

Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG

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

I. Zeichnung von Aktien bei der Gründung

A. Errichtungsvertrag, Errichtungserklärung, AG als Gesellschaft

Nach Art. 629 Abs. 1 OR wird eine AG errichtet, indem die Gründer erklären, eine AG zu gründen, die Statuten festlegen und die Organe bestellen.

Beteiligen sich mehrere Personen an der Gründung, erfolgt die Errichtung der AG durch ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, nämlich einen Vertrag (Errichtungsvertrag)¹. Statt von Errichtungsvertrag kann man auch von Gesellschaftsvertrag sprechen. Beteiligt sich nur eine Person an der Gründung, erfolgt die Errichtung der AG durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine einseitige Willenserklärung (Errichtungserklärung)².

Damit ist die AG eine Gesellschaft (i.S. des Privatrechts), also eine rechtsgeschäftlich begründete und der gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes dienende Personenvereinigung³, wobei zuzugestehen ist, dass rein technisch gesehen eine Einpersonen-AG keine Personenvereinigung und damit materiell keine Gesellschaft ist⁴. Die Einpersonen-AG ist aber kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung trotzdem formell eine Gesellschaft⁵.

Der Autor analysiert die Rechtsnatur des Zeichnungs- und Sacheinlagevertrags bei der Gründung und bei der Kapitalerhöhung. Er zeigt, dass Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag sowohl rechtsgeschäftlichen wie auch gesellschaftsrechtlichen Charakter haben und dass dieser Doppelnatur bei der Auslegung der Verträge und bei der Geltendmachung von Rechts-, Sach- und Willensmängeln sowie Leistungsstörungen Rechnung zu tragen ist. **Zi.**

L'auteur analyse la nature juridique des contrats de souscription et d'apport en nature lors de la fondation et de l'augmentation de capital. Il démontre que ces contrats possèdent tant un caractère contractuel que de droit des sociétés. Il faut prendre en compte cette double nature en interprétant les contrats et en invoquant des vices matériels, juridiques ou de la volonté, ou tout autre manquement. **P.P.**

¹ MünchKommAktG-Heider, § 2 N 28 ff., für das deutsche Recht; zum Begriff des Vertrags im Allgemeinen z.B. Peter Gauch/Walter R. Schlupe, Band I: Bearbeitet von Jörg Schmid; Band II: Bearbeitet von Susan Emmenegger, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 130 f., 222 ff.

² MünchKommGmbHG-Pentz, § 23 GmbHG N 11 und MünchKommAktG-Heider, § 2 AktG N 28 ff., für das deutsche Recht; zum Begriff des einseitigen Rechtsgeschäfts im Allgemeinen z.B. Gauch/Schlupe (Fn. 1) N 129.

³ Zum Gesellschaftsbegriff im Allgemeinen z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 1 N 2.

⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 16 N 38, s. auch § 1 N 8.

⁵ Art. 625 OR, wonach eine Aktiengesellschaft auch vorliegt, wenn sie durch eine Person gegründet wird.

Der Errichtungsakt einer AG als Produkt⁶ qualifiziert aber nicht nur als Vertrag bzw. einseitige Willenserklärung, sondern auch als Statusgeschäft⁷, wobei je nach Umständen das eine oder andere Element zu berücksichtigen ist⁸, weil keines der beiden Elemente wirklich alle Facetten des Errichtungsakts beschreiben kann.

B. Statuten

Gemäss Art. 629 Abs. 1 OR ist die Festlegung der Statuten ein Teilakt der Errichtung einer AG. Die Statuten haben damit ihren Entstehungsgrund im Errichtungsvertrag bzw. in der Errichtungserklärung⁹, ja sie sind ein Teil dieses Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung.

Daran anknüpfend betont die sogenannte Vertragstheorie den Rechtsgeschäftscharakter (bei mehreren Personen den Vertragscharakter) der Statuten. Die Normentheorie betont demgegenüber den Normcharakter (Gesetzescharakter) der Statuten¹⁰.

Heute ist anerkannt, dass die Statuten wie der Errichtungsvertrag bzw. die Errichtungserklärung eine Doppelnatur haben und in der Praxis je nach Umständen (und Statutenklausel¹¹) das eine oder andere Element zu berücksichtigen ist¹², weil keine der beiden Theorien wirklich alle Facetten der Statuten und des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung beschreiben kann¹³.

Dieser Ansatz zeigt sich z.B. bei der Auslegung der Statuten. Zu Recht geht das Bundesgericht dabei von einem vertragsrechtlichen Ausgangspunkt aus, betont aber, dass

nur bei sehr kleinen Gesellschaften eine subjektive Vertragsauslegung infrage komme, im Übrigen aber Statuten nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind, welches Prinzip bei der (objektiven) Vertrags- und Gesetzesauslegung im Vordergrund steht¹⁴.

Die Doppelnatur der Statuten zeigt sich auch in der Begrifflichkeit: Bei den rechtsgemeinschaftlich strukturierten Gesellschaften¹⁵ findet sich der Begriff der Statuten nicht. Vielmehr wird dort vom Gesellschaftsvertrag gesprochen¹⁶. Bei den Körperschaften¹⁷ findet sich dagegen nur der Begriff der Statuten¹⁸, während der Begriff Gesellschaftsvertrag nicht gebraucht wird. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Statuten nicht nur ein Vertrags-element entsprechend der Vertragstheorie haben, sondern auch ein Normelement entsprechend der Normentheorie. Ausserdem bringt der Begriff der Statuten besser zum Ausdruck, dass sie nicht den ganzen Errichtungsvertrag bzw. die ganze Errichtungserklärung darstellen, sondern nur einen Teil davon. Zudem passt der Begriff der Statuten besser für die Einpersonenkörperschaft, bei der die Statuten nicht Teil des Errichtungsvertrags, sondern der Errichtungserklärung sind.

In Deutschland wird der Begriff Gesellschaftsvertrag und Satzung (für Statuten) bei Körperschaften (etwas unpräzise) z.T. synonym gebraucht¹⁹.

⁶ S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 14 Fn. 1, zum anderen Sinn des Worts Errichtungsakt, nämlich dem Errichtungsakt als Vorgang.

⁷ Zur Doppelnatur des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 13 N 15 ff.; zum Begriff des Statusgeschäfts im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 140 f.

⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 13 N 16 ff.

⁹ MünchKommAktG-Heider, § 2 AktG N 36, für das deutsche Recht.

¹⁰ Zum Theorienstreit z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 7 N 5; SPR VII/2-von Greyerz, 101 ff.

