Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium

(Handelndenhaftung [Art. 645 OR], Sachübernahmen [Art. 628 Abs. 2 OR] und «Gründervorteile» [Art. 628 Abs. 3 OR] revisited)

Von Dr. Markus D. Vischer

In practice the founders of a corporation are often conducting business for the corporation even before the corporation has been set up. This raises various questions, i.a. how this activity is to be legally qualified and how the manifestations of this activity like contracts can be transferred to the corporation. The relationship between the founders must normally be qualified as a simple partnership pursuant to article 530 et seq. CO. When transferring such activities to the corporation, article 645 CO is often applicable and allows the founders a clean exit if the corporation assumes all rights and liabilities of the founders. If however the corporation is not set up or does not assume the liabilities the founders remain personally liable for the liabilities they entered into on behalf of the corporation. Besides article 645 CO, article 628 para 2 CO and further provisions on acquisitions in kind and article 628 para 3 CO and further provisions on privileges to founders need to be respected. If said provisions are not complied with the mentioned transfers might be null and void and founders risk civil law- and even criminal law-liabilities. Thus the founders should carefully plan their activity and the subsequent transfer to the newly created corporation and comply with all applicable provisions in order not to face personal liabilities.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Entstehungsstadien einer AG
III. Art. 645 OR
- **1. Art der Verantwortlichkeit**
- **2. Anwendbarkeit unter den Handelnden selber**
- **3. Aktualisierung der Verantwortlichkeit der Handelnden**
- **4. Verantwortlichkeit der AG**
- **5. Nichtanwendbarkeit von Art. 645 OR**

IV. Sachübernahmebestimmungen
V. Bestimmungen zu den «Gründervorteilen»
VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Vielfach sind die Gründer schon vor der Gründung einer AG für diese tätig. Dabei geht es meist nicht nur um die Gründungsvorbereitung und um Vorbereitungshandlungen für die zukünftige Geschäftsausübung, sondern bereits um eine Geschäftsausübung für die AG.

Es stellen sich alsdann Fragen, wie diese Geschäftsausübung rechtlich einzuordnen ist und wie die Geschäfte auf die AG übertragen werden können. Es stellt sich weiter die Frage, welche Risiken die Handelnden dabei eingehen und wie sie diese möglichst klein halten.

II. Entstehungsstadien einer AG

Unbestritten ist, dass eine AG erst mit dem Handelsregistereintrag entsteht, dieser also für die Entstehung der AG konstitutiv ist.[1]

Umstritten ist dagegen die Qualifizierung der vertraglichen Beziehung der Beteiligten vor dem Handelsregistereintrag.[2] Zu Recht hat das Bundesgericht diesbezüglich festgestellt, dass diese Phase sehr heterogen ist und sich oft durch ein Nebeneinander von Abreden verschiedenster Qualität auszeichnet.[3]

Im Regelfall wird eine Gründungsgesellschaft[4] in der Form der einfachen Gesellschaft i.S. von

1 Art. 643 Abs. 1 OR; z.B BSK OR II-*Schenker,* Art. 643 OR N 1; umstritten ist dagegen, ob die Handelsregisterlöschung für den Untergang der AG konstitutiv ist, dazu z.B. *Markus Vischer,* Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 567 f.

2 Z.B. *Peter Forstmoser,* Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Zürich 1981, § 8 N 29 ff. m.w.N.

3 BGE 102 II 420, E. 2b; s. auch BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 150 ff.

4 Zum Begriff, aber auch zur diesbezüglichen Begriffsvielfalt z.B. *Peter Jung,* Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 79, Fn. 1; *Rolf Bär,* Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Max Kummer, Bern 1980, 78; *Remigius Küchler,* Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, herausgegeben von Max Boemle/Willi Geiger/Mario M. Pedrazzini/Walter R. Schluep, Zürich 1971, 231.

Art. 530 ff. OR vorliegen,[5] was sich auch aus einer analogen Anwendung von Art. 62 ZGB ergibt.[6]

Eine Kollektivgesellschaft i.S. von Art. 552 ff. OR dürfte nur sehr selten gegeben sein.[7]

Umgekehrt liegt im Regelfall kein Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR (mit der verbindlichen Verpflichtung zur Gründung einer AG) vor,[8] womit der entsprechende Vertrag nicht *per se* formbedürftig ist.[9]

Liegt eine Gründungsgesellschaft in der Form einer einfachen Gesellschaft vor, so ist primär das Recht der einfachen Gesellschaft, also Art. 530 ff. OR, anwendbar, allerdings nur, soweit es nicht durch Sondernormen wie Art. 645 OR oder 752 ff. OR verdrängt wird[10] oder die Parteien (ausdrücklich oder konkludent) etwas Abweichendes vorsehen, z.B. durch Vereinbarung der Anwendbarkeit des Rechts der zu gründenden Gesellschaft.[11] Letzteres mag insbesondere dann der Fall sein, wenn keine Vorerrichtungsgesellschaft, auch Vorgründungsgesellschaft genannt (= Gründungsgesellschaft vor Abgabe der Gründererklärung nach Art. 629 Abs. 1 OR)[12] mehr besteht, sondern bereits eine sogenannte Vorgesellschaft (= Gründungsgesellschaft nach Abgabe der Gründererklärung nach Art. 629 Abs. 1 OR)[13] vorliegt.[14]

Die Gründungsgesellschaft in der Form einer einfachen Gesellschaft mag bei entsprechenden Regelungen auch nach der Gründung der Gesellschaft z.B. in der Form eines Aktionärbindungsvertrags fortdauern.[15] Im Regelfall endet sie jedoch mit der Gründung der Gesellschaft.[16]

Kommt es bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft nicht zur Gründung der geplanten AG, dürfte in Bezug auf die Gründungsgesellschaft der Auflösungsgrund von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR (Unmöglichkeit der Zweckerreichung) gegeben sein, wodurch die Gründungsgesellschaft in Liquidation tritt und zu liquidieren ist.[17]

Zu den Rechtsverhältnissen vor der Gründung bei einer Einpersonengründung z.B. *Jung,* 84.[18]

III. Art. 645 OR

1. Art der Verantwortlichkeit

Art. 645 OR regelt die Verantwortlichkeit der im Namen einer zu gründenden AG Handelnden (auch Handelndenhaftung genannt),[19] wenn die betreffende AG nicht gegründet wird oder wenn sie die Übernahme des Geschäfts ablehnt.[20] Der Begriff der Handelnden ist dabei weit auszulegen und umfasst nicht nur den unmittelbar Handelnden, sondern alle Personen in dessen Hintergrund, also Personen, mit deren Willen und Wissen der unmittelbar Handelnde handelt.[21] Handeln i.S. von Art. 645 OR bedeutet

5 *Pascal Trösch,* Rechtsgeschäfte für die in Gründung befindliche AG, Basel 1992, 18 ff.; apodiktischer BGE 123 III 24, E. 2d; 104 Ib 265, E. 1: «Die Gründer einer Aktiengesellschaft bilden bis zu deren Eintragung eine einfache Gesellschaft (…)»; gl.M. z.B. ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 113; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 92; *Forstmoser* (Fn. 2), § 8 N 29 f., 35 ff.

