

# REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Clemens Meisterhans, Jacqueline Schwarz, Nicholas Turin

## Inhaltsübersicht

Lukas Müller/Patrik Odermatt/Lisa Bühlmann

Die fehlerhafte Sacheinlage – Rechtsfolgen und  
Heilung am Beispiel von Grundstücken 157

Nicolas Wagnon

Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la  
faillite : quels changements en matière de registre  
du commerce ? 171

Merve Gün-Demirkiran

Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de  
l'OCDE – Droits et traitement équitable des actionnaires –  
Mise en perspective avec le droit de la société anonyme 193

# REPRAX

## Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht

### Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique

#### Herausgeber / Editeurs

Dr. Clemens Meisterhans, Amt für Handelsregister und Notariate, St. Gallen  
lic. iur. Jacqueline Schwarz, Handelsregisteramt Kanton Zürich  
Dr. Nicholas Turin, Eidg. Amt für das Handelsregister/Bundesamt für Justiz, Bern

#### Schriftleitung / Rédaction

Karin Poggio, MLaw  
E-Mail: karin.poggio@bj.admin.ch  
Eidg. Amt für das Handelsregister/Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, CH-3003 Bern

#### Verlag / Maison d'édition

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Internet: www.schulthess.com  
Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat, Produktmanagement: Katarina Franke  
Marketing: Marko-Filip Ninkov, Vertrieb: Christian Syz

#### Kundenservice / Service clientèle

E-Mail: service@schulthess.com, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28  
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2,  
Postfach 2218, CH-8021 Zürich

#### Bezugsbedingungen / Conditions d'abonnement

Jahresabonnement: CHF 178 (für Studierende CHF 138)  
Einzelheft: CHF 62, zzgl. Versandkosten  
Alle Abo-Preise inkl. 2.6% MWST, zzgl. Versandkosten von CHF 10 innerhalb der Schweiz (Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 35). Studentenpreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises.  
Abonnementrückmeldungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende des berechneten Bezugsjahres möglich.

#### Anzeigenverkauf und -beratung / Vente d'annonces

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Tiefenaustrasse 2, 8640 Rapperswil, Tel. +41 (0)44 928 56 11,  
marc.schaettin@fachmedien.ch

#### Urheber- und Verlagsrechte / Droits d'auteur et d'édition

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Urheberrechtsschutz gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und ihre Leitsätze, da sie vom Autor oder den Herausgebern erarbeitet oder redigiert worden sind. Ausserhalb der engen gesetzlichen Schranken des Urheberrechts darf kein Teil dieser Zeitschrift ohne schriftliche Genehmigung des Verlages vervielfältigt, bearbeitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, auf Datenträgern gespeichert, in Datenbanken aufgenommen oder in anderer Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

#### Erscheinungsweise / Parution

Die REPRAX erscheint 3–4 mal jährlich, 26. Jahrgang

#### Zitierweise / Citation

REPRAX 2024 S. 12

#### Internet

www.reprax.ch

ISSN 1424-3628

Lukas Müller\*/Patrik Odermatt\*\*/Lisa Bühlmann\*\*\*

# Die fehlerhafte Sacheinlage – Rechtsfolgen und Heilung am Beispiel von Grundstücken

## Inhaltsübersicht

- |                                      |                          |
|--------------------------------------|--------------------------|
| I. Einleitung                        | IV. Heilung oder Haftung |
| II. Sacheinlage                      | V. Fazit                 |
| III. Zuständigkeit der Urkundsperson |                          |

## I. Einleitung

Stellen Sie sich folgende Situation vor: Die Gründer einer Gesellschaft haben einen Businessplan ausgearbeitet, alle Gründungsdokumente notariell beurkunden lassen, und sobald das entsprechende Geschäft im Handelsregister eingetragen werden soll, stellt sich zum Schrecken aller Beteiligten heraus: Der Vollzug der Sacheinlage ist tatsächlich unmöglich! Die Folge: Das Aktienkapital ist nicht gültig geleistet worden. Diese Situation kann beispielsweise eintreten, wenn Grundstücke zur Liberierung des Aktienkapitals dienen sollen und sich das Grundbuchamt auf den Standpunkt stellt, es akzeptiere die öffentliche Urkunde eines ausserkantonalen Notars nicht oder wenn Sanktionen die Grundstückübertragung verhindern. Damit wird der öffentlich beurkundete Sacheinlagevertrag nicht rechtsgültig vollziehbar. Die erstere Sachverhaltsvariante mit dem ausserkantonalen Notar kann sich ergeben, weil Art. 634 Abs. 3 OR<sup>1</sup> (in der seit 1. Januar 2023 gültigen Fassung) für die Sacheinlage von Grundstücken, die in mehreren Kantonen liegen, eine Zuständigkeit der Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft statt am Ort der gelegenen Sache vorsieht. Wir befassen uns mit der Frage, wie mit solchen Problemen umzugehen ist, wenn die Erfüllung der Sacheinlage sich nachträglich als unmöglich erweist.

Dieser Aufsatz rekapituliert zu Beginn die Schritte einer Sacheinlagegründung, damit Fehler im Gründungsprozess vermieden werden können. Anschliessend werden die diesbezüglichen notariell-rechtlichen Fragen untersucht. Urkundspersonen übernehmen eine wichtige Funktion, um das Verfahren der Sacheinlage korrekt durchzuführen und in das Handelsregister eintragen zu lassen. Dabei besprechen wir den mit dem neuen Aktienrecht seit 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Art. 634 Abs. 3 OR, mit dem eine zusätzliche Zuständigkeitsnorm für die öffentliche Beurkundung ins Bundesrecht eingeführt wird. Diese Norm kann

\* LUKAS MÜLLER, DI. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Abteilungsleiter Handelsregister und stv. Leiter Rechtsdienst, Handelsregister- und Konkursamt des Kantons Zug.

\*\* PATRIK ODERMATT, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Notar und Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG.

\*\*\* LISA BÜHLMANN, MLaw, Anwaltspraktikantin bei Kaiser Odermatt & Partner AG.

