

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Band 311

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Forstmoser

Dr. iur. Niklaus Dietschi

Rechtsanwalt, B.A. HSG in Business Administration

Beabsichtigte Sachübernahmen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	LVII
Zusammenfassung	LIX
Executive Summary	LXI
§ 1 Einleitung	1
I. Thema	1
II. Ziele	2
III. Abgrenzungen und Terminologie	3
IV. Gang der Untersuchung	4
TEIL I Grundlagen	7
§ 2 Das System von Grund- und Eigenkapital	8
I. Begriffsbestimmungen	8
II. Die Funktionen von Grund- und Eigenkapital	9
1. Herkömmliche Lehre	9
2. Stellungnahme	10
III. Der Schutz von Grund- und Eigenkapital	11
1. Der bilanzbezogene Kapitalschutz	11
A. Festes Grundkapital, variables Eigenkapital	11
B. Mindestgrundkapital	13
C. Kapitalaufbringung	14
D. Kapitalerhaltung	15
2. Kritik am bilanzbezogenen Kapitalschutz	18
§ 3 Die Kapitalaufbringung	20
I. Die Kapitalaufbringung im Allgemeinen	20
1. Die Anwendungsfälle	20
2. Der Vorgang: Zeichnung und Liberierung	20

II.	Die Liberierung im Besonderen	21
1.	Der Liberierungspflichtige	21
2.	Die Liberierungsformen	21
3.	Der Liberierungszeitpunkt	23
4.	Der Liberierungsumfang	23
TEIL II Beabsichtigte Sachübernahme de lege lata		25
§ 4 Dogmatische Grundlagen der beabsichtigten Sachübernahme		26
I.	Gesetzeswortlaut	26
II.	Gesetzeszweck	28
1.	Teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts	28
A.	Methodische Vorbemerkungen	28
B.	Entstehungszeitlich-teleologische Interpretation	29
C.	Geltungszeitlich-teleologische Überprüfung	31
a)	Revisionsgeschichte	32
b)	Lehre	33
c)	Rechtsprechung	33
D.	Zwischenergebnis	33
2.	Sachübernahmenvorschriften als Umgehungsschutz	34
A.	Schranken der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit	34
B.	Dogmatischer Ansatz: Gesetzesumgehung	34
a)	Gesetzesumgehung als Auslegungsproblem	34
b)	Sachübernahmenvorschriften als gesetzliches Umgehungsverbot	36
c)	Analoge Anwendung der Sacheinlagevorschriften	37
d)	Wegverbot vs. Zweckverbot	38
C.	Methode zur Erfassung der Gesetzesumgehung	39
a)	Wirtschaftliche Betrachtungsweise	39
b)	Ergänzendes subjektives Element	41
D.	Schlussfolgerung	42
3.	Schutzadressaten	43
A.	Gesellschaft	43
B.	Aktionäre	45
C.	Gläubiger	45
D.	Funktionsschutz	46
4.	Schutzdauer	47