6 *Forstmoser* (Fn. 2), § 8 N 30.

7 *Trösch* (Fn. 5), 19.

8 *Jung* (Fn. 4), 80 f.; BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 262; apodiktischer gegen Vorvertrag ZK-*Handschin/Vonzun*, Art. 530 OR N 114.

9 S. auch BGE 102 II 420, E. 2b, wo die Formbedürftigkeit selbst dann verneint wird, wenn ein Vorvertrag vorliegen würde.

10 *Forstmoser* (Fn. 2), § 8 N 41.

11 ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 113, Art. 533 OR N 48.

12 Zum Begriff Vorerrichtungsgesellschaft z.B. *Jung* (Fn. 4), 79; zum in Deutschland gebräuchlichen Begriff der Vorgründungsgesellschaft z.B. *Dirk Solveen,* in: Aktiengesetz, herausgegeben von Wolfgang Hölters, München 2011, § 41 AktG N 3.

13 Zum Begriff z.B. OFK-*Zürcher,* Art. 645 OR N 2; *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 92; *Bär* (Fn. 4), 77; *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 3 zum deutschen Recht.

14 ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 533 OR N 48; *Trösch* (Fn. 5), 28 ff.; *Forstmoser* (Fn. 2), § 8 N 43 ff.; apodiktischer für die Anwendung des Rechts der zu gründenden Gesellschaft im Innenverhältnis z.B. BK-*Fellmann/Müller*, Art. 530 OR N 153, 267, welche deshalb auch von der Vorgesellschaft als «Gesellschaftsform eigener Art» sprechen.

15 *Bär* (Fn. 4), 78.

16 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR (Zweckerreichung); ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 115; BK-*Fellmann/Müller*, Art. 530 OR N 265.

17 ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 115; BK-*Fellmann/Müller*, Art. 530 OR N 265.

18 S. z.B. auch *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 18 zum deutschen Recht.

19 Z.B. *Jung* (Fn. 4), 84; *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 20 zum deutschen Recht.

20 S. auch die entsprechenden Bestimmungen im GmbH- und Genossenschaftsrecht: Art. 779*a* OR und Art. 838 Abs. 2 und 3 OR.

21 Urteil des Bundesgerichts 4C.273/2003 vom 7. Januar 2004, E. 3.2.2; BGE 123 III 24, E. 2c; 83 II 291, E. 2; 76 II 164, E. 1; *Forstmoser* (Fn. 2), § 8 N 11.

(grundsätzlich) rechtsgeschäftliches Handeln[22] im Namen einer zu gründenden AG (bzw. mindestens auch im Namen einer zu gründenden AG).[23]

Die Rechtsnatur der Verantwortlichkeit der Handelnden nach Art. 645 OR ist umstritten. Zur Diskussion stehen die Haftungstheorie und die Erfüllungstheorie: Nach der Haftungstheorie haben die Handelnden im Wesentlichen lediglich Schadenersatz zu leisten. Nach der Erfüllungstheorie müssen und dürfen sie inhaltlich dasselbe leisten (und fordern), was die AG hätte leisten müssen (und hätte fordern können).[24] Das Bundesgericht und die herrschende Lehre haben sich für die Erfüllungstheorie entschieden.[25]

Nach der hier vertretenen Meinung hängt es vom Parteiwillen im konkreten Fall ab, ob die Haftungstheorie oder die Erfüllungstheorie zur Anwendung kommt,[26] womit auch gesagt ist, dass die Verantwortlichkeit nach Art. 645 OR kein Anwendungsfall von Art. 39 OR ist, nachdem diese Bestimmung die Erfüllungstheorie nicht stützt und auch für die Haftungstheorie nicht passt, weil bei Art. 645 OR der Dritte zwingend von der Nichtexistenz der AG ausgeht,[27] während er dies bei Art. 39 OR, damit Art. 39 OR greift, nicht tut, sondern vielmehr von der Existenz der AG ausgeht.[28] Damit ist auch gesagt, dass Art. 645 OR kein Anwendungsfall von Art. 111 OR ist, weil bei Art. 645 OR im fremden und bei Art. 111 OR im eigenen Namen gehandelt wird.[29]

Weiter ist damit auch gesagt, dass Art. 645 OR nicht zwingender Natur ist.[30]

Sollen die im Namen der AG geschlossenen Verträge von den Handelnden und/oder der Gegenpartei bereits vor der Gründung der AG erfüllt werden bzw. werden diese Verträge bereits vor der Gründung der AG erfüllt, ist vermutungsweise eher die Erfüllungstheorie anzuwenden, während bei im Namen der AG geschlossenen Verträgen, die erst nach der Gründung AG erfüllt werden sollen bzw. erfüllt werden, vermutungsweise die Haftungstheorie anzuwenden ist.

2. Anwendbarkeit unter den Handelnden selber

Es ist unklar, ob Art. 645 OR auch unter den Personen gilt, die als Handelnde im Sinne von Art. 645 OR gelten.[31] Das Bundesgericht entscheidet die Frage zu Recht nach dem Parteiwillen im konkreten Fall.[32]

Hat der Handelnde (meist als zukünftiger Aktionär) ein wesentliches Interesse an der Gründung der AG, ist vermutungsweise eher davon auszugehen, dass Art. 645 OR nicht anwendbar ist.[33] Das ist im

22 *Trösch* (Fn. 5), 39; *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 22 zum deutschen Recht.

23 S. BGE 128 III 137, in welchem Fall ein Handeln im Namen einer zu gründenden Gesellschaft oder einer existierenden, aber noch umzufirmierenden AG zur Diskussion stand.

24 Zum ähnlichen Theorienstreit im Rahmen von Art. 568 OR s. ZK-*Handschin/Chou*, Art. 568–569 OR N 43 ff.

25 Z.B. BGE 123 III 24, E. 1 ff. m.w.N.; s. auch *Trösch* (Fn. 5), 62 ff. mit einer Mischform zwischen Haftungstheorie und Erfüllungstheorie; zum abweichenden Haftungsinhalt der Handelndenhaftung nach deutschem Recht z.B. *Andreas Pentz,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 41 AktG N 142 ff., welcher eher der Haftungstheorie entspricht.

26 S. zu diesem Ansatz auch bezüglich der Frage, ob Art. 645 OR auch unter den Handelnden gilt, III.2.

27 A.M. wohl *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 18 N 8.

28 Im Resultat gl.M. BGE 128 III 137, E. 3b; 123 III 24, E. 2d; *Trösch* (Fn. 5), 66 ff.; zur Anwendung von Art. 38 f. auch auf den Fall der Vertretung einer nicht existierenden Person z.B. BK-*Zäch,* Vorbemerkungen zu Art. 38–39 OR N 1, und *Andreas von Tuhr/Hans Peter,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 2. Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979, 405.

29 *Trösch* (Fn. 5), 71.