¹¹ Dazu z.B. MünchKommGmbHG-Wicke, § 3 GmbHG N 101 und MünchKommGmbHG-Harbarth, § 53 GmbHG N 9 f. mit der Differenzierung von echten und unechten Statutenbestandteilen, für das deutsche Recht.

¹² Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 7 N 5; schon ZK-Sieglwart, Art. 626 OR N 1 ff., 11, Vorbemerkungen zu Art. 629-639 OR N 18 ff.; a.M. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 124, nach denen nur die ersten Statuten, nicht aber geänderte Statuten als Vertrag angesehen werden können.

¹³ MünchKommGmbHG-Mayer, § 2 GmbHG N 8 zum deutschen Recht.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2013 vom 27.5.2014, E. 2.3; dazu Markus Vischer/Dominik Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Besprechung des Urteils 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014 (zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen), GesKR 2014 405 ff.

¹⁵ Zum Begriff Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 68 ff.

¹⁶ Z.B. Art. 539 Abs. 1 OR im Recht der einfachen Gesellschaft; Art. 557 Abs. 1 OR im Recht der Kollektivgesellschaft; OR 598 Abs. 1 OR im Recht der Kommanditgesellschaft.

¹⁷ Zum Begriff Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 8 ff.

¹⁸ Art. 622 Abs. 2 OR im Recht der Aktiengesellschaft; Art. 765 Abs. 1 OR im Recht der Kommanditaktiengesellschaft; Art. 772 Abs. 1 OR im Recht der GmbH; Art. 832 OR im Recht der Genossenschaft; s. auch Peter V. Kunz, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, Die «grosse» Schweizer Aktienreform, Eine Standortbestimmung per Ende 2012, hrsg. von Rolf Watter, Zürich/St. Gallen 2010, 56.

¹⁹ MünchKommGmbHG-Wicke, § 3 GmbHG N 101 und MünchKommGmbHG-Harbarth, § 53 GmbHG N 8, für das deutsche Recht; s. auch § 2 AktG: «An der Feststellung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) müssen ...».

C. Zeichnungsvertrag, Zeichnungserklärung, Verfügungsgeschäft

Nach Art. 629 Abs. 2 OR ist die Zeichnung der Aktien Teil des Errichtungsakts und damit des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung²⁰.

Die Zeichnung ist gemäss Art. 630 Ziff. 2 OR²¹ eine bedingungslose Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten²².

Sie muss zwecks Identifikation der Einlage²³ gemäss Art. 630 Ziff. 1 OR verschiedene Angaben umfassen, wie die Angabe von Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie und Ausgabebetrag der Aktien. Sie muss auch die Angabe enthalten, ob die Einlage in Geld (auch mittels Verrechnung²⁴) oder in Sachen, also mittels Sacheinlage erfolgt²⁵.

Die Zeichnung wird für den Zeichner verbindlich, sobald der Errichtungsvertrag zustande gekommen bzw. die Errichtungserklärung abgegeben worden ist. Rechtstechnisch lässt sich der entsprechende Vorgang aus vertragsrechtlicher Optik aufgliedern in eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Zeichners, die als Antrag i.S. von Art. 3 ff. OR zu qualifizieren ist, und eine Annahme dieses Angebots i.S. von Art. 3 ff. OR²⁶. Die empfangsbedürftige Willenserklärung wird in der Praxis z.T. in einem vom Errichtungsakt separaten Zeichnungsschein festgehalten²⁷, obwohl Zeichnungsscheine nur bei der Kapitalerhöhung notwendig sind²⁸.

Die die Zeichnung betreffenden Klauseln im Errichtungsvertrag bzw. der Errichtungserklärung, nach Art. 44 lit. d HRegV auch eine Erklärung der Gründer über die Zeichnung der Aktien, lassen sich als Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung bezeichnen, solange man damit

nicht die falsche Vorstellung eines gegenüber dem Errichtungsvertrag rechtlich selbständigen Vertrags bzw. einer gegenüber der Errichtungserklärung rechtlich selbständigen Erklärung verbindet.

Die Rechte und vor allem die Pflichten des Zeichners, insbesondere also die Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten, sind beim Zeichnungsvertrag primär Rechte und Pflichten gegenüber den Vertragspartnern des Errichtungsvertrags, also gegenüber den Mitgründern²⁹, und bei der Zeichnungserklärung eigene Rechte und Pflichten.

Es sind aber auch Rechte und Pflichten gegenüber der AG, sobald diese entstanden ist. Dies kann man mit der Normtheorie erklären, welche namentlich in dem in Art. 634a OR festgehaltenen Recht der AG, das Nonversé einzuverlangen, ihren Niederschlag findet. Man kann dies aber auch mit der Vertragstheorie erklären, wobei es zwei Ansätze gibt: Einerseits kann man den Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung als Vertrag zugunsten Dritter, d.h. zugunsten der AG, verstehen, und so z.B. das Recht der AG zum Einverlangen des Nonversé erklären³⁰. Andererseits kann man die Rechte und Pflichten gegenüber der AG mit dem Zustandekommen eines Vertrags zwischen Zeichner und AG in Gründung erklären, welcher die Rechte und Pflichten des Zeichners aus dem Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung umsetzt und von der AG nach ihrer Gründung nach den allgemeinen Regeln übernommen wird³¹. In diese Richtung geht das Gesetz bei der Sacheinlagegründung, in dem es in Art. 634 Ziff. 1 OR anders als bei der Bareinlagegründung die Erstellung eines

²⁰ Gl.M. MünchKommAktG-Pentz § 23 AktG N 12, 55, für das deutsche Recht für die sogenannte Aktienübernahme.

²¹ S. auch Art. 44 lit. d HRegV.

²² S. aber nachstehend zur Bedingung des Zustandekommens der Gründung.

²³ BSK OR II-Schenker, Art. 630 OR N 2.

²⁴ Zur in Art. 635 Ziff. 2 OR angesprochenen Verrechnungsliberierungsgründung z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 16 N 619.

²⁵ Peter Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Zürich 1981, § 9 N 230, insb. Fn. 482, § 10 N 54, bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

²⁶ Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 216 ff. und ZK-Siegmart, Art. 632 OR N 1 ff., bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

²⁷ SHK HRegV-Tagmann, Art. 44 HRegV N 11.

²⁸ Art. 652 Abs. 1 OR, s. II.A.

²⁹ Wohl gl.M. Christoph K. Widmer, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, 163, Fn. 973; Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 216 ff. (Offerte an die Gründer, Annahme durch die Gründer); ZK-Siegmart, Art. 632 OR N 1 ff. (Offerte an die Gründer, Annahme durch die Gründer).