III.	Systematische Bemerkungen	48
	1. Gründung – Kapitalerhöhung – Nachliberierung	48
	A. Gesetzssystematik	48
	B. Keine Geltung bei der bedingten Kapitalerhöhung	48
	C. Differenzierungen nach Kapitalaufbringungsvorgang	49
	2. Beabsichtigte Sachübernahme und Umstrukturierungsrecht	51
	3. Beabsichtigte Sachübernahme ausserhalb des Aktienrechtes	53
	A. GmbH-Recht	53
	B. Genossenschaftsrecht	54
IV.	Zwischenergebnis	55
§ 5	Tatbestand der beabsichtigten Sachübernahme	57
I.	Absicht (Subjektiver Tatbestand)	57
	1. Übersicht	57
	A. Rechtsprechung	57
	B. Lehre und Praxis	57
	2. Konkretisierung und Einzelfragen	59
	A. Inhaltliche Anforderungen	59
	a) Träger der Absicht: Absicht als Abrede?	59
	b) Inhalt der Absicht	61
	aa) Übernahmeabsicht –	
	Sachverhaltensgestaltungsabsicht –	
	Umgehungsabsicht	61
	bb) Bestimmtheit der Vertragspunkte	62
	B. Massgeblicher Zeitpunkt	63
	C. Beweisfragen	65
	a) Beweisregeln im Allgemeinen	65
	b) Weder Beweislastumkehr noch generelle Vermutung	66
	c) Reduziertes Beweismass in der Praxis	67
	d) Indizien	68
	3. Zusammenfassung	69
II.	Sachübernahme (Objektiver Tatbestand)	71
	1. Geltungsbereich in sachlicher Hinsicht	71
	A. Vermögenswerte als Objekt der Sachübernahme	71
	a) Allgemeines	71
	b) Sacheinlagefähigkeit des Vermögenswertes?	72
	aa) Aktivierbarkeit?	72

bb)	Übertragbarkeit?	79
cc)	Freie Verfügbarkeit bzw. bedingungsloser Anspruch auf einen Grundbucheintrag?	80
dd)	Verwertbarkeit?	80
ee)	Nutzen und adäquater Wert für die Gesellschaft?	83
ff)	Zusammenfassende Stellungnahme	85
c)	Wesentlichkeitserfordernisse	89
aa)	Quantitativ: Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung	90
bb)	Qualitativ: Geschäfte ausserhalb der üblichen Geschäftstätigkeit	92
d)	Fazit	94
B.	Die Übernahme von Vermögenswerten	95
a)	Betroffene Rechtsgeschäfte	95
aa)	Güterauschgeschäfte	95
bb)	Dienstleistungsverträge	100
cc)	Gebrauchsüberlassungsverträge	100
dd)	Einräumung von Nutzungsrechten	104
ee)	Vermögensübertragung	106
ff)	Vertragsübertragung	106
gg)	Sicherungsübereignung	109
hh)	Zusammenfassende Stellungnahme	109
b)	Anforderungen an die Übernahme	110
aa)	Nicht vollzogene, anfechtbare oder nichtige Rechtsgeschäfte	110
bb)	Fiduziarische Übernahme?	111
c)	Verhältnis zu Art. 645 Abs. 2 OR	112
aa)	Art. 645 OR: Vor der Eintragung eingegangene Verpflichtungen	112
bb)	Generelle Abgrenzung der Anwendungsbereiche	113
cc)	Übernahme nach Art. 645 Abs. 2 OR mittels Sachübernahmebestimmung	114
dd)	Keine Übernahme nach Art. 645 Abs. 2 OR bei Missachten der Sachübernahmevorschriften?	114
ee)	Fazit	117

C.	Gegenleistung	117
a)	Allgemeines	117
b)	Neutralisierung der Kapitalaufbringung	119
aa)	Verhältnis der Gegenleistung zu den Mitteln der Kapitalaufbringung	119
bb)	Verhältnis der Gegenleistung zum Umfang der Kapitalaufbringung	120
cc)	Sonderfall «Gemischte Sacheinlage und Sachübernahme» (Art. 45 Abs. 3 HRegV)	122
c)	Sachübernahme ohne Gegenleistung?	124
aa)	Ausgangslage	124
bb)	Keine Gefährdung der Aktionärs- und Gläubigerinteressen durch à fonds perdu Zuschüsse im Allgemeinen	125
cc)	Kapitalaufbringungsgefährdende Umgehung der Sacheinlagevorschriften?	127
dd)	Exkurs: Flucht ins Agio?	130
ee)	Fazit	131
D.	Funktioneller Zusammenhang	132
a)	Sachübernahme als Teil des Gründungs-, Kapitalerhöhungs- oder Nachliberierungsplans	132
b)	Zur freien Verfügbarkeit des Liberierungssubstrates	134
c)	Zweck des Übernahmegeschäftes (BGE 128 III 178 f.)	134
2.	Geltungsbereich in zeitlicher Hinsicht	136
A.	Abfolge von Kapitalaufbringung und Erwerbsgeschäft	136
a)	Bei der Gründung	136
b)	Bei der Kapitalerhöhung und der Nachliberierung	136
B.	Zeitlicher Zusammenhang	137
3.	Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht	138
A.	Allgemeines	138
B.	Übertragende Partei	139
a)	Aktionäre nach Art. 628 Abs. 2 OR	139
aa)	Im Allgemeinen: Inferenten und wirtschaftlich Berechtigte	139
bb)	Zeitpunkt der Aktionärseseigenschaft	140
cc)	Beschränkung auf Aktionäre mit Einfluss auf die Willensbildung	141