30 BGE 49 II 187, E. 2; *Marc Bauen/Robert Bernet/Nicolas Rouiller,* La société anonyme suisse, Zürich 2007, 44, Fn. 124; *Trösch* (Fn. 5), 56, 64; s. auch *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 23 zum deutschen Recht, wonach die Handelndenhaftung abdingbar ist; a.M. *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 434; CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 645 OR N 1, mit Hinweis auf ZR 2005, 37, E. 3.1.

31 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 14; *Bär* (Fn. 4), 79 f.

32 BGE 49 III 187, E. 2: «… so kann nach Sinn und Zweck des Art. 623 Abs. 2 OR [Vorgängerbestimmung von Art. 645 Abs. 1 OR] die persönliche Haftbarkeit der Handelnden nicht schlechthin absolut bestehen, sondern es wird immer auf den beidseitigen Parteiwillen bei Eingehung der Verpflichtungen und auf die Besonderheiten im einzelnen Falle abzustellen sein. Diese Berücksichtigung des Parteiwillens im konkreten Falle findet ihre Rechtfertigung in dem Umstande, dass die fragliche Gesetzesbestimmung nicht eine solche zwingenden Rechts ist …».

33 BGE 49 III 187, E. 2: Aufgrund einer vorangehenden Vereinbarung zwischen Baumann, Vogt und Kunz versprachen Baumann und Vogt dem Kunz im Namen der Alka A.-G., dass diese das Inventar des Fabrikationsgeschäfts zum Preis von CHF 34 000 von Kunz übernimmt. Dieses Geschäft wurde von der Alka A.-G. nach ihrer Gründung nicht übernommen, worauf Kunz gegen Baumann und Vogt Klage erhob. Das Bundesgericht sprach sich gegen die Anwendbarkeit von Art. 623 Abs. 2 OR, der Vorgän-

Regelfall bei Sacheinlageverträgen[34] oder bei Verträgen mit der AG in Gründung, mit welchen eine Forderung gegen die AG begründet werden soll, die Gegenstand einer Verrechnungsliberierungsgründung[35] sein soll, der Fall. Ist der Handelnde dagegen im Wesentlichen wie ein Dritter und nur wie ein Dritter betroffen, so ist vermutungsweise Art. 645 OR anwendbar.[36]

3. Aktualisierung der Verantwortlichkeit der Handelnden

Die Verantwortlichkeit der Handelnden nach Art. 645 OR aktualisiert sich nur, wenn die AG, in deren Namen gehandelt wurde, nicht gegründet wird oder die gegründete AG das Geschäft nicht innert dreier Monate nach ihrer Eintragung ins Handelsregister übernimmt (Art. 645 Abs. 2 OR) bzw. die Übernahme des Geschäfts innert dieser drei Monate ablehnt.[37] Wird die AG gegründet und übernimmt sie innert dreier Monate nach Eintragung ins Handelsregister das Geschäft, so werden die Handelnden von ihrer Verantwortlichkeit befreit.[38] Keine Rolle spielt, ob die AG den übernommenen Verpflichtungen anschliessend nachkommt oder nicht bzw. nachkommen kann oder nicht.[39] Keine Rolle spielt auch, ob das übernommene Geschäft form- und auch sonst gültig ist.[40] Denn die Handelnden sind nur für eine eventuelle Nichtgründung der AG bzw. eine eventuelle Nichtübernahme des Geschäfts durch die AG verantwortlich und nicht für mehr.[41]

Die Verantwortlichkeit der Handelnden ist solidarisch.[42] Die interne Auseinandersetzung unter den Handelnden richtet sich nach dem auf sie anwendbaren Recht, im Falle einer Gründungsgesellschaft in der Form der einfachen Gesellschaft also nach dem Recht der einfachen Gesellschaft,[43] vorbehältlich spezieller Situationen also primär nach Art. 533 OR.

Oft schliessen die Handelnden die Geschäfte (ausdrücklich oder konkludent[44]) aufschiebend bedingt durch die Gründung der AG und durch die Übernahme des Geschäfts durch die AG.

Dadurch erreichen sie, dass eine persönliche Inanspruchnahme bei Nichtgründung der AG und/oder bei Nichtübernahme der betreffenden Verträge durch die AG grundsätzlich ausgeschaltet wird,[45] mindestens wenn sie im Folgenden nicht wider Treu und Glauben handeln.[46]

Zur kontroversen Frage, ob die Handelnden einseitig auf die Bedingung der Gründung der AG und der Übernahme des Geschäfts verzichten und selber Erfüllung des Geschäfts verlangen können, s. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 16. Dezember 1965.[47] Die Antwort auf die Frage hängt natürlich auch von der Art der Verantwortlichkeit der Handelnden ab.[48]

gerbestimmung von Art. 645 Abs. 1 OR, aus, weil «Kunz … mit … Baumann und Vogt Gründer der Alka A.-G. [war]» und Kunz «die ganze Gründungsangelegenheit betrieb»; bestätigt in BGE 79 II 174, E. 2.

34 Apodiktischer *Trösch* (Fn. 5), 43 f.; etwas missverständlich *Lukas Handschin/Christof Truniger,* Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, § 4 N 10 bezüglich GmbH.

35 Zur Verrechnungsliberierungsgründung im Allgemeinen z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 27), § 15 N 28 ff.

36 BGE 83 II 291: Brügger versprach im Namen der Immo-Neugass AG dem Bauunternehmer Scheiwiler und Dr. Binder, dass diese gewisse Bauarbeiten ausführen dürfen. Dieses Geschäft wurde von der Immo-Neugass AG nach ihrer Gründung nicht übernommen, worauf das Bauunternehmen Scheiwiler gegen Brügger Klage erhob. Das Bundesgericht sprach sich für die Anwendbarkeit von Art. 645 OR aus, obwohl das Bauunternehmen Scheiwiler Aktien an der Immo-Neugass AG erhalten sollte, allerdings nur fiduziarisch und nur für eine kurze Zeit; *Trösch* (Fn. 5), 43; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 14.

37 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 19; zur notwendigen Identität von in Aussicht genommener und übernehmender AG Urteil des Obergerichts, II. Zivilkammer, LB030061 vom 29. April 2004, E. 4.1.

38 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 26.

39 Urteil des Bundesgerichts 4A_451/2008 vom 18. November 2008, E. 2.1, bezüglich Art. 783 Abs. 3 aOR, der Vorgängerbestimmung von Art. 779*a* Abs. 2 OR; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 26.

40 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 18.

41 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 18.

42 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 9; s. auch § 41 Abs. 1 (deutsches) AktG: Haftung als Gesamtschuldner.

43 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 21.

44 *Trösch* (Fn. 5), 56.

45 *Jean Nicolas Druey,* Gesellschafts- und Handelsrecht, Systematische Darstellung mit Einschluss des Rechts für börsenkotierte Gesellschaften und des Wertpapierrechts, Zehnte, völlig überarbeitete Aufl. der Teile III und IV des Werks von Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Eva Druey Jost/Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann, Zürich/Basel/Genf 2010, § 9 N 9; *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 432; *Trösch* (Fn. 5), 46; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 22.

