

# REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Clemens Meisterhans, Jacqueline Schwarz, Nicholas Turin

## Inhaltsübersicht

Lukas Müller, Malik Ong, Patrik Odermatt

Mantelhandel aus zivil-, straf- und beurkundungsrechtlicher Perspektive 207

Merve Gün

Einführung zum Bericht über mögliche Massnahmen zur Weiterentwicklung des Opting-Out-Systems 239

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister

Bericht über mögliche Massnahmen zur Weiterentwicklung des Opting-out-Systems 241

Merve Gün

Introduction au rapport sur les mesures possibles en vue d'un développement du système d'opting-out 269

Office fédéral du registre du commerce

Rapport sur les mesures possibles en vue d'un développement du système d'opting-out 271

# 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](mailto: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](http://www.schulthess.com)

Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat, Produktmanagement: Laura Truschinski

Marketing: Marko-Filip Ninkov, Vertrieb: Christoph Blömer

#### Kundenservice / *Service clientèle*

E-Mail: [service@schulthess.com](mailto: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 168 (für Studierende CHF 126)

Einzelheft: CHF 62, zzgl. Versandkosten

Alle Abo-Preise inkl. 2.5% MWST, zzgl. Versandkosten von CHF 8 innerhalb der Schweiz (Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 31). Studentenpreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises.

Abonnementskündigungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende des berechneten Bezugsjahres möglich.

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

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 (0)44 928 56 11,

[marc.schaettin@fachmedien.ch](mailto: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, 23. Jahrgang

#### Zitierweise / *Citation*

REPRAX 2021 S. 12

#### Internet

[www.reprax.ch](http://www.reprax.ch)

ISSN 1424-3628

Lukas Müller\*/Malik Ong\*\*/Patrik Odermatt\*\*\*

# Mantelhandel aus zivil-, straf- und beurkundungsrechtlicher Perspektive

## Bestandesaufnahme und Gesetzesreform

### Inhaltsübersicht

- |                              |                                    |
|------------------------------|------------------------------------|
| I. Einleitung                | IV. Strafrechtliche Aspekte        |
| II. Mantelhandel             | V. Beurkundungsrechtliche Aspekte  |
| III. Zivilrechtliche Aspekte | VI. Zusammenfassung der Ergebnisse |

*Der vorliegende Beitrag beleuchtet typische Risiken des Mantelhandels aus Sicht des Zivil-, Straf- und Beurkundungsrechts. Derzeit ist auch ein Gesetzgebungsprojekt betreffend ein Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Geschäft des Bundesrats Nr. 19.043) im Parlament hängig. Mit dem geplanten Gesetz soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verbot des Mantelhandels kodifiziert werden. Die Autoren vertreten die Auffassung, dass nach geltendem Schweizer Recht der Handel mit Mantelgesellschaften ein hohes Missbrauchsrisiko birgt und die Revision zu begrüßen ist.*

## I. Einleitung

Wer eine beliebige Tageszeitung aufschlägt, findet darin Inserate für einen «Mantelhandel»<sup>1</sup>. Damit ist nicht der Handel mit Textilien gemeint, sondern mit «leeren» Aktiengesellschaften bzw. mit «Aktienmänteln». Geschäftsleute möchten mit solchen Werbeinseraten ihre Dienstleistung für den Kauf und Verkauf von Aktienmänteln anpreisen. Dabei kommt es vor, dass der Handel mit Aktienmänteln für die Ausführung von kriminellen Aktivitäten im Zuge der sogenannten «Firmenbestattung»<sup>2</sup> und der missbräuchlichen Konkurse verwendet wird. Geschäftsunerfahrene Dritte und die öffentliche Hand können hierbei zu grossem Schaden kommen. Der Bundesrat möchte das Gesetz an die kriminellen Aktivi-

\* LUKAS MÜLLER, Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St. Gallen und Zürich, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

\*\* MALIK ONG, M.A. HSG in Law & Economics, wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

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

<sup>1</sup> Typischerweise lautet ein solches Inserat: «Aktienmantel zu verkaufen» oder «Aktienmäntel gesucht».

<sup>2</sup> Vgl. dazu unten Abschnitt II.C.

täten im Zusammenhang mit missbräuchlichen Konkursen anpassen und den Mantelhandel ausdrücklich für nichtig erklären. Entsprechend hat der Bundesrat am 26. Juni 2019 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet. Das Geschäft ist derzeit im Parlament hängig. Der Handel mit Aktienmäntel ist auch mit anderen Risiken verbunden, selbst wenn keine kriminellen Aktivitäten geplant sind.<sup>3</sup> Der vorliegende Artikel berücksichtigt die laufende Gesetzesreform und analysiert den Mantelhandel aus zivil-, straf- und verwaltungsrechtlicher Sicht für alle involvierten Parteien (Verkäufer, Käufer, Notar und Handelsregister). Die in diesem Aufsatz getroffenen Überlegungen berücksichtigen das Aktienrecht vom 19. Juni 2020.<sup>4</sup>

## II. Mantelhandel

### A. Terminologisches

Das Bundesgericht definiert einen «Aktienmantel» als «eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegebene, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft».<sup>5</sup> Die Begriffe «Aktienmantel» und «Mantelgesellschaft» werden in der Rechtsprechung gleichbedeutend verwendet. Eine Mantelgesellschaft bzw. ein Aktienmantel liegt vor, wenn die Geschäftstätigkeit der Mantelgesellschaft dauerhaft eingestellt wurde; eine lediglich vorübergehende Untätigkeit der Gesellschaft genügt hierfür nicht.<sup>6</sup> In der Lehre werden dabei oftmals verschiedene Formen des Vermögens in Gestalt der Gesellschaft unterschieden. Einige Lehrmeinungen formulieren die Ansicht, dass sich eine Gesellschaft bereits als Mantelgesellschaft qualifiziert, wenn die Gesellschaft über we-

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten Abschnitt II.B.

<sup>4</sup> Das revidierte Aktienrecht wird voraussichtlich kaum vor 2023 in Kraft treten, da diverse technische Fragen noch umzusetzen sind; vgl. KARIN POGGIO, *Modernes und flexibles Aktienrecht vom Parlament verabschiedet*, EF, 6/2021, 246 f. Der Bundesrat wird den Zeitpunkt des Inkrafttretens bestimmen.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 5; vgl. BGE 55 I 134 ff.; BGE 64 II 361 E. 1; BGer, 4.9.1989, E. 1b, abgedruckt in: SJ 1990, 108; BGer, 4C.19/2001, 25.5.2001; Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), 5205.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 94 I 562, E. 1; BGE 80 I 60, E. 2; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 12. Aufl., Zürich 2021, § 7 N 58 f. und § 15 N 25.

nige Aktiven verfügt, während andere Autoren ihre vollständige Vermögenslosigkeit voraussetzen.<sup>7</sup>

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre wird zwischen Mantelgesellschaft im weiteren Sinne und Mantelgesellschaft im engeren Sinne unterschieden, wobei Ersteres die Vorratsgesellschaft (engl. *shelf corporation*) miteinschliesst.<sup>8</sup> Weder für Vorratsgesellschaften noch für Mantelgesellschaften gibt es bisher eine Legaldefinition. Der Begriff «Vorratsgesellschaft» bezeichnet die Errichtung einer Gesellschaft, ohne Absicht eine tatsächliche Geschäftstätigkeit aufzunehmen.<sup>9</sup> Dies schliesst jedoch die Möglichkeit nicht aus, dass Vorratsgesellschaften zu einem späteren Zeitpunkt eine Geschäftstätigkeit nachgehen können. Oftmals werden Vorratsgesellschaften mit der Absicht gegründet, um Geschäftssparten in einem späteren Schritt in unabhängige Unternehmen zu trennen oder Geschäftspartnern bereits gegründete Aktienmäntel mit «gutem Jahrgang» und Bankkonto verkaufen zu können.

In jüngster Zeit ist auch das Phänomen der «Special Purpose Acquisition Company» («SPAC») vermehrt in die Schlagzeilen gekommen.<sup>10</sup> Dabei handelt es sich im Prinzip um Vorratsgesellschaften, die an einer Börse kotiert werden und die später ein Unternehmen oder andere Vermögenswerte erwerben sollen.<sup>11</sup> Während die Bezeichnung zum Begriff der Vorratsgesellschaft in der Lehre vorwiegend unstrittig erscheint, sind die Unterscheidungsversuche zwischen Mantelgesellschaften im engeren und weiteren Sinne im Ergebnis uneinheitlich.<sup>12</sup>

Der Verkauf und Erwerb einer Mantelgesellschaft (sowohl im engeren als auch im weiteren Sinne) wird als «agere in fraudem legis» (d.h. handeln unter Umgehung des Gesetzes) qualifiziert.<sup>13</sup> Bekanntlich ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder rechtswidrigen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst,

<sup>7</sup> Vgl. ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar zu Art. 620–659 OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Band V/5a, Zürich 1945, N 32; HANS RUDOLF KUNZ, Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. Bern 1942, 65; JEAN-LOUIS VON PLANTA, die rechtliche Behandlung des Aktienmantels, Diss., Basel 1976, 19; GOTTFRIED WEISS, Berner Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Einleitung zum Aktienrecht, Band VII/2/1, Bern 1956, N 274 f.; DENIS MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern 1941, 253; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel/Frankfurt am Main 1982, 57; SUZANNE WETTENSCHWILER, Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren, Diss., Zürich 1982, 12 N 96.

