

Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme?

Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f*

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| I. Der Entscheid und seine Tragweite | III. Taugliche und untaugliche Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Sachübernahmenvorschriften |
| II. Sinn und Inhalt der Sachübernahmenvorschriften | IV. Schluss |

Im Entscheid 128 III 178 f macht das Bundesgericht eine verblüffende Aussage zum Anwendungsbereich der Sachübernahmebestimmungen. In den Worten des – hier gekürzten¹ – Ingresses lautet sie wie folgt:

«Der [...] zur statutarischen Tätigkeit [einer] Gesellschaft gehörende Erwerb von Vermögenswerten [...] fällt nicht unter Art. 628 Abs. 2 OR.»

Also: Soweit ein – geplanter oder beschlossener – Erwerb von Sachwerten im Gründungsstadium im Rahmen des Zwecks einer Gesellschaft liegt, sollen die spezifischen Schutzvorkehrungen für Sachübernahmen (OR 628 II) keine Anwendung finden.

Was ist von dieser Feststellung zu halten? Sollen nach Ansicht des Bundesgerichts wirklich alle vom Gesellschaftszweck gedeckten Rechtsgeschäfte im Stadium der Gründung von der Einhaltung der Sachübernahmebestimmungen befreit sein? Und – wenn ja – ist dies sinnvoll, erwünscht und vom Gesetzgeber gewollt? Oder – wenn nein – wie soll der Anwendungsbereich von OR 628 II allenfalls anders und sachgerechter definiert werden?

Die folgende Stellungnahme zu diesen Fragen beginnt mit einer Wiedergabe der wesentlichen Elemente des Entscheides und einigen Spekulationen zu seiner Tragweite (Ziff. I.). Anschliessend wird nach dem Sinn und den Prinzipien der Sachübernahmenvorschriften gefragt (Ziff. II.). Da der Gesetzeswortlaut – wie noch zu zeigen sein wird² – zu weit gefasst ist, wird sodann gefragt, wie die Gesetzesnorm sinn- und zielkonform eingeschränkt werden könnte (Ziff. III.). Ein kurzes Fazit (Ziff. IV.) schliesst den Beitrag ab.

* Meine Assistierenden, lic. iur. CATRINA ERB und lic. iur. CHRISTIAN HABEGGER, haben mich bei den Abschlussarbeiten, aber auch durch kritisches Mitdenken, tatkräftig unterstützt. Ich danke ihnen.

Seit der Fertigstellung dieses Beitrages im April 2003 sind zwei weitere kritische Auseinandersetzungen mit BGE 128 III 178 f erschienen, die teilweise zu ähnlichen Schlüssen kommen: LUKAS GLANZMANN: Wann liegt

eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, SZW 2003 166 ff und PETER RUF: Die Offenlegungspflicht für Sachübernahmen, BN 2003 29 ff. – Der Entscheid wurde ungekürzt und mit einer deutschen Zusammenfassung veröffentlicht in REPRAX 1/2003 S. 18 ff.

¹ Auf die weggelassenen Elemente wird aber im Folgenden eingegangen.

² Dazu nachstehend Ziff. II.3.

I. Der Entscheid und seine Tragweite

1. Tatbestand und Erwägungen von BGE 128 III 178 f

Ausserfernd sind die Ausführungen des Bundesgerichts nicht^{2a}: Sie erstrecken sich auf knapp anderthalb Seiten – eine halbe Seite Ingress, eine Seite Begründung einschliesslich der Hinweise zum Sachverhalt.

- a) Zum *Sachverhalt* ist Zweierlei zu erwähnen:
 - Der Fall betraf den Kauf eines Hotelkomplexes durch eine Gesellschaft, in deren *Zweckartikel* der Erwerb von Hotelliegenschaften *ausdrücklich erwähnt* ist. Darauf wird nicht nur im Ingress speziell hingewiesen, sondern dieser Umstand beansprucht auch den grössten Teil der Begründung.
 - Es handelte sich um einen *Steigerungskauf* im Rahmen einer Betreuung auf Pfandverwertung. Dies wird zwar im Ingress erwähnt, doch werden daraus in der Begründung *keinerlei Folgen* gezogen – ob zu Recht, wird noch zu prüfen sein³.
- b) Die *Begründung* – soweit in der Amtlichen Sammlung wiedergegeben – beschränkt sich auf vier Absätze, mit folgendem Inhalt:
 - aa) Der erste Absatz gibt OR 628 II praktisch wörtlich wieder.
 - bb) Im zweiten Absatz werden die beiden Standardwerke zum Aktienrecht von Böckli und von Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel korrekt referiert⁴ mit der Aussage, eine Sachübernahme liege nur vor, wenn Anschaffungen *ausserhalb des normalen Geschäftsgangs* geplant seien⁵. Mit den anschliessenden Erwägungen des Bundesgerichts stimmt diese Aussage – wie noch zu zeigen sein wird – allerdings nicht überein.
 - cc) Die Überlegungen des Gerichts selbst nehmen eine gute halbe Seite in Anspruch. Ausgegangen wird davon, dass der *statutarische Zweck* der erwerbenden Gesellschaft darin bestehe,

«...d'exploiter des <commerces, en particulier dans le domaine hôtelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale.»

Durch den Steigerungskauf sei *erworben* worden

«...un immeuble comprenant un hôtel (M.), des restaurants, un casino, un centre commercial, une salle de spectacles, des parkings et quatre appartements.»⁶

^{2a} Dies trifft nicht nur für die Publikation in der Amtlichen Sammlung zu, sondern – soweit für das Recht der Sachübernahme einschlägig – auch für die ungekürzte Version, vgl. REPRAX 2/2003 S. 18 ff, 23 f.

³ Nachstehend Ziff. III.5.

⁴ Anders als im publizierten Entscheid schreibt sich MEIER-HAYOZ freilich nur mit einem y!

⁵ So auch etwa BGE 83 II 289.

⁶ Es folgen identische Überlegungen bezüglich einer zweiten Gesellschaft und dem von ihr vollzogenen Erwerb.