³⁰ Markus Bösiger, Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, hrsg. von Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni, Basel 2014, § 24 N 24.19, und Fawzi M. Sami, La souscription d'actions dans la société anonyme, Genf 1968, 72 ff. zu dieser These; zum Vertrag zugunsten eines Dritten im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 3872 ff.

³¹ S. Art. 164 ff. OR, 175 ff. OR, Vertragsübernahmeregel, Art. 645 OR; zur Abtretung, zur Schuldübernahme und zur Vertragsübernahme im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 3398 ff.; N 3556 ff. und 3547 ff.; zur Übernahme gemäss Art. 645 OR im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium (Handelndenhaftung [Art. 645 OR], Sachübernahmen [Art. 628 Abs. 2 OR] und «Gründervorteile» [Art. 628 Abs. 3 OR] revisited), SZW 2014 64 ff.

separaten förmlichen Dokuments mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» zwischen Sacheinleger und AG in Gründung verlangt³².

Die Verpflichtungen des Zeichners und der AG aus dem Zeichnungsvertrag sind bedingt durch das Zustandekommen der Gründung³³ und, bei vorgesehener Nachliberierung, durch die Einforderung der Nachliberierung, des sogenannten Nonversé³⁴. Es handelt sich bei der ersten Bedingung um eine Resolutivbedingung, weil die Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) vorher entstehen muss, weil ohne Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) die Kapitalerhöhung nicht zustande kommen kann³⁵. Bei der zweiten Bedingung handelt es sich dagegen um eine Suspensivbedingung.

Es besteht kein Recht des Zeichners auf Durchführung der Gründung³⁶. Der Zeichner ist (ebenso wie die Mitgründer³⁷), nur über Art. 156 OR vor dem Nichtzustandekommen der Gründung geschützt, also wenn die Mitgründer die Kapitalerhöhung wider Treu und Glauben verhindern, sie also ohne stichhaltige und triftige Gründe nicht durchführen³⁸.

Im Verhältnis zur AG ist der Zeichner vorleistungspflichtig, ein vorgesehene Nonversé allerdings vorbehalten³⁹.

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung qualifiziert aus der rechtsgeschäftlichen Optik als Verpflichtungsgeschäft⁴⁰. Das Verfügungsgeschäft⁴¹ besteht primär in der Erfüllung der Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten. Diese Erfüllung wird Liberierung genannt⁴², weshalb die Verpflichtung zur Liberierung auch Liberierungspflicht heisst⁴³.

Mit der Entstehung der AG und der Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) verliert der Errichtungsvertrag bzw. die Errichtungserklärung und damit der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung an – aber nicht jede – Bedeutung⁴⁴, namentlich nicht in Bezug auf die Statuten und nicht in Bezug auf das Recht zum Einverlangen des Nonversé gemäss Art. 634a OR.

D. Sacheinlagevertrag, Sacheinlageerklärung

Geht der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung auf Leistung einer Sacheinlage, soll die Liberierung also durch Sacheinlage erfolgen⁴⁵, ist der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung zugleich Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung. Der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung ist damit wie der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung mit Barliberierungspflicht Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung. Die Kontroverse zur Rechtsnatur des Sacheinlagevertrags⁴⁶ ist damit in diesem Sinne zu entscheiden⁴⁷.

Daran ändert nichts, dass Art. 634 Ziff. 1 OR anders als bei der Bareinlagegründung die Erstellung eines separaten förmlichen Dokuments (Schriftstück bzw. öffentliche Urkunde) mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» zwischen Sacheinleger und AG in Gründung verlangt⁴⁸.

Daran ändert auch nichts, wenn der Zeichner und der Sacheinleger verschiedene Personen sind, also ein Dritter für

³² S. auch ZK-Siegwart, Art. 628 OR N 17.

³³ Widmer (Fn. 29) 162.

³⁴ Art. 634a OR.

³⁵ Gl.M. wohl Daniel Strazzer, Die Festübernahme bei der Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft, Zürich 1995, 39; a.M. Widmer (Fn. 29) 163, Fn. 973, 171, 175 ff., welcher m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet, die Vorleistungspflicht allerdings auch resolutiv bedingt sieht.

³⁶ S. bezüglich Kapitalerhöhung II.A.

³⁷ Bösjiger (Fn. 30) § 24 N 24.25.

³⁸ Zu Art. 156 OR im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Ehret, Art. 156 OR N 1 ff.

³⁹ Widmer (Fn. 29) 162 f., 171, 175 ff., welcher allerdings m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet.

⁴⁰ Zum Verpflichtungsgeschäft im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 136.

⁴¹ Zum Verfügungsgeschäft im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 137 ff.

⁴² Z.B. Widmer (Fn. 29) 71; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 14 N 18; s. Art. 634a Abs. 1 OR, Art. 685 Abs. 1 OR und Art. 693 Abs. 2 OR.

⁴³ Z.B. Forstmoser (Fn. 25) § 10 N 8.

⁴⁴ MünchKommGmbHG-Mayer, § 2 GmbHG N 2; zu weit gehend Münch KommAktG-Heider, § 2 AktG N 44, jeweils für das deutsche Recht; s. auch II.A.

⁴⁵ Forstmoser (Fn. 25) § 10 N 8.

⁴⁶ Z.B. Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004 106 f., m.w.N.

⁴⁷ Gl.M. Katharina Schoop, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, 33; BK-Siegwart, Art. 628 OR N 6, Vorbemerkungen zu Art. 629–639 OR N 5; Hans Rudolf Geiser, Die Haftung eines Gesellschafters der G.m.b.H. bei Nichterfüllung des Sacheinlageversprechens, Bern 1944, 8; Gion Willi, Die Anwendung der Regeln über zweiseitige Verträge bei Sacheinlagegründungen im Aktienrecht, Zürich 1941, 35; MünchKommGmbHG-Märtens, § 5 GmbHG N 64 und MünchKommAktG-Pentz, § 27 AktG N 16, für das deutsche Recht.

⁴⁸ S. I.C.

den Zeichner als Sacheinleger erfüllt⁴⁹ und der Dritte den von Art. 634 Ziff. 1 OR verlangten Sacheinlagevertrag unterschreibt und damit (auch) eigene Rechte und Pflichten kreiert⁵⁰.

Die Sacheinlage steht gleichrangig neben der Bareinlage. Die Sacheinlage erfolgt also nicht vor dem Hintergrund einer primären Bareinlagepflicht an Erfüllung statt oder erfüllungshalber⁵¹, weshalb nur die Sacheinlage geleistet bzw. verlangt werden kann⁵². Bewirkt allerdings die Sacheinlage z.B. infolge anfänglicher Überbewertung lediglich eine Teilliberierung, ist der Sacheinleger zur Restliberierung in Geld verpflichtet⁵³.