<sup>8</sup> Vgl. MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP, 2013, 564.

<sup>9</sup> Vgl. PETER JUNG, in: Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Vor Art. 620–625 N 123.

<sup>10</sup> Vgl. WERNER GRUNDLEHNER, Spacs vor dem Einstieg in den Schweizer Markt, Neue Zürcher Zeitung, 19.02.2021, 26.

<sup>11</sup> Vgl. FLORIAN S. JÖRG, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, Mantelhandel in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, in: Peter V. Kunz/Florian, S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Bern 2014, 26 ff.

<sup>12</sup> Vgl. VISCHER (FN 8), 563 ff.; JÖRG (FN 11), 20 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 64 II 363; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 912 f.

nichtig.<sup>14</sup> Nach zutreffender Praxisauffassung werden die Vorschriften zur Gründung und Liquidation durch den Mantelhandel umgangen.<sup>15</sup> Der Handel mit Mantelgesellschaften («Mantelhandel») wird sowohl in der herrschenden Lehre als auch in der Rechtsprechung als nichtiges Rechtsgeschäft betrachtet.<sup>16</sup> Die Betrachtung des Mantelhandels als nichtiges Rechtsgeschäft bedeutet jedoch nicht, dass eine Mantelgesellschaft als juristische Person nichtig ist. Die Nichtigkeit bezieht sich auf den zugrundeliegenden Aktienkaufvertrag.

## B. Allgemeine Risiken

Angesichts der Tatsache, dass das Bundesgericht Kaufverträge betreffend Aktienmäntel als nichtiges Rechtsgeschäft beurteilt, stellt sich die Frage, weshalb Geschäfte betreffend Mantelhandel weiterhin anzutreffen sind. Eine Aktiengesellschaft, deren Geschäftsaktivität nicht mehr weiterverfolgt werden soll, müsste konsequenterweise liquidiert und dann aus dem Handelsregister gelöscht werden.<sup>17</sup>

Die Liquidation der Gesellschaft kann aber für Personen, die geschäftsunerfahren sind oder sich mit beurkundungsrechtlichen Abläufen schwertun, Schwierigkeiten bereiten. Oftmals werden der Aufwand und die Kosten einer Liquidation gescheut, weshalb die Möglichkeit des Mantelhandels in Erwägung gezogen wird. Aus Sicht des geschäftsunerfahrenen Käufers eines Aktienmantels ist der finanzielle Anreiz, eine Mantelgesellschaft zu übernehmen, auf den ersten Blick nachvollziehbar. Für den Käufer scheint es so, als ob er die Kosten der Neugründung, Steuern und Zeit sparen könnte. Darüber hinaus kann er eine bereits auf dem Markt etablierte Firma weiterführen, welche im Normalfall wiederum mit Geld und Zeit verbunden ist.<sup>18</sup> Dies setzt indes voraus, dass die Firma und der Zweck nicht geändert werden, damit der Markt das Unternehmen weiterhin mit seiner bisherigen Reputation wahrnimmt. Der Mantelhandel scheint somit nach der (unzutreffenden) Wahrnehmung von geschäftsunerfahrenen Personen eine Möglichkeit darzustellen, sich dem Aufwand und den anfallenden Kosten der Unternehmensgründung zu entziehen, ein Unternehmen mit «Geschichte» zu erwerben und unter dem Strich günstiger zu fahren als mit einer Neugründung. Wie nachfolgend gezeigt wird, dürfte in Mantelhandel indes unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken erheblich teurer sein als eine Neugründung, da der Erwerber des Aktienmantels nie ausschliessen kann, welche «Altlasten» mit einer Mantelgesellschaft übernommen oder neu geschaffen werden.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 1 OR.

<sup>15</sup> Vgl. PATRICIA CARTIER/VALERIO DI SAURO/SAMUEL KRÄHENBÜHL/KARIN POGGIO/RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, Rückblick auf die Praxis 2018 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 1/2019, 12 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BGer, 4C.19/2001, 25.5.2001; BGE 123 III 473, E. 5c; BGE 80 I 60, E. 2a; BGE 80 I 30, E. 1; BGE 67 I 36 f.; BGE 65 I 139, E. 3; BGE 64 II 361, E. 1; BGE 55 I 134 ff., Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 13), § 16 N 912 f.

<sup>17</sup> Art. 746 OR; vgl. auch nachstehend Abschnitt III.A.

<sup>18</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205.

Was sind die Motive für einen Käufer, der redliche Absichten hat bzw. keine «Firmenbestattung» bezweckt, Aktienmäntel zu erwerben? Bei der Gründung muss das Aktienkapital bei einer Aktiengesellschaft nominell mindestens CHF 100 000 betragen und im gesetzlich notwendigen Umfang liberiert sein.<sup>19</sup> Zulässig ist auch ein Aktienkapital in einer für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung, wobei der Gegenwert zum Zeitpunkt der Errichtung mindestens CHF 100 000 Franken entsprechen muss.<sup>20</sup> Aktienmäntel werden derzeit im Internet oder in Zeitungsinseraten zu einem Kaufpreis von ca. CHF 5 000 bis CHF 20 000 offeriert.<sup>21</sup> Das heisst, ein Unternehmer wird seiner Wahrnehmung nach lediglich CHF 5 000 bis CHF 20 000 an Bargeld auftreiben müssen, um eine AG zu halten. Wenn der Erwerber hingegen eine AG selbst gründen würde, müsste er damit mindestens CHF 50 000 im Falle der AG (oder CHF 20 000 im Falle der GmbH) an liquiden Mitteln bzw. anderen Aktiven im Gründungsprozess binden und den immer länger werdenden Onboarding-Prozess betreffend Kapitaleinzahlungskonto und ordentliches Konto bei einer Bank durchlaufen. Dabei wird aber übersehen, dass das beim Mantelhandel bezahlte Geld an den Verkäufer übertragen wird. Das ist bei der AG-Gründung nicht der Fall. Der Unterschied zum Mantelhandel besteht darin, dass das auf das Gründungskapitalkonto einbezahlte Geld nach der Gründung der AG wieder als Betriebskapital zur Verfügung steht. Aus diesem Kapital kann das Geschäft Einnahmen bzw. Gewinne erzielen, die sie später wiederum an die Aktionäre als Dividenden ausschütten kann.

Bei Mantelgesellschaften ist im Normalfall das notwendige Betriebskapital nicht mehr verfügbar, respektive es sind kaum Aktiven vorhanden, die dem Nennwert auf der Passivseite der Bilanz gegenüberstehen. Dies verstösst gegen die Grundsätze der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung.<sup>22</sup> Im Weiteren werden Mantelgesellschaften vor der Übergabe an den Erwerber ausgehöhlt, indem die Aktiven aus der Gesellschaft herausgenommen und allenfalls Schulden im Namen der Gesellschaft aufgenommen oder nicht bezahlt werden. Damit ist die Gefahr vorhanden, dass vor dem Vollzug des Mantelhandels auf Rechnung der Mantelgesellschaft Waren für den Privatverbrauch bestellt werden, wobei die Absicht diese Gelder zurückzubezahlen, von Anfang an fehlt. Eine Mantelgesellschaft ist insofern problematisch, wenn sie von aussen als etabliertes, finanziell gesundes Unternehmen wahrgenommen wird und auf dem Markt eine höhere Glaubwürdigkeit signalisiert, obwohl die Gesellschaft kaum über die entsprechende Bonität verfügt. In diesem Zusammenhang ist der Käufer einer Mantelgesellschaft aber einem viel grösseren persönlichen Risiko ausgesetzt, als wenn er ein neues Unternehmen gründen müsste.<sup>23</sup> Er kann sich auf ein wirtschaftliches Abenteuer einlassen, weil er davon ausgeht, dass er im Falle eines Konkur-

<sup>19</sup> Art. 621 OR.

<sup>20</sup> Vgl. den revidierten Art. 621 Abs. 2 OR.

<sup>21</sup> Diese Preise lassen sich mit den gängigen Internet-Suchmaschinen finden, sofern nach Aktienmänteln oder Mantelgesellschaften gesucht wird.