46 S. Art. 152 und Art. 156 OR; *Trösch* (Fn. 5), 46 ff.

47 PKG 1965, 6, E. 2 und 3; s. zum einseitigen Verzicht auf eine Bedingung z.B. BSK OR I-*Ehrat,* Vor Art. 151–157 OR N 8.

48 S. III.1

4. Verantwortlichkeit der AG

Umgekehrt wird die AG nur verantwortlich (bzw. aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet), wenn sie das Geschäft (rechtsgeschäftlich)[49] übernimmt. Das gilt nach den allgemeinen Grundsätzen (zur Vertragsübernahme, zur Schuldübernahme etc.) auch, wenn kein Anwendungsfall von Art. 645 OR vorliegt, z.B. bei Geschäften unter den Handelnden.[50]

Die Übernahme kann im Anwendungsbereich von Art. 645 OR (aber auch ausserhalb, z.B. bei Sacheinlage- oder Verrechnungsliberierungsgründungen[51]) auch konkludent erfolgen.[52] Dies wird im Anwendungsbereich von Art. 645 OR z.B. bei Sachübernahmeverträgen mit Dritten oder bei sonst «unmittelbar mit der Gründung zusammenhängenden und für diese notwendigen Geschäfte»[53] mit Dritten in aller Regel der Fall sein, bei Sachübernahmegründungen bereits im Zeitpunkt der Eintragung der AG im Handelsregister. Auch bei ihnen ist aber grundsätzlich eine Übernahme des Geschäfts notwendig, damit die AG verantwortlich (bzw. aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet) wird.[54]

Eine besondere Form ist i.d.R. für die Übernahme nicht vorgeschrieben,[55] nicht einmal bei Grundstückgeschäften.[56]

Zuständig für die Übernahme ist der Verwaltungsrat,[57] auch wenn er ganz oder teilweise mit den Handelnden identisch ist.[58]

Allerdings gelten für die Übernahme dieselben gesellschaftsrechtlichen Grundsätze wie für das sonstige Handeln des Verwaltungsrats.

So sind z.B. die Regeln betreffend Interessenkonflikte und insbesondere bezüglich Insichgeschäfte[59] zu beachten, wenn der Verwaltungsrat ganz oder teilweise mit den Handelnden oder den Dritten identisch ist.[60] Die Anwendbarkeit der Regeln betreffend Insichgeschäfte ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Übernahme ein einseitiges Rechtsgeschäft ist.[61] Allerdings sind in den hier interessierenden Konstellationen die Verwaltungsräte und die Aktionäre oft identisch, sodass durch die konkludente Zustimmung der Aktionäre die Vertretungsmacht der Verwaltungsräte trotz Identität mit den Handelnden gegeben ist.[62] Liegt bezüglich Übernahme kein schriftlicher Verwaltungsratsbeschluss vor, so kann die Erfüllung der nach Art. 718*b* OR notwendigen Schriftform in vielen Fällen in der Einhaltung der Sachübernahmebestimmungen bzw. der Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» gesehen werden.[63]

Ebenso sind z.B. die Regeln von Art. 678 OR (bzw. von Art. 680 Abs. 2 OR)[64] zu beachten.[65]

Selbstverständlich wird die AG bei einer Übernahme eines Geschäfts nur verantwortlich, wenn das Geschäft form- und auch sonst gültig ist.[66] So wird ein Sachübernahmevertrag der AG in Gründung mit einem Aktionär oder einer dieser nahestehenden

49 *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 433.
50 S. III.2.
51 S. III.2.
52 ZR 2005, 37, E. 4.2; *Trösch* (Fn. 5), 80, 83; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 30; zur konkludenten Willenserklärung im Allgemeinen z.B. *Andreas von Tuhr/Hans Peter,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 1. Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974, 163 f.
53 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 32.
54 A.M. *Trösch* (Fn. 5), 87 ff.; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 13, 28, 32, 34, 39, s. aber § 10 N 86 a.E.; s. auch *Trösch* (Fn. 5), 83 ff. zur Herkunft der a.M.
55 Ausnahme z.B. in Fällen von Art. 718*b* OR, s. dazu gleich nachstehend.
56 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 30.
57 Urteil des Bundesgerichts 4C.8/2001 vom 16. August 2001, E. 2b; ZR 2005, 37, E. 4.1; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 33.
58 *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 33.
59 Zum Begriff des Insichgeschäfts z.B. BSK OR II-*Watter,* Art. 718*b* OR N 2.
60 Dazu im Allgemeinen z.B. BSK OR II-*Watter,* Art. 717 OR N 6*a*, 17; Art. 718*a* OR N 12 ff.; Art. 718*b* OR N 1 ff.
61 BSK OR II-*Watter,* Art. 718*b* OR N 3.
62 S. BGE 126 III 361, E. 5a; *Ralph Straessle/Hans Caspar von der Crone,* Die Doppelvertretung im Aktienrecht, SZW 2013, 343 f.; *Trösch* (Fn. 5), 82.
63 Weitergehend *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 39, nach dem die Einhaltung der Sachübernahmevorschriften auch die Übernahme nach Art. 645 Abs. 2 OR ersetzt; s. dazu bereits vorstehend; a.M. wohl *Niklaus Dietschi,* Beabsichtigte Sachübernahmen, Zürich/St. Gallen 2012, 226.
64 Zum Verhältnis der beiden Bestimmungen s. OFK-*Vischer,* Art. 680 OR N 14, 15, wonach der Schutz des eingezahlten Kapitals nach Art. 680 Abs. 2 OR bis auf das Wiederaufleben der Liberierungspflicht bei Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR nicht weiter geht als der Schutz nach Art. 678 OR; s. auch *Urs Kägi,* Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 185 ff., 403 ff., der ebenfalls für eine Neubestimmung des Bedeutungsinhalts von Art. 680 Abs. 2 OR plädiert, sich bei einer Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR aber gegen ein Wiederaufleben der Liberierungspflicht wendet.
65 Dazu z.B. OFK-*Vischer,* Art. 678 OR N 1 ff., Art. 680 OR N 1 ff.
66 *Trösch* (Fn. 5), 60 f.

Person durch die Übernahme nach Art. 645 Abs. 2 OR nicht gültig, wenn bei der Gründung die Sachübernahmebestimmungen nicht eingehalten worden sind.[67] Ebenso wird ein Vertrag über «Gründervorteile» der AG in Gründung mit einem Gründer oder einer anderen Person durch die Übernahme nach Art. 645 Abs. 2 OR nicht gültig, wenn bei der Gründung die Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» nicht eingehalten worden sind.[68] Weiter werden vor der Gründung ausgegebene Aktientitel durch eine Übernahme nicht gültig (Art. 644 OR).[69]

Das Geschäft (mit Pflichten, aber auch Rechten[70]) wird so übernommen, wie es eingegangen wurde.[71] Eine teilweise Übernahme ist nicht möglich.[72]

Eine Verpflichtung der (einmal gegründeten) AG zur Übernahme des Geschäfts besteht nicht, weder gegenüber den Handelnden noch gegenüber den betroffenen Dritten.[73] Doch bestehen bei Nichtübernahme des Geschäfts durch die AG unter Umständen Ansprüche der Handelnden gegen die AG aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung.[74]

Im Anwendungsbereich von Art. 645 OR ist weder eine Zustimmung der Handelnden noch der betroffenen Dritten notwendig, damit die Übernahme durch die AG rechtswirksam wird,[75] während sich ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 645 OR die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Übernahme durch die AG nach den allgemeinen Regeln (zur Vertragsübernahme, zur Schuldübernahme, zur Zession, etc.) richten.