E. Verhältnis des Aktionärs, des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG

Wie gezeigt begründen die Statuten, der Zeichnungsvertrag und die Zeichnungserklärung und damit auch der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung Rechte und Pflichten auch gegenüber der AG, sobald diese entstanden ist.

Das durch die Statuten, den Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit den Sachübernahmevertrag bzw. die Sachübernahmeerklärung geschaffene Verhältnis des Aktionärs, des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG ist wie gezeigt ein rechtsgeschäftliches, aber auch ein gesetzliches Verhältnis⁵⁴. Die entsprechende Beziehung hat damit wie die Beziehung des Organs zur AG eine Doppelnatur⁵⁵.

II. Zeichnung von Aktien bei der Kapitalerhöhung

A. Zeichnungsvertrag

Wie aus Art. 652 Abs. 1 OR i.V. Art. 630 Ziff. 2 OR hervorgeht, ist die Zeichnung von Aktien bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung gleich wie bei der Gründung eine bedingungslose Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten.

Sie muss gemäss Art. 652 Abs. 1 OR i.V. Art. 630 Ziff. 1 OR wie bei der Gründung verschiedene weitere Angaben umfassen, wie die Angabe von Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie und Ausgabebetrag der Aktien. Sie muss wie bei der Gründung auch die Angabe enthalten, ob die Einlage in Geld (auch mittels Verrechnung⁵⁶) oder in Sachen, also mittels Sacheinlage, erfolgt. Sie muss zudem auf die gefassten oder noch zu fassenden Organbeschlüsse und allenfalls den Emissionsprospekt Bezug nehmen⁵⁷.

Aus der vertragsrechtlichen Optik ist die Zeichnung eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Zeichners, die als Antrag i.S. von Art. 3 ff. OR zu qualifizieren ist⁵⁸.

Die Erklärung des Zeichners erfolgt bei der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung in der Regel schriftlich⁵⁹. Die schriftliche Verkörperung der Zeichnungserklärung, die in Art. 652 Abs. 1 OR angesprochene «besondere [...] Urkunde», wird Zeichnungsschein genannt⁶⁰. Der Zeichnungsschein ist kein Wertpapier, das schon eine mitgliedschaftsrechtliche Stellung verkörpern würde. Das ergibt sich aus Art. 652h Abs. 3 OR, wonach Aktien, die vor Eintragung der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung ausgegeben werden, nichtig sind⁶¹.

Infolge der mit der Entstehung der AG als eigene Rechtspersönlichkeit einhergehenden Verselbständigung der AG⁶² ist die AG, und nicht die Aktionäre, zur Aufnahme neuer Mitglieder und damit zur Annahme der Anträge der

⁴⁹ Zur Zulässigkeit der Erfüllung der Liberierungspflicht durch einen Dritten *Barbara Castell/Hans Caspar von der Crone*, Privative Übernahme der Liberierungsschuld, Bundesgerichtsurteil 4A_512 vom 28. Januar 2013, SZW 2013 256; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 14 N 29; *Forstmoser* (Fn. 25) § 10 N 63: «Wie die Barliberierung [...] braucht auch die Sachliberierung nicht persönlich zu erfolgen.»; zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Erfüllung einer Verpflichtung durch einen Dritten Art. 68 OR, dazu im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 1) N 2033 ff.

⁵⁰ S. auch *Castell/von der Crone* (Fn. 49) 256 zur Zulässigkeit der privaten Schuldübernahme der Liberierungspflicht mit Zustimmung der AG.

⁵¹ MünchKommAktG-Pentz, § 27 N 14, für das deutsche Recht; zur Erfüllung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 1) N 2277 ff.

⁵² *Schoop* (Fn. 47) 37.

⁵³ S. IV.A.

⁵⁴ *Bösiger* (Fn. 30) § 24 N 24.21; *Vischer* (Fn. 46) 107, und *Willi* (Fn. 47) 35 f., 50 f. betreffend Sacheinlage.

⁵⁵ *Widmer* (Fn. 29) 156, nach dem «der Aktionär [...] von Gesetzes wegen zur Liberierung des Ausgabebetrags verpflichtet [ist]»; zur Qualifikation der Beziehung des Organs zur AG z.B. BGE 128 III 129, E. 1a aa.

⁵⁶ S. Art. 652e Ziff. 2 OR.

⁵⁷ Art. 652 Abs. 2 OR.

⁵⁸ *Christoph Bürer*, Contingent Capital, Contingent Debt und Contingent Equity aus der Perspektive des schweizerischen Rechts und der Finanztheorie, Zürich 2010, 132 f., N 468; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 52 N 112; *Gaudenz Zindel*, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Zürich 1984, 79; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht.

⁵⁹ Zu den Ausnahmen bei entsprechenden Erklärungen im Rahmen der öffentlichen Beurkundung des Verwaltungsratsfeststellungsbeschlusses gemäss Art. 652g OR z.B. BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 2.

⁶⁰ Art. 652 Abs. 2 OR, s. MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 9, für das deutsche Recht.

⁶¹ MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 10, für das deutsche Recht.
⁶² S. I.C.

Zeichner i.S. von Art. 3 ff. zuständig⁶³, wobei allerdings die bisherigen Aktionäre über den notwendigen Kapitalerhöhungsbeschluss⁶⁴ weichenstellend vorentscheiden.

Erklärt die AG die Annahme dieses Angebots i.S. von Art. 3 ff. OR, kommt aus der vertragsrechtlichen Optik der Zeichnungsvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Zeichner und der AG zustande⁶⁵. Die Erklärung der AG wird auch Zuteilung genannt⁶⁶.

Die AG ist insoweit zur Annahme eines Antrags verpflichtet, als dieser im Rahmen eines nicht aufgehobenen Bezugsrechts des Zeichners liegt⁶⁷.

Die Annahme i.S. von Art. 3 ff. kann auch konkludent erfolgen⁶⁸.

Eine Teilannahme des Angebots ist nach den allgemeinen Regeln an sich nicht zulässig⁶⁹, dürfte aber beim Angebot des Zeichners infolge einer entsprechenden Auslegung des Angebots bei einer Überzeichnung mindestens im Regelfall zulässig sein⁷⁰.

Ausnahmsweise kann die Zeichnung auch die Annahme i.S. von Art. 3 ff. OR darstellen, wenn bereits ein an einen konkreten Zeichner gerichtetes Angebot i.S. von Art. 3 ff. seitens der AG vorliegt⁷¹. Die blosser Einladung an die bisherigen Aktionäre oder an das Publikum, Aktien zu zeich-

nen, ist dagegen eine Einladung zur Offertstellung durch die Angeschriebenen⁷².