<sup>22</sup> Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 8 N 37 ff. und § 8 N 54 ff.

<sup>23</sup> Es besteht jedoch die Möglichkeit des Durchgriffs (vgl. Abschnitt III.D).

ses nur geringe persönliche Konsequenzen hätte und ohnehin das Mindestkapital nicht liberiert hatte.<sup>24</sup> Sobald Dritte zu Schaden kommen, werden diese prüfen, ob sie den früheren Unternehmer bzw. Veräusserer der Mantelgesellschaft persönlich haftbar respektive zur Verantwortung ziehen können.<sup>25</sup> Verantwortlichkeitsklagen oder Strafverfahren im Zusammenhang mit dem absehbaren Konkurs des Unternehmens können aber auch für den Erwerber des Aktienmantels ein Problem werden.<sup>26</sup>

Angesichts der voranstehend skizzierten Problematik erschwert das Bundesgericht den Handel mit Mantelgesellschaften zurecht. Die Rechtsgeschäfte betreffend den Erwerb eines Aktienmantels werden von der Gerichtspraxis als nichtig qualifiziert.<sup>27</sup> Dies wird einerseits damit begründet, dass mit dem Rechtsgeschäft betreffend den Verkauf eines Aktienmantels die Bestimmungen<sup>28</sup> zur Auflösung der Gesellschaft ignoriert werden. Andererseits werden damit die Bestimmungen<sup>29</sup> zur Gründung einer (neuen) Gesellschaft umgangen. Konsequenterweise sollte eine Gesellschaft liquidiert werden und ohne latent vorhandene Altlasten ein «sauberer» Beginn der Unternehmenstätigkeit mit einer neuen Gesellschaft gewagt werden. Wer ein Geschäft betreibt, sollte ohnehin über genügend Startkapital verfügen. Entsprechend ist es kaum sinnvoll, den Aufwand zu scheuen, die notwendigen Beurkundungs- und Handelsregistergebühren für die Gründung aufzuwerfen, respektive das notwendige Startkapital für das Unternehmen zu beschaffen.

### C. Phänomen der «Firmenbestattung»

Trotz der unmissverständlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein Rechtsgeschäft betreffend einen Mantelhandel nichtig ist, bleibt die Übertragung von Mantelgesellschaften in der Praxis weit verbreitet.<sup>30</sup> Die Praxis ist seit einiger Zeit auf das Phänomen der «organisierten Firmenbestattung» (auch «Konkursreiterei») aufmerksam geworden.<sup>31</sup> Der Gesetzgeber will die «Firmenbestattung» bekämpfen (dazu nachstehend Abschnitt II.E).

<sup>24</sup> Vgl. SIMONE ALBISETTI/ANDREA PORRINI, *La società mantello in Svizzera – analisi giuridica e aspetti pratici*, REPRAX 1/2020, 10.

<sup>25</sup> Vgl. Abschnitt III.

<sup>26</sup> Vgl. Abschnitt III.

<sup>27</sup> Vgl. BGer, 4C.19/2001, 25.5.2001; BGE 123 III 473, E. 5c; BGE 80 I 60, E. 2a; BGE 80 I 30, E. 1; BGE 67 I 36 f.; BGE 65 I 139, E. 3; BGE 64 II 361, E. 1; BGE 55 I 134 ff. in Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205.

<sup>28</sup> Art. 736 OR für Aktiengesellschaften und Art. 821 OR für GmbH.

<sup>29</sup> Art. 620 ff. OR für Aktiengesellschaften und Art. 772 ff. OR für GmbH.

<sup>30</sup> Vgl. JÖRG (FN 11), 19.

<sup>31</sup> Vgl. DANIEL NUSSBAUMER, *Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können*, BISchK 2016, 124 ff.; DAMIAN K. GRAF, *Konkursreiterei: Phänomen – rechtliche Einordnung – Bekämpfung*, BISchK 2019, 1 ff.; OLIVER KÄLIN, *Konkursreiterei und Misswirtschaft*, EF 6-7/19, 498 f.; JAN BAUMANN, *Bund will Gesetz gegen Konkursmissbrauch*, Echo der Zeit, SRF, Sendung vom 31.05.2021, abrufbar unter <https://www.srf.ch/audio/echo-der-zeit/bund-will-gesetz-gegen-konkursmissbrauch?partId=11994806>.

Die Vorgehensweise bei der «Firmenbestattung» scheint in vielen Fällen einem ähnlichen Muster zu folgen.<sup>32</sup> Im Geschäftsalltag bieten «Vermittler» ihre Dienste an, die Gesellschaften in der Not gegen Entgelt (sic!) an sogenannte «Firmenbestatter» weitergeben.<sup>33</sup> In solchen Fällen erklärt sich der Firmenbestatter bereit, die konkursreife Gesellschaft gegen eine Entschädigung zu übernehmen. Es kommt auch vor, dass sich Firmenbestatter als Organ der konkursreifen Gesellschaft im Handelsregister eintragen lassen. In einem weiteren Schritt verlegt der Firmenbestatter den Sitz der Gesellschaft zwecks Erhalt eines leeren Betreibungsregistrauszuges und ändert deren Zweck und Firmennamen, um dann im Namen der Gesellschaft Einkäufe tätigen zu können, ohne die Rechnungen zu bezahlen.<sup>34</sup> Die Buchführungs- und weitere Geschäftsunterlagen werden vernichtet, sodass die tatsächliche finanzielle Lage der Mantelgesellschaft in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zuverlässig ermittelt werden kann. Dem Firmenbestatter spielt die finanzielle Lage der zu übernehmenden Mantelgesellschaft insofern keine Rolle, da er, nachdem er als Organ der Gesellschaft eingetragen ist, den Sitz der Gesellschaft in einen anderen Kanton verlegt, die Firma, den Zweck der Gesellschaft ändert und anschliessend kriminelle Aktivitäten damit ausführt. So werden im Namen der Gesellschaft Waren bestellt und bei Empfang derselben diese beiseitegeschafft. Der betrügerisch handelnde Verwaltungsrat (bzw. Geschäftsführer) der Gesellschaft zögert die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR (bzw. Art. 725b Abs. 3 revOR) oder die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit nach Art. 191 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 725 revOR hinaus, bis die Gesellschaft sich offenkundig nicht mehr gegen die Zwangsvollstreckung wehren kann. Sobald das zuständige Gericht schliesslich den Konkurs über die Gesellschaft eröffnet, wird dieser meistens bald wieder mangels Aktiven eingestellt.<sup>35</sup> In der Konsequenz bedeutet dies mehr Arbeit für die Konkursämter und Gerichte, aber auch mehr Forderungsausfälle sowohl gegenüber Privatpersonen als auch gegenüber dem Staat, insbesondere gegenüber Sozialversicherungs- und Steuerbehörden.

Diese «organisierte Firmenbestattung» kommt auf kurze Sicht dem Unternehmer, dem Vermittler und dem Firmenbestatter zugute, welche sich auf Kosten der Gläubiger und Angestellte der Gesellschaft, aber auch Ausgleichskassen und Steuerbehörden, bereichern.<sup>36</sup>

## D. Restriktive Handelsregisterpraxis

Die Handelsregistereintragungen müssen gemäss Art. 929 Abs. 1 OR «wahr sein und dürfen weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen». Das Handelsregisteramt ist jedoch von Amtes wegen nicht verpflichtet, die Richtigkeit umfassend zu überprüfen. Ohne besondere Veranlas-

<sup>32</sup> Vgl. hierzu die Quellennachweise in FN 31.

<sup>33</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205; GRAF (FN 31), 1 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205.

<sup>35</sup> Art. 230a SchKG; Art. 725 OR bzw. in der revidierten Fassung Art. 725 ff. OR i.V.m. Art. 190 ff. SchKG; Botschaft SchKG Mantelhandel, 5205 f.