dd)	Beschränkung auf Aktionäre mit relevanter Beteiligung im Verhältnis zum Sachübernahmegeschäft?	141
b)	Den Aktionären nahe stehende Personen nach Art. 628 Abs. 2 OR	142
aa)	Kein einheitlicher Begriff der «nahe stehenden Person» im Schweizer Obligationenrecht	142
bb)	Den AKTIONÄREN nahe stehende Personen	143
cc)	Den Aktionären NAHE STEHENDE PERSONEN	143
dd)	Ausschluss von Tochtergesellschaften der Gesellschaft?	145
C.	Übernehmende Partei	146
a)	Gesellschaft	146
b)	Eine der Gesellschaft zurechenbare Partei	146
D.	Intertemporalrechtliche Bemerkungen	146
E.	Fazit	149
4.	Abgrenzungen	150
A.	«Besondere Vorteile» nach Art. 628 Abs. 3 OR	150
B.	Scheinliberierung	152
a)	Tatbestand	152
b)	Rechtsfolgen	154
c)	Abgrenzung zur beabsichtigten Sachübernahme	155
C.	Umgehungen mittels Vorrats- oder Mantelgesellschaften?	156
a)	Vorratsgesellschaften	156
aa)	Begriff und zivilrechtliche Behandlung	156
bb)	Anwendbarkeit der Sachübernahmevorschriften?	158
b)	Mantelgesellschaften	161
aa)	Begriff und zivilrechtliche Behandlung	161
bb)	Anwendbarkeit der Sachübernahmevorschriften?	162
5.	Exkurs: Sinngemässe Anwendung der Sachübernahmevorschriften?	166
A.	Keine direkte Anwendbarkeit ausserhalb der Sachkapitalaufbringung	166
B.	Sinngemässe Anwendung im Recht der Kapitalaufbringung?	166

§ 6 Rechtsfolgen: Die Schutzmechanismen	169
I. Transparenz	169
1. Statutenbestimmung	169
A. Inhalt	169
a) Gegenstand	169
b) Name des Veräußerers	170
c) Gegenleistung	171
B. Zuständigkeit	172
C. Änderung bei Vollzug der Sachübernahme?	173
D. Aufhebung (Art. 628 Abs. 4 OR)	174
2. Handelsregistereintrag	175
A. Handelsregistereintrag über die beabsichtigte Sachübernahme	175
a) Inhalt	175
b) Wirkung	175
aa) Publizitätswirkung	175
bb) Wirkung auf Sachübernahmeverträge	177
B. Handelsregistereintrag über den Verzicht oder Vollzug	177
3. Handelsregisterbelege	177
A. Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Nachliberierungsbericht	178
a) Allgemeines	178
b) Inhalt	178
aa) Art und Zustand der Sachübernahme	178
bb) Angemessenheit der Bewertung	179
B. Prüfungsbestätigung	181
C. Bereits vorliegende Sachübernahmeverträge	181
a) Reine Sachübernahmeverträge	181
b) Gemischte Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge	182
D. Öffentliche Urkunden	183
E. Stampa-Erklärung	183
4. Angaben in Emissionsprospekten	183
II. Kontrolle	184
1. Bewertungsprüfung durch den zugelassenen Revisor	184
A. Prüfer	184
B. Prüfungszeitpunkt	186
C. Prüfungsinhalt	186
a) Im Allgemeinen	186