5. Nichtanwendbarkeit von Art. 645 OR

Wie ausgeführt kommt Art. 645 OR nur zum Zug, wenn die Handelnden im Namen einer zu gründenden AG handeln. Die vor der Gründung einer AG Handelnden können aber auch in eigenem Namen oder im Namen der (geplanten) Mitgründer oder des «Gründerkonsortiums» handeln.[76]

In diesem Fall kommt Art. 645 OR nicht zum Zug. Vielmehr ist eine Übernahme der Verträge und der übrigen durch die AG eingegangen Verpflichtungen nach den allgemeinen Regeln (zur Vertragsübernahme, zur Schuldübernahme, zur Zession, etc.) nötig, sobald die AG gegründet ist.[77]

IV. Sachübernahmebestimmungen

Art. 628 Abs. 2 OR regelt die Sachübernahmegründung einer AG, also die Gründung einer AG, bei der im Gründungsstadium vereinbart wird bzw. die Absicht besteht, dass die AG in Gründung von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen bestimmt geartete Sachen übernimmt.[78]

Die Auslegung von Art. 628 Abs. 2 OR ist umstritten. Insbesondere ist der Begriff der nahestehenden Personen, die Art der fraglichen Sachen und der Begriff der Übernahme strittig.[79]

Nach der hier vertretenen Meinung, d.h. einem Verständnis der Sachübernahmevorschriften als Umgehung der Sacheinlagevorschriften und nicht als generelle Kapitalschutzvorschriften, gelten als Sachübernahmeverträge nur Kaufverträge, ist also nur die Übernahme von bewertbaren, übertragbaren, verfügbaren, verwertbaren und bilanzierbaren[80] Sachen gegen eine Barleistung als Sachübernahme i.S. von Art. 628 Abs. 2 OR zu werten.[81] Entsprechend sind Dienstleistungen, Arbeitsleistungen, Werkleistungen bzw. Ansprüche auf Werkleistungen

67 Im Resultat gl.M. *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 39; s. auch § 41 Abs. 3 (deutsches) AktG; zu den Folgen der Nichteinhaltung der Sachübernahmevorschriften auf den Sachübernahmevertrag s. IV.

68 S. auch § 41 Abs. 3 (deutsches) AktG; zu den Folgen der Nichteinhaltung der Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» auf den Vertrag über «Gründervorteile» s. V.

69 *Druey* (Fn. 45), § 9 N 10.

70 z.B. CHK-*Waldburger,* Art. 645 OR N 3; *Trösch* (Fn. 5), 78.

71 Urteil des Bundesgerichts 4C.8/2001 vom 16. August 2001, E. 2b; CR CO II-*Lombardini/Clemetson*, Art. 645 OR N 14: Übernahme «*telquel*».

72 A.M. *Trösch* (Fn. 5), 78.

73 *Trösch* (Fn. 5), 99 f.; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 35 f.; a.M. ZK-*Spirig,* Vorbemerkungen zu Art. 175-183 OR N 179, 267.

74 *Trösch* (Fn. 5), 10 ff.; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 36.

75 Urteil des Bundesgerichts 4A_451/2008 vom 18. November 2008, E. 2.1, zum GmbH-Recht; BGE 128 III 137, E. 4; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 26; s. auch § 41 Abs. 2 (deutsches) AktG.

76 Dazu im Allgemeinen *Trösch* (Fn. 5), 33; *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 25.

77 Z.B. *Forstmoser* (Fn. 2), § 13 N 25.

78 S. auch Art. 777*c* Abs. 2 Ziff. 1 OR mit Verweisung u.a. auf Art. 628 Abs. 2 OR für das GmbH-Recht und Art. 833 Ziff. 3 OR für das Genossenschaftsrecht.

79 Zum Ganzen *Markus Vischer,* Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 2012, 287 ff.; *Dietschi* (Fn. 63), 1 ff.

80 *Vischer* (Fn. 79), 292 ff.

81 *Vischer* (Fn. 79), 295.

oder Mietleistungen bzw. Ansprüche darauf nicht sachübernahmefähig i.S. von Art. 628 Abs. 2 OR und sind Dienstleistungsverträge, Arbeitsverträge, Werkverträge und Mietverträge keine Sachübernahmeverträge i.S. von Art. 628 Abs. 2 OR.[82]

Ob ein Geschäft[83] sacheinlagefähig ist, entscheidet sich nach den allgemeinen Kriterien, also den Kriterien der Bewertbarkeit, Übertragbarkeit, Verfügbarkeit, Verwertbarkeit und Bilanzierbarkeit des Geschäfts als Ganzes. Ist ein Geschäft nicht als Ganzes sacheinlagefähig, ist zu prüfen, ob einzelne Teile davon, also insbesondere einzelne Aktiva, sacheinlagefähig sind. Auch dies entscheidet sich nach den allgemeinen Kriterien.

Grundlage von Sachübernahmen ist stets eine im Gründungsstadium zustande gekommene Vereinbarung oder eine Absicht (welche dann nach der Gründung in einem Sachübernahmevertrag umgesetzt wird), ob dies nun eine Vereinbarung oder Absicht unter Beteiligung mindestens eines Aktionärs *(in spe)* oder der AG in Gründung ist.[84] Damit ist auch gesagt, dass Sachübernahmen auch vorkommen können, wenn nur eine Person in den Gründungsvorgang (= Einpersonengründung) involviert ist.

Werden die Sachübernahmebestimmungen (neben Art. 628 Abs. 2 OR: Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 635 Ziff. 1, Art. 635*a* und Art. 642 OR) nicht eingehalten, so ist der Sachübernahmevertrag nach der traditionellen Auffassung nichtig.[85] Nach der hier vertretenen Meinung ist der Sachübernahmevertrag im Regelfall in Anwendung von Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) jedoch nur (modifiziert) teilnichtig in dem Sinne, dass die Sachübernahme bei der AG verbleibt und eine allfällige Wertdifferenz zum Kaufpreis aufgrund des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR in bar einzuschiessen ist.[86] Soweit neben Art. 678 auch Art. 680 Abs. 2 OR verletzt ist, ergibt sich diese Rechtsfolge auch aus der wiederaufgelebten Liberierungspflicht.[87] Im Resultat führt dies zu einer (verschuldensunabhängigen) Differenzhaftung,[88] welche man, soweit sie ab Gründung der AG bzw. ab Übernahme des Geschäfts durch die AG[89] besteht, in Anlehnung an die in Deutschland kreierte Haftungsfigur auch als eine Art Vorbelastungshaftung bezeichnen kann.[90]

Zusätzlich zu den Sachübernahmebestimmungen sind auch alle anderen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze einzuhalten, wie z.B. die soeben erwähnten Regeln von Art. 678 OR (bzw. von Art. 680 Abs. 2 OR oder die schon erwähnten Regeln betreffend Interessenkonflikte und insbesondere bezüglich Insichgeschäften.[91] Diese Grundsätze werden also auch bei Einhaltung der Sachübernahmevorschriften nicht ausser Kraft gesetzt. So ist eine Sachübernahme bei Verstoss gegen Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) selbst bei Einhaltung der Sachübernahmebestimmungen nichtig bzw. im beschriebenen Sinn (modifiziert) teilnichtig mit der beschriebenen Folge einer Differenzhaftung bzw. Vorbelastungshaftung.