<sup>36</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5206.

sung oder auf unbelegte Vermutungen hin, ist das Handelsregisteramt weder verpflichtet noch berechtigt, eine Anmeldung zu beanstanden und den Nachweis der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen zu verlangen.<sup>37</sup> Sofern das zuständige Handelsregisteramt im Rahmen einer Anmeldung erkennt, dass ein Geschäft offensichtlich nichtig ist, besteht bereits nach heutigem Recht die Pflicht, eine Eintragung nicht vorzunehmen.<sup>38</sup> Die Eintragung notorisch unwahrer Tatsachen muss das Handelsregisteramt verweigern.<sup>39</sup> Daran ändert auch die Dokumentation mittels öffentlicher Beurkundung nichts, wenn unwahre Vorgänge beurkundet werden, die so gar nie stattgefunden haben und vom Notar gar nicht unmittelbar wahrgenommen werden können.<sup>40</sup> Das ergibt sich aus dem einfachen Grund, dass der Erwerber der Aktien gar nicht gültig Eigentümer geworden ist und entsprechend nicht die richtige Person ist, um die notwendigen Beschlüsse für ein Geschäft in einer General- bzw. Gesellschafterversammlung in Anwesenheit des Notars zu fassen und anschliessend diese Geschäfte beim Handelsregister anzumelden. Eine Nachforschungspflicht bezüglich der ordnungsgemässen Einberufung und der Beschlussfähigkeit einer Generalversammlung hat das Handelsregisteramt nach heutigem Recht jedoch noch nicht.<sup>41</sup> Aufgrund der vorerwähnten Gründe soll ein Mantelhandel gemäss den Vorgaben des EHRA bereits nach geltendem Recht strikter gehandhabt werden. Ein Mantelhandel und ein damit verbundener Beschluss sollen als Umgehung der Gründungs- und Liquidationsvorschriften qualifiziert werden und konsequenterweise zu einer Abweisung der Handelsregisteranmeldung führen.<sup>42</sup>

Nebst dem Blick in die Bilanz der Gesellschaft, können weitere Indizien wie die Änderung des Gesellschaftszwecks, die Sitzverlegung, die Änderung der Firma oder die Auswechslung aller Organe für das Vorliegen eines Mantelhandels sein.<sup>43</sup> Mit der Kodifikation der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Mantelhandel im Obligationenrecht wird den Behörden das Vorgehen gegen das

<sup>37</sup> Vgl. BGer, 4A\_24/2007, 22.6.2007, E. 2.4.2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 13), § 6 N 66.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1 (beschränkte Kognition in materiell-rechtlichen Fragen); OFK HRegV-VOGEL, Art. 32 N 16, in: ALEXANDER VOGEL, Handelsregisterverordnung, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2020 (zit. OFK HRegV-VOGEL); LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J. A. KAISER/DIEGO BENZ, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2020, 224.

<sup>39</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 13), § 6 N 66; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 23 N 30 f. und N 33.

<sup>40</sup> Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 25 N 30 ff.; Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 4.4 und E. 5; LUKAS MÜLLER, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, Entscheid AK 2019 4 vom 1. Oktober 2019, Fehlverhalten des Notars, Drohungen gegenüber Dritten, öffentliche Beurkundung der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Kapitalerhöhung, AJP, 2020, 1077.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 114 II 68 E. 2; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 25 N 31 f.

<sup>42</sup> Vgl. OFK HRegV-VOGEL (FN 38), Art. 71 N 2; SABINE LENDL-MANBARY/KARIN POGGIO/ANDREA HÖHENER/DANIEL NUSSBAUMER, Berichterstattung über die Konferenz der kantonalen Handelsregisterbehörden vom 24. Oktober 2016 in Bern, REPRAX, 1/2017, 21; CARTIER/DI SAURO/KRÄHENBÜHL/POGGIO/SIFFERT/TAGMANN (FN 15), 16.

<sup>43</sup> Vgl. JÖRG (FN 11), 27.

Phänomen der organisierten Firmenbestattung erleichtert. Dies trägt zur Verhinderung des Missbrauchs von Konkursverfahren bei und schützt die finanziellen Interessen der Gläubiger.<sup>44</sup>

## E. Entwicklungen des Gesetzgebers: Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses

Mit der Absicht, Missbräuchen, die in Verbindung mit dem Mantelhandel und «Firmenbestattungen» in der Vergangenheit aufgetreten sind, entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber am 26. Juni 2019 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet. Damit soll beispielsweise die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verbot des Mantelhandels kodifiziert werden.<sup>45</sup> Unter anderem soll das Aktienrecht um folgenden Art. 684a E-OR ergänzt werden:

*«Die Übertragung von Aktien ist nichtig, wenn die Gesellschaft ohne vorgängige Auflösung liquidiert und aufgegeben wurde.»<sup>46</sup>*

Analog soll das Recht der GmbH um Art. 787a E-OR ergänzt werden:

*«Die Übertragung von Stammanteilen ist nichtig, wenn die Gesellschaft ohne vorgängige Auflösung liquidiert und aufgegeben wurde.»<sup>47</sup>*

Art. 684a E-OR und Art. 787a E-OR sehen ausdrücklich die Nichtigkeit eines Geschäftes vor, wenn Aktien oder Stammanteile einer liquidierten und aufgegebenen Gesellschaft übertragen werden, diese aber vorgängig nicht aufgelöst wurde. Damit soll die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Gesetzesstufe verankert werden.<sup>48</sup> Die vorstehenden Gesetzesentwürfe sehen die Nichtigkeit des Mantelhandels vor. Eine Mantelgesellschaft an sich ist hingegen auch nach einer allfälligen Inkraftsetzung des Gesetzesentwurfs nicht nichtig.

Die parlamentarische Initiative zur Nichtigkeit des Mantelhandels vom 4. Juni 2019 ist weniger restriktiv und sieht vor, dass Rechtsgeschäfte zum Mantelhandel nicht nichtig sein sollen, wenn innerhalb von zwei Monaten nach dessen Abschluss das Aktienkapital wieder vollständig einbezahlt und die Rekapitalisierung im Handelsregister eingetragen ist.<sup>49</sup> Für den Mantelhandel spreche nach dieser Ansicht, dass er vor allem für kleine Unternehmen und Start-ups praktisch sein könne.<sup>50</sup> Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates teilt aber diese Ansicht nicht und hat sich am 6. November 2020 in ihrem Bericht zur Nichtigkeit des Mantelhandels gegen die parlamentarische Initiative ausgesprochen. Die Vorprüfung des Nationalrates hat ergeben, dass die Initiative, welche den Mantelhandel unter bestimmten Umständen ermöglichen soll, in der Revision des Obligationenrechts nicht vorgesehen ist. In der Abstimmung am 3. März 2021 kam der Nationalrat dem Antrag der Kommission nach und leistete der Initiative

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5219.

<sup>45</sup> Vgl. Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 26.6.2019.

<sup>46</sup> Art. 684a E-OR.

<sup>47</sup> Art. 787a E-OR.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 64 II 361, E. 1; BGE 80 I 60, E. 3.

<sup>49</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative 19.438, Nichtigkeit des Mantelhandels vom 4.6.2019.

<sup>50</sup> Vgl. Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Kommissionsbericht vom 6.11.2020.

keine Folge.<sup>51</sup> Dies ist zu begrüßen, da – auch mit der nachträglichen Wieder einbezahlung der Aktiven in die Gesellschaft – die grundsätzlichen Risiken, die mit dem Mantelhandel verbunden sind, nicht gelöst werden. Insbesondere das Phänomen der Firmenbestattungen würde durch die vorerwähnte parlamentarische Initiative nicht tangiert.

Der Bundesrat führt in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses vom 26. Juni 2019 aus, dass in der HRegV eine Bestimmung aufgenommen werden solle, wonach Handelsregisterämter bei einem konkreten Verdacht auf Mantelhandel, die betroffene Gesellschaft dazu auffordern können, eine aktuelle Bilanz nachzureichen. Wenn das Handelsregisteramt bei der Prüfung zum Schluss kommt, dass die Gesellschaft nur noch als Mantel besteht, hat es die angemeldete Eintragung (etwa betreffend die Änderung der Statuten bezüglich des Zwecks, der Firma oder des Sitzes) abzulehnen.<sup>52</sup>

Der Ständerat hat am 31. Mai 2021 Art. 684a und Art. 787a des Entwurfs zum OR um einen Absatz 2 ergänzt.<sup>53</sup>

*«Besteht der Anschein eines Mantelhandels, fordert das Handelsregisteramt die Beteiligten auf, eine aktuelle Jahresrechnung einzureichen. Liegt ein Mantelhandel vor oder wird keine Jahresrechnung eingereicht, so verweigert das Handelsregisteramt die Eintragung.»*

Diese Ergänzung soll dem Handelsregister die gesetzliche Kompetenz geben, Nachforschungen anzustellen, um zu überprüfen, ob ein Mantelhandel vorliegt. Dabei ist aber auslegungsbedürftig, was eine «aktuelle» Jahresrechnung sein soll. Üblicherweise wird eine Jahresrechnung einmal im Jahr erstellt. Für die Zwecke des Handelsregisters ist für die meisten Transaktionen eine Bilanz sechs Monate lang gültig. Dabei besteht aber das Problem, dass innerhalb der sechs Monate viel geschehen kann. Das gleiche Problem besteht auch, wenn diese Frist kürzer ist. Denn die Jahresrechnung lässt sich relativ einfach gestalten (oder manipulieren) und im Extremfall werden unmittelbar nach dem Stichtag der Jahresrechnung die Aktiven aus der Bilanz genommen und Schulden aufgenommen. Sofern die Bilanz nicht von einem Abschlussprüfer revidiert wurde, besteht ohnehin ein eher geringer Nutzen für die Behörden. Entsprechend könnte mit der Einführung einer Norm, wie sie der Ständerat vorschlägt, innerhalb von sechs Monaten ab dem Bilanzstichtag jeweils eine Mantelhandel-Saison eröffnet werden.

## F. Vorschlag: Erwerber gibt eine Erklärung zum Mantelhandel ab

Wirkungsvoller als eine Jahresrechnung zu verlangen, wie dies der Ständerat in Art. 684a Abs. 2 bzw. Art. 787a Abs. 2 E-OR vorsieht (vgl. Abschnitt II.E), wäre das Erfordernis, von den Erwerbern einer Gesellschaft eine Erklärung zu verlan-

<sup>51</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative (19.438); Vorprüfung und Abstimmung des Nationalrats vom 3.3.2021.

<sup>52</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5214.

<sup>53</sup> Vgl. Geschäft des Bundesrats 19.043, Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses, Bundesgesetz vom 26.6.2019; Ständerat, erste Sitzung vom 31.5.2021, AB 2021 S 355.

gen, wie dies etwa in Gestalt der «Lex Koller» (bzw. «Lex Friedrich») der Fall ist. Mit einer solchen Erklärung müsste der Erwerber gegenüber der Urkundsperson bzw. dem Handelsregister erklären, dass er die Gesellschaft nicht im Zuge eines Mantelhandels erworben hat, sondern, dass dies ein gewöhnlicher «Share Deal» darstellt. In diesem Formular könnte der Erwerber entweder in standardisierter Art und Weise den Sachverhalt ankreuzen, der am ehesten auf ihn zutrifft. Dabei könnte man sich an den Definitionsmerkmalen für einen Mantelhandel orientieren, um den entsprechenden Sachverhalt zu erfragen.

Das Problem besteht indes darin, dass man den Mantelhandel zwar eindämmen will aber zugleich gewöhnliche legitime «Share Deals» nicht. Legitime Unternehmenskäufe, die darauf abzielen, lediglich die Aktienmehrheit oder alle Aktien einer Gesellschaft zu übernehmen, sollen nicht verunmöglicht werden. Die Abgrenzung zwischen illegitimen Mantelhandel-Geschäften und legitimen «Share Deals» kann in Einzelfällen schwierig sein. Für den Mantelhandel ist typisch, dass die Vertragsparteien eines Mantelhandels eine Art «Geheimnisdelikt» hinter verschlossenen Türen begehen. Keine Partei wird den Anreiz haben, hier ein «Whistleblower» zu sein und entsprechend den Mantelhandel offenzulegen. Der «erfolgreiche» Mantelhandel zeichnet sich durch die Win-Win-Situation für Veräusserer und Erwerber aus. Der Veräusserer muss sich nicht um die Liquidation kümmern und der Erwerber hat auf die Schnelle eine Aktiengesellschaft, die er für seine Zwecke verwenden kann. Ein Mantelhandel ist somit zunächst ein «opferloses» Delikt. Erst später werden sich die entsprechenden Risiken verwirklichen, aber dann ist es für alle Beteiligten zu spät (siehe zu den Rechtsfolgen insbesondere Abschnitt III).

Eine solche «Lex Mantelhandel»-Erklärung könnte als Beweismittel für zivil-, straf- und beurkundungsrechtliche Themen dienen (dazu unten die Abschnitte III, IV und V). Anhand der «Lex Mantelhandel»-Erklärung kann insbesondere zu Handen der Urkundsperson und der Handelsregisterbehörden nachgewiesen werden, wenn ein Erwerber vorsätzlich einen Mantelhandel vornimmt. Mit der Erklärung würde dann auch der Vorsatz erstellt sein und der Notar bzw. die Urkundsperson wäre mit einer fehlerhaften Erklärung getäuscht worden. Alles dies macht es auch dem Handelsregisteramt einfacher, die Eintragung von Aktienmänteln zu verhindern, da der Notar bereits mittels einer solchen «Lex Mantelhandel»-Erklärung einreichen lässt, was das Handelsregisteramt sonst erfragen müsste (ohne das Aktienbuch vor sich zu haben, da das Aktienbuch nach Zuger Beurkundungspraxis in der Regel nur dem Notar vorliegt,<sup>54</sup> wenn er eine Universalversammlung durchführt, da er hier weitergehende Abklärungspflichten hat). Weniger gefährlich sind ordentliche Generalversammlung unter Wahrung der üblichen Einladungsfristen und wenn mehrere Aktionäre teilnehmen. Eine ordentliche Generalversammlung entspricht allerdings gerade nicht dem Paradevall des Mantelhandels, wenn eine Person verkauft und eine Person kauft.

<sup>54</sup> Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248 ff.; LUKAS MÜLLER/JENNIFER ALIG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft; Aufsichtscommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18. Februar 2019, § 10 BeurkG/ZG, AJP, 2020, 948 ff.

Es ist zudem für einen Mantelhandel eher untypisch, dass die notwendigen Beurkundungsgeschäfte mit einer zwanzig Tage zum Voraus angekündigten Generalversammlung durchgeführt werden, wenn zudem mehrere Personen an dieser Veranstaltung teilnehmen. Deshalb sind für die handelsregisterrechtliche Abwicklung von Mantelhandelsgeschäften eher Beschlüsse, die auf dem Weg von Universalversammlungen gefasst werden, gebräuchlich.

Damit eine «Lex Mantelhandel»-Erklärung sinnvoll wirkt, sollten die Handelsregisterämter in gemeinsamer Absprache ein entsprechendes Musterformular entwerfen. Um den Mantelhandel wirksam zu bekämpfen, sollten die Handelsregisterämter entsprechende Formulare zur Verfügung stellen, welche die Urkundspersonen wiederum von den Erwerbern eines Aktienmantels ausfüllen lassen. Bei der «Lex Koller» bzw. «Lex Friedrich»-Erklärung hat sich diese Vorgehensweise ebenfalls bewährt, um allfällige Missbräuche einzudämmen. Mit einer solchen Erklärung zum Mantelhandel möchte keine der beteiligten Parteien eine schriftliche Lüge abgeben, die später womöglich in einem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren als Beweismittel zu seinen Lasten dienen könnte. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die öffentlich zu beurkundenden Beschlüsse, die typischerweise bei einem Mantelhandel vorliegen, im Rahmen einer Wahrnehmungsbeurkundung öffentlich beurkundet werden. Bei der Wahrnehmungsbeurkundung hat die Urkundsperson nicht die Aufgabe die inneren Beweggründe der Urkundsparteien abzuklären. Sofern jedoch die Handelsregisterpraxis die Einreichung eines ausgefüllten «Lex Mantelhandel»-Formulars verlangt, kann die öffentliche Beurkundung im Rahmen einer Wahrnehmungsbeurkundung nur dann erfolgen, sofern auch eine solche Formularerklärung vom Erwerber bzw. der Gesellschaft zu Handen der Urkundsperson und des Handelsregisteramts abgegeben würde.

### III. Zivilrechtliche Aspekte

#### A. Rechtseinheit ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven

Wenn das Handelsregisteramt Kenntnis davon erhält, dass eine Rechtseinheit (z.B. AG oder GmbH) keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat, löst dies gemäss Art. 934 OR Handlungspflichten für die Behörden aus. Art. 934 OR knüpft nicht direkt an den Tatbestand des Mantelhandels an. Das Handelsregisteramt wird aber eine Rechtseinheit, die keine Geschäftstätigkeit oder Aktiven hat, gestützt auf Art. 934 Abs. 1 OR aus dem Handelsregister löschen. Hierfür wird das Handelsregister zunächst die Rechtseinheit auffordern, ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Handelsregistereintrags mitzuteilen. Die Löschung aus dem Register kann durch die Rechtseinheit abgewendet werden, sofern sie gegenüber dem Handelsregisteramt ein Interesse an der Aufrechterhaltung mitteilt.<sup>55</sup> Falls die Aufforderung, ein In-

<sup>55</sup> Art. 934 Abs. 2 OR.

teresse an der Aufrechterhaltung des Handelsregistereintrags mitzuteilen ergebnislos bleibt, wird die Rechtseinheit aus dem Handelsregister gelöscht.<sup>56</sup>

## B. Organisationsmangel der Gesellschaft infolge eines nichtigen Mantelhandels?

Rechtsgeschäfte betreffend einen Aktienmantel sind, wie bereits erwähnt, nichtig. In der Praxis werden solche Aktienkaufverträge dennoch vereinbart und vollzogen. Somit stellt sich die Frage, was für Auswirkungen die Nichtigkeit solcher Übertragungen der Aktienmäntel auf eine Gesellschaft haben kann. Die Übertragung der Aktien gestützt auf ein Indossament ist kausaler Natur.<sup>57</sup> Falls die Aktien mittels Zession übertragen werden, ist es umstritten, ob die Übertragung kausal oder abstrakt wirkt.<sup>58</sup> Somit kann die Wirksamkeit der Übertragung der Aktien von der Gültigkeit des Grundgeschäfts abhängen, sofern die Übertragung kausal wirken soll. Der Aktienkaufvertrag ist aber beim Mantelgesellschafts Kauf ex tunc nichtig und bewirkt keine rechtsgültige Übertragung der Aktien vom Veräusserer auf den Erwerber. Wird nun – gestützt auf den nichtigen Kaufvertrag – das Aktienbuch geändert, so ist es nicht mehr korrekt geführt. Der Aktienbucheintrag ist lediglich deklarativer Natur. Die nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuchs stellt seit 1. Januar 2021 einen Organisationsmangel nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR dar.