Eine Bezugsrechtsausübung qualifiziert in aller Regel nicht als Zeichnung (und auch nicht als Verpflichtung zur Zeichnung), sondern als Absichtserklärung und Einladung zur Offertstellung durch die AG oder Aufforderung der AG, dem Betreffenden die Einladung der AG zur Offertstellung durch den Betreffenden zukommen zu lassen⁷³.

Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist der Wandel- oder Optionsvertrag zugleich der Zeichnungsvertrag. Er wird mit Ausübung der Erklärung, welche die Funktion der Zeichnung übernimmt⁷⁴, gemäss Art. 653e Abs. 1 OR unbedingt.

Die Verpflichtungen des Zeichners und der AG aus dem Zeichnungsvertrag sind bedingt durch das Zustandekommen der Kapitalerhöhung⁷⁵ und, bei vorgesehener Nachlieferung, durch die Einforderung der Nachlieferung, des sogenannten Nonversé⁷⁶. Es handelt sich bei der ersten Bedingung um eine Resolutivbedingung, weil die Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) vorher entstehen muss, denn ohne Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) kann die Kapitalerhöhung nicht zustande kommen⁷⁷. Bei der zweiten Bedingung handelt es sich dagegen um eine Suspensivbedingung.

Es besteht kein Recht des Zeichners auf Durchführung der Kapitalerhöhung, unabhängig davon, ob die Generalversammlung die Kapitalerhöhung bereits beschlossen hat oder nicht⁷⁸, wobei sich bei der bedingten Kapitalerhöhung die Frage nicht stellt, weil bei ihr mit der Erfüllung der Liberierungspflicht die Kapitalerhöhung zustande kommt⁷⁹. Der Zeichner ist nur über Art. 156 OR vor dem Nichtzustandekommen der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung geschützt, also wenn die AG die Ka-

⁶³ MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 31, für das deutsche Recht.
⁶⁴ Art. 650 OR und Art. 653 OR.

⁶⁵ Bürer (Fn. 58) 132 ff., N 468, 471; Dieter Zobl, Zur Zeichnung von Aktien bei Festübernahmen und Bookbuildingverfahren, Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl, Bern 2007, 457; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

⁶⁶ MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

⁶⁷ Zindel (Fn. 58) 79; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 31, für das deutsche Recht; zum Bezugsrecht bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung im Allgemeinen s. Art. 652b OR.

⁶⁸ Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 239 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 33, für das deutsche Recht.

⁶⁹ S. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_574/2013 vom 15.5.2014, E. 3.2.

⁷⁰ Gl.M. Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 234, 261 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung; Sami (Fn. 30) 138; Martin Eimer, Zeichnungsverträge und Zeichnungsvorverträge, Zu den Rechten und Pflichten aus dem Vertrag über die Vorerhöhungsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2009, 33, für das deutsche Recht.

⁷¹ Zindel (Fn. 58) 78 f.; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht.

⁷² S. Art. 652a Abs. 2 OR: «Einladung zur Zeichnung»; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht; zur Einladung zur Offertstellung im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 369 ff.

⁷³ Gl.M. MünchKommAktG-Pfeifer, § 186 AktG N 38 ff., für das deutsche Recht.

⁷⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 52 N 381 f.

⁷⁵ Z.B. BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 1; Widmer (Fn. 29) 162.

⁷⁶ Art. 652c OR i.V. Art. 634a OR; zum Begriff des Nonversé z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 14 N 30.

⁷⁷ A.M. Widmer (Fn. 29) 163, Fn. 973, 171, 175 ff., welcher m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet, die Vorleistungspflicht allerdings auch resolutiv bedingt sieht.

⁷⁸ MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 35, für das deutsche Recht.

⁷⁹ S. Art. 653 Abs. 2 OR und 653e Abs. 3 OR.

pitalerhöhung wider Treu und Glauben verhindert, sie also ohne stichhaltige und triftige Gründe nicht durchführt⁸⁰.

Im Verhältnis zur AG ist der Zeichner in Bezug auf die Liberierung vorleistungspflichtig, vorgesehene Nonversé allerdings vorbehalten⁸¹.

Vor dem Zustandekommen des Zeichnungsvertrags gibt es keine Verpflichtungen des Zeichners, sieht man einmal von der Bindung an ein vorangegangenes Angebot i.S. von Art. 3 ff. OR ab. Solche Verpflichtungen werden auch nicht durch den Kapitalerhöhungsbeschluss gemäss Art. 650 OR und Art. 653 OR bzw. die Zustimmung des Zeichners dazu begründet⁸².

Der Zeichnungsvertrag qualifiziert aus der vertragsrechtlichen Optik als Verpflichtungsgeschäft⁸³. Das Verfügungsgeschäft besteht auf der Seite des Zeichners in der Erfüllung seiner Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten, d.h. der Liberierung. Zu mehr ist der Zeichner nicht verpflichtet, also z.B. nicht zur Tragung von Kosten der Kapitalerhöhung, auch wenn sie scheitert, zur Übernahme einer Organfunktion etc.⁸⁴.

Bei der Kapitalerhöhung aus Eigenkapital⁸⁵ und bei der Liberierung durch Herabsetzung der Liberierungsquote⁸⁶ gibt es keinen Zeichnungsvertrag.

Die Zeichnung als Angebot und deren Annahme schaffen aber nicht nur ein vertragliches Verhältnis des Zeichners zur AG, sondern auch ein gesetzliches Verhältnis. Die entsprechende Beziehung hat damit erneut eine Doppelnatur.

B. Sacheinlagevertrag

Geht der Zeichnungsvertrag auf Leistung einer Sacheinlage, ist der Zeichnungsvertrag zugleich Sacheinlagevertrag, wobei das Gesetz anders als bei der Bareinlagekapitalerhöhung⁸⁷ analog den Vorschriften bei der Gründung

bei der Sacheinlagekapitalerhöhung ein separates förmliches Dokument (Schriftstück bzw. öffentliche Urkunde) mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» verlangt⁸⁸.

C. Verhältnis des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG

Die Zeichnung als Angebot und deren Annahme und der Sacheinlagevertrag schaffen aber nicht nur ein vertragliches Verhältnis des Zeichners und Sacheinlegers zur AG, sondern erneut auch ein gesetzliches Verhältnis. Die entsprechende Beziehung hat damit erneut eine Doppelnatur.

III. Qualifikation des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung

Die Qualifizierung der vertraglichen Beziehung der Beteiligten vor Entstehung der AG ist umstritten. Im Regelfall wird bei mehreren Gründern eine einfache Gesellschaft i.S. von Art. 530 ff. OR vorliegen⁸⁹. In diesem Fall kommen Art. 530 ff. OR zur Anwendung, soweit diese Normen nicht durch Sondernormen wie Art. 645 OR oder Art. 752 ff. OR verdrängt werden⁹⁰.

Das anwendbare Recht beantwortet auch die Frage, wem die vorgeleistete Bar- oder Sacheinlage⁹¹ vor Gründung der AG rechtlich zusteht. Im Regelfall wird bei Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft davon auszugehen sein, dass die Bar- oder Sacheinlage im Eigentum des Zeichners bzw. Sacheinlegers verbleibt. Bei mehreren Gründern würde damit eine Einbringung in die einfache Gesellschaft quoad sortem vorliegen⁹².

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung als Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung weist, insbesondere dann, wenn er auch Wirkung gegenüber der entstandenen AG entfaltet, kaufrechtliche

⁸⁰ Für Schadenersatzansprüche bei durch die Generalversammlung bereits beschlossenen, aber dann nicht durchgeführten Kapitalerhöhungen BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 3 und Forstmoser (Fn. 25) § 15 N 133; zu Art. 156 OR im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Ehrat, Art. 156 OR N 1 ff.

⁸¹ Widmer (Fn. 29) 162 f., 171, 175 ff., welcher allerdings m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet.

⁸² MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

⁸³ MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

⁸⁴ S. auch Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 249 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

⁸⁵ S. Art. 652d OR.

⁸⁶ Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 52 N 118, 147 f.

⁸⁷ Und anders als das deutsche Recht, z.B. Eimer (Fn. 70) 40 f.

⁸⁸ Art. 652c OR i.V. Art. 634 Ziff. 1 OR.

⁸⁹ Vischer (Fn. 31) 63 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 92.

⁹⁰ Vischer (Fn. 31) 64.

⁹¹ S. I.C.

⁹² Offenbar eher für eine Einbringung quoad dominium Peter Jung, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 84; zu den Einbringungsarten bei der einfachen Gesellschaft im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Handschin, Art. 531 OR N 6 ff.

Elemente, und, wenn er zugleich Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung ist, tauschrechtliche Elemente auf⁹³.

Das gilt auch für den Zeichnungsvertrag bzw. Sacheinlagevertrag bei der Kapitalerhöhung.

Erneut sei aber daran erinnert, dass der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung nicht nur ein rechtsgeschäftliches, sondern auch ein gesetzliches Verhältnis zwischen Zeichner bzw. Sacheinleger und AG schaffen.

IV. Rechts- und Sachmängel und Willensmängel und andere Leistungsstörungen beim Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung

A. Geltendmachung durch den Zeichner bzw. Sacheinleger

Die Haftung der AG für vom Zeichner bzw. Sacheinleger geltend gemachte Rechts- und Sachmängel beim Zeichnungsvertrag bzw. bei der Zeichnungserklärung und beim Sacheinlagevertrag bzw. bei der Sacheinlageerklärung richtet sich nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung) bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung)⁹⁴, ergänzt in Einzelbereichen durch Art. 97 ff. OR⁹⁵ bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung und im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung⁹⁶.

Die Anwendung anderer Vorschriften beim Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung, z.B. mietrechtlicher Vorschriften analog Art. 531 Abs. 3 OR, ist ausgeschlossen, weil Mietverträge nicht per se sacheinlagefähig sind⁹⁷. Sie sind es nur im Zusammenhang mit der Einlage anderer Sachen, z.B. als Teil eines Unternehmens⁹⁸, in welchem Fall, auch wenn ein Mietvertrag als Teil des Unternehmens miteingelegt wird, einheitlich Kauf- (bzw. Tausch-)Recht zur Anwendung kommt⁹⁹.

Die Regelung bei vom Zeichner bzw. Sacheinleger geltend gemachten Willensmängeln richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR¹⁰⁰ bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung.

Eine Heilung der nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung vorhandenen Rechts-, Sachmängel und Willensmängel mit Eintragung der AG bzw. der Kapitalerhöhung nach Art. 643 Abs. 2 OR¹⁰¹ findet nicht statt. Die Heilungswirkung von Art. 643 Abs. 2 OR betrifft (unter Vorbehalt der Auflösungsklage nach Art. 643 Abs. 3 OR) nur den Bestand der AG bzw. der Kapitalerhöhung¹⁰². Der Zeichner bzw. Sacheinleger kann sich damit grundsätzlich auf entsprechende Mängel berufen, unabhängig davon, ob sich diese Mängel aus der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung ergeben.

⁹³ Vischer (Fn. 46) 106 ff.; Raffael Büchi, Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, 85, Fn. 525; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_581/2012 vom 29.8.2013, E. 4, wo das Bundesgericht selbst einen Verkauf von Aktien an eine AG unter Stehenlassen des Kaufpreises mit anschliessender Verrechnungskapitalerhöhung (zu weitgehend) als Tausch qualifizierte; zum Zeichnungsvertrag als Innominatkontrakt z.B. Sami (Fn. 30) 74 f.; zum Sacheinlagevertrag als Innominatkontrakt Bösiger (Fn. 30) § 24 N 24.21.

⁹⁴ Vischer (Fn. 46) 109 ff., und Bösiger (Fn. 30) § 24 N 24.21 bezüglich Sacheinlagevertrag.

⁹⁵ Dazu im Allgemeinen Markus Vischer, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011 1170 ff. bezüglich Nachbesserung, und Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010 129 bezüglich Schadenersatz.

⁹⁶ Vischer (Fn. 46) 109 f.

⁹⁷ Markus Vischer, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 2012 294.

⁹⁸ Zur Sacheinlagefähigkeit eines Unternehmens im Allgemeinen z.B. Vischer (Fn. 31) 69.

⁹⁹ Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag, Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011 83 f., insbesondere 84; Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin]), SZW 2003 335 ff., insbesondere 338; Vischer (Fn. 46) 107; z.T. a.M. Widmer (Fn. 29) 334, und Forstmoser (Fn. 25) § 10 N 56 unter Berufung auf Art. 531 Abs. 3 OR.

¹⁰⁰ Vischer (Fn. 46) 110.

¹⁰¹ Zur analogen Anwendung von Art. 643 Abs. 2 OR auf die Kapitalerhöhung z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 17 N 15, § 52 N 195.

¹⁰² Böckli (Fn. 89) § 1 N 441, 585a f.; Vischer (Fn. 46) 110; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 17 N 16; s. immerhin sogleich.

Allerdings sind die Rechtsfolgen der Berufung auf entsprechende Mängel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Normen entsprechend der Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung modifiziert¹⁰³.