<sup>1</sup> Vgl. auch Art. 70 Abs. 2 FusG.

unter Umständen kantonalem Recht widersprechen und das kantonale Recht derogieren. Obschon öffentliche Urkunden grundsätzlich schweizweit anerkannt werden müssten (und dies ausserhalb des Grundbuchrechts schon lange der Fall ist), kann der Vollzug von Sacheinlagen betreffend Grundstücke in der Praxis zu Friktionen führen. Einige Grundbuchämter könnten sich z.B. auf den Standpunkt stellen, dass öffentlichen Urkunden zwingend von einer lokalen Urkundsperson erstellt werden müssen; andernfalls ein angemeldetes Grundbuchgeschäft abgelehnt werde (trotz Art. 70 Abs. 2 FusG oder Art. 634 Abs. 4 OR). Einen Rechtsstreit hierzu auszutragen, könnte prohibitiv lange dauern, weshalb es oft praktikabler sein dürfte, eine andere Lösung zu suchen. Zu guter Letzt liefern wir praxiserprobte Vorschläge, wie man mangelhafte Gründungen nachträglich «retten» kann.

## II. Sacheinlage

Das Aktienkapital der AG kann anlässlich der Gründung entweder mit Bargeld oder anderweitig geleistet werden; bei Kapitalerhöhungen funktioniert dies analog (vgl. Art. 650 ff. OR). Neben der einfachen Bargründung gibt es qualifizierte Formen der Gründung, zu denen beispielweise auch die Sacheinlagegründung nach Art. 634 OR gehört.<sup>2</sup> Das mittels Sacheinlage zu erbringende Aktienkapital ist vollständig einbezahlt, wenn die erbrachte Leistung der versprochenen Einlage entspricht. Neben den offensichtlichen Fehlern (die Sache entspricht quantitativ oder qualitativ nicht der Vereinbarung, oder es bestehen Irrtümer über die Grundlagen des Vertrags oder die Vertragsparteien), besteht die Gefahr, dass die eingelegten Werte nicht vorhanden bzw. überbewertet wurden und die AG damit bei ihrer Entstehung nur vermeintlich über das Reinvermögen in der Höhe des gesetzlich erforderlichen Aktienkapitals verfügt.<sup>3</sup> Besondere Formvorschriften, Gründungsunterlagen, Statuten- und Registerpublizität sollen die Transparenz und Kontrolle bei der Kapitalaufbringung gewährleisten. In Art. 634, Art. 635 und Art. 635a OR hat der Gesetzgeber besondere Schutzvorschriften geregelt, die kumulativ zu beachten sind. Ziel dieser Schutzvorschriften ist es, dass das Kapital respektive das Haftungssubstrat der Aktiengesellschaft effektiv aufgebracht wird.

Gemäss Art. 634 Abs. 1 Ziff. 1–4 OR gelten Gegenstände einer Sacheinlage unter anderem als Deckung, wenn sie als Aktiven bilanzierbar und in das Gesellschaftsvermögen übertragbar sind.<sup>4</sup> Zudem muss die Gesellschaft nach ihrer Eintragung ins Handelsregister entweder sofort über die Sacheinlage als Eigentümerin verfügen können oder, wenn es sich um ein Grundstück handelt, muss die Gesellschaft einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch

<sup>2</sup> Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 16 N 98 ff. und § 16 N 990 ff.

<sup>3</sup> Vgl. MICHAEL HOFFMANN-BECKING, Fehlerhafte offene Sacheinlage versus verdeckte Sacheinlage, in: Michael Hoffmann-Becking/Uwe Hüffer/Jochem Reichert (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 237 f.

<sup>4</sup> Art. 634 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR; vgl. LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J.A. KAISER/DIEGO BENZ, Sacheinlagegründung im revidierten Aktienrecht, EF 2021, S. 284 ff. m.w.Hw.; URS SCHENKER/OLIVIER SCHENKER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, S. 17 f.; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 N 70 ff.

haben.<sup>5</sup> Zudem muss der Sacheinlagegegenstand durch Übertragung auf Dritte verwertet werden können.<sup>6</sup> Bei dieser Bestimmung, die mit dem Aktienrecht vom 19. Juni 2020 in Art. 634 OR geregelt und seit 1. Januar 2023 in Kraft ist, handelt es sich um die Kodifizierung der bereits bestehenden langjährigen Handelsregisterpraxis.

Als zweite Schutzvorschrift ist Art. 634 Abs. 2 OR zu nennen. Diese Norm bestimmt, dass Sacheinlagen grundsätzlich schriftlich zu vereinbaren sind. Dies geschieht mit dem Sacheinlagevertrag. Ein öffentlich beurkundeter Sacheinlagevertrag ist nach Art. 634 Abs. 2 und Abs. 3 OR vorgeschrieben, wenn ein Grundstück mittels Sacheinlage in die AG eingebracht werden soll.

Als dritte Schutzvorkehrung ist der Gründungsbericht nach Art. 635 OR zu nennen. Danach haben die Gründer über die Art und den Zustand von Sacheinlagen und die Angemessenheit der Bewertung sowie über den Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld sowie die Begründung und die Angemessenheit besonderer Vorteile zugunsten von Gründern und anderen Personen Rechenschaft abzulegen.<sup>7</sup> Der Gründungsbericht ist gemäss Art. 43 Abs. 3 lit. c HRegV von allen Gründern zu unterzeichnen.