b)	Bewertungsprüfung in qualifizierten Fällen	187
D.	Prüfungsbestätigung	188
2.	Handelsregisterrechtliche Prüfung	189
A.	Kantonales Handelsregisteramt	189
a)	Kognition betreffend beabsichtigte Sachübernahmen	189
b)	Sachübernahmespezifische Prüfung einzelner Belege	190
aa)	Statuten	190
bb)	Sachübernahmeverträge	190
cc)	Stampa-Erklärung	190
dd)	Kapitalaufbringungsbericht	191
ee)	Prüfungsbestätigung	191
B.	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister	192
III.	Flankierende Schutzmechanismen ausserhalb des Sachübernahmerechts	192
1.	Haftung	192
2.	Kapitalerhaltungsrecht	193
A.	Verdeckte Gewinnausschüttungen	193
B.	Verbot der Einlagerückgewähr	195
3.	Selbstkontrahieren und Doppelvertretung	196
4.	Vorschriften über die kaufmännische Buchführung	198
5.	Paulianische Anfechtung	199
6.	Auflösungsklage nach Art. 643 Abs. 3 OR	200
7.	Übervorteilung	201
IV.	Stellungnahme	201
	§ 7 Verletzungsfolgen	204
I.	Folgen für die Sachübernahme	204
1.	Das Dogma der Nichtigkeit der Sachübernahme	204
A.	Entstehung	204
a)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	204
aa)	BGE 59 II 434 ff.	204
bb)	BGE 64 II 272 ff.	205
cc)	BGE 79 II 174 ff.	207
dd)	BGE 83 II 284 ff.	207
ee)	BGE 101 IV 145 ff.	208
ff)	BGer v. 22.08.1988 (4C.120/1988)	208
gg)	BGer v. 23.04.1999 (2A.255/1996)	210

hh)	BGE 128 III 178 ff.	211
ii)	BGE 131 III 636 ff.	211
b)	Kantonale Rechtsprechung	212
aa)	KassGer ZH v. 17.02.1947	212
bb)	OGer ZH v. 22.11.1988	212
cc)	OGer ZH v. 12.04.1991	213
B.	Wirkungen	214
a)	Schuldrechtliche Wirkungen	214
aa)	Nichtigkeit des Sachübernahmevertrages	214
bb)	Heilung des Sachübernahmevertrages?	217
b)	Körperschaftsrechtliche Wirkungen	218
aa)	Mangelhafte Kapitalaufbringung	218
bb)	Korrektur der mangelhaften Kapitalaufbringung	219
2.	Stellungnahme	221
A.	Infragestellung des Dogmas der Nichtigkeit	221
a)	Abzulehnende Ansätze	221
aa)	Simulation	221
bb)	Art. 645 Abs. 2 OR	223
cc)	Verletzung gesetzlich vorbehaltener Formvorschriften	225
dd)	Unmöglicher oder widerrechtlicher Inhalt oder Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 20 OR)	226
ee)	Bedingt notwendiger Statuteninhalt	228
ff)	Beschlussnichtigkeit und ausbleibende Vertretungswirkung	228
b)	Eigener Ansatz	230
aa)	Dogmatische Grundlage: Verletzung eines gesetzlichen Umgehungsverbotes	230
bb)	Anspruch ex lege auf Einhaltung der Sachübernahmevorschriften	232
cc)	Prävention und Schadensausgleich durch die Gründungshaftung	233
dd)	Differenzhaftung des Veräusserers bzw. des Inferenten	233
ee)	Verhältnis von Gründungshaftung und Differenzhaftung	236
B.	Ergebnis	237

II.	Haftungsfolgen	239
1.	Zivilrechtliche Haftungsfolgen	239
A.	Gründungshaftung	239
a)	Vorbemerkungen	239
b)	Haftungsvoraussetzungen	239
aa)	Pflichtverletzung	239
bb)	Schaden	241
cc)	Kausalzusammenhang	242
dd)	Verschulden	242
c)	Aktivlegitimation	243
d)	Passivlegitimation	245
aa)	Im Allgemeinen	245
bb)	Differenzierte Solidarität im Besonderen	246
e)	Verjährung	248
f)	Fazit	248
B.	Haftung der Leitungs- und Aufsichtsorgane	248
C.	Revisionshaftung	249
2.	Strafrechtliche Haftungsfolgen	250
A.	Urkundendelikte	250
a)	Vorbemerkung zum strafrechtlichen Urkundenbegriff	250
b)	Falschbeurkundung (Art. 251 StGB)	250
c)	Erschleichen einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB)	251
d)	Urkundenfälschung im Amt (Art. 317 StGB)	252
B.	Vermögensdelikte	253
a)	Unwahre Angaben im kaufmännischen Gewerbe (Art. 152 StGB)	253
b)	Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB)	253

TEIL III	Beabsichtigte Sachübernahme nach dem Entwurf 2007	255
§ 8	Änderungen nach dem ENTWURF 2007	256
I.	Grundsätzliche Beibehaltung der <i>lex lata</i>	256
II.	Neuerungen im ENTWURF 2007	256
1.	Kriterien der Sacheinlagefähigkeit	256
A.	Neuerung	256
B.	Stellungnahme	257
2.	Freiwillige Eintragung weiterer Rechtsgeschäfte	258
A.	Neuerung	258
B.	Stellungnahme	258
3.	Bedingt notwendiger Statuteninhalt	259
A.	Neuerung	259
B.	Stellungnahme	259
4.	Behandlung von Agio und à fonds perdu Zuschüssen	260
A.	Neuerung	260
B.	Stellungnahme	260
5.	Kapitalaufbringung im Kapitalband	261
A.	Neuerung	261
B.	Stellungnahme	261
III.	Ergänzende Hinweise aus der BOTSCHAFT 2007	262
1.	Unmassgeblichkeit der Liberierungsform	262
2.	Begriff der nahe stehenden Personen	262
3.	Verletzungsfolgen	262
TEIL IV	Schlussbetrachtung und Reformüberlegungen	265
§ 9	Zusammenfassung	266
I.	Dogmatische Grundlagen	266
II.	Tatbestand	267
1.	Absicht (Subjektiver Tatbestand)	267
2.	Sachübernahme (Objektiver Tatbestand)	267
A.	Sachlicher Geltungsbereich	267
B.	Zeitlicher Geltungsbereich	269
C.	Persönlicher Geltungsbereich	269
D.	Abgrenzungen	269

III.	Rechtsfolgen	270
	1. Transparenz	270
	2. Kontrolle	270
	3. Flankierende Schutzmechanismen	271
IV.	Verletzungsfolgen	271
	1. Folgen für die Sachübernahme	271
	2. Haftung	272
§ 10	Überlegungen <i>de lege ferenda</i>	273
I.	Vorbemerkungen	273
	1. Keine grundsätzliche Neuordnung im ENTWURF 2007	273
	2. Anforderungen an eine Neuordnung der beabsichtigten Sachübernahme	273
	A. Effizienz und Effektivität	273
	B. Wettbewerbsfähigkeit	274
	C. Europaverträglichkeit?	275
II.	Reformszenarien	277
	1. Szenario A: Inkraftsetzung des ENTWURFS 2007	277
	2. Szenario B: Abschaffung der Sachübernahmevorschriften	278
	3. Szenario C: Angleichung an die Rechtslage in Deutschland	279
III.	Fazit	283
	Stichwortverzeichnis	285