Führt die Berufung Rechts-, Sachmängel oder Willensmängel nach der Gründung der AG durch den Zeichner bzw. Sacheinleger dazu, dass der Zeichner bzw. Sacheinleger Forderungen gegen die AG hat, so liegt im Resultat eine blosser Teilliberierung des Zeichners bzw. Sacheinlegers vor, auch dann, wenn der Ausgabebetrag nominal nicht betroffen ist, z.B. dann, wenn die AG eine Sacheinlage zulässigerweise aufwertet¹⁰⁴ und Forderungen nur im Rahmen des Aufwertungsgewinns bestehen.

Eine blosser Teilliberierung ändert (wie eine Nichtliberierung¹⁰⁵) an sich nichts an der Pflicht des Zeichners bzw. Sacheinlegers zur Vollliberierung¹⁰⁶. Die Pflicht zur Restliberierung besteht bei einer ursprünglichen Bareinlage in der Leistung von Geld und bei einer ursprünglichen Sacheinlage in der Leistung der Sacheinlage, wenn und soweit sie möglich ist, und, in der Leistung von Geld, wenn und soweit sie nicht mehr möglich ist, z.B. bei ursprünglicher Überbewertung der Sacheinlage¹⁰⁷.

Im Falle von blossen Teilliberierungen wird in Anlehnung an das deutsche Recht auch von einer verschuldensunabhängigen Differenzhaftung des Zeichners bzw. Sacheinlegers (im Umfang der Differenz zwischen gezeichnetem und liberiertem Betrag) gesprochen¹⁰⁸. In dieser gesetzlichen Haftung zeigt sich die Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung.

Die Pflicht zur Restliberierung hat nichts mit dem Verbot der Einlagerückgewähr¹⁰⁹ oder demnach auch nicht mit einer wiederaufgelebter Liberierungspflicht bei einer erfolgten Rückgewähr zu tun, ganz abgesehen davon, dass

es dieses Verbot und demzufolge auch eine wiederauflebende Rückgewähr bei stattgefundener Rückgewähr nicht gibt¹¹⁰. Es stellt sich aber die Frage, ob der betroffene Zeichner bzw. Sacheinleger nicht ein Recht auf Befreiung von der angesprochenen Pflicht zur Restliberierung hat. Dies ist in Analogie zu oder sogar in Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR zu bejahen¹¹¹. Im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR ist anerkannt, dass der Richter nicht nur die Totalliquidation der AG, sondern auch eine (wirtschaftliche) Teilliquidation der AG¹¹² mittels bestimmter Verfahren, d.h. mittels einer Dividende, einer Kapitalherabsetzung, eines Rückkaufs eigener Aktien oder einer Spaltung der Gesellschaft anordnen kann¹¹³.

Entsprechend ist dem Zeichner bzw. Sacheinleger ein Recht auf Befreiung von seiner Pflicht in einem der Verfahren gemäss Art. 736 Abs. 4 OR zuzubilligen, wobei das Verfahren zu wählen ist, das für die Gesellschaft die am wenigsten schädlichen Auswirkungen zeitigt¹¹⁴. In diesen Verfahren darf deshalb auch ohne Weiteres eine Anleihe bei Art. 822 ff. OR bemacht werden, welche Bestimmungen den Austritt bzw. Ausschluss eines Gesellschafters bei der GmbH regeln.

Ökonomisch stellen die Verfahren gemäss Art. 736 Abs. 4 OR¹¹⁵ den Zeichner bzw. Sacheinleger gleich, wie wenn er seiner Pflicht zur Restliberierung nachkommen würde, denn entweder behält er bei diesen Verfahren seine Aktio-

¹⁰³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 34 bezüglich Willensmängel; *ZK-Siegrwart*, Art. 628 OR N 43 bezüglich Sacheinlagen.

¹⁰⁴ Z.B. bei Aktiven mit beobachtbarem Marktpreis in einem aktiven Markt gemäss Art. 960b OR; dazu im Allgemeinen z.B. *Peter Böckli*, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, N 377 ff., N 496 und N 912 ff.

¹⁰⁵ BGE 102 II 353, E. 4a.

¹⁰⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 36.

¹⁰⁷ *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 444; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 37; *Schoop* (Fn. 47) 30; *Forstmoser* (Fn. 25) § 10 N 57.

¹⁰⁸ Z.B. *Vischer* (Fn. 97) 296; *Vischer* (Fn. 46) 110 ff.

¹⁰⁹ BGE 32 II 96, E. 6; *Urs Kägi*, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, § 4 N 124.

¹¹⁰ OFK OR-*Vischer*, Art. 680 Abs. 2 OR N 8 ff.; *Kägi* (Fn. 109) § 4 N 108 ff.; a.M. die herrschende Lehre und Rechtsprechung, z.B. BSK OR II-*Kurer/Kurer*, Art. 680 OR N 7 ff.; BGE 123 III 473, E. 5b.

¹¹¹ Im Resultat gl.M. die ältere Lehre, z.B. *Walter Boesch*, Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften, Uster 1937, 96 ff.

¹¹² *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 201.

¹¹³ Z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 202; s. auch *Thomas Friedrich Müller*, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Bern 1997, 80 f. zum Verfahren der Kapitalerhöhung u.a. mittels Liberierung der Restliberierungsschuld mit frei verfügbarem Eigenkapital.

¹¹⁴ Zu den Gefahren einer Teilliquidation im Allgemeinen z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 203b, 206.

¹¹⁵ S. bezüglich indirekten Erlöschens der Pflicht zur Restliberierung über eine Dividende durch Verrechnung der Restliberierungsforderung der AG und der Dividendenforderung des Zeichners bzw. Sacheinlegers z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 322; *Vischer* (Fn. 46) 111, und bezüglich Befreiung von der Pflicht zur Restliberierung durch eine Kapitalherabsetzung z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 322, § 2 N 363, 373a; *Vischer* (Fn. 46) 111; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 53 N 40, 190; zur konstitutiven Kapitalherabsetzung mittels Schuldverlass im Allgemeinen BSK OR II-*Küng/Schoch*, Art. 734 OR N 30; s. auch Art. 59 HRegV zur sogenannten Ent- bzw. Deliberierung; dazu SHK HRegV-*Tagmann*, Art. 59 HRegV N 1.

närsstellung, wobei seine Aktien aber über die gleichzeitige Abfindung der anderen Aktionäre an Wert verlieren (wie bei der Dividende und bei der Kapitalherabsetzung mit Nennwertherabsetzung aller Aktien), oder er verliert bei diesen Verfahren seine Aktionärsstellung ganz oder teilweise, erhält aber dafür eine Abfindung (wie bei der Kapitalherabsetzung mit ganzer oder teilweiser Rücknahme seiner Aktien oder bei Rückkauf aller oder eines Teils seiner Aktien durch die AG). Verliert der Zeichner bzw. Sacheinleger seine Aktien oder mindestens ein Teil seiner Aktien, liegt, wird nicht die ganze AG liquidiert, im Resultat ein Austritt bzw. Teilaustritt des Zeichners bzw. Sacheinlegers vor¹¹⁶.