Daraus folgert das Bundesgericht:

«Ces acquisitions font incontestablement partie des activités statutaires des sociétés respectives, de sorte qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO.»

dd) Und dies führt schliesslich zur Feststellung, dass

«...le grief de violation de l'art. 628 al. 2 CO doit donc être rejeté.»

c) Die Konsequenzen dieses Entscheides sind ebenso weitreichend wie erstaunlich:

Die Sachübernahmestimmungen sollen nicht zum Zuge kommen, sofern eine beabsichtigte oder beschlossene Anschaffung «partie des activités statutaires» ist, sofern sie also *durch den Gesellschaftszweck gedeckt* ist. Dies widerspricht nicht nur dem Wortlaut von OR 628 II, sondern auch allem, was bisher in Lehre und Praxis zu dieser Bestimmung ausgeführt worden ist. Damit stellt sich die Frage:

2. Meint das Bundesgericht wirklich was es sagt?

Trotz der eindeutigen – und holzschnittartigen – Positionierung des Bundesgerichts ergeben sich Zweifel an der Werthaltigkeit dieses Präjudiz' als eines Wegweisers für die Kautelarjurisprudenz:

a) Auszugehen ist immerhin davon, dass das Bundesgericht mit *voller Kognitionsbefugnis* entschieden hat, nicht etwa im Rahmen der eingeschränkten Kognition in Handelsregistersachen⁷. Bei der Konklusion handelt es sich daher nicht nur um eine nach Ansicht des Bundesgerichts *vertretbare* Auffassung⁸, sondern um die seiner Meinung nach (einzig) *richtige*.

b) Auffallend ist, dass das Bundesgericht den Umstand, dass es sich um einen Steigerungskauf im Rahmen eines Betreibungsverfahrens handelte, zwar im Ingress und in der Zusammenfassung des Tatbestandes erwähnt, in seiner Begründung jedoch unbeachtet lässt, obwohl man die konkrete Entscheidung durchaus unter Berufung auf diesen besonderen Umstand hätte begründen können⁹. Daraus ist zu schliessen, dass das Bundesgericht seine Aussage *generell* verstanden haben will, nicht bloss mit Bezug auf den zu entscheidenden Einzel- und Sonderfall.

c) Falls daher künftig für die Eingrenzung des Sachübernahmetatbestandes der Gesellschaftszweck massgebend sein soll und nicht die Art und Bedeutung des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts, so wäre dies eine revolutionäre *Praxisänderung*. Es fragt sich, ob dies dem Bundesgericht bewusst war. Vermutlich war dem nicht so, werden doch in der neueren Bundesgerichtspraxis bei der amtlichen Publikation Praxisänderungen ausdrücklich als solche markiert und fehlt ein solcher Hinweis in BGE 128 III 178 f.

⁷ Zu dieser vgl. BGE 121 III 368 E2 sowie aus der Lehre statt aller die Kontroverse PETER FORSTMOSER /ROLF BÄR in Reprax 2/1999 S. 1 ff und 1/2000 S. 53 ff.

⁸ Vgl. BGE 117 II 186 E1.

⁹ Dazu nachstehend Ziff. III.5.

d) Dafür, dass das Bundesgericht sich der Tragweite seiner Aussage nicht bewusst war, spricht auch die äusserst dürftige Begründung in 17 Zeilen, ohne jede Auseinandersetzung mit der bisherigen Lehre und Praxis.

e) Und schliesslich fällt auf, dass die vom Bundesgericht zitierten Standardwerke etwas anderes sagen als das Bundesgericht selbst: Die beiden Werke – das Bundesgericht referiert dies korrekt – weisen darauf hin, dass Transaktionen des normalen Geschäftsgangs der künftigen Gesellschaft nicht unter OR 628 II fallen sollen. Die vom Bundesgericht zu beurteilenden Geschäfte – der Erwerb grosser Immobilienkomplexe – waren nun aber gerade *keine Anschaffungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs und daher nach bisheriger Praxis und herrschender Lehre den Sachübernahmebestimmungen zu unterwerfen*. Die herrschende Lehre¹⁰ steht daher keineswegs in Harmonie zum bundesgerichtlichen Entscheid (wie dieser glaubhaft macht), sondern im Widerspruch zu diesem.

f) All dies weckt den Anschein, dass es sich beim fraglichen Entscheid eher um einen *Ausrutscher* als um ein strahlendes Zeugnis des «Richters als Gesetzgeber»¹¹ handelt. Trotzdem erscheint es angesichts der grossen praktischen Tragweite angezeigt, sich mit dem Urteil – sei es nun wegweisend oder erratisch – auseinander zu setzen. Sinnvollerweise geschieht dies vor dem Hintergrund der gesetzlichen Ordnung.

II. Sinn und Inhalt der Sachübernahmevorschriften

Eine Würdigung der durch BGE 128 III 178 f vorgenommenen *restriktiven* Anwendung der Sachübernahmebestimmungen muss von deren *Sinn* (Ziff. 1.) und ihrer *gesetzlichen Konkretisierung* (Ziff. 2.) ausgehen. Dabei ist zu beachten, dass Lehre und Praxis seit jeher eine *Einschränkung* des (zu) weit gefassten Gesetzeswortlauts postuliert haben (Ziff. 3.).

1. Der Sinn der Sachübernahmevorschriften

a) Bei den Tatbeständen, die unter dem Begriff der *qualifizierten Gründung* zusammengefasst werden – Sacheinlagegründung, *Sachübernahmegründung*, Einräumung von Gründervorteilen und Verrechnungsliberierung –, besteht jeweils die Gefahr, dass die *Gesellschaft* bereits im Gründungsstadium *geschwächt* wird und dass *einzelne Aktionäre oder künftige Gläubiger benachteiligt* werden. Bei Sacheinlagen und -übernahmen besteht insbesondere das Risiko, dass die eingelegten oder zu übernehmenden Sachwerte *überbewertet* sind; das Aktienkapital

¹⁰ Dies gilt auch über die vom Bundesgericht zitierten Standardwerke hinaus für die einschlägigen Monographien und Kommentare, vgl. etwa JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN: Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht (Diss. Zürich 1972) 20 ff; FRANZ

SCHENKER: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Basel/Genf/München 2002) Art. 628 N 9; ALFRED SIEGWART: Zürcher Kommentar zum Aktienrecht, Art. 620–659 (Zürich 1945) Art. 628 N 56.

¹¹ ARTHUR MEIER-HAYOZ: Der Richter als Gesetzgeber (Habil. Zürich 1951).

ist dann von Anfang an nicht gedeckt, weil ausgewiesene Aktiven nur scheinbar vorhanden sind¹².

b) Die *Sachübernahme* insbesondere wird vom Gesetzgeber vor allem deshalb als qualifizierter Tatbestand behandelt und der Sacheinlage im Wesentlichen gleichgestellt, weil sonst eine *Umgehung* der Vorschriften über die Sacheinlagegründung allzu leicht möglich wäre, indem zwar bar gegründet wird, anschliessend jedoch aufgrund von bereits im Gründungsstadium getroffenen Vereinbarungen oder zumindest schon damals bestehenden Absichten Vermögenswerte von den Gründern übernommen werden¹³.

2. Gesetzliche Schutzvorkehrungen bei Sachübernahmen

Den mit den qualifizierenden Tatbeständen – insbesondere auch der Sachübernahme – verbundenen besonderen Gefahren für die Aktiengesellschaft, ihre Aktionäre und Gläubiger begegnet der Gesetzgeber mit erhöhten Anforderungen an die qualifizierte Gründung und Kapitalerhöhung. Diese sind im Zuge der Aktienrechtsreform erheblich erweitert und verschärft worden. Sie lassen sich in vier Stichworten zusammenfassen:

- *Besondere Formerfordernisse*: Verträge über Sacheinlagen sind schriftlich oder öffentlich beurkundet abzufassen¹⁴. Für *Sachübernahmen* gilt die Vorschrift analog, soweit schon Verträge bestehen.
- *Rechenschaftsablage*: Die Gründer haben in einem *schriftlichen Bericht* Rechenschaft abzulegen¹⁵. Bei *Sachübernahmen* sind «Art und Zustand anzugeben und die Angemessenheit der Bewertung kurz zu begründen».
- *Prüfung*: Dieser Rechenschaftsbericht ist *durch einen Revisor zu prüfen*¹⁶. Der Revisor «bestätigt schriftlich, dass dieser [der Gründungsbericht] vollständig und richtig ist»¹⁷, was meint, dass der Bericht alle qualifizierenden Tatbestände erwähnt und dass die zugrunde gelegten Wertangaben für Sacheinlagen und -übernahmen zumindest *vertretbar* scheinen.
- *Transparenz*: Schliesslich werden die qualifizierenden Tatbestände *publik gemacht*, wodurch sich nicht nur die an der Gesellschaftsgründung beteiligten Personen, sondern dauerhaft auch die Öffentlichkeit (im Hinblick auf den Erwerb von Aktien wie auch auf den Abschluss von Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft) orientieren können. Zu diesem Zweck sind die qualifizierenden Tatbestände als bedingt notwendiger Inhalt *in den Statuten zu nennen*¹⁸, und

¹² Vgl. dazu statt aller PETER BÖCKLI: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996) Rz 67 ff und PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 15 N 7.

¹³ Vgl. statt aller BÖCKLI (zit. Anm. 12) Rz 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 12) § 15 N 20; ROLF WATTER: Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Ak-

tienrecht, AJP 3 (1994) 147 ff; Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745 ff (zit. nach dem Sonderdruck) 111.

¹⁴ OR 634 Ziff. 1.

¹⁵ OR 635.

¹⁶ OR 635a.

¹⁷ OR 635a.

¹⁸ Für *Sachübernahmen* vgl. OR 628 II.

es ist überdies der *Gründungsbericht* als Beleg der Anmeldung beim Handelsregisteramt beizufügen¹⁹, womit er *jedermann zugänglich* wird.

3. Erfordernis einer restriktiven Auslegung des Sachübernahmetatbestandes

a) OR 628 II umschreibt ohne jede Einschränkung den Tatbestand der Sachübernahme damit, es würden «von Aktionären oder Dritten Vermögenswerte» übernommen oder es bestehe zumindest die Absicht einer solchen Übernahme. Nähme man diese Bestimmung beim Wort, dann wäre wohl *jede Gründung eine Sachübernahmegründung*; denn die Gründung einer Gesellschaft erfolgt regelmässig mit bestimmten (meist ökonomischen) Zielsetzungen, für welche der Erwerb von Vermögenswerten und allgemein der Abschluss von Verträgen erforderlich ist, selbst wenn es nur darum gehen sollte, für die künftige AG Briefpapier und Büromaterial zu besorgen und allenfalls ein Lokal zu mieten. Eine Gesellschaftsgründung, die nicht mit bestimmten Absichten (und in deren Konkretisierung auch mit bestimmten Vertragsabschlüssen) an die Hand genommen wird, erfüllt nicht nur keinen legitimen Zweck, sie ist – als Vorratsgründung – auch rechtlich verpönt²⁰.

b) Es kann nicht Sinn des Gesetzes sein, alle diese Fälle – und damit letztlich alle Gründungen – den Bestimmungen über die qualifizierte Gründung zu unterstellen. Das *Bundesgericht* hat dies schon unter dem früheren Recht eindeutig festgehalten²¹. So versteht es sich nach BGE 83 II 289

«von selbst, dass nicht jede geringfügige Anschaffung von Möbeln, Bureau-material und dergl. für die künftige A.-G. eine Sachübernahme im Sinne des Gesetzes darstellt». Gemeint seien nur «Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung», durch welche das Vermögen der Gesellschaft geschwächt werden könnte.

Die *Lehre* teilt diese Auffassung und betont zudem, dass Sachübernahmen im Sinne des Gesetzes insbesondere dann nicht vorliegen, wenn lediglich Verträge für den (künftigen) *laufenden Geschäftsgang* abgeschlossen werden²².

c) In seinem neuesten Entscheid scheint nun das Bundesgericht die Kriterien «grössere wirtschaftliche Bedeutung» und «ausserhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit» durch ein neues Kriterium – Handeln im Rahmen des Gesellschaftszwecks – zu ersetzen oder zumindest zu ergänzen²³. Was ist davon zu halten? Und

¹⁹ HRV 78 II lit. a.

²⁰ Vgl. BGE 93 II 256.

²¹ Vgl. dazu ROLAND RUEDIN: La reprise de biens: Un terme technique à définir, in: Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen (Basel/Frankfurt a.M.1992) 333.

²² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 12) § 15 N 23; kritisch zum in Lehre und Praxis verbreiteten Kriterium der «geringen wirtschaftlichen Tragweite» BÖCKLI (zit.

Anm. 12) Rz 75, vgl. dazu hinten bei Anm. 29 f.

²³ Ob eine Ablösung oder bloss eine Ergänzung gewollt ist, wird nicht klar, weil die dem Abgrenzungskriterium der wirtschaftlichen Tragweite verpflichtete bisherige Lehre zustimmend zitiert, gleichzeitig aber dem Entscheid eine davon abweichende andere Auffassung – Abstellen auf den Gesellschaftszweck – zugrunde gelegt wird.

welche anderen Möglichkeiten einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Sachübernahmebestimmungen stehen zur Diskussion?

III. Taugliche und untaugliche Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Sachübernahmevorschriften

1. Abzulehnen: Beschränkung auf formelle Verträge

Umstritten war früher, ob die Bestimmungen über die Sachübernahmegründungen auch dann anzuwenden sind, wenn *keine formellen Abmachungen* getroffen worden waren. Das Bundesgericht hat dies seit langem in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre bejaht²⁴. Das revidierte Recht sorgt nun für Klarheit: Die Sachübernahmebestimmungen sollen nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht nur zum Zuge kommen, wenn eine Gesellschaft Vermögenswerte «übernimmt», sondern auch schon dann, wenn sie Sachübernahmen «*beabsichtigt*».

2. Eine verpasste Chance: Beschränkung auf Rechtsgeschäfte mit (künftigen) Aktionären und ihnen nahestehenden Personen

Die Sachübernahmeregeln sollen – es wurde erwähnt²⁵ – vor allem die *Umgehung der Sacheinlagevorschriften* verhindern. Eine Umgehungsgefahr aber besteht nur, wenn eine Gesellschaft im Zuge der Gründung oder Kapitalerhöhung Werte von Aktionärinnen oder Aktionären oder ihnen nahestehenden Personen zu übernehmen gedenkt. Bei einem *Erwerb von Dritten* besteht dagegen kein spezifisches Schädigungspotential, hat doch die Gesellschaft und haben ihre Organe im Gründungsstadium oder vor einer Kapitalerhöhung dasselbe Interesse, die Gesellschaftsinteressen zu wahren, wie bei einer Transaktion zu irgendeinem anderen Zeitpunkt. Zu Recht ist daher in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass die generelle Unterstellung von Sachübernahmen unter qualifizierte gesetzliche Anforderungen über das Ziel hinauschießt²⁶.

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Aktienrechtsreform 1968/1991 die Chance verpasst, in diesem Punkt eine Bereinigung vorzunehmen²⁷. Es blieb bei der «Catch-all»-Formulierung, die *sämtliche* vereinbarten oder beabsichtigten Rechtsgeschäfte unabhängig vom Vertragspartner erfasst. Eine Anpassung durch die Gerichtspraxis dürfte angesichts des klaren und bewusst gewählten²⁸ Wortlauts des Gesetzestextes, der nicht durch ein Versehen zu erklären ist, unzulässig sein.

²⁴ Vgl. zuletzt BGE 109 Ib 97.

²⁵ Vorn Ziff. II.1.

²⁶ Vgl. vor allem WATTER (zit. Anm. 13) 147 ff; ferner BÖCKLI (zit. Anm. 12) Rz 71.

²⁷ Dies ist umso unverständlicher, als sogar in der Botschaft zur Revision des Aktienrechts festgestellt wird, beim Erwerb von Vermö-

genswerten von Dritten bestehe «dann keine Gefahr der Umgehung der Bestimmungen über die Sacheinlagen, wenn dieser Dritte völlig unabhängig ist und keinem Aktionär in irgendeiner Weise nahesteht»; vgl. Botschaft (zit. Anm. 13) 111.

²⁸ Vgl. Botschaft (zit. Anm. 13) 111.

3. In Lehre und Praxis anerkannt: Ausnahmen für Anschaffungen von geringer Bedeutung und solche im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges

a) Auch hinsichtlich des *sachlichen* Geltungsbereichs der Sachübernahmebestimmungen ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes keine Einschränkung. Wohl aber haben Doktrin und Judikatur – schon aus Praktikabilitätsgründen – Begrenzungen vorgenommen. Solche sind sowohl in *quantitativer* wie auch in *qualitativer* Hinsicht denkbar:

- In *quantitativer* Hinsicht fragt es sich, ob jede (auch noch so geringe) geplante Übernahme von Vermögenswerten zur Anwendung der Sachübernahmevorschriften führt.
- In *qualitativer* Hinsicht ist zu prüfen, ob die Vorschriften nur bei ausserordentlichen Geschäften zu beachten sind oder auch dann, wenn die geplante Übernahme im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführung erfolgt.

Diese beiden Eingrenzungsmöglichkeiten sind – soweit ersichtlich – bisher in Lehre und Praxis nicht sauber getrennt worden²⁹. Es wurde übersehen, dass einerseits ein finanziell geringfügiges Geschäft ausserhalb der laufenden Geschäftsführung liegen kann, während andererseits im Rahmen der laufenden Geschäftsführung auch quantitativ bedeutsame Transaktionen abgewickelt werden können³⁰.

b) Verträge von *geringer wirtschaftlicher Bedeutung* sind vom Bundesgericht in konstanter Praxis vom Anwendungsbereich der Sachübernahmevorschriften ausgenommen worden³¹. Nach den Worten des Bundesgerichts muss es sich bei Sachübernahmen

«um Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung handeln, durch welche das Grundkapital geschwächt wird und die deswegen geeignet sind, auf den Kaufentschluss späterer Aktienerwerber oder die Kreditgewährung allfälliger Gläubiger einen Einfluss auszuüben»³².

In der Lehre wird diese Auffassung durchwegs geteilt. Sie entspricht dem *Sinn* der Bestimmungen über die qualifizierte Gründung bzw. Kapitalerhöhung: Es soll

²⁹ Vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 12) § 15 N 23, wo zunächst BGE 83 II 289 zitiert wird, wonach geringfügige Anschaffungen vom Geltungsbereich von OR 628 auszunehmen sind (vgl. vorn bei Anm. 22) und dann als Folgerung erklärt wird, eine Sachübernahme liege nicht vor, wenn «lediglich Verträge für den (künftigen) laufenden Geschäftsgang abgeschlossen werden».

³⁰ In der *Literatur* wird «ausserordentlich» in der Regel mit «grosse wirtschaftliche Tragweite» gleichgesetzt, «ordentlich» damit e contrario mit «wirtschaftlich nicht allzu bedeutend», vgl. etwa PETER BALASTÈR: Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1953) 42 ff.; BEAT HESS: Die mangel-

hafte Kapitalerhöhung (Diss. Zürich 1977=SSHW 24) 35; BAUMANN (zit. Anm. 10) 20 ff. Aus der *Judikatur* ist ein neuerer Bundesgerichtsentscheid zu erwähnen, der zwar zunächst davon ausgeht, Geschäfte des *laufenden Geschäftsgangs* seien von den Sachübernahmevorschriften ausgenommen, aber gleichzeitig erklärt, das in casu zu beurteilende Geschäft sei «von seiner Art und Grössenordnung her» als Sachübernahme zu qualifizieren (BGE 2A. 555/1996 E 3b, Hervorhebung hinzugefügt).

³¹ Vgl. BGE 83 II 289, zit. vorn bei Ziff. II.3.b, bestätigt in BGE 2A. 555/1996, E 3a.

³² BGE 83 II 289; ebenso BGE 2A. 555/1996, E 3a.

im Interesse des Kapitalschutzes vermieden werden, dass Vermögenswerte erworben werden, deren objektiver Wert unter dem Wert der Gegenleistung der Gesellschaft liegt³³. Zumindest soll ein solcher Umstand offengelegt werden.

c) Zu Recht betont jedoch Böckli³⁴, dass das Kriterium der geringen wirtschaftlichen Tragweite keine praktikable Abgrenzung darstellt: «Die Wesentlichkeitsschwelle ist hier so niedrig angesetzt, dass sie in allen denkbaren Streitfällen als überschritten gelten wird.» Damit fragt es sich, ob auch solche Geschäfte vom Anwendungsbereich der Sachübernahmevorschriften ausgenommen sein sollen, die zwar von grösserer wirtschaftlicher Tragweite sind, aber zum ordentlichen Geschäftsgang gehören. Mit anderen Worten: Ist zum *quantitativen* Abgrenzungskriterium der geringen wirtschaftlichen Tragweite alternativ auch ein *qualitatives* (ordentlicher Geschäftsgang) zu beachten?

Eine Antwort ist mit Hilfe eines Rückgriffs auf die *ratio* von OR 628 II zu suchen: Die Bestimmung soll Schutz bieten gegen Geschäfte, die das Vermögen der Gesellschaft entscheidend schwächen können. Solche Geschäfte sollen begründet, hinsichtlich der unterstellten Werte auf ihre Vertretbarkeit geprüft und offengelegt werden.

Legt man diese Zielsetzung zugrunde, dann wird man bei Transaktionen des ordentlichen Geschäftsganges die *Schwelle der Geschäfte von geringer wirtschaftlicher Tragweite massvoll überschreiten* dürfen. Mit solchen Geschäften muss gerechnet werden, weshalb eine Offenlegung nicht erforderlich scheint. Auch sie können aber – und dies spricht für eine quantitative Limite – das Gesellschaftsvermögen schwächen. Im Einzelnen ist – wie nachstehend³⁵ noch zu zeigen sein wird – zu differenzieren zwischen dem Gründungsstadium und der Kapitalerhöhung; bei Kapitalerhöhungen rechtfertigt sich eine restriktivere Anwendung der Sachübernahmebestimmungen.

d) Geschäfte *ausserhalb des ordentlichen Geschäftsganges* sind – ausser bei geringer wirtschaftlicher Tragweite – den Sachübernahmebestimmungen stets unterstellt; es ist dies ihr ureigenster Anwendungsbereich. Zu diesen Geschäften gehören in aller Regel *Liegenschaftentransaktionen*, wie sie in BGE 128 III 178 f zu beurteilen waren. Eine Ausnahme hievon mag man für Immobiliengesellschaften und Beteiligungsgesellschaften, deren Zweck der (indirekte) Handel und die Verwaltung von Grundstücken ist, diskutieren³⁶. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall aber handelte es sich nicht um eine Immobiliengesellschaft. Gesellschaftszweck waren vielmehr Handelsgeschäfte, insbesondere im Hotelbereich; die Möglichkeit, Liegenschaften zu erwerben, war im Zweckartikel nur als darin enthaltener Nebenzweck «aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale» genannt.

e) Die bis anhin anerkannten Eingrenzungskriterien rechtfertigen somit den bundesgerichtlichen Entscheid nicht: Weder lag ein Erwerb von geringfügiger wirtschaftlicher Tragweite vor, noch handelte es sich um einen solchen im Rahmen

³³ So – wie viele – RUEDIN (zit. Anm. 21) 334.

³⁴ Zit. Anm. 12, Rz 75.

³⁵ Ziff. III.6.

³⁶ Vgl. dazu aber hinten bei Anm. 41.

des ordentlichen Geschäftsgangs³⁷. Beides wird auch nicht behauptet³⁸, sondern das Bundesgericht bedient sich eines neuen Kriteriums:

4. Vom Bundesgericht neu eingeführt: Ausnahme für Geschäfte im Rahmen des statutarischen Zwecks

a) Das Bundesgericht begründet die Nichtanwendbarkeit der Sachübernahmebestimmungen damit, dass die in Frage stehenden Steigerungskäufe Teil der «activités statutaires des sociétés respectives» seien und dass sie deshalb «ne tombent pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO.»

Träfe dies zu, dann würden die gesetzlichen Sachübernahmebestimmungen *gegenstandslos*: Rechtsgeschäfte – auch Kaufverträge – müssen immer «partie des activités statutaires» zumindest in einem weiten Sinne sein, denn die zur Vertretung einer Aktiengesellschaft befugten Personen können stets nur diejenigen Rechtshandlungen vornehmen, die der (weit gefasste) Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann³⁹.

Dies kann das Bundesgericht nicht gemeint, sondern es muss an etwas anderes gedacht haben. Es muss eine *engere Zweckumschreibung* vor Augen gehabt haben, wohl begrenzt auf Tätigkeiten, die im statutarischen Gesellschaftszweck explizit genannt sind, wie bei den in Frage stehenden Gesellschaften⁴⁰ der Erwerb von Grundstücken. Ist die bundesgerichtliche Aussage wenigstens im Hinblick auf eine solcherart enger gefasste Befreiung von den Sachübernahmevorschriften bei Rechtsgeschäften im Rahmen der explizit in den Statuten verankerten Gesellschaftszwecke haltbar?

b) Die Frage ist bisher vor allem für *Holding- und Immobiliengesellschaften* diskutiert worden. Es wurde argumentiert, bei solchen Gesellschaften weise schon der Zweckartikel auf die beabsichtigte Übernahme von Beteiligungen oder Immobilien hin, und es erübrige sich daher die Einhaltung von besonderen Schutzvorschriften.

Die herrschende Lehre hat sich jedoch dieser Meinung widersetzt und erklärt, dass allein entscheide, «ob der Erwerb von Vermögenswerten schon vor der Entstehung der Gesellschaft [...] beabsichtigt ist oder nicht»⁴¹. Und das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass die Bestimmungen über die Sachübernahme *auch auf Holdinggesellschaften Anwendung* finden, «obwohl diese (vorab) den Erwerb und das Halten von Beteiligungen bezwecken»⁴².

³⁷ Problematisch ist diesbezüglich auch ein älterer Entscheid des Aargauischen Obergerichts, AGVE 1974 49 ff, insb. 51: Dort wurde ein finanziell erheblicher Liegenschafts Kauf zum Zwecke der Betriebs*erweiterung* als zum ordentlichen Geschäftsgang gehörend eingestuft.

³⁸ Immerhin erwecken die Literaturzitate (zu Unrecht) den Anschein, es werde auf das Kriterium des laufenden Geschäftsgangs abgestellt.

³⁹ OR 718a I; vgl. statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 12) § 21 N 5 und § 30 N 92.

⁴⁰ Und übrigens aufgrund einer routinemässigen in die Statuten eingefügten Bestimmung bei den allermeisten schweizerischen Aktiengesellschaften.

⁴¹ Vgl. nur PETER FORSTMOSER: Schweizerisches Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 10 N 76.

⁴² BGE 2A.555/1996 E 3a.

c) An dieser Auffassung ist meines Erachtens – jedenfalls für die *Gründung*⁴³ – festzuhalten: Rechtsgeschäfte, welche die Voraussetzungen von OR 628 II erfüllen, lösen die Anwendbarkeit der Sachübernahmenvorschriften aus, auch wenn sie unter einen in den Statuten explizit erwähnten Gesellschaftszweck fallen. Es gilt dies nicht nur generell, sondern auch speziell für Holding- und Immobiliengesellschaften.

Schon ein kursorischer Vergleich der Nennung im Zweckartikel mit der Einhaltung der Sachübernahmenvorschriften zeigt nämlich, dass die Erwähnung im Gesellschaftszweck das Schutzbedürfnis von Gesellschaft, Aktionären und Allgemeinheit sehr viel weniger befriedigt als es die Sachübernahmenvorschriften tun:

- Die besonderen *Formerfordernisse* für Verträge⁴⁴ müssen nicht eingehalten werden, ein Umstand, der freilich wenig ins Gewicht fällt, weil dieser Aspekt bei der häufigen bloss *beabsichtigten* Sachübernahme auch nicht greift.
- Es fehlt – dies ist weit wichtiger – der *schriftliche Rechenschaftsbericht* der Gründer⁴⁵.
- Und es fehlt die *Prüfung* durch einen Revisor, die unter anderem sicherstellen soll, dass die einer Sachübernahme zugrunde gelegten Werte zumindest vertretbar sind.
- Die *Offenlegung* schliesslich erfolgt nur rudimentär, was sich auch im kritisierten Entscheid manifestiert: Statt einer Statutenbestimmung, die «den Gegenstand, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft»⁴⁶ nennt und die durch die Angaben im öffentlich zugänglichen⁴⁷ Rechenschaftsbericht weiter konkretisiert wird, finden Interessierte bei den in Frage stehenden Gesellschaften nur den Hinweis, der Gesellschaftszweck bestehe darin, Hotelbetriebe zu führen und damit verbundene Aktivitäten auszuüben, einschliesslich des Erwerbs von Liegenschaften zur Bewirtschaftung für gastgewerbliche oder andere kommerzielle Zwecke.

Von den *vier* Schutzvorkehrungen, die der Gesetzgeber für die qualifizierte Gründung aufgestellt hat, wird daher durch den Zweckartikel nur gerade *eine* erfüllt, und auch diese nur *rudimentär*: Es wird für eine minimale Transparenz gesorgt. Alle übrigen Vorschriften – und damit besonders auch die Errungenschaften der Aktienrechtsreform – bleiben unberücksichtigt.

d) BGE 128 III 178 f, der im Ergebnis die Vorschriften über die qualifizierte Gründung durch solche zur Ausgestaltung des Zweckartikels zu ersetzen scheint, erweist sich daher als *unhaltbar*, nicht nur aufgrund einer grammatikalischen Betrachtungsweise, sondern ebenso aufgrund einer systematischen und teleologischen⁴⁸.

⁴³ Zur Rechtslage bei der Kapitalerhöhung vgl. hinten Ziff. III.6.

⁴⁴ Vgl. vorn bei Anm. 14.

⁴⁵ OR 635.

⁴⁶ OR 628 II.

⁴⁷ Vgl. HRV 9 und 78 II lit. a.

⁴⁸ Auch eine historische Betrachtung steht dem Ergebnis von BGE 128 III 178 f entgegen: So heisst es etwa in der Botschaft zur Revision des Aktienrechts: «[D]ie Einführung der Gründungsprüfung als Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität stellt seit lan-

e) Doch sollte das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden: Zu begrüssen ist immerhin die Absicht des Bundesgerichts, den nach seinem Wortlaut zu weit gefassten Tatbestand der Sachübernahme⁴⁹ einzuschränken. Es fragt sich, wie dies auf andere – mit den zu schützenden Interessen und der Absicht des Gesetzgebers kompatible – Art geschehen kann.

Eine Limitierung wurde bereits erwähnt: Ausgeschlossen sind Geschäfte von geringer wirtschaftlicher Tragweite und – in einem weiteren Rahmen – solche des ordentlichen Geschäftsgangs⁵⁰. Zwei weitere mögliche Begrenzungen seien hier angedacht:

5. Keine Anwendung der Sachübernahmenvorschriften beim Steigerungskauf?

a) Dem kritisierten Entscheid lag ein besonderer Sachverhalt zugrunde: Der beabsichtigte Erwerb sollte im Rahmen eines *Steigerungskaufs* erfolgen. Das Bundesgericht erwähnt dies, zieht aber daraus – wie gesagt – keine Konsequenzen. Dies erstaunt, liesse sich doch m.E. das vom Bundesgericht angestrebte Resultat durchaus mit den *Besonderheiten des Steigerungskaufs* begründen:

b) Zunächst fragt es sich, *ob* aufgrund der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis die besonderen Vorschriften zur qualifizierten Gründung *überhaupt Anwendung* finden:

Bei der Sachübernahme durch Steigerungskauf handelt es sich nie um einen schon vereinbarten, sondern nur um einen *bloss beabsichtigten Erwerb*, denn es ergibt sich aus der Natur des Steigerungskaufs, dass die Gesellschaft nicht weiss, ob sie den Zuschlag erhalten wird. Eine geplante Übernahme von Sachwerten ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis jedoch nur dann als Sachübernahme zu qualifizieren, wenn ihre *Ausführung als einigermassen sicher anzusehen* ist⁵¹. Ob ein Steigerungskauf diese Voraussetzung erfüllt, ist m.E. zumindest fraglich.

c) Jedenfalls aber ist die Umsetzung der Sachübernahmenvorschriften beim Steigerungskauf *nicht praktikabel*:

So ist die *Höhe der Gegenleistung* (d.h. des Kaufpreises) und damit gewissermassen das «Herzstück» der Offenlegungspflicht von OR 628 II nicht bekannt, weil diese – was sich ebenfalls aus der Natur des Steigerungskaufs ergibt – *nicht vor der Versteigerung* feststeht. Daher kann dem *Transparenzerfordernis* nur sehr unvollkommen Genüge getan werden, weil die Gegenleistung in den Statuten nicht angegeben werden kann⁵². Und ohne Angabe des Kaufpreises fehlt auch die Grundlage für *den Rechenschafts- und den Revisionsbericht*⁵³.

gem ein Hauptpostulat dar», und: «[M]it der Einführung der Gründungsprüfung für Sacheinlagegründungen wie für die anderen qualifizierten Gründungen (Sachübernahme und Gründervorteile) dürfte ein wesentlicher Beitrag zur Verhinderung von Gründungsswindeln geleistet werden», womit verhindert werden solle, «dass durch die Einbringung von wertlosen oder überbewerteten Vermögens-

werten das Aktienkapital bloss teilweise oder sogar nur fiktiv liberiert wird»; vgl. Botschaft (zit. Anm. 13) 46.

⁴⁹ Dazu schon vorn Ziff. II.3.

⁵⁰ Dazu vorn Ziff. III.3.

⁵¹ Vgl. BGE 83 II 290; 109 Ib 97.

⁵² Dazu siehe oben Ziff. II.2.

⁵³ Vgl. vorn Ziff. II.2.

Als Alternative könnte sich der *Schätzpreis* der Kaufsache zur Offenlegung anbieten. Da dieser jedoch vom tatsächlichen Kaufpreis erheblich abweichen kann, ist diese Lösung dem Zweck der Sachübernahmenvorschriften wenig dienlich.

Und müsste die Gesellschaft statt des Kaufpreises den *Maximalbetrag*, welchen sie zu zahlen bereit ist, publizieren⁵⁴, würde dies ihre Chancen, die Steigerungssache zu günstigeren Bedingungen erwerben zu können, schmälern und überdies das Steigerungsverfahren in wohl *unzulässiger Weise beeinflussen*⁵⁵.

d) Die Beachtung der Regeln über die qualifizierte Gründung ist aber auch im Hinblick auf den Normzweck der Sachübernahmebestimmungen *nicht nötig*: Ziel der Bestimmungen über die qualifizierte Gründung ist es ja, eine Schwächung bzw. Benachteiligung der Gesellschaft und ihrer Stakeholder im Gründungsstadium zu verhindern. Beim Steigerungskauf bedarf es dieses Schutzes nicht, der Kauf erfolgt – zumindest bei korrekter Abwicklung⁵⁶ – zu Marktbedingungen. Auch die Gefahr einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften besteht nicht.

e) Im Lichte einer teleologischen und systematischen Auslegung besteht daher kein Anlass, die Vorschriften über die qualifizierte Gründung beim Steigerungskauf anzuwenden.

6. Engerer Anwendungsbereich der Sachübernahmenvorschriften bei Kapitalerhöhungen?

a) Das gesetzliche Konzept für Sachübernahmen im *Gründungsstadium* – auf diese konzentrierten sich die bisherigen Ausführungen – und für solche anlässlich einer *Kapitalerhöhung* ist im Wesentlichen dasselbe: Dies ergibt sich schon daraus, dass bei der Kapitalerhöhung generell auf die Gründungsvorschriften verwiesen wird⁵⁷. Eine eigenständige Ordnung ergibt sich nur daraus, dass die Bestimmungen zum Rechenschaftsbericht und seiner Überprüfung insoweit angepasst wurden, als dem Umstand Rechnung zu tragen war, dass nun eine Körperschaft besteht und sie eigene Organe hat: Während der Rechenschaftsbericht im Gründungsstadium durch die Gründer verfasst wird, ist bei Kapitalerhöhungen der Verwaltungsrat zuständig⁵⁸. Und die Prüfungsbestätigung ist nicht von irgendeinem Revisor abzugeben, sondern von der Revisionsstelle der Gesellschaft⁵⁹.

b) Doch darf die Gleichstellung von Gründung und Kapitalerhöhung nur *mutatis mutandis* erfolgen. Denn *Unterschiede sind offenkundig*:

«Während im Gründungsverfahren abzugrenzen ist zwischen der Sachübernahme und den «im Namen der zu bildenden Gesellschaft» eingegangenen

⁵⁴ Wie dies von einem Teil der Lehre zumindest für den «normalen» Kauf gefordert wird; vgl. SCHENKER (zit. Anm. 10) Art. 628 N 11.

⁵⁵ OR 230 I; vgl. dazu nachstehend Anm. 56.

⁵⁶ Absprachen unter den Interessierten wie überhaupt alle Handlungen sind verboten, wenn sie in rechts- oder sittenwidriger Weise auf den Erfolg der Versteigerung einwirken, m.a.W. den freien und lauterer Steigerungswettbe-

werb verhindern (OR 230 I; vgl. dazu RETO TH. RUOSS: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (3. A. Basel 2003) Art. 230 N 1 ff.; ANTON PESTALOZZI: Der Steigerungskauf: Kurzkomentar und Zitate zu Art. 229–236 OR (Zürich 1997) N 598 ff.

⁵⁷ OR 652c.

⁵⁸ Vgl. OR 635 Ziff. 1 mit OR 652e Ziff. 1.

⁵⁹ Vgl. OR 635a mit OR 652f I.

Verpflichtungen gemäss OR 645 II, ist für das Erhöhungsverfahren zu unterscheiden zwischen den *Sachübernahmen* und den *Geschäften der ordentlichen Betriebsführung*: In diesem Stadium besteht eben eine rechts- und handlungsfähige Gesellschaft, die durch ihre Organe direkt berechtigt und verpflichtet werden kann.»⁶⁰.

In der Literatur ist daher die Ansicht vertreten worden, eine Sachübernahme sei bei der Kapitalerhöhung nicht möglich⁶¹. Zumindest unter geltendem Recht ist diese Auffassung unhaltbar, wird doch bei der Kapitalerhöhung die Sachübernahme ausdrücklich erwähnt⁶². Aber auch schon unter früherem Recht wurde die Möglichkeit von Sachübernahmen in Kapitalerhöhungsverfahren in der Gerichtspraxis als selbstverständlich vorausgesetzt⁶³.

Dies ändert aber nichts daran, dass die *Interessenlage bei der Kapitalerhöhung eine andere ist als bei der Gründung*⁶⁴: Es besteht nun eine juristische Person mit eigenen Organen, deren Pflicht es ist, die «Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren»⁶⁵ und die daher «weniger schutzbedürftig ist als ein Gebilde, das das Recht der Persönlichkeit noch nicht erlangt hat»⁶⁶.

Geschäfte, die *ihrer Art nach* zum ordentlichen Geschäftsgang gehören, sind daher bei Kapitalerhöhungen *grundsätzlich nicht als Sachübernahme* zu qualifizieren, unabhängig davon, ob man diese Einschränkung – wie vorstehend ange-regt⁶⁷ – in einem gewissen Umfang auch für die Gründung vorsehen will. Dabei ist allgemein anerkannt, dass der Kreis der zur ordentlichen Betriebsführung gehörenden Geschäfte *nicht eng gefasst* werden darf⁶⁸.

c) Diese Differenzierung steht mit der *ratio* von OR 628 II im Einklang: Die Bestimmung soll – wie gesagt – Schutz vor Geschäften bieten, die das Vermögen der Gesellschaft entscheidend schwächen können. Deshalb wird Offenlegung verlangt und ist auch eine Überprüfung der Bedingungen auf ihre Vertretbarkeit hin angebracht.

Legt man diese Zielsetzung zugrunde, dann ergeben sich zwischen Gründung und Kapitalerhöhung zwar Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede:

- *Gemeinsam* ist, dass eine unvorteilhafte Übernahme von Sachwerten das Gesellschaftsvermögen schwächt.
- Ein grundlegender *Unterschied* besteht jedoch hinsichtlich der *Handelnden*: Im einen Fall sind es die selbst ernannten Gründer, die – sieht man von OR 752 f ab – keinen Loyalitäts- und Sorgfaltspflichten unterstehen. Im andern Fall sind es ein Verwaltungsrat und eine Geschäftsleitung, die gehalten sind, ausschliesslich im Gesellschaftsinteresse tätig zu sein und die einer strengen Haftung unterstehen, wenn sie ihre Sorgfaltspflichten missachten.

⁶⁰ FORSTMOSER, Aktienrecht (zit. Anm. 41) § 15 N 151, mit Hinweis auf BALASTÈR (zit. Anm. 30) 44 ff und HESS (zit. Anm. 30) 35.

⁶¹ So A. WIELAND in ZSR 57 (1958) 1 ff, 157 Anm. 2.

⁶² Vgl. OR 652e Ziff. 1, 652f II, 652g III.

⁶³ Vgl. etwa BJM 1958 31 und AGVE 1974 49 ff.

⁶⁴ Ausführlich hierzu BALASTÈR (zit. Anm. 30) 44 ff.

⁶⁵ OR 717 II.

⁶⁶ BALASTÈR (zit. Anm. 30) 44.

⁶⁷ Vgl. Ziff. III.3.

⁶⁸ Ausführlich hierzu BALASTÈR (zit. Anm. 30) 44.

- Vor der Gründung kann bestenfalls aus dem *Gesellschaftszweck* abgeleitet werden, was zur ordentlichen Geschäftstätigkeit gehören soll. Eine Kapitalerhöhung erfolgt dagegen durch eine etablierte Gesellschaft, deren «ordentliche» Geschäftstätigkeit sich aus den *bisherigen Aktivitäten* ersehen lässt, womit für Aktionäre wie Dritte abschätzbar ist, mit welcher Art und in welcher Grössenordnung von Transaktionen in etwa zu rechnen ist.
- Schliesslich ist bei der Kapitalerhöhung noch weniger als im Gründungsstadium einzusehen, weshalb bei Geschäften mit Dritten ein besonderer Schutz durch den Gesetzgeber erforderlich sein soll: Für die Durchführung eines Erwerbsgeschäftes und die mit dem Veräusserer vereinbarten Konditionen ist es *völlig belanglos, wie das dafür erforderliche Kapital bereitgestellt wird*, ob aus bestehenden Gesellschaftsmitteln, durch (neues) Fremdkapital oder aber durch zusätzliche eigene Mittel, die mittels Kapitalerhöhung beschafft werden. Und da Geld eine fungible Sache ist, lässt sich auch gar nicht feststellen, aus welchem Topf Zahlungen gemacht werden.

d) Aus all dem ergibt sich, dass sich die Beachtung der qualifizierenden Bestimmungen von OR 628 bei der Kapitalerhöhung *nicht in gleichem Masse aufdrängt bzw. rechtfertigt wie bei der Gründung*. Soweit ein Geschäft nach seiner Art zum ordentlichen Geschäftsgang gehört, erscheint die Anwendung der Vorschriften über die Sachübernahmen – wenn überhaupt – nur geboten, wenn es hinsichtlich seines Umfangs *ausserhalb der Grenzen des zu Erwartenden liegt*. Und diese Grenzen lassen sich anhand der von der Gesellschaft bisher getätigten Geschäfte bestimmen.

Konkret also: Wenn eine Transaktion ihrer Natur nach zur ordentlichen Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft gehört und diese durch eine Kapitalerhöhung finanziert werden soll, sind die Bestimmungen über die qualifizierte Erhöhung dann und nur dann einzuhalten, wenn das Geschäft *umfangmässig den Rahmen derjenigen Geschäfte sprengt, welche die Gesellschaft bisher innerhalb ihrer ordentlichen Aktivitäten abgeschlossen hat*.

e) In Literatur⁶⁹ und Judikatur⁷⁰ wird vereinzelt als weitere Einschränkung aufgeführt, es müsse die Kapitalerhöhung «mit Rücksicht auf dieses [d.h. das vereinbarte oder fest beabsichtigte] Geschäft erfolgen»⁷¹ und es brauchten die qualifizierenden Vorschriften nicht eingehalten zu werden, wenn es lediglich darum gehe, «die Bilanz aufzubessern, um die eigenen Mittel in ein vernünftiges Verhältnis zu den Fremdmitteln zu bringen»⁷².

Dieses Kriterium ist als zusätzliche Einschränkung m.E. nicht geeignet:

- Geht es einfach generell um die Beschaffung von Eigenkapital, ohne dass ein bestimmtes Geschäft ins Auge gefasst wird, dann finden die Regeln über die Sachübernahme mangels eines Übernahmegegenstandes im Sinne von OR 628 II ohnehin keine Anwendung.

⁶⁹ HESS (zit. Anm. 30) 35 und SIEGWART (zit. Anm. 10) Art. 650 N 32.

⁷¹ HESS (zit. Anm. 30).

⁷² AGVE, a.a.O.

⁷⁰ AGVE 1974 49 ff, 50 f.

- Wird dagegen ein bestimmtes Geschäft fest ins Auge gefasst und entschliesst sich die Gesellschaft in diesem Umfeld zur Beschaffung von weiterem (Eigen-) Kapital, dann wird man nicht sagen können, die neu zu beschaffenden Mittel dienen der allgemeinen Verbesserung der Eigenkapitalquote und es werde das in Frage stehende Geschäft aus anderen Mitteln finanziert.

IV. Schluss

Abschliessend ist festzuhalten:

- *Est laudanda voluntas*: Es ist zu begrüßen, dass das Bundesgericht einer Ausuferung des Anwendungsbereichs der Sachübernahmebestimmungen einen Riegel vorschieben will. Der Gesetzeswortlaut geht deutlich über die Absicht des Gesetzgebers hinaus⁷³, und die gesetzgeberische Absicht überschiesst ihrerseits – aufgrund einer undifferenzierten Betrachtungsweise – das sachlich Angemessene⁷⁴.
- *Nicht haltbar* ist dagegen das *Kriterium*, welches das Bundesgericht in BGE 128 III 178 f der Eingrenzung zugrunde legt. In den vorstehenden Ausführungen wurde versucht, Abgrenzungskriterien zu entwickeln, die sachgerechter sind.

⁷³ Dadurch, dass *jeder* geplante Erwerb angesprochen ist und keine Einschränkung mittels der Kriterien der «Geringfügigkeit» bzw. des «ordentlichen Geschäftsgangs» erfolgt, vgl. vorn Ziff. II.3.

⁷⁴ Indem sie *sämtliche* Rechtsgeschäfte erfasst, nicht nur diejenigen mit (künftigen) Aktionärinnen und Aktionären bzw. ihnen nahestehenden Personen.