Die vierte und letzte Schutzmassnahme ist in Art. 635a OR aufgeführt. Der Gründungsbericht ist demnach durch einen zugelassenen Revisor auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen.<sup>8</sup> Der zugelassene Revisor ist verpflichtet, die entsprechenden Prüfungshandlungen vorzunehmen, die nach den Regeln des Revisionsberufs notwendig sind.<sup>9</sup>

Wenn die gesetzlichen Vorschriften zur Sacheinlage nicht beachtet werden, kann dies zivil- und strafrechtliche Folgen haben. Für den zugelassenen Revisor kann dies zusätzlich disziplinarische Konsequenzen nach Art. 17 des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) nach sich ziehen. Aus zivilrechtlicher Perspektive ist die Folge der Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften neben der Verantwortlichkeit der Gründer nach Art. 753 OR auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Das bedeutet grundsätzlich, dass das Aktienkapital nicht geleistet worden ist. Falls die Gesellschaft zahlungsunfähig wird respektive Konkurs geht, muss der Verwaltungsrat die Erfüllung der Zeichnungsverpflichtung verlangen<sup>10</sup> oder die Zeichnungsverpflichtung ist mit Bargeld zu leisten.<sup>11</sup> Die Nichtigkeitsfolge wird in der Literatur abgelehnt, da dadurch der Gesellschaft aus betriebswirtschaftlicher Sicht die für den operativen Betrieb notwendigen Mittel entzogen werden bzw. nicht zur Verfügung stehen.<sup>12</sup> Die Nichtigkeitsfolge nützt damit weder der Öffentlichkeit noch den verschiedenen Anspruchsgruppen wie z.B. anderen Aktionären, Gläubigern, Kunden, Lieferanten noch Arbeitnehmern.

<sup>5</sup> Art. 634 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>6</sup> Art. 634 Abs. 1 Ziff. 4 OR; vgl. LUKAS MÜLLER/THOMAS STOLTZ/TOBIAS A. KALLENBACH, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP 2017, S. 1323 ff.

<sup>7</sup> Art. 635 OR.

<sup>8</sup> Art. 43 Abs. 3 lit. d HRegV.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_76/2023 vom 14. November 2023 E. 5.1 ff. m.w.Hw.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 102 II 361.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 64 II 282; CR CO II-CLEMETSON/SCERRI, Art. 634 N 24; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 19.

<sup>12</sup> Vgl. BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 20.

### III. Zuständigkeit der Urkundsperson

Als «öffentliche Beurkundung» wird «die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder Rechtsgeschäfte durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren» bezeichnet.<sup>13</sup>

Welche Rechtsgeschäfte beurkundet werden müssen, bestimmt das Bundesrecht. Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung ausgeführt wird. Bei der Regelung des Beurkundungsverfahrens haben die Kantone die bundesrechtlichen Minimalanforderungen zu berücksichtigen, welche sich aus dem materiell-rechtlichen Zweck des Instituts ergeben.<sup>14</sup> Die kantonalen Vorschriften dürfen der Wirksamkeit des Bundeszivilrechts nicht zuwiderlaufen, und sie dürfen dessen Anwendung nicht verhindern.<sup>15</sup> Das Original der öffentlichen Urkunde ist nach der derzeitigen Rechtsauffassung in Papierform auszufertigen.<sup>16</sup>

Dem Beurkundungsakt geht das sogenannte Vorverfahren voraus. Das Vorverfahren wird durch die Rogation eingeleitet, d.h., die Parteien ersuchen bei der Urkundsperson um das Vornehmen einer öffentlichen Beurkundung.<sup>17</sup> Die Urkundsperson prüft aufgrund der Rogation ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit. Sobald die Urkundsperson sachlich und örtlich zuständig ist, obliegt ihr eine Beurkundungspflicht.<sup>18</sup>

#### 1. Örtliche Zuständigkeit

In der Schweiz gilt grundsätzlich die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden.<sup>19</sup> Dies bedeutet, dass grundsätzlich jede in der Schweiz zuständige Urkundsperson unabhängig vom Sitz der Gesellschaft deren Gründung abwickeln kann. Anders gesagt besteht allgemein keine zwingende örtliche Zuständigkeit für die öffentliche Beurkundung von Gründungsurkunden. Für die Beurkundungszuständigkeit gilt im Falle der Disponierung über Sachenrechte an Grundstücken grundsätzlich die *lex rei sitae*. Diese Zuständigkeit ergibt sich in vielen Kantonen aus den lokalen Beurkundungsgesetzen. Somit hat die öffentliche Beurkundung grundsätzlich am Ort der gelegenen Sache zu erfolgen, sofern nicht eine andere Regelung greift.<sup>20</sup> Dieser Grundsatz der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden gilt unbestritten in dem Bereich der zivilrechtlichen öffentlichen Urkunden mit Ausnahme

<sup>13</sup> Vgl. BGE 90 II 274 E. 5 S. 280 f; PETER VOSER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftlichen Beurkundungen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar/La société au fil du temps, Zürich, 2016, S. 114.

<sup>14</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, Art. 55 SchlT ZGB N 14.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 99 II 159 E. 2a S. 162.

<sup>16</sup> Vgl. MELDA SEMI/LUKAS MÜLLER, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZGBR 103/2022, S. 332.

<sup>17</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, Art. 55 SchlT ZGB N 15.

<sup>18</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, Art. 55 SchlT ZGB N 16.

<sup>19</sup> Vgl. dazu z.B. LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung, GesKR 1/2022, S. 74.

<sup>20</sup> Art. 634 Abs. 3 OR; vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 491.

der Urkunden betreffend Grundstücke (z.B. Kauf von Grundstücken, Errichtung von Dienstbarkeiten an Grundstücken etc.). Für gesellschaftsrechtliche öffentliche Beurkundungen ist dies unpraktisch, da z.B. für eine Gründung mehrere Urkundspersonen mitwirken müssen, wodurch zusätzlicher Koordinationsbedarf und damit auch höhere Transaktionskosten entstehen können.

Im Zusammenhang mit der Sacheinlagegründung statuiert das Gesetz in Art. 634 Abs. 3 OR eine alternative Zuständigkeit, die zu den kantonalen Zuständigkeitsregeln hinzutritt: «Eine einzige öffentliche Urkunde genügt auch dann, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden.» In dieser Bestimmung ist der Fall, wo mehrere Grundstücke innerkantonal Gegenstand einer Sacheinlage sind, nicht geregelt. Art. 634 Abs. 3 OR enthält eine Regel, die bereits in Art. 70 Abs. 2 FusG mit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 1. Juli 2004 eingeführt worden ist. Damit wird die für Grundstücke typische Zuständigkeitsregel, wonach für eine öffentliche Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zuständig sein soll, um die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft ergänzt.