Umstritten ist das Verhältnis von Art. 628 Abs. 2 und Art. 645 OR (wenn die Sachübernahme im Namen der AG vereinbart wird).

Nach der hier vertretenen Meinung haben Art. 628 Abs. 2 und Art. 645 OR einen unterschiedlichen Anwendungsbereich und sind deshalb kumulativ anwendbar.[92]

V. Bestimmungen zu den «Gründervorteilen»

Art. 628 Abs. 3 OR regelt die Gründung einer AG mit «Gründervorteilen», also die Gründung einer AG, bei der im Gründungsstadium «zugunsten der Gründer oder anderer Personen besondere Vorteile ausbedungen» werden.[93] Der Begriff «Gründer-

82 *Vischer* (Fn. 79), 294 f.; s. bezüglich Arbeitsleistungen auch *Urs Zenger,* Praxis der Oltner Arbeitstagung 2010–2012, Reprax 2013, 38.

83 S. zum Begriff des Geschäfts bzw. des Unternehmens z.B. *Simon Meyer,* Vendor Due Diligence beim Unternehmenskauf, Begriff, Rechtsbeziehungen, Haftung, Zürich/St. Gallen 2013, 7 f.

84 Z.B. *Vischer* (Fn. 79), 294 ff.

85 *Vischer* (Fn. 79), 296 f. m.w.N.

86 *Vischer* (Fn. 79), 296; gegen eine Teilnichtigkeit BGE 131 III 636, E. 2.2.

87 S. dazu Fn. 64.

88 *Vischer* (Fn. 79), 296.

89 S. dazu III.4.

90 Zur deutschen Vorbelastungshaftung, auch Unterbilanzhaftung genannt, z.B. *Solveen* (Fn. 12), § 41 AktG N 15; *Pentz* (Fn. 25), § 41 AktG N 113 ff.

91 Z.B. *Dietschi* (Fn. 63), N 459 ff.

92 *Dietschi* (Fn. 63), 112 ff., 223 ff., 526 ff.; CR CO II-*Lombardini/Clemetson,* Art. 645 OR N 19; *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 84 ff.

93 S. auch Art. 777*c* Abs. 2 Ziff. 1 OR mit Verweisung u.a. auf Art. 628 Abs. 3 OR für das GmbH-Recht; zum Verbot

vorteile» ist an sich nicht korrekt, weil die Vorteile nicht nur Gründern, sondern auch anderen Personen eingeräumt werden können.[94] «Gründervorteile» können zudem auch bei Kapitalerhöhungen eingeräumt werden.[95]

Nach der hier vertretenen Meinung sind «Gründervorteile», wie schon der Begriff «Vorteile» in Art. 628 Abs. 3 OR impliziert, Begünstigungen durch die AG, denen keine angemessene Gegenleistung des Begünstigten an die AG gegenübersteht.[96] Keine «Gründervorteile» im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR sind damit Leistungen der AG, denen eine angemessene Gegenleistung des Leistungsempfängers entgegensteht. An dieser Begriffsbestimmung ändert nichts, dass Art. 635 Ziff. 3 OR verlangt, dass die Gründer im Gründungsbericht Rechenschaft über die «Angemessenheit» der Vorteile zu geben haben.[97] Dieser Begriff ist im Zusammenhang mit dem Begriff der «Begründung» der Vorteile zu sehen, über die die Gründer nach Art. 635 Ziff. 3 OR im Gründungsbericht ebenfalls Rechenschaft abzulegen haben. Dabei geht es insgesamt um eine Erklärung der Gründer zur Begründung und Begründetheit (Gründe und Rechtfertigung) der Einräumung der «Gründervorteile».[98]

Keine Rolle spielt, wann eine allfällige Gegenleistung erbracht wurde. Mit anderen Worten gilt auch eine vor der Gründung der AG erbrachte Leistung, also eine Vorleistung, prinzipiell als Gegenleistung, wenn die AG nach der Gründung das entsprechende Geschäft nach Art. 645 OR oder nach den allgemeinen Regeln übernimmt.[99] Entsprechend sind in diesen Konstellationen der Abgeltung einer Vorleistung, in denen es nach der Übernahme des Geschäfts letztlich um die Begleichung einer Schuld durch die AG geht, die Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» (bei Angemessenheit der Vorleistung, dazu sogleich) nicht anwendbar.[100] Das liegt auf der Linie des Bundesgerichts, das in Eindämmung einer ausufernden Interpretation der Kapitalschutzvorschriften bei der Begleichung einer vorbestehenden Schuld nach einer Kapitalerhöhung die Verrechnungsliberierungsvorschriften weder direkt

von «Gründervorteilen» im Genossenschaftsrecht z.B. CHK-*Courvoisier,* Art. 833 OR N 14.

94 BSK OR II-*Schenker*, Art. 628 OR N 14.

95 Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR; *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 102.

96 BGE 131 III 636, E. 2.2; *Dietschi* (Fn. 63), N 357; s. auch *Kägi* (Fn. 64), 233, der die «Gründervorteile» als besondere Form der Dividende qualifiziert; *Solveen* (Fn. 12), § 26 AktG N 3 zum deutschen Recht mit dem Begriff «gegenleistungsfreier Zufluss»; a.M. wohl *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 91, wonach «Gründervorteile» Entschädigungen «für Verdienste und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft» sind; wie Forstmoser z.B. *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 391; Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Andere Prüfungen, Zürich 2009, 11 f.; etwas differenzierend *Robert Meier,* Die Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, N 4.13, wonach «Gründervorteile» nicht nur Entschädigungen für einen «Einsatz bei der Gesellschaftsgründung» sind, sondern auch Bevorzugungen; gl.M. wie Meier *Marcel Küchler,* Besondere Vorteile nach Art. 628 Abs. 3 OR, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, herausgegeben von Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott, Zürich/St. Gallen 2008, 54, mit Berufung auf BGE 21, 549, E. 11; s. auch § 26 (deutsches) AktG, wo zwischen Sondervorteilen und Gründungsaufwand differenziert wird.