In diesem Sinne, und nur in diesem Sinne¹¹⁷, ist die herrschende Lehre und Rechtsprechung bezüglich Ausschluss der Berufung auf Rechts- und Sachmängel oder Willensmängel infolge der Heilungswirkung nach Art. 643 Abs. 2 OR¹¹⁸ zu verstehen¹¹⁹, wenn man denn hier überhaupt von Heilungswirkung sprechen will.

Dies erklärt auch, warum extensive vertragliche Rechts- und Sachgewährleistungsregelungen bzw. Regelungen bei Willensmängeln zugunsten des Zeichners bzw. Sacheinlegers wenig zielführend sind.

Kommt der Zeichner bzw. der Sacheinleger der verbleibenden Pflicht zur Vollüberlieferung nicht nach oder nicht gänzlich nach (und befreit ihn die AG nicht mittels der genannten Verfahren von dieser Pflicht bzw. kann ihn nicht befreien), kann die AG nach Art. 681 f. OR vorgehen¹²⁰. Denn der Rechtsbehelf der Kaduzierung steht der AG nicht nur in Verzugsfällen, sondern auch in Schlechterfüllungsfällen (also bei der Berufung der AG auf Sach-, Rechts- oder Willensmängel, welche im Resultat zu einer Teilliberierung des Zeichners bzw. Sacheinlegers führen) zu¹²¹. Gleich wie bei Rechts-, Sach- oder Willensmängeln verhält es sich auch bei anderen Leistungsstörungen (z.B.

bei Berufung auf nachträgliche Unmöglichkeit der libierten Aktien oder der Sacheinlage durch den Zeichner bzw. Sacheinleger¹²²).

B. Geltendmachung durch die Mitgründer bzw. die AG

Auch die Haftung des Zeichners bzw. des Sacheinlegers für von den Mitgründern bzw. der AG geltend gemachte Rechts- und Sachmängel beim Zeichnungsvertrag bzw. bei der Zeichnungserklärung und beim Sacheinlagevertrag bzw. bei der Sacheinlageerklärung richtet sich nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung) bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung), ergänzt in Einzelbereichen durch Art. 97 ff. OR bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung und im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung.

Die Anwendung anderer Vorschriften beim Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung ist erneut ausgeschlossen.

Die Regelung bei von den Mitgründern bzw. der AG geltend gemachten Willensmängeln richtet sich ebenfalls nach den allgemeinen Regeln von Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung.

Eine Heilung der nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung vorhandenen Rechts-, Sachmängel und Willensmängel mit Eintragung der AG bzw. der Kapitalerhöhung nach Art. 643 Abs. 2 OR findet erneut nicht statt. Die Mitgründer bzw. die AG können sich damit grundsätzlich auf entsprechende Mängel berufen, unabhängig davon, ob sich diese Mängel aus der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung oder im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung ergeben.

Allerdings sind die Rechtsfolgen der Berufung auf entsprechende Mängel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Normen entsprechend der Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung modifiziert:

¹¹⁶ S. auch *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 206.

¹¹⁷ Also Verbleib der Pflicht zur Restüberlieferung bzw. Befreiung von dieser Pflicht mittels Teilliquidation der AG mit oder ohne Austritt bzw. Teilaustritt des Zeichners bzw. Sacheinlegers.

¹¹⁸ Bezüglich Willensmängel z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 35, § 52 N 196, und *Schoop* (Fn. 47) 121; BGE 102 Ib 21, E. 2; bezüglich Schadenersatzforderungen des Sacheinlegers *Willi* (Fn. 47) 78 ff.; s. auch *Kägi* (Fn. 109) § 4 N 126, welcher der herrschenden Lehre aus anderen Gründen zustimmt.

¹¹⁹ *Vischer* (Fn. 46) 110.

¹²⁰ *Vischer* (Fn. 46) 112.

¹²¹ OFK OR-*Vischer*, Art. 681 OR N 2; *Vischer* (Fn. 46) 112; zu Art. 681 f. OR im Allgemeinen z.B. OFK OR-*Vischer*, Art. 681 OR N 1 ff., Art. 682 OR N 1 ff.

¹²² *Schoop* (Fn. 47) 122.

Berufen sich die Mitgründer bzw. die AG auf Rechts-, Sach- oder Willensmängel, was zu einer Teilliberierung führt, steht ihnen neben der Berufung auf die verbleibende Pflicht zur Vollliberierung die Berufung auf Art. 192 ff. OR und 197 ff. OR bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR und Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR bzw. auf abweichende rechtsgeschäftliche Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung zu.

Kommt der Zeichner bzw. der Sacheinleger der verbleibenden Pflicht zur Vollliberierung nicht nach oder nicht gänzlich nach, kann die AG nach Art. 681 f. OR vorgehen.

Die AG kann den Zeichner bzw. Sacheinleger aber auch mittels Verfahren der Dividendenausschüttung oder Kapitalherabsetzung von seiner Pflicht zur Restliberierung befreien.

Gleich wie bei Rechts-, Sach- oder Willensmängeln verhält es sich auch bei anderen Leistungsstörungen (z.B. bei Berufung auf nachträgliche Unmöglichkeit der liberierten Aktien oder der Sacheinlage durch den Zeichner bzw. Sacheinleger¹²³).

V. Zusammenfassung und Thesen

Die Zeichnung ist die bedingungslose Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten.

Bei der Gründung ist diese Verpflichtung Teil des bei der Gründung zwischen den Gründern geschlossenen Zeichnungsvertrags bzw. der bei der Gründung vom Gründer abgegebenen Zeichnungserklärung. Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung ist seinerseits/ihrerseits Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung.

Bei der Kapitalerhöhung ist diese Verpflichtung Teil des zwischen dem Zeichner und der AG abgeschlossenen Zeichnungsvertrags.

Geht der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung auf Leistung einer Sacheinlage, ist der Zeichnungsvertrag zugleich Sacheinlagevertrag bzw. die Zeichnungserklärung zugleich Sacheinlageerklärung.

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit auch der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung haben sowohl rechtsgeschäftlichen wie gesellschaftsrechtlichen Charakter und damit eine Doppelnatur, was bei der Auslegung, aber auch bei Leistungsstörungen zu berücksichtigen ist.

¹²³ Schoop (Fn. 47) 122.