### 1.1 Interkantonal

Durch das Inkrafttreten des neuen Aktienrechts per 1. Januar 2023 wurde die öffentliche Beurkundung bei einer Mehrzahl von Grundstücken im interkantonalen Verhältnis vereinfacht. Nach neuem Recht reicht eine einzige öffentliche Urkunde aus, wenn mehrere als Sacheinlage einzubringende Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. In diesem Fall ist, wie oben schon erwähnt, die Urkundsperson am statutarischen Sitz der Aktiengesellschaft zuständig. Die neue Regelung von Art. 634 Abs. 3 OR ist, wie bereits erwähnt, von Art. 70 Abs. 2 FusG inspiriert. Die identische Regelung wie bei der Vermögensübertragung erscheint aus Gründen der Praktikabilität gerechtfertigt, da ansonsten die Gründung eines Unternehmens (oder die Durchführung einer Kapitalerhöhung) unnötig kompliziert würde, wenn mehrere Urkundspersonen an einer solchen Transaktion mitwirken müssten. Es wird jedoch mit dem neuen Art. 634 Abs. 3 OR nicht beabsichtigt, eine einheitliche Zuständigkeit für die Beurkundung sämtlicher Sacheinlagevorgänge zu statuieren. Vielmehr soll es den Gesellschaftern ermöglicht werden, dass sie eine einzige öffentliche Urkunde erstellen lassen können, anstatt mehrere Urkundspersonen beauftragen zu müssen, um jedes einzelne Grundstück in die Gesellschaft als Sacheinlage einzubringen. Die Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Aktienrechts unterscheidet bezüglich der interkantonalen Zuständigkeitsfrage für die öffentliche Beurkundung sinngemäss folgende Fälle.<sup>21</sup>

- Im Kanton X soll ein Sacheinlagevertrag beurkundet werden. Die Grundstücke, welche Gegenstand der Sacheinlage sind, liegen aber im Kanton Y. Gemäss dem Prinzip der *lex rei sitae* kann eine einzige öffentliche Urkunde im

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 491.

Kanton Y errichtet werden. Nach dieser Konstellation genügt ohnehin eine einzige öffentliche Urkunde.

- Eine Sacheinlage soll im Kanton X beurkundet werden. Die betroffenen Grundstücke liegen im Kanton X und im Kanton Y (oder verteilt in mehreren Kantonen ausserhalb des Kantons, in welchem die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist). Auf diese spezielle Interessenlage – nämlich eine unterschiedliche interkantonale Zuständigkeit für die Übertragung der Grundstücke – ist Art. 634 Abs. 3 OR anwendbar. Vorliegend muss nur noch eine einzige öffentliche Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz der AG erstellt werden.

## 1.2 Innerkantonal

Im Falle eines Sacheinlagevertrags, welcher am Sitz der Gesellschaft anstatt am Ort der gelegenen Grundstücke beurkundet werden soll, mit verschiedenen Grundstücken als Einlage, welche sich ebenfalls im selben Kanton befinden, kommt Art. 634 Abs. 3 OR gemäss seinem Wortlaut nicht zur Anwendung, da in der Regel ohnehin eine einzige Urkundsperson die öffentliche Urkunde erstellen kann. Wenn die Grundstücke im gleichen Kanton gelegen sind, aber innerkantonal unterschiedliche örtliche oder sachliche Zuständigkeiten gegeben sind (z.B. aufgrund verschiedener Notariatskreise wie z.B. in der Stadt Zürich; oder welche Art von Urkundsperson für welche Notariatsgeschäfte zuständig ist), dann erachtet es der Bundesrat in seiner Botschaft zum Aktienrecht (BBl 2017, S. 491 f.) als sinnvoll, wenn die Urkundsperson an der Domiziladresse die öffentliche Beurkundung vornimmt und somit Art. 634 Abs. 3 OR analog anwendet. Hierfür müssen jedoch sämtliche Behörden dieselbe analoge Auslegung dieser Norm teilen. Wenn es beispielsweise Jurisdiktionen gibt, in denen das zuständige Grundbuchamt die öffentliche Urkunde einer bestimmten Urkundsperson vorsieht, die zwingend örtlich und sachlich zuständig ist (z.B. ein Amtsnotar, der sich im entsprechenden Beurkundungskreis befindet), dann wird der Sacheinlagevertrag nicht mit einer analogen Anwendung des Art. 634 Abs. 3 OR vom zuständigen Grundbuchamt akzeptiert werden können. Das Grundbuchamt wird sich auf den Standpunkt stellen müssen, dass eine örtlich oder sachlich unzuständige Urkundsperson die öffentliche Urkunde erstellt hat und mit Verweis auf das lokale Beurkundungs- oder Grundbuchorganisationsrecht die Eintragung mit der Begründung der Formnichtigkeit verweigern. Der Sacheinlagevertrag wird dann nicht erfüllbar, da dieser Rechtsgrund nicht für die Eigentumsübertragung des Grundstücks vom Sacheinleger zur Gesellschaft akzeptiert wird, obschon im Handelsregister die Sacheinlage für die Liberierung des Aktienkapitals zu diesem Zeitpunkt bereits eingetragen ist. Dies führt dazu, dass öffentliche Register divergieren, d.h. dass im Handelsregister eine andere Rechtslage als im Grundbuch eingetragen ist.

Falls die analoge Anwendung des Art. 634 Abs. 3 OR in der kantonalen Beurkundungspraxis abgelehnt wird, dann ist es sinnvoll, das kantonale Beurkundungsgesetz um die Zuständigkeitsregel analog Art. 634 Abs. 3 OR zu ergänzen (falls die Ergänzung nicht ohnehin auf der «To-Do-Liste» des kantonalen Gesetzgebers steht), wonach für die Beurkundung mehrerer Grundstücke eine öffentli-

che Urkunde genügt, und zwar unabhängig davon, ob die Grundstücke in mehreren Gemeinden eines Kantons oder in verschiedenen Kantonen gelegen sind.

## 2. Sachliche Zuständigkeit

Welche Urkundspersonen in ihrem Gebiet für die öffentliche Beurkundung zuständig sind, regelt das kantonale Recht. Dabei steht den Kantonen erhebliche Normierungsfreiheit zu, die sie kraft Art. 55 SchlT ZGB vom Bund erhalten haben.<sup>22</sup> Diese Normierungsfreiheit wird durch die bundesrechtlichen Mindest- und Maximalanforderungen und durch die punktuellen Regelungen betreffend Beurkundungsgeschäfte, welche vom Bundesgesetzgeber erlassen worden sind, eingeschränkt.<sup>23</sup> Einerseits legt der Bund bestimmte Mindestanforderungen fest, die beim kantonalen Verfahren erfüllt sein sollen, damit eine öffentliche Urkunde nach Art. 9 ZGB überhaupt ihre erhöhte Beweiskraft hat. Andererseits darf das Verfahren der öffentlichen Beurkundung nicht derart strenge Anforderungen verlangen, die das Beurkundungsverfahren ungebührlich erschweren oder vereiteln. Die Maximalanforderungen erfassen auch die kantonalen Regelungen bezüglich der Organisation des Beurkundungsverfahrens. Da der Bundesgesetzgeber die Möglichkeiten von Art. 634 Abs. 3 OR und Art. 70 Abs. 2 FusG kennt, ist die Maximalanforderung durch Bundesrecht gegeben. Kantonale Gesetzgeber dürfen somit nicht verlangen, dass ausschliesslich – in Abweichung der beiden vorerwähnten bundesgesetzlichen Normen – andere Urkundspersonen eine öffentliche Beurkundung einer Sacheinlage oder eines Vermögensübertragungsvertrags öffentlich beurkunden müssen (z.B. am Sitz der gelegenen Sache anstatt am Sitz der Gesellschaft, sofern diese beiden Orte voneinander abweichen; oder z.B. eine andere Person wie etwa der kantonale Grundbuchverwalter anstatt eine freiberufliche Urkundsperson).

## IV. Heilung oder Haftung

Das qualifizierte Gründungsverfahren ist mit mehreren formellen Schutzmassnahmen ausgestattet. Die Gründer sind verpflichtet, in einem schriftlichen Bericht nach Art. 635 OR über Art und Zustand der Sacheinlagen und deren angemessene Bewertung Rechenschaft abzulegen.<sup>24</sup> Unter Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens müssen sich die Gründer nachvollziehbar dazu äussern, wie sie beschlossen und festgestellt haben, dass eine bestimmte Sacheinlage eine genügende Deckung für die Einlageverpflichtung darstellt.<sup>25</sup> Der Sachwert ist präzise zu umschreiben, wobei sich die Bewertung nach objektiven Kriterien zu richten hat. Die verschiedenen Bewertungsmethoden sind dabei zu berücksichtigen.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Vgl. BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, Art. 55 SchlT ZGB N 20.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 133 I 259 E. 2.2 S. 260.

<sup>24</sup> Art. 635 Ziff. 1 OR.

<sup>25</sup> Vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ (Fn. 4), S. 284.

<sup>26</sup> Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern, 2020, § 10 N 236.

Dieser Bericht muss zudem von einem zugelassenen Revisor nach Art. 635a OR geprüft werden.

Werden Sacheinlagen überbewertet, so hat dies verschiedene Auswirkungen. Einerseits besteht die Einzahlungspflicht des Zeichners der Aktien im Umfang der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der eingelegten Sache und dem Ausgabebetrag fort. Der Aktienzeichner bleibt über diesen fehlenden Betrag nachliberierungspflichtig. Andererseits kann eine Überbewertung von Sacheinlagen zu einer Haftung der Gründer nach Art. 753 OR führen.

Art. 634 Abs. 3 OR kann im Alltag zum Problem führen, dass ein Grundstück nicht als Sacheinlage geleistet werden kann, weil beispielsweise das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornimmt, da es der Meinung ist, dass die öffentliche Urkunde durch eine unzuständige Person ausgestellt worden sei. Dieser Fall kann beispielsweise eintreten, wenn im Rahmen einer Sacheinlage mehrere Grundstücke gestützt auf Art. 634 Abs. 3 OR eingebracht werden sollen. Die Urkundsperson erstellt eine öffentliche Urkunde, und diese wird vom Grundbuchamt mit Verweis auf das lokale Beurkundungsrecht verweigert, da die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache anstatt am Sitz der Gesellschaft zuständig wäre. In diesem Fall ist zwar die Aktiengesellschaft bereits im Handelsregister eingetragen, allerdings mit der Bemerkung, dass das Aktienkapital mittels Immobilien geleistet worden sei. Damit steht der Handelsregistereintrag im Widerspruch mit dem Grundbuch, da das Grundbuchamt die Eintragung des Grundstücks zugunsten der Aktiengesellschaft verweigert. Das Kapital kann in diesem Fall nicht gestützt auf den Sacheinlagevertrag liberiert werden. Es stellt sich die Frage, wie dann vorzugehen ist.

## 1. Schadenersatz aus Verantwortlichkeit?

Die Gründungshaftung nach Art. 753 OR sieht eine Haftung der an der Gründung oder späteren Kapitalerhöhung mitwirkenden Personen gegenüber der AG, den Aktionären und Gläubigern vor, und zwar für den Schaden, der diesen durch Missachtung der darin genannten Vorschriften entstehen. Vorab geht es dabei um die absichtliche oder fahrlässige Verletzung der gesetzlich verankerten Normen über die qualifizierten Einlagen; um die Eintragung ins Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde, welche unrichtige Angaben enthält, und letztlich um die wissentliche Annahme der Mitwirkung von bei Zeichnungen zahlungsunfähigen Personen.<sup>27</sup> Das Gesetz setzt mittels der Gründungshaftung vor allem die Vorschriften über die qualifizierten Kapitaleinlagen durch, indem es Ansprüche auf Schadenersatz gewährt, falls diese Vorschriften nicht eingehalten werden.<sup>28</sup>

Art. 754 OR regelt die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats und aller mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen aus Verletzung ihrer organschaftlichen Pflichten. Im Fall von Gründungsmängeln ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft nachhaltig gegenüber den verantwortlichen Personen zu vertreten. Wenn er nicht die gebotene Sorgfalt auf-

<sup>27</sup> Art. 753 OR.

<sup>28</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 753 N 1.

bringt, kann er sich nach Art. 754, allenfalls Art. 753 OR, haftbar machen, da beide Klagen kumulativ anwendbar sind.<sup>29</sup>

Bekanntlich ist es anspruchsvoll, teuer und zeitintensiv, Klagen anzuheben und allfällig erstrittene Urteile durchzusetzen. Ein Verantwortlichkeitsprozess kann mehrere Jahre und über mehrere Gerichtsstufen ausgefochten werden. Dabei werden mit zunehmendem Streitwert auch die Gerichtskosten höher, und je mehr Instanzen sich mit dem Streit befassen müssen, desto aufwendiger wird der Streit für alle involvierten Akteure. Hinzu tritt die Tatsache, dass ein erstrittenes Urteil auch noch vollstreckt werden muss. In der Zwischenzeit wird die Aktiengesellschaft, welcher das Kapital fehlt, alternative Finanzierungsquellen suchen müssen, um überhaupt den Betrieb aufrechterhalten zu können. Der Weg über die Verantwortlichkeitsklagen wird das letzte Mittel darstellen, falls eine Gesellschaft in Konkurs geraten ist. Falls die Gesellschaft schnell mit dem Kapital arbeiten muss, ist die Verantwortlichkeitsklage weniger geeignet, um Schäden zu ersetzen respektive Geld auf dem Weg der Schadenersatzklage einzukassieren.

## 2. Heilung des Mangels durch Leistung eines Ersatzwertes?

Gemäss Art. 937 OR prüft die zuständige kantonale Handelsregisterbehörde, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind, insb. ob die Anmeldung und die Belege keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den rechtlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen. Die Handelsregisterbehörde muss eine Anmeldung ablehnen, wenn die Voraussetzungen für die Sacheinlage nicht gegeben sind. Tatsächliche Probleme bei der Erfüllung der Sacheinlage kann das Handelsregisteramt nicht ermitteln, da dies zeitlich nachgelagert zum Handelsregistereintrag erfolgt und hierfür schlicht die notwendigen prozessualen Kompetenzen und die personellen Ressourcen fehlen. Das Handelsregisteramt ist darauf angewiesen, dass es sich auf die formelle Richtigkeit der eingereichten Urkunden verlassen darf. Mangels Erkennbarkeit von tatsächlichen Mängeln ist es somit nicht in allen Fällen machbar, die tatsächliche Erfüllung einer Sacheinlage sicherzustellen, wenn ein Handelsregistereintrag erfolgt ist. Es kann somit der Fall zutreffen, dass eine AG mit einem Aktienkapital ins Handelsregister eingetragen wird, obschon nicht alle Voraussetzungen zur Liberierung nachträglich tatsächlich erfüllbar sind. Wichtige Funktionen übernehmen hierbei auch der Gründungsbericht und die Prüfbestätigung des Revisors. Die tatsächliche Überprüfung muss dabei durch den zugelassenen Revisor vorgenommen werden. Wenn ein Revisor diese Prüfungshandlungen nicht nach den Regeln der Kunst vornimmt, kann der Fall eintreten, dass Gesellschaften mit Sacheinlage im Handelsregister eingetragen werden, obschon die versprochenen Sacheinlagen der Gesellschaft gar nie zur Verfügung gestanden sind.<sup>30</sup>

Sobald die Aktiengesellschaft die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und anhand der Handelsregisterbelege nachgewiesen hat, haben die anmeldenden Personen einen Anspruch auf die Eintragung der Gesellschaft. Gemäss Art. 643

<sup>29</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 753 N 24.

<sup>30</sup> Vgl. das anschauliche Beispiel im Urteil des BGer 2C\_76/2023 vom 14. November 2023.

Abs. 1 OR erlangt die Gesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit und damit die Rechtsfähigkeit. Man spricht auch von der konstitutiven Wirkung des Registereintrags.<sup>31</sup> Auch bei mangelhaften Gründungen, bei denen die Voraussetzungen der Eintragung nicht vorhanden waren, hat der Handelsregistereintrag diese Rechtswirkung.<sup>32</sup> Gläubiger oder Aktionäre haben, wenn bei der Gründung gesetzliche oder statutarische Vorschriften missachtet worden sind und dadurch die Interessen von Gläubigern oder Aktionären in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt worden sind, beim Gericht innert dreier Monate seit der Publikation des Eintrags im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen.<sup>33</sup>

In Bezug auf die fehlerhafte Sacheinlage, die aus tatsächlichen Gründen nicht vollziehbar ist, bedeutet dies, dass die Gesellschaft gleichwohl in das Handelsregister eingetragen wird. Im Allgemeinen wird hierbei von der «heilenden Wirkung» dieser Eintragung gesprochen.<sup>34</sup> Man muss in diesem Zusammenhang bedenken, dass der Mangel durch die Eintragung nicht tatsächlich «geheilt» wird; Mängel müssen unverzüglich beseitigt werden.<sup>35</sup> Aus Gründen des Verkehrsschutzes wird der Rechtsschein gewahrt. Die Heilung soll die Interessen von Drittpersonen schützen, die mit der eingetragenen AG bereits Geschäftsbeziehungen aufgenommen haben. Für die nachträglich unmöglich gewordene Sacheinlage bedeutet dies, dass das fehlende Aktienkapital nachliberiert werden muss.<sup>36</sup> Des Weiteren muss eine Nachtragsbeurkundung durch einen Notar vorgenommen werden, damit die nachträgliche Leistung des Aktienkapitals entsprechend dokumentiert wird. Die Doktrin, nach welcher die Nichtigkeit trotz Eintragung eintreten soll, wenn es an den absolut notwendigen Voraussetzungen eines formbedürftigen Geschäfts fehlt, ist abzulehnen, da der Gesellschaft im Falle der Nichtigkeit Vermögenswerte entzogen werden, die sie unter Umständen für ihre betriebliche Tätigkeit benötigt.<sup>37</sup> Sofern die Heilung des Mangels durch die nachträgliche Leistung eines Ersatzwertes (primär durch Bargeld oder mittels korrekt durchgeführter Sacheinlage) zulässt, kann aus Sicht des notariellen und des handelsregisterrechtlichen Verfahrens das statutarisch vorgesehene Aktienkapital der Gesellschaft relativ schnell, unkompliziert und kostengünstig zur Verfügung gestellt werden.

Da der Sacheinlagevertrag bei der öffentlichen Beurkundung an sich gültig zustande gekommen, aber nicht gehörig erfüllt wird, stellt sich die Frage, ob qualitativ oder quantitativ weniger geleistete Sachen im Hinblick auf die Liberierung des Aktienkapitals berücksichtigt werden können oder müssen. Sofern die Gesellschaft durch die fehlerhafte Sacheinlage effektiv zu Vermögenswerten gelangt ist (und diese behalten kann), sollte sich dadurch die effektive Zeichnungsschuld im

<sup>31</sup> BSK OR II–SCHENKER/MEYER, Art. 643 OR N 1.

<sup>32</sup> Art. 643 Abs. 2 OR.

<sup>33</sup> Art. 643 Abs. 3 und Abs. 4 OR.

<sup>34</sup> BSK OR II–SCHENKER/MEYER, Art. 643 OR N 3.

<sup>35</sup> Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 1 N 261.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 634b OR.

<sup>37</sup> BSK OR II–SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 20.

Differenzbetrag verringern.<sup>38</sup> Andernfalls würde die zeichnende Person dazu gezwungen, mehr zu leisten, als dies ursprünglich versprochen worden ist.

### 3. Praxisempfehlung

Angenommen, eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 100 000 wurde gegründet. Die Gesellschaft übernimmt bei der Gründung Grundstücke, wofür voll oder teilweise liberierte Aktien ausgegeben werden und der Überschuss den Aktionären als Darlehen gutgeschrieben wird. Die Gründung wird vom kantonalen Handelsregisteramt eingetragen, und die Eintragung wird vom Eidgenössischen Handelsregisteramt (EHRA) genehmigt und im SHAB publiziert. Anschließend stellt sich das zuständige Grundbuchamt auf den Standpunkt, dass der Sacheinlagevertrag nicht vollziehbar sei; der Eigentumsübergang an der Liegenschaft wird nicht im Grundbuch eingetragen. Die Aktiengesellschaft ist damit nicht Eigentümerin des Grundstücks geworden. Wie ist nun vorzugehen, damit die fehlerhafte Sacheinlagegründung korrigiert werden kann?

Oft werden solche Geschäfte auch nachträglich ohne Involvierung des Handelsregisters vollzogen, indem die Grundstücksübertragung durch zusätzliche Beurkundungen in den Kantonen durch den örtlich/sachlich zuständigen Notar «geheilt» und die Sacheinlage so nachträglich trotzdem vollzogen werden kann. Falls dies nicht möglich ist, ist das Grundgeschäft der Sacheinlagegründung wie folgt zu korrigieren:

Die Behebung der fehlerhaften Sacheinlagegründung kann mithilfe einer Urkundsperson erfolgen. Hierfür sind folgende Belege auszuarbeiten und beim zuständigen Handelsregisteramt am Sitz der Gesellschaft einzureichen: (1) Handelsregisteranmeldung gemäss Art. 16 ff. HRegV, (2) öffentliche Urkunde über die nachträgliche Barliberierung und (3) beglaubigte Statuten.

#### 3.1 Handelsregisteranmeldung

Die nach Art. 17 f. HRegV zeichnungsberechtigten Personen haben eine Handelsregisteranmeldung beim Handelsregisteramt einzureichen. Die Anmeldung muss die Rechtseinheit klar identifizieren und die einzutragenden Tatsachen angeben oder auf die entsprechenden Belege einzeln verweisen. Eine Anmeldung per E-Mail ist nicht zulässig. Anmeldungen müssen auf Papier eingereicht werden, wobei die Unterschriften eigenhändig geleistet werden müssen; alternativ sind elektronisch unterschriebene Dokumente zulässig, wobei die Unterschriften nach den Vorgaben des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (ZertES, SR 943.03) geleistet werden müssen und die Dokumente über die vom Bund anerkannten Zustellplattformen beim Handelsregisteramt eingereicht werden müssen (vgl. Art. 12b f. HRegV). Alle Dokumente sind in einer der Amtssprachen des Kantons abzufassen, in dem die Eintragung erfolgt. Die Anmeldung kann auch nach den Regeln von Art. 17 Abs. 3 HRegV auf dem Weg der Stellvertretung erfolgen; die Vollmacht ist der Anmeldung beizulegen.

<sup>38</sup> BSK OR II-SCHENKER/MEYER, Art. 634 N 20.

### 3.2 Öffentliche Urkunde

Für die Korrektur der fehlerhaften Sacheinlage hat die Gesellschaft eine Urkundsperson um die Anpassung der Sacheinlagebestimmungen der Statuten zu ersuchen. Anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung hat der Vorsitzende der Versammlung mitzuteilen, dass die im Rahmen der Gründung beschlossene Sacheinlage nicht durchgeführt werden konnte. Folglich blieb die Einlageverpflichtung der Gründerschaft in Höhe der Sacheinlage (z.B. im Umfang von CHF 100 000) bisher unerfüllt. Deshalb hat die Generalversammlung zu beschliessen, dass die unerfüllte Einlageobligation in Höhe der Sacheinlage im Umfang von CHF 100 000 in bar liberiert werden muss. Dabei wird der Verwaltungsrat mit dem Vollzug des Beschlusses beauftragt. Der Verwaltungsrat hat anschliessend die Erfüllung der Einlageobligation festzustellen und eine schriftliche Bescheinigung gemäss Art. 631 OR vorzulegen, wonach der für die Liberierung verlangte Geldbetrag bei einer Bank hinterlegt worden ist und zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft steht. Diese Hinterlegung muss der restlichen, vollständigen Leistung der seinerzeit versprochenen Einlagen dienen. In der Folge hat der Verwaltungsrat festzustellen, dass die gezeichneten Aktien nun durch nachträgliche Leistung von Einlagen (vollständig) liberiert sowie, die zusätzlichen, nachträglichen Leistungen entsprechend den Anforderungen des Gesetzes und der Statuten geleistet worden sind. Schliesslich hat der Verwaltungsrat auch festzustellen, dass keine anderen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besondere Vorteile bestehen als die in den Belegen genannten. Als Nächstes sind die Statuten anzupassen.

### 3.3 Statuten

In den Text der Statuten wurde anlässlich der Gründung eine fehlerhafte Sacheinlage aufgenommen. Die ursprüngliche Statutenbestimmung ist um einen zusätzlichen Absatz zu ergänzen, der wie folgt formuliert werden könnte:

«Aufgrund nachträglich festgestellter Unübertragbarkeit der Sacheinlage wurde die unerfüllte Einlageobligation in der Höhe der Sacheinlage im Umfang von CHF 100 000, gestützt auf den Generalversammlungsbeschluss vom 30. August 2024, in bar liberiert.» Im Übrigen haben die bisherigen Statutenbestimmungen unverändert weiterzugelten.

Erst nach Ablauf von 10 Jahren wäre es zulässig, die ursprüngliche Statutenbestimmung durch die Generalversammlung aufheben zu lassen (Art. 634 Abs. 4 OR). Deshalb muss die ursprüngliche Statutenbestimmung ergänzt werden.

### 3.4 Handelsregistereintragung

Der Verwaltungsrat hat die Anmeldung, die öffentliche Urkunde sowie die beglaubigten Statuten dem Handelsregisteramt am Sitz der Gesellschaft einzureichen. Das Handelsregisteramt wird in der Rubrik «besondere Tatbestände» die Sacheinlage weiterhin erwähnt lassen. Zusätzlich ist in der Rubrik «Bemerkungen» die nachträgliche Leistung der Sacheinlage offenzulegen. Dies kann mit einem Text nach folgendem Muster geschehen: «Infolge Unmöglichkeit konnte ein Grundstück gemäss Sacheinlage vom 1.7.2024 nicht übertragen werden. Das Kapital

wurde nicht liberiert. Mit Barliberierung vom 30.8.2024 wurde das Kapital nachträglich vollständig liberiert.»

## V. Fazit

Die Grundidee der von uns vorgeschlagenen Vorgehensweise besteht darin, dass das Aktienkapital nachträglich vervollständigt wird, falls sich die Sacheinlage im Nachhinein infolge Unmöglichkeit nicht erfüllen lässt. Da es sich bei Grundstücken um Speziessachen und nicht um Gattungssachen handelt, muss es auch zulässig sein, nachträglich das Aktienkapital, welches durch Sacheinlage hätte geleistet werden müssen, mittels anderer Sachen zu leisten, damit das Aktienkapital gedeckt ist. Die Leistung mittels Bargeldes wäre in der Regel die einfachste Variante. Falls mit der «fehlerhaften» Sacheinlage bereits ein Teil des Aktienkapitals geleistet worden wäre, muss es ebenfalls zulässig sein, diesen Teil für die Leistung des Aktienkapitals anzurechnen. Worin bestünden die Alternativen zu dieser Vorgehensweise? Einerseits könnte die Gründungshaftung nach Art. 753 OR angewandt werden. Das bedeutet, dass die Gesellschaft gegen die an der Gründung mitwirkenden Personen auf Ersatz für den durch die fehlerhafte Gründung entstandenen Schaden klagen müsste. Die erfolgreiche Klage kann jedoch die nachträgliche Leistung des Aktienkapitals nicht ersetzen. Des Weiteren ist die Klage nach Art. 753 OR – wie jede Klage – mit erheblichen prozessualen Risiken verbunden. Des Weiteren müsste ein erstrittenes Urteil erst noch vollstreckt werden. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass es sich bei der Durchführung eines Zivilprozesses um ein langwieriges Verfahren handelt. Die Leistung des Aktienkapitals auf einvernehmlichem Wege bildet hier die schnelle und kostengünstige Alternative und könnte potenziellen Schaden vermeiden.

Wir kommen zum Ergebnis, dass gemäss Art. 643 Abs. 2 OR die Gesellschaft das Recht der Persönlichkeit auch dann erwirbt, wenn die Voraussetzungen der Handelsregistereintragung tatsächlich nicht vorhanden waren. Das bedeutet im Zusammenhang mit der vorliegenden Problematik, dass die AG trotz nicht bzw. nicht mehr vorhandener Sacheinlage in das Handelsregister eingetragen wird. Die mangelhafte Gründung muss gleichwohl ohne Verzug behoben werden, d.h., das effektiv nicht geleistete Aktienkapital muss nachträglich liberiert werden. Diese nachträgliche Leistung kann gemäss Art. 634b Abs. 2 OR in Geld, durch Sacheinlage, durch Verrechnung mit einer Forderung oder durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen. Die nachträgliche Liberierung wiederum muss durch eine Urkundsperson erneut öffentlich beurkundet werden. Wenn die Gründer bzw. die Verwaltungsräte diesbezüglich ihre Sorgfaltpflicht nur ungenügend wahrnehmen, können sie allenfalls nach Art. 753 bzw. Art. 754 OR haftbar gemacht werden. Dabei ist zu bedenken, dass Verantwortlichkeitsklagen das Kapital der Gesellschaft und die durch fehlerhafte Leistung der Liberierung entstehenden Schäden erst dann ersetzen können, wenn – nach mehreren Monaten oder Jahren des Prozessierens – ein vollstreckbares Urteil feststeht und dieses vollzogen werden konnte. Aus Sicht der Gesellschaft, der Gläubiger respektive des Verkehrsschutzes ist es somit sinnvoller, auf beurkundungsrechtlichem Wege mittels

nachträglicher Leistung das Kapital z.B. durch Bargeld zu leisten; dieses Kapital steht der Gesellschaft viel schneller zur Verfügung.

Die Grundbuchämter sollten im Hinblick auf die Folgen die Formstrenge mit Augenmass handhaben und Grundbuchgeschäfte im Zusammenhang mit Sacheinlagegründungen, die bereits im Handelsregister eingetragen sind, nicht ohne Not ablehnen.