97 S. auch Art. 652*e* Ziff. 5 OR bei der Kapitalerhöhung.

98 Ähnlich *Dietschi* (Fn. 63), Fn. 854; *Küchler* (Fn. 96), 58; a.M. wohl *Peter Kartscher/Bruno Rossi/Daniel Suter,* Wirtschaftsprüfung – interne und externe Revision – Systematischer Überblick für Wirtschaftsprüfer, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich/Basel/Genf 2013, 135; s. auch zum Prüfpunkt der «Angemessenheit» der Sondervorteile im deutschen Recht *Pentz* (Fn. 25), § 34 AktG N 13, obwohl das deutsche Recht, wie gesagt, zwischen Sondervorteilen und Gründungsaufwand unterscheidet.

99 A.M. wohl diejenige Schule, nach der «Gründervorteile» Entschädigungen für Verdienste und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft sind oder zumindest auch solche Entschädigungen sind; s. dazu III.4.

100 A.M. Urteil des Bundesgerichts 4C.120/1988 vom 22. August 1988, in welchem Fall das Bundesgericht in der Übernahme von (als Darlehen stehengelassenen) Lohnzahlungspflichten in Bezug auf vor der Gründung durch die Gründer geleistete Arbeit durch eine neu gegründete AG eine Einräumung eines «Gründervorteils» sah (E. 3a). Nach der hier vertretenen Meinung hätte der Fall entweder durch die Bejahung eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (dazu sogleich) oder durch die Bejahung einer Verletzung weiterer gesellschaftsrechtlicher Grundsätze, d.h. der Regeln von Art. 678 OR (bzw. von Art. 680 Abs. 2 OR) und damit auch der Regeln über den Kapitalschutz (z.B. Regeln über eine Dividendenausschüttung, eine Kapitalherabsetzung, die Liquidation etc.) (dazu ebenfalls sogleich) gelöst werden müssen, was zum gleichen Resultat geführt hätte; s. demgegenüber BGE 87 II 169, E. 10, mit dem Hinweis, dass die Vorinstanz im zu beurteilenden Fall einer Zahlung einer vorbestehenden Schuld nach einer Kapitalerhöhung die Anwendung der Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» verneinte.

noch sinngemäss anwendet[101] und dementsprechend nicht von einer Schwindelkapitalerhöhung (bzw. eben Schwindelgründung) ausgeht.[102]

Ob eine allfällige Gegenleistung angemessen ist, bzw. ob die Gegenleistung und die Begünstigung in einem Missverhältnis stehen und damit ein «Gründervorteil» vorliegt, beurteilt sich nach den Kriterien von Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR), also nach einem weit verstandenen Äquivalenzprinzip i.S. des Adäquanzprinzips.[103] Ein offensichtliches Missverhältnis wie in Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) ist allerdings nicht nötig.

Bei diesem Verständnis des «Gründungsvorteils» braucht es keine Ausnahmen von den Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» für «Vergütungen, die den Gründern im üblichen Rahmen für [im Vorfeld der Gründung getätigte] Auslagen und Arbeitsleistungen» zufliessen.[104]

«Gründervorteile» können viele Formen annehmen und vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Natur,[105] einmalig oder periodisch, gegenwärtig oder zukünftig sein.[106] Denkbar sind Begünstigungen bei Dividendenausschüttungen,[107] bei Liquidationsausschüttungen[108] oder bei Vertragsabschlüssen.[109]

Aus der Sicht des Begünstigten sind «Gründervorteile» (bedingte) Forderungen,[110] aus der Sicht der Gesellschaft (bedingte) Schulden. Diese Forderungen stehen dem Begünstigten unabhängig von der Gesellschafterstellung zu. Keine «Gründervorteile» sind die gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte, wie die in Vorzugsaktien (Art. 654 ff. OR), Vorzugspartizipationsscheinen und Vorzugsgenussscheinen verurkundeten Rechte,[111] ausser der Genussschein werde gewählt, um einen «Gründervorteil» zu verurkunden.[112]

Grundlage von «Gründervorteilen» ist wie bei den Sachübernahmen, wie auch der Begriff «ausbedungen» in Art. 628 Abs. 3 OR impliziert, stets eine im Gründungsstadium zustande gekommene Vereinbarung oder eine Absicht (welche dann nach der Gründung in einem Vertrag über «Gründervorteile» umgesetzt wird), ob dies nun eine Vereinbarung oder Absicht unter Beteiligung mindestens eines Aktionärs *(in spe)* oder der AG in Gründung ist.[113] Damit ist auch gesagt, dass «Gründervorteile» auch vorkommen können, wenn nur eine Person in den Gründungsvorgang (= Einpersonengründung) involviert ist.

Werden die Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» (neben Art. 628 Abs. 3 OR: Art. 627 Ziff. 9, Art. 635 Ziff. 3, Art. 635 und 642 OR) nicht eingehalten, so sind die «Gründervorteile» nach Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) nichtig,[114] wobei bei gemischten Geschäften auch eine Teilnichtigkeit im Umfang des «Gründervorteils» vorliegen kann.[115] Die Teilnichtigkeit führt aufgrund des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR oder bei Verstoss auch gegen Art. 680 Abs. 2 OR aufgrund der wiederaufgelebten Liberierungspflicht im Resultat wiederum zu einer (verschuldensunabhängigen) Differenzhaftung, welche man, soweit sie ab Gründung

[101] Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011; Urteil des Bundesgerichts vom 14. Februar 1969, SJ 1969, 150, E. 2; BGE 87 II 169.

[102] *Vischer* (Fn. 79), 289 f., insbesondere auch Fn. 27, 297, insbesondere auch Fn. 109 und 111.

[103] Dazu z.B. OFK-*Vischer,* Art. 678 OR N 10.

[104] So aber z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.120/1988 vom 22. August 1988, E. 3a; *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 107; s. auch *Vischer* (Fn. 79), 292 f., wonach der Wert der betreffenden Sache bei der Anwendung der Sachübernahmebestimmungen ebensowenig eine Rolle spielt, wie ob die betreffende Sache im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs übernommen wurde oder nicht.

[105] *Solveen* (Fn. 12), § 26 AktG N 4 zum deutschen Recht mit dem Beispiel der über das gesetzliche Vorgesehene hinausgehenden Informationsrechte als nicht vermögensrechtlicher Vorteil.

[106] Im Allgemeinen *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 95 ff.

[107] Z.B. *<https://www.shab.ch/shabforms/COMMON/search/searchresultDetail.jsf>:* «Gründervorteil: 20% des jährlichen betriebswirtschaftlichen Gewinnes der Gesellschaft.»

[108] Z.B. *<https://www.shab.ch/shabforms/COMMON/search/searchresultDetail.jsf>:* «Es besteht ein besonderer Vorteil in Form von einem Anteil am Liquidationserlös in der Höhe von CHF 70'000.00 gemäss näherer Umschreibung in den Statuten.»

[109] Z.B. *<https://www.shab.ch/shabforms/COMMON/search/searchresultDetail.jsf>:* «Gründervorteil: Umfassender Beratervertrag für die Dauer von 6 Jahren mit der ‹Schädler & Co.›»

[110] *Solveen* (Fn. 12), § 26 AktG N 3 zum deutschen Recht.