Mit dem Vollzug eines Mantelhandels kann bei der Gesellschaft ein Organisationsmangel auftreten, sofern die Beschlüsse der Generalversammlung nicht gültig abgegeben werden können. Die Gültigkeit der Beschlüsse kann in Frage gestellt sein, wenn die im Aktienbuch aufgeführten Aktionäre aufgrund des nichtigen Rechtsgeschäfts betreffend den Mantelhandel nicht mehr den – unter Berücksichtigung der gültigen und nichtigen Rechtsgeschäfte – korrekten Aktionären entsprechen und die materiell berechtigten Aktionäre nicht die Stimmen an der Generalversammlung abgeben können. Die Tatsache, dass ein Mantelhandel stattgefunden hat, lässt sich aufgrund der typischen Indizien im Handelsregister leicht identifizieren. Im Anschluss an den Mantelhandel werden im Normalfall Änderungen in den Statuten und im Handelsregister vorgenommen (Umfirmierung, Zweckänderung, Sitzverlegung, Wechsel im Verwaltungsrat), obwohl die Aktien nicht rechtsgültig übertragen werden. Gemäss Bundesgericht ist der Kauf des Aktienmantels einer tatsächlich aufgelösten, vollständig liquidierten und aufgegeben Gesellschaft widerrechtlich und kann nicht als Grundlage für einen Handelsregistereintrag dienen.<sup>59</sup> Beschlüsse, die im Anschluss an den Mantelhandel durch den Erwerber des Aktienmantels getätigt wurden, sind durch die

<sup>56</sup> Vgl. LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP, 2016, 51 f.

<sup>57</sup> Vgl. BGer, 5A\_454/2015, 5.2.2016 E. 3.3; BGE 114 II 45 E. 4c.

<sup>58</sup> Offen gelassen in BGer, 4A\_191/2013, 5.8.2013, E. 4 und BGE 95 II 109 E. 2b; vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 3514 ff.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 67 I 36; Botschaft SchKG, 5124.

falsche Person in der Generalversammlung oder in der Verwaltungsratssitzung beschlossen worden. Sofern nun ein neuer Verwaltungsrat (oder Geschäftsführer) ein Geschäft beim Handelsregister anmeldet, erfolgt dies nicht durch die richtige Person, da der Beschluss zur Einsetzung dieser Person nichtig ist, wenn sie durch den Erwerber des Aktienmantels gewählt wurde.<sup>60</sup> Falls hiermit Statuten geändert oder Organe neu konstituiert wurden, wird damit die Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft fehlerhaft. Dies hat zur Folge, dass z.B. mit dem Rücktritt der bisherigen Verwaltungsratsmitglieder des Veräusserers und der Eintragung der Verwaltungsratsmitglieder des Erwerbers der Aktiengesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Wenn das Rechtsdomizil der Aktiengesellschaft fehlt oder nicht in der politischen Gemeinde gemäss Statuten vorhanden ist, so liegt ebenfalls ein Organisationsmangel vor.<sup>61</sup> Im Extremfall kann dieser Organisationsmangel die Auflösung der Aktiengesellschaft zur Folge haben.<sup>62</sup> In solchen Fällen, in denen Mängel nachträglich auftreten oder entdeckt werden, nachdem die Aktiengesellschaft ins Handelsregister eingetragen wurde, ist Art. 731b OR anwendbar.<sup>63</sup> Sind dadurch die Interessen von Gläubigern oder Aktionären in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt worden, so kann das Gericht auf Begehren dieser Gläubiger oder Aktionäre die Behebung des Mangels oder die Auflösung der Gesellschaft anordnen.<sup>64</sup> Das Handelsregister ist gestützt auf Art. 939 OR verpflichtet, die Gesellschaft aufzufordern, Mängel in der Organisation zu beheben; falls dies nicht gelingt, muss das Handelsregister den Fall dem zuständigen Gericht überweisen.

### C. Folgen für den Veräusserer

Beim Mantelhandel versucht der Veräusserer in der Regel zunächst, die Gesellschaft auszuhöhlen und sich dann vollständig von der Mantelgesellschaft zu trennen, indem er nicht nur alle seine Aktien verkauft, sondern auch seine Funktion als Verwaltungsrat aufgibt. Würde er die Gesellschaft nicht aushöhlen, so müsste er effektiv einen Verkaufspreis verlangen, der höher ist als das Gründungskapital der entsprechenden Kapitalgesellschaft (AG oder GmbH). Dabei wird in der Praxis von Laien übersehen, dass ein Verwaltungsrat für Schäden, die er während seiner Amtszeit durch Verletzung seiner aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Mantelgesellschaft zufügt, auch nach seiner Absetzung als Verwaltungsrat zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>65</sup>

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare Aufgabe, das Vermögen der Gesellschaft so weit wie möglich zu wahren, die Zahlungsflüsse und die Liquidität

<sup>60</sup> So ausdrücklich für das deutsche Recht im Kontext einer «Firmenbestattung»: AG Memmingen, Beschluss vom 2.12.2003 – HRB 8361 (Sittenwidrigkeit einer Firmenbestattung), Mitt-BayNot 2004, 292 ff. bezüglich der Firmenbestattung einer deutschen GmbH.

<sup>61</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR.

<sup>62</sup> Art. 731b OR; vgl. Vischer (FN 8), 567.

<sup>63</sup> Vgl. MÜLLER/MÜLLER (FN 56), 43.

<sup>64</sup> Art. 643 Abs. 3 OR; Art. 731b OR.

<sup>65</sup> Vgl. HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 6; Art. 754 OR.

zu überwachen. Dazu gehört auch, auf eine ausgewogene Anlagestrategie zu achten und Klumpenrisiken zu vermeiden.<sup>66</sup> Dem Verwaltungsrat kommen Überwachungs- und Handlungspflichten zu, die beispielsweise bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung oder drohender Zahlungsunfähigkeit besondere Pflichten<sup>67</sup> vorsehen.<sup>68</sup> Eine solche begründete Besorgnis liegt vor, wenn das Unternehmen Schwierigkeiten bei der fristgerechten Bezahlung der Forderungen im Zusammenhang mit dem normalen Geschäftsgang bekundet.<sup>69</sup> Das heisst, wenn Betreibungen wegen nicht bestrittener Forderungen gegen das Unternehmen bestehen, oder wenn Forderungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger wie der Steuerbehörden oder Sozialversicherungsanstalten offen bleiben.<sup>70</sup> Die Überwachung der Zahlungsfähigkeit ist eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats.<sup>71</sup> Der Verwaltungsrat hat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen, wenn die Gesellschaft droht zahlungsunfähig zu werden. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen und reicht nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung ein.<sup>72</sup>

Wie Anfangs in diesem Abschnitt erwähnt, verfügen Mantelgesellschaften über wenig bis gar keine liquide Mittel und könnten gemäss revidiertem Aktienrecht, die Tatbestände der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung erfüllen. Das ist denkbar, wenn das Aktienkapital (auf der Passivseite der Bilanz) nicht mehr durch genügend Zahlungsmittel oder Aktiven gedeckt ist. Im Weiteren könnte die Gesellschaft aufgrund mangelnder Aktiven oder liquider Mittel sogar zahlungsunfähig sein. Wenn einer dieser Tatbestände eintritt, sind die Organe der Gesellschaft zum Handeln verpflichtet, da sie sich sonst einer Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR ausgesetzt sehen könnten.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> Siehe Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR und Art. 820 OR für die GmbH; vgl. MICHAEL BUCHSER/MICHAEL MÜLLER, Die Haftung einer Muttergesellschaft und ihrer Organe für Geschehnisse im Hause der Konzerntochter, in: Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 62.

<sup>67</sup> Die Überwachung der Zahlungsfähigkeit nach Artikel 725 OR stellt eine laufende Aufgabe des VR dar: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. November 2016, 574; LUKAS MÜLLER/NAGIHAN MUSLIU, Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats, in Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 501 ff.

<sup>68</sup> Art. 725 Abs. 2 OR bzw. Art. 725 ff. revOR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 revOR; LUKAS GLANZMANN/BENEDIKT L. RUTSCHEIDT, Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen, EF 6/2021, 310 ff.

<sup>69</sup> Vgl. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», in: Ackermann/Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht, Zürich 2011, 72.

<sup>70</sup> Vgl. DAMIAN F. GRAF, Konkursreiterei: Phänomen – rechtliche Einordnung – Bekämpfung, BLSchK 2019, 2.

<sup>71</sup> Art. 725 Abs. 1 revOR. Vgl. dazu auch MÜLLER/MUSLIU (FN 67), 501 ff.

<sup>72</sup> Art. 725 revOR.

<sup>73</sup> Art. 725 Abs. 2 revOR.

Neben der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die der Veräusserer des Aktienmantels als Verwaltungsrat zu beachten hat, können ihm – auch aufgrund seiner Stellung als Aktionär – weitere Pflichten entstehen. Aufgrund der Feststellung, dass der Aktienkaufvertrag beim Mantelhandel aufgrund seiner Nichtigkeit keine Wirkungen entfaltet, bleibt der Veräusserer weiterhin rechtmässiger Aktionär.<sup>74</sup> Dem Aktionär können neben der Liberierungspflicht grundsätzlich keine weiteren Pflichten auferlegt werden. Der Aktionär könnte aber mit Klagen konfrontiert werden, wenn er Rechtsnormen verletzt. Hier ist im Zusammenhang mit dem Aktienmantel etwa an die Rückerstattung von ungerechtfertigten Leistungen nach Art. 678 OR zu denken. Nach dieser Gesetzesnorm kann gegen die Empfänger eines zu Unrecht erhaltenen Gewinnanteils oder einer verdeckten Gewinnausschüttung eine Rückforderungsklage erhoben werden. Der Veräusserer einer Mantelgesellschaft kann als solcher qualifiziert werden, wenn er die Aktiven der Mantelgesellschaft vor der Veräusserung rechtswidrig schmälert. Zu den rückerstattungspflichtigen Gewinnanteilen gehören auch Liquidationsanteile, die üblicherweise im Rahmen der Liquidation veräussert werden.<sup>75</sup> Im Übrigen ist hierbei auch daran zu denken, dass es sich hier um eine Transaktion mit nahestehenden Personen handeln könnte, für die allenfalls besondere Vorgaben in der Beschlussfassung und Offenlegung bestehen.<sup>76</sup> Schliesslich ist aber auch daran zu denken, dass das Rechtsgeschäft betreffend den Aktienmantel nichtig ist. Entsprechend muss der Veräusserer mit dem Risiko leben, dass der Erwerber jederzeit versuchen könnte, den Mantelhandel rückabzuwickeln. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der Mantelhandel für den Erwerber als wirtschaftlich nachteilig erweisen könnte. Dieses Prozessrisiko bezüglich der Rückabwicklung sollte der Veräusserer vermeiden.

#### D. Folgen für den Erwerber

Es gibt zurzeit keine gesetzliche Grundlage für die Nichtigkeit des Mantelhandels. Obwohl das Bundesgericht seit Jahrzehnten den Mantelhandel als nichtiges Rechtsgeschäft bezeichnet, scheint es nach wie vor ein lukratives Geschäftsmodell zu sein, das nach vorwiegend von Treuhändern bewirtschaftet wird. Die Hauptmotive für einen Erwerber einer Mantelgesellschaft sind das Entfallen der Gründungskosten und die Begrenzung der Haftungsrisiken, die aus der eigenen Geschäftstätigkeit entstehen können.<sup>77</sup> Zusätzlich zu den anzufallenden Gründungskosten «erspart» sich der Erwerber die Liberierung des Aktienkapitals von

<sup>74</sup> Vgl. STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 53.

<sup>75</sup> Vgl. BSK OR II-HANS-UELI VOGT, Art. 678 N 10, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

<sup>76</sup> Vgl. dazu LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY, Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 45 ff.

<sup>77</sup> Vgl. DURI F. PRADER, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im Schweizerischen Aktienrecht, 1995, 16 f.

CHF 50 000 bei der AG bzw. die Liberierung des Stammkapitals von CHF 20 000 bei der GmbH.<sup>78</sup> Das Gesetz sieht keine ausdrückliche Rekapitalisierung des Aktienkapitals oder des Stammkapitals auf das Mindestkapital der jeweiligen Gesellschaftsformen zum Zeitpunkt der Übernahme einer Mantelgesellschaft vor, was im Einklang mit dem festgehaltenen Fundamentalprinzip des klassischen Aktienrechts steht, nämlich dass der Aktionär bzw. der Erwerber einer Mantelgesellschaft neben der Liberierungspflicht keine anderen Pflichten hat.<sup>79</sup> Wird eine Mantelgesellschaft übernommen, muss das Kapital der Gesellschaft jedoch schrittweise eingebracht werden, damit die Gesellschaft nicht in das Stadium der Überschuldung gerät, sofern nicht bereits eine solche vorliegt. Wenn ein Erwerber einer Mantelgesellschaft hinsichtlich der Rentabilität seines Unternehmens optimistisch ist und prognostiziert, dass es über eine ausreichende Kapitalausstattung verfügen wird, können in der Praxis jedoch weitere Probleme auftreten, die auch bei einer sorgfältigen Due Diligence nicht vollständig ermittelt werden können. Wie das Phänomen der «Firmenbestattung» zeigt (vgl. vorne Abschnitt II.C), werden bei Mantelgesellschaften in extremen Fällen sogar absichtlich Schulden im Namen der Gesellschaft aufgenommen oder auf Rechnung der überschuldeten Gesellschaft Waren für den Privatgebrauch bestellt, ohne diese vor der Veräusserung der Mantelgesellschaft beglichen zu haben. In der Regel haben die Organe solcher Mantelgesellschaften irreversibel gegen zwingende gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstossen, was zu unerfreulichen «Altlasten» führen kann.<sup>80</sup> Mit dem Erwerb der Mantelgesellschaft und der anschliessenden Sitzverletzung, der Änderung des Zwecks sowie der Firma, verschwinden die vorbestehenden Verbindlichkeiten, die die Gesellschaft gegenüber Dritten hat, nicht. Stattdessen übernimmt der Erwerber bzw. der neue Inhaber der Mantelgesellschaft mit der Mantelgesellschaft auch alle ihre latent schlummernden Verbindlichkeiten. Diese Verbindlichkeiten müssen berücksichtigt und bilanziert werden. Dies ist jedoch nur dann von Anfang an möglich, wenn der frühere Inhaber gegenüber dem Erwerber der Mantelgesellschaft alle Geschäftsbücher offenlegt. Im Falle nachträglich auftauchender Verbindlichkeiten, die dem Erwerber zum Zeitpunkt des Mantelkaufs nicht bekannt waren, ist es für den Erwerber meistens zu spät. Nebst dem wirtschaftlichen Risiko der «Altlasten», das seine Aktien wertlos machen kann, wird er – sofern er die Geschäfte der Mantelgesellschaft leitet – seine aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als Verwaltungsrat oder Geschäftsführer der Mantelgesellschaft potenziell verletzen.<sup>81</sup>

Obschon eine Mantelgesellschaft eine von ihren Aktionären unabhängige Rechtspersönlichkeit hat, wird von diesem Grundsatz abgewichen, wenn er zum Ergebnis führt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt wird. In diesem Fall kann die juristische Hülle mit dem «Durchgriff» auf ein anderes Rechtssubjekt zugegriffen werden.<sup>82</sup> Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn sie zur

<sup>78</sup> Art. 632 Abs. 2 OR und Art. 773 OR.

<sup>79</sup> Art. 680 OR; vgl. BSK OR II-HANS-UELI VOGT, Art. 680 N 1 f.

<sup>80</sup> Vgl. VISCHER (FN 8), 572.

<sup>81</sup> Vgl. vorne Abschnitt III.C.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 108 II 214 E. 6 mit Hinweisen; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 1 N 111.

