

Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht*

Wissenschaft sei auch Dienst am Kleinen. Dieser Satz, seinerzeit von MAX KELLER in einer Vorlesung geäußert, ist dem Schreibenden in Erinnerung geblieben, gleichsam als Trost dann, wenn ihn die juristische Kleinarbeit (wieder einmal) nicht zu faszinieren vermag.

«Kleine» Themen eignen sich zwar nicht für juristische Höhenflüge. Für die Praxis ist jedoch ihre Bearbeitung von erheblicher Bedeutung. Dies gilt auch für den Problembereich, der in diesem Aufsatz zu Ehren von MAX KELLER beleuchtet werden soll: den der *Zulässigkeit von Sachausschüttungen* nach schweizerischem Gesellschaftsrecht.

Die einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen Rechts setzen – wie noch zu zeigen sein wird – stillschweigend voraus, dass Leistungen von Gesellschaften an ihre Mitglieder in *bar*, als *Geldzahlungen* erfolgen¹. Dies gilt sowohl für Gewinnausschüttungen wie für die Überweisung des Liquidationsüberschusses. Lehre und Judikatur gehen – zumeist implizit – ebenfalls von der Barleistung als Regel oder gar Selbstverständlichkeit aus.

In der Praxis ist die Barausschüttung denn auch der Normalfall. Ausnahmsweise kann aber das Bedürfnis bestehen, den Gesellschaftern *Sachwerte* zukommen zu lassen. Es fragt sich, inwieweit solche Sachleistungen auch gegen den Willen einzelner Gesellschafter beschlossen werden können.

Im folgenden wird diese Frage zunächst und mit einiger Gründlichkeit für die *Aktiengesellschaft* behandelt². Sodann wird die Problematik bei der *Genossenschaft* und der *GmbH* skizziert³, und abschliessend wird auf die Ordnung für *Personengesellschaften* eingetreten⁴.

* Meiner Assistentin, Frau lic.iur. Brigitta Kratz, danke ich für ihre wertvolle Hilfe bei den Recherchen.

¹ Eine Ausnahme besteht immerhin für die Genossenschaft, vgl. dazu nachstehend bei Anm. 46–52.

² Nachstehend Ziff. I.

³ Nachstehend Ziff. II. und III.

⁴ Nachstehend Ziff. IV.

I. Sachausschüttungen im Aktienrecht

Ob und allenfalls unter welchen Umständen es sich der Aktionär gefallen lassen muss, statt der üblichen Barleistung einen Sachwert entgegenzunehmen, ist zu prüfen im Hinblick auf die Dividende⁵, den Liquidationserlös⁶ und die Rückleistung im Zuge einer konstitutiven Kapitalherabsetzung⁷. Dazu folgendes:

1. Zur Ausschüttung von Sachdividenden

a) *Eine Form der Sachdividende kommt auch in der Schweiz nicht selten vor: die der Ausrichtung von Stockdividenden im Zuge der sog. Gratiskapitalerhöhung*⁸.

In der Literatur ist freilich nicht unbestritten, dass sich der Aktionär die Verwendung von Reserven und Reingewinn zur Liberierung von Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln gefallen lassen muss⁹. Herrschend dürfte heute die Ansicht sein, ein Aktionär müsse die Umwandlung sowohl von Reserven wie auch von Reingewinn in Grundkapital akzeptieren, falls dies im Gesellschaftsinteresse geboten ist.

Doch lässt sich aus der Zulässigkeit von Gratisaktien m.E. für die hier zu beantwortende Frage *nichts herleiten*: Es handelt sich bei diesen genau besehen nicht um eine eigentliche Ausschüttung, *nicht um die Rückführung von Aktiven in das Vermögen der Aktionäre*. Vielmehr geht es lediglich um eine *Umschichtung* innerhalb der Passiven der Gesellschaft, um die «Umwandlung von offenen Reserven und/oder Reingewinn in Grundkapital»¹⁰, um einen blossen Buchvorgang, der beim Aktionär dazu führt, dass seine gleichbleibende quotale Beteiligung am gleichen Vermögen künftig auf mehr Aktien aufgeteilt ist. Die Rechtsstellung des Aktionärs bzw. der Inhaber von Beteiligungsrechten ganz allgemein ändert sich dabei nicht, wie das Bundesgericht in einem neuen Entscheid für den analogen Fall der deklarativen Kapitalherabsetzung zu Recht festgehalten hat¹¹.

Umgekehrt sprechen die Argumente, die gegen die Zulässigkeit der Ausrichtung von Stock«dividenden» ohne den Willen des betroffenen Aktionärs vorgebracht

⁵ Nachstehend Ziff. 1.

⁶ Nachstehend Ziff. 2.

⁷ Nachstehend Ziff. 3.

⁸ Zu dieser vgl. PETER FORSTMOSER: Schweiz. Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 15 N 228ff.

⁹ Vgl. dazu die Übersicht über die Lehrmeinungen bei FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 15 N 257ff.: Nach einer Ansicht muss sich eine Aktionärsminderheit die Umwandlung sowohl von offenen Reserven wie auch von Reingewinn in Grundkapital gefallen lassen. Eine zweite Meinung differenziert danach, ob die Liberierung aus Reserven (zulässig) oder aus Reingewinn (ohne Zustimmung des betroffenen Aktionärs unzulässig) erfolgt. Kaum mehr vertreten wird heute die Auffassung, der Aktionär könne sich generell einem Mehrheitsbeschluss zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln widersetzen. – Auf die Streitfrage weist – ohne Stellungnahme – auch BERNHARD VISCHER: Das autorisierte Kapital im amerikanischen und schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1977) 235, hin.

¹⁰ IVO ZOLLER: Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln... (Diss. Basel 1969, MaschSchr) 81.

¹¹ Entscheid in Sachen Alusuisse vom 23.9.1987, E 5.

werden, nicht gegen die Ausschüttung von Sachdividenden in anderer Form: Argumentiert wird nämlich, die Aktienliberierung aus dem Jahresgewinn führe zu einer Bindung von Mitteln, die zur Ausschüttung bestimmt seien, und sie tangiere daher das Recht des Aktionärs auf Dividende¹². Dem Aktionär werde indirekt eine zusätzliche Leistung aufgezwungen. – Bei der Ausschüttung von Sachdividenden in Form von Waren kann dieser Einwand¹³ nicht vorgebracht werden, da hiebei Vermögenswerte in das Individualeigentum der Aktionäre überführt werden.

b) *Naturaldividenden* sind in der Schweiz – anders als im Ausland – *unüblich*¹⁴, sieht man von gewissen Vergünstigungen ab, welche Gesellschaften in ihrem Tätigkeitsbereich den Aktionären einräumen¹⁵. Damit ist aber über ihre allfällige Zulässigkeit nichts ausgesagt.

c) Aus den *gesetzlichen Bestimmungen* lässt sich zumindest *kein explizites Verbot* von Naturaldividenden herleiten. Dies ergibt sich aus einer Betrachtung der Gesetzesbestimmungen, die von der Dividende handeln:

- OR 646 III erwähnt die Wohlerworbenheit des Rechts auf Dividende, ohne den Inhalt dieses Rechts zu präzisieren.
- OR 675 II bestimmt, dass Dividenden nur aus dem Reingewinn und hiefür gebildeten Reserven ausgerichtet werden dürfen. Dieser Bestimmung lag wohl die Vorstellung einer Bardividende zugrunde, doch ergibt sich daraus keineswegs zwingend eine Pflicht zu Barleistungen.
- OR 698 II Ziff. 3 endlich weist der Generalversammlung die Befugnis zu, über die Dividende zu beschliessen, wiederum, ohne die Art der Dividende zu umschreiben.

Ein Verbot von Naturaldividenden bzw. eine Einschränkung derselben ergibt sich auch nicht etwa aus den qualifizierenden Vorschriften für Sacheinlagegründungen und -erhöhungen: Diese Bestimmungen rechtfertigen sich in erster Linie zum Schutz der Gläubiger, die bei *Sachausschüttungen* nicht besonders gefährdet sind, im Gegensatz zu *Sacheinlagen*. Fragen könnte sich nur, ob das in OR 636 für die Beschlussfassung vorgeschriebene qualifizierte Quorum von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals eingehalten werden muss, vgl. dazu lit. g.

d) In der *Judikatur* sind m.W. bis heute die Zulässigkeit von und allfällige Einschränkungen für Sachdividenden nicht entschieden worden.

¹² Vgl. die Hinweise bei FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 15 N 259 und Anm. 431–434 sowie VISCHER (zit. Anm. 9) 239.

¹³ Der m.E. insoweit nicht stichhaltig ist, als es der Generalversammlung offenstünde, aus dem erarbeiteten Reingewinn Zuweisungen an die Reserven zu machen, was in hohem Ausmass zulässig ist, vgl. dazu die in SAG 47 (1975) 104ff. aufgeführten Entscheide.

¹⁴ Vgl. ERNST ROBERT LOCHER: Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1983) 148, wonach die Naturaldividende von «völlig untergeordneter Bedeutung» sei.

¹⁵ Beispiele sind etwa Bergbahnunternehmen und andere Transportanstalten, die ihren Aktionären Freikarten abgeben oder Vergünstigungen einräumen. – Nicht einzugehen ist hier auf die sog. verdeckte Gewinnausschüttung, die freilich auch eine Art Naturaldividende darstellen kann.

e) Spärlich sind auch die Aussagen in der *Literatur*:

KARL WEBER¹⁶ befürwortet zunächst die sog. Wertpapier- oder Stockdividende¹⁷ und hält im übrigen andere Arten der Naturaldividende für veraltet, ohne jedoch zu ihrer Zulässigkeit Stellung zu nehmen. CHRISTOPH VON GREYERZ¹⁸ hält die *Sachdividende für durchaus möglich*, wobei er insbesondere die «Ausschüttung ganzer Unternehmensteile im Zusammenhang mit Unternehmensspaltungen» und die «Ausschüttung von Beteiligungen an andern Gesellschaften im Falle von Entflechtungen» erwähnt.

Beide Autoren äussern sich jedoch nicht zu den Voraussetzungen, also nicht darüber, ob solche Dividenden auch gegen den Willen einzelner Aktionäre beschlossen werden können. Immerhin dürfte schon die blosser Erwähnung von Naturaldividenden implizieren, dass ihre Entrichtung aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses der Generalversammlung möglich sein soll: Denn dass eine Gesellschaft Sachwerte im Einverständnis *aller* Aktionäre ausschütten kann (soweit nur die Gläubigerschutzbestimmungen eingehalten und namentlich Grundkapital und gebundene Reserven nicht tangiert werden), ist selbstverständlich.

Nach E.R. LOCHER¹⁹ «geht es weder an, generell ein Recht des Aktionärs auf die Bardividende zu postulieren, noch scheint es richtig zu sein, ein solches schlechthin zu verneinen». LOCHER – der die Frage ausschliesslich im Hinblick auf Stockdividenden diskutiert – hält dafür, dass die «Bardividende die Regel sein» soll und die Gesellschaft besondere Gründe für die Ausrichtung von Naturaldividenden darlegen müsse. Da aber die Gerichte Beschlüsse der Generalversammlungen nur unter dem Aspekt der Willkür prüfen, sei der Aktionär in einer schwachen Stellung und müsse er sich wohl Naturaldividenden in der Regel gefallen lassen.

Andere Autoren gehen zwar von der Bardividende als Regel aus, ohne jedoch zur Zulässigkeit von Naturalausschüttungen Stellung zu beziehen²⁰.

Insgesamt dürften damit die spärlichen Literaturhinweise eher *für die Zulässigkeit* einer Sachdividende aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses sprechen. Ein starkes Argument ist jedoch dadurch wegen des Fehlens jeglicher Auseinandersetzung nicht gegeben.

¹⁶ Dividendenpolitik (Diss. Zürich 1955) 139ff.

¹⁷ Deren gebräuchlichste Form die Kapitalerhöhung darstellt.

¹⁸ Aktienrecht, in: Schweiz. Privatrecht VIII/2 (Basel/Frankfurt 1982) 1ff., 249.

¹⁹ Zit. Anm. 14, 155ff., insb. 159.

²⁰ So etwa WALTER R. SCHLUEP: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs (Diss. St. Gallen 1955) 224: «Dividenden müssen grundsätzlich in bar ausbezahlt werden» (die Aussage wird ausschliesslich im Hinblick auf Gratisaktien gemacht); vgl. sodann etwa ROBERT PATRY: Précis de droit suisse des sociétés II (Bern 1977) 207 (implizit wird eine Zahlung vorausgesetzt). – Auch die folgenden Monographien zum Dividendenrecht nehmen zum Problem der Sachausschüttung nicht Stellung, dürften aber von der Barleistung als Regelfall oder Selbstverständlichkeit ausgehen: OTTO K. KAUFMANN: Das Recht auf Dividende (St. Gallen 1947) insb. 16; KARL STEIGER: Der Anspruch des Aktionärs auf die Dividende (Diss. Bern 1947) insb. 15; DARIS TUOR: Das Recht des Aktionärs auf Dividende (Diss. Bern 1950) insb. 13.

f) Als *Zwischenergebnis* ist festzuhalten:

- Das *Gesetz* verbietet Naturaldividenden nicht, jedenfalls nicht explizit.
- In der *Judikatur* finden sich keine Anhaltspunkte.
- Die *Literatur* scheint die Sachdividende eher zuzulassen, die wenigen und knappen Ausführungen sind aber kaum aussagekräftig.

Fehlt ein explizites gesetzliches Verbot und haben weder die Doktrin noch die Gerichtspraxis ein solches entwickelt, so sind *Sachdividenden grundsätzlich zuzulassen*, es sei denn, sie wären mit dem *Wesen der AG* bzw. der *Rechtsstellung des Aktionärs* unvereinbar.

Dazu ist – in aller Kürze – festzuhalten, dass die AG eine *kapitalbezogene* Struktur aufweist²¹ und diese Struktur insbesondere auch in der Ausgestaltung der Mitgliedschaft zum Ausdruck kommt. Diese ist konsequent auf die finanzielle Beteiligung und die finanziellen Interessen des Aktionärs ausgerichtet²². Charakteristisch ist dabei das *abstrakte, nicht auf eine spezifische Leistung* zielende Dividendeninteresse²³.

Daraus lassen sich folgende *Schlüsse* ziehen:

Naturaldividenden sind bei der AG *nicht einfach unzulässig*. Immerhin ist davon auszugehen, dass grundsätzlich das Geldinteresse des Aktionärs massgebend ist und dass die AG auf die Ausschüttung von Dividenden in Form von Barmitteln ausgerichtet ist. Für die Ausschüttung von *Sachdividenden* wird man daher gewisse zusätzliche Voraussetzungen verlangen. M.E. kommen vor allem die beiden folgenden Fälle in Betracht:

aa) Eine AG hat zu ihrem Ziel die Erbringung von *ganz spezifischen Leistungen* an ihre Aktionäre. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Mieter-AG und – allgemeiner – die sog. kooperative AG. Bei diesen Gesellschaften liegt es gerade in ihrem Zweck, die Mitglieder mit bestimmten Sachleistungen zu unterstützen. Die Interessenlage entspricht der des Genossenschaftsrechts²⁴.

bb) Oder aber es handelt sich bei der auszuschüttenden Sache um *kurante Ware*, die sich *leicht in Geld umwandeln* lässt. Diesfalls dürfte das primäre Interesse der Aktionäre an der Erlangung von Geldmitteln genügend berücksichtigt sein: Hat eine Ware einen Verkehrswert, ist sie leicht handelbar und verkäuflich, dann muss sich der Aktionär ihre Ausschüttung gefallen lassen. Es steht ihm in der Folge frei, die so erlangten Güter in Geld umzuwandeln.

g) Ist nach den vorstehenden Ausführungen eine Sachdividende grundsätzlich zuzulassen, dann kann sie *durch die Generalversammlung mit Mehrheit beschlossen* werden.

Zu prüfen ist noch, ob für einen solchen Beschluss das qualifizierte Mehr von *OR 636* zu verlangen ist. Jenes Mehr ist zum Schutz der Aktionäre vorgesehen für den Fall, dass an die Stelle einer Barzahlung eine Sachleistung tritt. Es könnte argumentiert werden, dass es analog auch auf eine Sachleistung der Gesellschaft an

²¹ Vgl. statt vieler FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 2 N 7f.

²² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (3. A. Bern 1983) § 2 N 13ff.

²³ FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 1 N 232ff.

²⁴ Vgl. dazu nachstehend III.

ihre Aktionäre angewendet werden sollte. Die Frage ist m.E. angesichts des klaren und einschränkenden Wortlauts von OR 636 zu verneinen. Auch ist die Interessenslage nicht dieselbe im Falle einer Sachleistung an die Gesellschaft²⁵ einerseits und einer entsprechenden Leistung der Gesellschaft an ihre Aktionäre²⁶ auf der anderen Seite.

h) Zu beachten ist bei allfälligen Sachausschüttungen der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz²⁷. Daraus ergibt sich m.E. in der Regel das Erfordernis der *Gleichwertigkeit* und *Gleichartigkeit* der auszuschüttenden Sachwerte.

i) Zulässig ist es m.E. auch, dem Aktionär ein *Wahlrecht* zwischen einer Bar- und einer Sachdividende einzuräumen. Dabei darf dem eine Sachdividende akzeptierenden Gesellschafter eine gewisse Begünstigung zuerkannt werden, soweit sich dies sachlich durch die mit der Sachdividende verbundenen praktischen Einschränkungen rechtfertigen lässt²⁸.

2. Zur Ausschüttung des Liquidationsüberschusses in Sachwerten

a) Mit Bezug auf die Ausschüttung des Liquidationsüberschusses ist ebenfalls davon auszugehen, dass das *Gesetz* zwar offensichtlich eine Ausschüttung von Geldleistungen voraussetzt und erwartet, dass aber *keine gesetzliche Bestimmung* explizit eine *Geldzahlung verlangt*:

- Zwar schreibt OR 743 I den Liquidatoren vor, «die Aktiven zu verwerten». Diese Bestimmung ist aber zu sehen im Zusammenhang mit der sogleich anschliessend erwähnten Aufgabe, die «Verpflichtungen der Gesellschaft» zu erfüllen, und sie lässt sich darüber hinaus nur insoweit rechtfertigen, als für die Auszahlung des Liquidationsüberschusses (gleich wie für die Dividendenleistung) teilbare und gleichwertige Vermögenswerte vorhanden sein müssen.
- OR 745 spricht davon, es werde das «Vermögen der aufgelösten Gesellschaft... unter die Aktionäre... verteilt». Die Art der Verteilung ist jedoch nicht geregelt, und es kommt in diesem Gesetzesabschnitt wohl nur darauf an, einerseits die Schranken der Ausschüttung (Schuldentilgung und statutarische Bestimmungen) und andererseits den Massstab für die Berechtigung der Aktionäre (einbezahlte Beträge²⁹) festzulegen.

²⁵ Durch die andere Gesellschafter, die ihre Liberierungspflicht in bar erfüllen, benachteiligt werden könnten.

²⁶ Bei der eine solche Gefährdung nicht besteht, soweit bzw. da der Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren ist, vgl. sogleich nachstehend lit. h.

²⁷ Vgl. BGE 102 II 265ff., mit weiteren Hinweisen, sowie etwa HEINRICH STOCKMANN: Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: FS Bürgi (Zürich 1971) 387ff.

²⁸ Vgl. zum analogen Problem der «Honorierung» einer freiwilligen Einwilligung bei der Kapitalherabsetzung FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 16 N 436.

²⁹ Ob wirklich die einbezahlten Beträge oder aber der Nennwert für die Berechnung der Liquidationsquote massgebend sind, ist freilich umstritten, vgl. SUZANNE WETTENSCHWILER: Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1982) 39f.

b) In der *Literatur* wird allgemein die Verteilung des Liquidationserlöses in Sachwerten für zulässig erachtet, wobei jedoch überwiegend das Einverständnis der Aktionäre (und damit wohl als Regel ein einstimmiger Generalversammlungsbeschluss unter Teilnahme des gesamten Aktienkapitals) vorausgesetzt wird. Im einzelnen zu den Lehrmeinungen folgendes:

aa) FRITZ FUNK³⁰ führt aus, es erfolge die Verteilung des Liquidationsüberschusses

«in der Regel durch Auszahlung in bar, kann aber, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung der Generalversammlung vorliegt, auch durch Hingabe von Aktiven geschehen».

Nach FUNK scheint damit ein (gewöhnlicher) Generalversammlungsbeschluss zu genügen, Einstimmigkeit bzw. das Einverständnis der betroffenen Aktionäre mithin nicht erforderlich zu sein.

bb) EMIL SCHUCANY³¹ spricht – wenig präzise – vom Einverständnis aller Beteiligten als Voraussetzung. Damit dürfte Einstimmigkeit in der Generalversammlung oder zumindest das Einverständnis der betroffenen Aktionäre gemeint sein.

cc) BÜRGI/NORDMANN³² machen die Realleistung vom Verlangen eines Aktionärs und dem Einverständnis der Generalversammlung abhängig. Ob damit ein einstimmiger Beschluss gemeint ist, geht aus dem Text nicht hervor.

dd) Nach HANSJÖRG BUDLIGER³³

«muss dem Aktionär grundsätzlich ein Recht auf Auskehrung seines Anteils in bar einerseits, aber auch... ein Anspruch auf Versilberung andererseits zustehen³⁴».

An sich stehe dem Aktionär

«ohne Zweifel der Anspruch auf Versilberung grundsätzlich als unentziehbares Recht zu.»³⁵

Einzig die ursprünglichen Statuten oder ein einstimmiger Beschluss einer vollzähligen Generalversammlung könnten bestimmen, die Verteilung des Liquidationsergebnisses habe in natura vorgenommen zu werden³⁶.

ee) Dieselbe Ansicht – zumindest aber das Erfordernis der Zustimmung der betroffenen Aktionäre – dürfte auch W. R. SCHLUEP³⁷ vertreten, wenn er ausführt, die Erfüllung der Liquidationsforderungen durch die Gesellschaft erfolge

«– unter Vorbehalt eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts der Aktionäre auf Versilberung – in der Regel in barem Geld.»

³⁰ Kommentar des Obligationenrechtes Bd II (Aarau 1951) Art. 745 N 1.

³¹ Kommentar zum Schweiz. Aktienrecht (2.A. Zürich 1960) Art. 745 N 1.

³² Zürcher Kommentar zum Aktienrecht Art. 739–771 (Zürich 1979) Art. 745 N 14.

³³ Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis (Diss. Zürich 1954) 17, 58ff.

³⁴ S. 58.

³⁵ S. 93.

³⁶ S. 93.

³⁷ Zit. Anm. 20, 76.

ff) Nach WETTENSCHWILER³⁸ werden Liquidationsanteile «üblicherweise in Bargeld ausbezahlt». Doch könnten sie «auch aus Realwerten bestehen». Zu den Voraussetzungen einer Ausschüttung von Realwerten äussert sich WETTENSCHWILER nicht.

gg) Unklar ist endlich ARNOLD EDELMANN³⁹. Nach diesem Autor

«steht nichts entgegen, dass die Kapitaleinlage auf den Liquidationsanteil verrechnet werden kann, speziell wenn die Einlagen der einzelnen Gesellschafter verschiedenen Charakter hatten, die einen Gesellschaftsmitglieder sich durch Geldeinlagen, die andern durch Sacheinlagen beteiligten.»

Damit soll offenbar die Möglichkeit befürwortet werden, Sacheinlagen als solche – in Anrechnung auf den Liquidationsanteil – zurückzugeben.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Doktrin – soweit sie sich mit der Frage überhaupt befasst – weit überwiegend einen Anspruch des Aktionärs auf Ausschüttung seines Liquidationsanteils in *bar* postuliert. Ausnahmen sollen nur zulässig sein

- aufgrund einer anderslautenden Statutenbestimmung,
- im Einverständnis der betroffenen Aktionäre,
- oder aber gar nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses einer Generalversammlung, in welcher sämtliche Aktien vertreten sind.

c) Zu den Ausführungen in der Literatur ist nun aber darauf hinzuweisen, dass – allenfalls mit Ausnahme von BUDLIGER – sich kein Autor mit der Frage näher auseinandergesetzt hat. Stillschweigend wird offenbar durchwegs davon ausgegangen, dass die *gleichmässige Verteilung nur möglich sein soll, wenn zuerst versilbert* wird.

Bei näherem Zusehen besteht aber kein Anlass, für den Fall der Liquidation eine andere Ordnung vorzusehen als für die Ausschüttung einer Dividende: Rücksicht zu nehmen ist auf das Recht des Aktionärs an «abstrakter» Förderung seiner wirtschaftlichen Interessen, das durch die Ausschüttung von Geld, aber auch von *geldwerter kuranter Ware* befriedigt werden kann. Zu beachten ist sodann, dass die Ausschüttungen *gleichwertig* und damit möglichst *gleichartig* sein sollen.

Abgesehen vom auch in der Literatur erwähnten Fall einer einschlägigen Statutenbestimmung wird man daher die Ausschüttung eines Liquidationsüberschusses in *bar* auch dann aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses zulassen dürfen, wenn das *Recht und Interesse des Aktionärs an einer Geldleistung* nicht übermässig beeinträchtigt werden. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn es sich bei der ausgeschütteten Sache um *kurante Ware* mit einem ordentlichen Markt handelt. Eine solche Ausschüttung des Liquidationsergebnisses dürfte zumindest dann zulässig sein, wenn allen Aktionären *dieselbe Ware* zugewiesen werden kann und mithin auch dem Erfordernis der Gleichbehandlung Genüge getan wird⁴⁰.

³⁸ Zit. Anm. 29, 40.

³⁹ Der unberechtigte Empfang von Liquidationsanteilen, SAG 16 (1943/44) 89ff., 92.

⁴⁰ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die sog. innere Liquidation – die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern – weitgehend dispositiv geregelt ist, dazu etwa BÜRGI/NORDMANN (zit. Anm. 32) Art. 745 N 6; HANS ULRICH LINIGER: Die Liquidation der Genossenschaft (Diss. Zürich 1982) 139 sowie für die Personengesellschaften ROGER ZÄCH: Zum Liquidationsvertrag bei Personengesellschaften..., in: FS Schlupe (Zürich 1988) 397ff., 398.

d) Auch im Hinblick auf das Liquidationsbetreffnis ergibt sich damit, dass eine Ausschüttung in Sachwerten grundsätzlich zulässig sein muss, wenn es sich um *kurante Ware* handelt, die in gleicher Form allen Aktionären ausgeschüttet werden kann.

Fragen kann man sich erneut, ob allenfalls das qualifizierte Quorum von OR 636 analog angewendet werden sollte, was m.E. zu verneinen ist⁴¹.

3. Sachausschüttungen bei der Kapitalherabsetzung

a) Die Frage, ob sich ein Aktionär eine Sachabfindung im Zuge einer konstitutiven Kapitalherabsetzung gefallen lassen muss, ist m.W. in Literatur und Judikatur bisher *nicht behandelt* worden⁴². Einzig VON GREYERZ⁴³ erwähnt, es seien Gefährdungen der Aktionärsrechte bei Kapitalherabsetzungen denkbar, und es frage sich «insbesondere, ob dem Aktionär Kapitalherabsetzungsleistungen in natura zugemutet werden dürfen...». Eine Antwort auf diese Frage gibt jedoch auch VON GREYERZ nicht.

b) Für die Dividendenausschüttung und die Zuweisung des Liquidationsüberschusses haben die vorstehenden Ausführungen ergeben, dass eine *Zuweisung von Sachwerten dann (und nur dann) auch gegen den Willen einer Minderheit zulässig sein muss*, wenn es sich bei der zugewiesenen Sache um *gleichwertige* und wenn möglich *gleichartige, kurante* (d.h. leicht versilberbare) Ware handelt.

c) Diese Kriterien müssen auch für die Rückleistung im Zuge einer *Kapitalherabsetzung* gelten:

Die Ausschüttung bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung ist mit der Dividende durchaus vergleichbar. Besonders grosse Ähnlichkeit aber hat sie mit der Rückzahlung im Anschluss an die Liquidation, ja es kann die konstitutive Kapitalherabsetzung funktionell als eine Art Teilliquidation verstanden werden.

Es ist daher gerechtfertigt, im Hinblick auf die Zulässigkeit von Sachausschüttungen die *gleichen Erwägungen* zugrunde zu legen.

d) In der *Literatur* wird freilich – soweit ersichtlich – im Hinblick auf die Herabsetzung stets von Rück«zahlung» gesprochen. Es wird also implizit vorausgesetzt, dass die Rückleistung an die Aktionäre bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung in bar erfolgt^{44,45}.

Doch zeigt eine Betrachtung der einschlägigen Ausführungen, dass sämtliche Autoren einfach diesen Regelfall der Barabfindung als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt haben, ohne sich mit der Frage der Zulässigkeit einer Sachleistung zu befassen. Aus der Literatur lässt sich daher *nichts ableiten*.

⁴¹ Vgl. dazu die Ausführungen vorn Ziff. I.g.

⁴² Sieht man von impliziten Äusserungen ab, vgl. dazu nachstehend lit. d.

⁴³ Zit. Anm. 18, 166.

⁴⁴ Vgl. statt vieler FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 16 N 40, 291; VON GREYERZ (zit. Anm. 18) 271ff.

⁴⁵ Als weitere Möglichkeit wird sodann der Verzicht auf eine vollständige Erfüllung allfälliger offener Liberierungspflichten erwähnt, so bei FORSTMOSER (zit. Anm. 8) § 16 N 3, 40, 48ff. und FRITZ VON STEIGER: Das Recht der AG in der Schweiz (4.A. Zürich 1970) 303f.

e) In analoger Anwendung der vorstehend entwickelten Regeln ist somit die Zuweisung von Sachwerten als Rück«zahlung» im Falle einer konstitutiven Kapitalherabsetzung zwar nicht ohne weiteres zuzulassen, wohl aber dann, wenn den Aktionären

- gleichwertige, möglichst gleichartige sowie
- kurante, leicht versilberbare

Ware zugewiesen werden kann. Diesfalls hat sich m.E. ein Aktionär auch gegen seinen Willen die Zuweisung von Sachwerten gefallen zu lassen, kann eine solche also von der Generalversammlung mit einem gewöhnlichen Mehrheitsbeschluss verfügt werden.

II. Sachausschüttungen im Genossenschaftsrecht

a) Im *Genossenschaftsrecht* stellt es die Regel dar, dass die Gesellschaft ihren Mitgliedern nicht Geldleistungen, sondern ganz *spezifische Sachleistungen* erbringt⁴⁶. Dies erklärt sich aus dem wesensmässigen Gegensatz von Genossenschaft und AG: Während die AG das abstrakte Interesse ihrer Mitglieder an Geldvorteilen unterstützen soll, ist die Genossenschaft auf die Förderung ganz spezifischer Bedürfnisse ihrer Mitglieder ausgerichtet. «Das erste Recht, das sich mit der Mitgliedschaft [bei der Genossenschaft] verbindet», ist daher «das auf Teilnahme am Genossenschaftsleben, auf Mitbenützung der *genossenschaftlichen Einrichtungen*.»⁴⁷ Das Recht auf Benutzung der Genossenschaftseinrichtungen – und damit auf Sachleistungen – ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich aufgeführt, ergibt sich aber schon aus dem genossenschaftlichen Zweck der Mitgliederförderung⁴⁸. Eine Verteilung des Reinertrages im Sinne von Barleistungen ist grundsätzlich nicht vorgesehen⁴⁹ und in ihrer Höhe durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt⁵⁰.

b) Der Bardividende als Regelfall bei der AG entspricht mithin bei der Genossenschaft die «Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen» und damit die *Sachleistung*.

Auch im Zuge der *Liquidation* wird man Sachleistungen – soweit dies das Prinzip der Gleichbehandlung der Genossenschafter⁵¹ erlaubt – noch eher zulassen als bei

⁴⁶ Vgl. dazu etwa PETER FORSTMOSER: Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht Lfg. 1 (Bern 1972) Art. 828 N 60ff. und MAX GUTZWILLER: Zürcher Kommentar zum Genossenschaftsrecht Bd. I (Zürich 1972) Art. 828 N 12ff.

⁴⁷ RUDOLF PETER HAFTER: Die personenrechtliche und kapitalistische Struktur der Genossenschaft im neuen OR (Diss. Bern 1938) 77.

⁴⁸ Vgl. statt vieler MAX GERWIG: Schweizerisches Genossenschaftsrecht (Bern 1957) 278.

⁴⁹ Vgl. OR 859 I.

⁵⁰ Vgl. OR 859 III.

⁵¹ Vgl. OR 854. Auch für die Genossenschaft ergeben sich daraus die Erfordernisse der Gleichwertigkeit und Gleichartigkeit, während – anders als im Aktienrecht – die leichte Verwertbarkeit nicht unbedingt Voraussetzung ist.

der AG. Nach dispositivem Gesetzesrecht ist freilich eine Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Genossenschafter überhaupt nicht vorgesehen⁵².

III. Sachausschüttungen bei der GmbH

a) Der GmbH kommt bekanntlich eine Zwitterstellung zwischen den personenbezogenen Gesellschaften und der kapitalbezogenen AG zu, sie erscheint «als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier».⁵³

b) Hinsichtlich der *finanziellen Rechte* der Gesellschafter stimmt das Recht der GmbH weitgehend *mit dem Aktienrecht überein*:

Für die Liquidation und die Kapitalherabsetzung wird ausdrücklich auf die aktienrechtliche Regelung verwiesen⁵⁴. Hinsichtlich des Anspruchs auf einen Anteil am Reingewinn entspricht die Ordnung im Recht der GmbH inhaltlich dem Aktienrecht⁵⁵.

Sachausschüttungen müssen daher bei der GmbH zumindest immer dann möglich sein, wenn sie bei der AG in Betracht kämen. Darüber hinaus aber werden Sachausschüttungen bei der GmbH deshalb eher zuzulassen sein, weil der GmbH-Gesellschafter mit seiner Gesellschaft und ihrer spezifischen Tätigkeit typischerweise weit enger verbunden ist als der Aktionär⁵⁶.

IV. Sachausschüttungen bei den Personengesellschaften

a) Mit Bezug auf die Personengesellschaften beschränkt sich diese Darstellung aus Platzgründen auf die Frage, ob der *Liquidationserlös* in Sachwerten an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann. Hiezu finden sich einige Hinweise in Literatur und Judikatur:

b) Im Entscheid 42 II 295 hatte das *Bundesgericht* über die Frage zu entscheiden, ob bei der Liquidation einer Kollektivgesellschaft ein *Anspruch* der Gesellschafter auf Realteilung bestehe. Das Bundesgericht verneinte diese Frage zu Recht, schien

⁵² Vgl. OR 913 IV.

⁵³ So der deutschsprachige nationalrätliche Berichterstatter, in: Basler Handelskammer, Sieben Vorträge über das neue OR (Basel 1937) 100.

⁵⁴ Vgl. OR 823, 788 II.

⁵⁵ Vgl. OR 804 I mit 660 I und 661.

⁵⁶ So schon aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft, das in OR 811 für die Gründergesellschaften dispositiv vorgesehen ist.

aber immerhin die *Möglichkeit* und Zulässigkeit einer Realteilung vorauszusetzen. Das Gericht führte aus, es sei nach der einschlägigen Gesetzesnorm⁵⁷

«das Vermögen der Kollektivgesellschaft... zu 'versilbern', worunter, wenn nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie die Umsetzung in Geld fällt...»

E contrario darf man diesem Entscheid entnehmen, dass das Bundesgericht die Realteilung bei Personengesellschaften nicht ausschliesst. Bemerkenswert ist sodann, dass dieses Gericht unter dem Begriff «versilbern» offensichtlich nicht notwendig die Umwandlung der Aktiven in Geld versteht!

Interessant ist sodann ein Passus in BGE 93 II 392: Das Bundesgericht referiert hier zunächst den Gesetzestext, OR 585 I, wonach die Versilberung erfolgen soll, «soweit es die Auseinandersetzung erfordert». Im weiteren führt es aus:

«Die Versilberung *kann* aber auch Platz greifen, wenn dadurch die Teilung unter den Gesellschaftern erleichtert wird...⁵⁸.»

In diesem neueren Entscheid sieht das Bundesgericht die Versilberung von Gesellschaftsvermögen über das für die Befriedigung der Gläubiger Erforderliche hinaus somit nur als Möglichkeit für den Fall, dass die Teilung unter den Gesellschaftern dadurch erleichtert wird. Damit erscheint die *Zuweisung von Sachwerten* als die *Regel*, die von *Barmitteln* als Ausnahme!

c) In der *Literatur* wird – soweit die Frage angesprochen wird – die Zuweisung in natura zum Teil nur im Einverständnis aller Gesellschafter, teilweise aber offenbar auch ohne solches für zulässig erachtet:

aa) MAX BOEMLE⁵⁹ erwähnt, es sei «rechtlich nicht eindeutig entschieden», ob

«unter Umständen auch eine Pflicht besteht, dass ein Teilhaber mangels günstiger Verkaufsgelegenheiten die von ihm eingebrachten Gegenstände in natura zurücknehmen muss...»

bb) WILHELM HARTMANN⁶⁰ führt zunächst aus, die Zuweisung von Sachwerten aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auf Anrechnung an ihre Liquidationsanteile bedürfe

«einer Verständigung unter den Gesellschaftern.»

Im folgenden erklärt er jedoch, es sei «Ermessensfrage», ob die Versilberung weiter zu gehen habe als erforderlich, um Barmittel zur Tilgung der Verbindlichkeiten bereitzustellen.

Wiederum an anderer Stelle⁶¹ meint er, es stehe

«nichts entgegen, dass ein Gesellschafter freiwillig [!] und im Einverständnis aller übrigen [!] eingebrachte Sachen oder Forderungen zurücknimmt.»

⁵⁷ Des altOR.

⁵⁸ Hervorhebung durch mich.

⁵⁹ *Unternehmensfinanzierung* (7.A. Zürich 1986) 467.

⁶⁰ *Berner Kommentar zum Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft* (Bern 1943) Art. 585 N 16.

⁶¹ Art. 588 N 2.

cc) ALFRED SIEGWART⁶² ist dagegen der Ansicht, es bestehe

«gegebenenfalls ein Recht und eine Pflicht der Gesellschafter zur Übernahme von Sachwerten.»

SIEGWART setzt also das Einverständnis aller Gesellschafter nicht notwendig voraus.

dd) Nach WERNER VON STEIGER⁶³ ist aufgrund von OR 585 I eine Versilberung der Gesellschaftsaktiven dann vorzunehmen, wenn sie für die Befriedigung der Gläubiger oder die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern erforderlich ist.

«Die erwähnte Bestimmung⁶⁴ bringt auch zum Ausdruck, dass einer Zuteilung von Gesellschaftsaktiven im Zuge der Liquidation von Gesetzes wegen nichts entgegensteht.»

Als Kardinalsatz gelte nur, dass die Gesellschafter *keinen Anspruch* auf Rückerstattung ihrer Sacheinlagen hätten, wenn dies nicht vereinbart sei.

Auch nach W. v. STEIGER scheint damit das Einverständnis aller Gesellschafter für die Zuweisung von Sachwerten nicht unbedingt erforderlich zu sein.

ee) MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER⁶⁵ führen aus, es sei das Gesellschaftsvermögen

«zu versilbern, sofern nicht alle Gesellschafter einer anderen Lösung zustimmen.»

Diese Aussage wird jedoch gemacht im Zusammenhang mit der Feststellung, es hätten die Beteiligten «keinen Anspruch auf körperliche Teilung». Es wird damit nur festgehalten, dass ein Kollektivgesellschafter im Rahmen der Liquidation nicht berechtigt ist, die Zuweisung von Sachwerten zu verlangen, nicht aber zur Frage Stellung bezogen, ob er verpflichtet werden kann, solche Sachwerte entgegenzunehmen.

ff) Neuestens vertritt dagegen ZÄCH⁶⁶ wiederum die Ansicht, es seien mangels einer abweichenden Ordnung durch die Gesellschafter «alle Aktiven zu versilbern».

d) Überwiegend wird also in der Literatur für eine Zuweisung von Sachwerten an Personengesellschafter im Zuge der Liquidation das *Einverständnis der Beteiligten* verlangt. Immerhin setzen namhafte Autoren dieses Einverständnis nicht voraus.

Vor allem aber wird man aus den Literaturstellen, die das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter postulieren, nicht allzu viel folgern dürfen: Der Kontext der zitierten Äusserungen zeigt nämlich, dass es den Autoren eigentlich durchwegs nur um die Frage ging, ob ein Gesellschafter angehalten werden könne, die von ihm erbrachte *Einlage zurückzunehmen* bzw. ob er einen Anspruch auf *Rückerstattung seiner Sacheinlage* habe. Damit wird nicht Stellung bezogen zur grundsätzlichen Pflicht, statt liquider Mittel Sachwerte zu übernehmen.

Auch wird das Zustimmungserfordernis – wenn überhaupt – damit begründet, dass die körperliche Zuteilung «meist schwierige Fragen der Bewertung, der

⁶² Zürcher Kommentar zum Recht der Personengesellschaften (Zürich 1938) Art. 588 N 3.

⁶³ Gesellschaftsrecht, in: Schweiz. Privatrecht VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 575f.

⁶⁴ Das heisst OR 585 I, Ergänzung durch mich.

⁶⁵ Grundriss des Schweiz. Gesellschaftsrechts (5.A. Bern 1984) § 9 N 64.

⁶⁶ Zit. Anm. 40, 404.

Losbildung und der Loszuteilung»⁶⁷ stelle. Solche Probleme sind jedoch dann nicht gegeben, wenn gleichartige und gleichwertige Ware zu verteilen ist.

e) Wesen und rechtliche Ordnung der Personengesellschaften drängen nun keineswegs den Schluss auf, es müsse mit Bezug auf Sachzuweisungen eine restriktivere Regelung gelten als bei den Körperschaften, im Gegenteil:

- Im Gegensatz zum Aktionär ist der Personengesellschafter immerhin (Gesamt-) Eigentümer des Gesellschaftsvermögens. Damit stellt die Übertragung von Sachwerten in sein Alleineigentum einen weniger grossen Schritt dar als die Überführung von Eigentum der AG in das Vermögen von Aktionären.
- Überdies erklärt OR 585 I ausdrücklich, es sei

«das Vermögen der Gesellschaft, soweit es die Auseinandersetzung verlangt, zu versilbern.»⁶⁸

Es drängt sich daher m.E. auf, Sachzuweisungen (mindestens) im gleichen Ausmass zuzulassen wie bei der AG: Eine Zuweisung von Sachwerten muss – von einer entsprechenden expliziten Ordnung im Gesellschaftsvertrag abgesehen – dann möglich sein, wenn

- die Gleichbehandlung der Gesellschafter gewährleistet ist, diesen also *gleichwertige und gleichartige Ware* zugewiesen werden kann,
- und wenn zusätzlich diese Ware *kurant* und damit ohne grössere Schwierigkeiten zu versilbern ist.

Fragen kann man sich zudem, ob nicht bei Personengesellschaften im Hinblick auf die engere Bindung der Gesellschafter an die spezifische Gesellschaftstätigkeit hinsichtlich der *Marktgängigkeit* der Ware ein *weniger strenger Massstab* anzusetzen ist als bei der AG⁶⁹.

V. Ergebnis

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht – auch gegen den Willen betroffener Gesellschafter – durchaus zulässig sind, jedenfalls dann, wenn solche Ausschüttungen an alle Gesellschafter in gleichwertiger und gleichartiger Ware, die überdies leicht verwertbar ist, erfolgen.

Ob sich ein Gesellschafter die Zuweisung von Sachwerten anstelle von Barmitteln auch dann gefallen lassen muss, wenn diese Kriterien nicht oder nur teilweise erfüllt sind, hängt von der in Frage stehenden Gesellschaftsform wie auch von der konkreten Ausgestaltung der Gesellschaft ab.

⁶⁷ ZÄCH (zit. Anm. 40) 404.

⁶⁸ Hervorhebung durch mich.

⁶⁹ Vgl. den Hinweis zur analogen Frage im Genossenschaftsrecht, vorn Anm. 51.

Sonderdruck aus:

Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag

Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht

PETER FORSTMOSER

Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989