[111] Z.B. *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 105.

[112] *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 101.

[113] Ähnlich *Küchler* (Fn. 96), 51 ff.

[114] Urteil des Bundesgerichts 4C.120/1988 vom 22. August 1988, E. 2; *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 393; interessant auch das deutsche Recht, in welchem die entsprechenden Bestimmungen zu den «Gründungsvorteilen» als Formvorschriften verstanden werden.; z.B. *Solveen* (Fn. 12), § 26 AktG N 5.

[115] BGE 131 III 636, E. 2.2; *Dietschi* (Fn. 63), N 358; zur Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit bei einem Verstoss gegen Art. 678 OR (bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) s. IV.

der AG bzw. ab Übernahme des Geschäfts durch die AG besteht, wiederum als eine Art Vorbelastungshaftung bezeichnen kann.

Zusätzlich zu den Bestimmungen zu den «Gründervorteilen» sind auch alle anderen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze einzuhalten,[116] wie z.B. die soeben erwähnten Regeln von Art. 678 OR (bzw. von Art. 680 Abs. 2 OR) oder die schon erwähnten Regeln betreffend Interessenkonflikte und insbesondere bezüglich Insichgeschäfte.

Nach der hier vertretenen Meinung sind «Gründervorteile» im Unterschied z.B. zum Erwerb eigener Aktien, Tantiemen, Ausschüttungen bei Kapitalherabsetzungen, Bauzinsen und Liquidationsanteile keine speziell geregelte Ausschüttungsart, weshalb bei «Gründervorteilen» wie bei allen nicht speziell geregelten Ausschüttungsarten die Regeln über die Dividendenausschüttung anzuwenden sind.[117] Vor der Ausrichtung eines «Gründervorteils» (vermögensrechtlicher Natur) ist deshalb (ausserhalb einer Kapitalherabsetzung oder Liquidation) ein ordnungsgemässer Dividendenbeschluss[118] zu fassen.[119] In diesem Sinne sind «Gründervorteile» bedingte Forderungen bzw. Schulden.

Unklar ist das Verhältnis von Art. 628 Abs. 3 und Art. 645 OR (wenn die «Gründervorteile» im Namen der AG vereinbart werden).

Nach der hier vertretenen Meinung haben Art. 628 Abs. 3 und Art. 645 OR einen unterschiedlichen Anwendungsbereich und sind deshalb kumulativ anwendbar.[120]

VI. Zusammenfassung

Vielfach sind die Gründer wie gesagt schon vor der Gründung einer AG für diese tätig. Dabei geht es meist nicht nur um die Gründungsvorbereitung und um Vorbereitungshandlungen für die zukünftige Geschäftsausübung, sondern bereits um eine Geschäftsausübung für die AG.

Dabei haben sich die Gründer genau zu überlegen, wie sie tätig werden wollen. Insbesondere haben sie sich dabei ihre Haftung zu überlegen und auch, wie sie die Resultate ihrer Tätigkeit auf die AG übertragen, wenn sie gegründet ist.

Entschliessen sich die Gründer, im Namen der zu gründenden AG zu handeln, so haben sie sich im Anwendungsbereich von Art. 645 OR ihrer Haftung gemäss dieser Bestimmung bewusst zu sein, wenn die AG nicht gegründet wird oder die AG die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte nicht übernimmt.[121]

Nach der Gründung der AG sollten die Gründer dafür sorgen, dass diese die abgeschlossenen Geschäfte übernimmt. Das gilt innerhalb und ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 645 OR, wobei ausserhalb dessen Anwendungsbereichs die Zustimmung des Dritten notwendig ist. Sinnvollerweise geschieht dies aus Beweisgründen mittels eines schriftlichen Verwaltungsratsbeschlusses und einer Anzeige an die Beteiligten.

[116] *Küchler* (Fn. 96), 59; *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 100; *Solveen* (Fn. 12), § 26 AktG N 5 zum deutschen Recht.

[117] Im Allgemeinen *Markus Vischer,* Ausschüttung stiller Reserven bei der Aktiengesellschaft, ST 2013, 203; s. auch *Kägi* (Fn. 64), 355 ff., welcher der Meinung ist, es sei bei allen Ausschüttungsarten ein ordnungsgemässer Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung entsprechend dem ordnungsgemässen Dividendenbeschluss der Generalversammlung nötig; a.M. als Kägi bezüglich (in Statuten bestimmbar beschriebener) Tantieme: Urteil des Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004, E. 3.4.2 (nicht publiziert in BGE 131 III 38), und BGE 75 II 149, E. 2a, und herrschende Lehre, z.B. *Annemarie Nussbaumer/Hans Caspar von der Crone,* Ausschüttung von Tantiemen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2005, 94, m.w.N.

[118] *Markus Vischer,* Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, 572, insbesondere Fn. 34, mit Verweisung u.a. auf *Böckli* (Fn. 5), § 1 N 185.

[119] A.M. *Martin Liebi,* Vorzugsaktien, Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen, steuerrechtlichen, rechtsgeschichtlichen, rechtsökonomischen, rechtsvergleichenden und corporate finance-Gesichtspunkten, Zürich/St. Gallen 2008, N 238 ff., welcher bezüglich Vorzugsaktien mit Dividendenvorrechten unter Berufung auf BGE 29 II 452 und 53 II 250 die Meinung vertritt, es genüge die Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung. Immerhin haben aber beide Bundesgerichtsentscheide der Generalversammlung die Kompetenz zu einer angemessenen Reservenbildung zugestanden und setzen mindestens insofern einen Gewinnverwendungsbeschluss voraus.

[120] S. auch *Forstmoser* (Fn. 2), § 10 N 104.

[121] S. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 4/01 vom 6. August 2002 bezüglich der Haftung für die Bezahlung von AHV-Beiträgen bezüglich nicht nach Art. 645 OR übernommenen Arbeitsverträgen.

Dabei haben sie sich bewusst zu sein, dass eine Übernahme nur zulässig ist, wenn dies im Interesse der AG geboten ist und wenn auch sonst alle gesellschaftsrechtlichen Regeln eingehalten werden.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn es um Sachübernahmen und «Gründervorteile» geht. Bei diesen sind nicht nur bei der Gründung die entsprechenden Bestimmungen einzuhalten. Vielmehr sind bei der Übernahme der entsprechenden Geschäfte nach Art. 645 OR oder, bei Nichtanwendbarkeit von Art. 645 OR, nach den allgemeinen Regeln, auch alle sonstigen gesellschaftsrechtlichen Regeln einzuhalten. Bei überbewerteten Sachübernahmen und «Gründervorteilen» sind insbesondere die Regeln über den Kapitalschutz einzuhalten, was z.B. bedingt, dass ein ordnungsgemässer Dividendenbeschluss gefasst wird.

Andernfalls drohen Nichtigkeit, evtl. Teilnichtigkeit der entsprechenden vertraglichen Vereinbarung und zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeiten.