 OR mit einer Gleichschaltung der Rechtsfolgen bei Schlechterfüllung und nicht rechtzeitiger Erfüllung.

90 Dazu VIII.

91 Bezüglich Schlechterfüllung im Allgemeinen *Rolf Bär,* Die Haftung des Gesellschafters nach schweizerischem GmbH-Recht, Jusletter 14. April 2003, N 20; ZK-*Siegwart,* Art. 628 OR N 44.

92 *Schneider* (Fn. 18) 181 f., 202 f., wohl auch *Widmer* (Fn. 18) 184 f.; a.M. wohl *Bär* (Fn. 91) N 22; OR-*Amstutz* Art. 799 OR N 3; *Geiser* (Fn. 16) 71; *Kaufmann* (Fn. 15) 112 f.

93 Dazu z.B. OR-*Kurer,* Art. 681/682 OR N 6; OR-*Amstutz,* Art. 799 OR N 10; *Widmer* (Fn. 18) 190 f. geltend machen.

94 Dazu VIII.

95 *Schoop* (Fn. 18) 30.

X. Weitere Rechtsbehelfe bei Rechts- und Sachmängeln

Neben den genannten vertraglichen und gesetzlichen Rechtsbehelfen stehen u.U. bei Rechts- und Sachmängeln die weiteren allgemeinen Rechtsbehelfe zur Verfügung, wie z.B. die Rechtsbehelfe der AG oder GmbH aus Art. 753 OR (Aktienrecht) und Art. 827 i.V. Art. 753 OR (GmbH-Recht) gegen den Sacheinleger und den Zeichner oder die Rechtsbehelfe aus Art. 108 FusG.

Ob u.U. der Rechtsbehelf gemäss Art. 106 f. FusG bei Rechts- und Sachmängeln der AG oder GmbH bzw. des eingelegten Unternehmens zur Verfügung steht, ist offen. Führen Rechts- und Sachmängel des eingelegten Unternehmens z.B. dazu, dass kein Aktivenüberschuss im Sinne von Art. 71 Abs. 2 FusG vorhanden ist, so lässt sich vertreten, dass eine Verletzung des FusG und damit ein Mangel im Sinne von Art. 106 FusG vorliegt und demzufolge der Rechtsbehelf gemäss Art. 106 f. FusG zur Verfügung steht.

XI. Schlussfolgerungen

Die Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlageverträgen über Unternehmen richtet sich nach den üblicherweise auf den Tauschvertrag anwendbaren Regeln, unabhängig davon, ob die Gründung bzw. die Kapitalerhöhung bereits im Handelsregister eingetragen ist. Insbesondere ist die Geltendmachung der Wandelung und die Berufung auf Willensmängel auch nach der Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung ins Handelsregister möglich.

Allerdings sind die gesellschaftsrechtlichen Implikationen der Sach- und Rechtsgewährleistung zu beachten. Führt die Rechts- und Sachgewährleistung zu einer ganzen oder teilweisen Rück- oder Weiterübertragung des eingelegten Unternehmens, ohne dass eine Ausgleichszahlung an die AG oder GmbH geleistet wird, oder ist diese nicht adäquat, oder führt die Rechts- und Sachgewährleistung gar dazu, dass die AG oder GmbH eine Ausgleichszahlung leisten muss, so hat die AG oder GmbH ihr Kapital wiederherzustellen. Zu diesem Zwecke kann sie aufgrund der Differenzhaftung auf den Zeichner der Sacheinlageaktien oder -stammanteile greifen.