Gesetzesumgehung missbraucht wird, das heisst, wenn die vertraglich verpflichtete Person eine andere ihr nahestehende Person vorschiebt, damit der rechtsgeschäftlich verpönte Erfolg erzielt wird.<sup>83</sup> Gerade in der Corona-Krise zeigte sich, dass die Covid-19-Kreditantragsteller angesichts des enormen Volumens der Hilfsprogramme in Versuchung geraten, Mantelgesellschaften zu nutzen, um leicht an Covid-19-Kredite zu kommen.<sup>84</sup> Der Durchgriff könnte insbesondere in Frage kommen, wenn ein «Firmenbestatter» eine Mantelgesellschaft führt, Kredite aufnimmt, Waren bestellt und die Aktiven der Mantelgesellschaft beiseite schafft und über diese Transaktionen nicht Buch führt. Wer solche Transaktionen im Namen der Mantelgesellschaft vornimmt, obschon er privat der begünstigte des Geschäfts ist, kann sich nicht vor persönlicher Haftbarkeit mittels missbräuchlichen Vorschiebens der juristischen Hülle der Kapitalgesellschaft schützen.

Neu sollen auf Gesetzesstufe durch die Kodifizierung des Mantelhandels die entsprechenden Mantelhandelsverträge nichtig sein.<sup>85</sup> Dies gilt insbesondere für Aktienkaufverträge, welches zur Folge hat, dass zukünftig gestützt auf Art. 684a E-OR (bzw. Art. 787a E-OR für Stammanteilskaufverträge) Rechtsgeschäfte betreffend Mantelhandel nichtig sind. Dabei umfasst die Nichtigkeit sämtliche Übertragungsformen von Aktien, wie zum Beispiel durch ein obligatorisches Grundgeschäft (z.B. Kaufvertrag) oder mittels Zession.<sup>86</sup> Die Nichtigkeit wirkt ex tunc und ist daher absolut und unheilbar.<sup>87</sup> Ein nichtiger Vertrag entfaltet keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen. Folglich kann der Erwerber einer Mantelgesellschaft keine Ansprüche auf vertraglicher Rechtsgrundlage einklagen.<sup>88</sup> Die Nichtigkeit tritt nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung im traditionellen Sinne nicht automatisch ein, sondern nur dann, wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt, was im Fall der vorgeschlagenen Bestimmung zum Mantelhandel gegeben ist.<sup>89</sup>

Wie im Abschnitt zum Organisationsmangel dargestellt (vgl. vorne Abschnitt III.C), kann der Erwerber eines Aktienmantels nicht Aktionär werden. Seine Funktion als Verwaltungsrat der Mantelgesellschaft kann er nur durch einen gültigen Beschluss der Generalversammlung erhalten. Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen stets der Stimmenmehrheit und können nur dann

<sup>83</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 6), § 1 N 110 ff. und § 7 N 22 ff.; BGE 113 II 31 E. 2c.; BGE 132 III 489 E. 3.2.

<sup>84</sup> Vgl. FABIAN BAUMGARTNER/FLORIAN SCHOOP, Die Jäger der Kreditbetrüger, Zürcher Strafermittler untersuchen 50 Fälle von mutmasslich ertrogenen Covid-19-Darlehen, Neue Zürcher Zeitung, 17.07.2020, 13; siehe dazu auch BENJAMIN MÄRKLI/MORITZ GUT, Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, AJP, 2020, 722 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5214.

<sup>86</sup> Art. 164 ff. OR.

<sup>87</sup> Vgl. BGE 97 II 115 E. 4.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 134 III 438 E. 2.3.

<sup>89</sup> Vgl. BGE 102 II 404, E. 2; BSK OR I-BARBARA MEISE/CLAIRE HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 54, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser).

gültig gefasst werden, wenn eine Mindestanzahl Stimm- und Wahlberechtigter anwesend oder vertreten sind.<sup>90</sup> Dies bedeutet im Ergebnis, dass nur der Veräusserer als rechtlicher Inhaber der Aktien oder ein anderer rechtmässiger Aktionär des Aktienmantels den Erwerber rechtswirksam in den Verwaltungsrat wählen kann. Während die Wahl des Erwerbers der Mantelgesellschaft in den Verwaltungsrat durch den Veräusserer unproblematisch ist, werden alle Beschlüsse, die der Erwerber als Aktionär nach dem Mantelhandel fasst, nichtig.<sup>91</sup> Mit anderen Worten: Der Erwerber kann sich nicht selbst zum Verwaltungsrat wählen, ohne dass der Veräusserer des Aktienmantels an der Generalversammlung teilnimmt und den Erwerber in den Verwaltungsrat wählt. In der Praxis wird – unabhängig, ob der Erwerber gesetzeskonform in den Verwaltungsrat gewählt wurde – der Erwerber der Mantelgesellschaft dennoch als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen, weil der Handelsregisterführer darauf vertraut, dass die Formulierung im Protokoll zutrifft, wonach die Aktionäre gültig vertreten und die Gesellschaft beschlussfähig ist.<sup>92</sup> Der erwirkte Handelsregistereintrag gibt in der Regel nur Auskunft über die Funktion einer Person und die Art der Vollmacht, nicht jedoch über gesellschaftsinterne Beschränkungen oder Befugnisse. Dies führt dazu, dass die Gesellschaft auch bei Verstössen gegen die Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten gegenüber gutgläubigen Dritten gebunden ist.<sup>93</sup> Kommt dem Erwerber die Funktion eines formellen Verwaltungsrats zu, unterliegt er der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Gemäss Art. 754 OR haftet er für den Schaden, den er durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung seiner Pflichten verursacht. Darüber hinaus erstreckt sich die aktienrechtliche Verantwortlichkeit auch auf diejenigen Personen, die faktisch eine Organstellung wahrnehmen.<sup>94</sup> Die Stellung als faktisches Organ kommt Personen zu, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.<sup>95</sup> Dies trifft auf den Erwerber des Aktienmantels zu, wenn er – wie üblicherweise im Fall des Mantelhandels anzutreffen ist – nicht rechtmässig als Verwaltungsrat gewählt wurde, aber in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt.<sup>96</sup> Zusätzlich zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die der Erwerber des Aktienmantels als formelle oder faktische Organschaft hat, muss er mit den im Kapitel zum Organisationsmangel (vgl. vorne Abschnitt III.C) genannten Folgen rechnen. Letztlich besteht aber auch das grundsätzliche Problem im Zusammenhang Nichtigkeit des Mantelhandels. Falls der Erwerber die Gesell-

<sup>90</sup> Art. 706b Ziff. 1 OR.

<sup>91</sup> Art. 706b OR.

<sup>92</sup> Siehe dazu. Kap. V.B. Der Handelsregisterführer wird jedoch nicht überprüfen, ob die im Aktienbuch aufgeführten Aktionäre die rechtmässigen Eigentümer der Aktien sind.

<sup>93</sup> Vgl. CHRISTOPH B. BÜHLER/NICOLAS SPICHTIN, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR, 2015, 154.

<sup>94</sup> Vgl. PETER V. KUNZ, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, Jusletter, 29.5.2015, Rz. 79.

<sup>95</sup> Vgl. BÜHLER/SPICHTIN (FN 93), 156.

<sup>96</sup> Vgl. BGER, 4A\_147/2014, 19.11.2014, E. 6.2.

schaft übernimmt und diese erheblich an Wert zunimmt, dann könnte der Veräusserer seinen Verkauf überdenken und geltend machen, dass der Mantelhandel nichtig ist. Auch wenn die Rückabwicklung schwierig ist, müsste zuerst ein Streit darüber ausgefochten werden. Dieser Unsicherheitsfaktor über den Erwerb der Beteiligungstitel ist für einen Erwerber störend.

## IV. Strafrechtliche Aspekte

### A. Im Allgemeinen

Kaufverträge betreffend Aktienmäntel können sowohl für Unternehmer als auch für Firmenbestatter oder alle mit dem Mantelhandel betrauten Personen strafrechtliche Risiken mit sich bringen. Im Zusammenhang mit einem Mantelhandel können Straftatbestände wie z.B. der Betrug,<sup>97</sup> die ungetreue Geschäftsführung,<sup>98</sup> Misswirtschaft bei Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen,<sup>99</sup> strafbare Handlungen gegen das Vermögen, insbesondere wegen unwahren Angaben gegenüber Handelsbehörden,<sup>100</sup> Urkundenfälschung,<sup>101</sup> Erschleichung einer falschen Beurkundung,<sup>102</sup> Urkundenfälschung im Amt<sup>103</sup> und die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten zur Führung von Verzeichnissen<sup>104</sup> erfüllt sein.

Je nach Delikt droht eine Geldstrafe oder sogar eine Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren.<sup>105</sup> Eine Person wird beispielsweise mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bestraft, wenn sie eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder ihr eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt.<sup>106</sup> Strafbar sind insbesondere Scheinliberierungen, gefälschte Annahmestätigungen oder Protokolle.<sup>107</sup>

Eine Person macht sich wegen Betrugs nach Art. 146 StGB strafbar, wenn sie jemanden arglistig täuscht, beim Getäuschten einen Irrtum veranlasst, die getäuschte Person gestützt auf diesen Irrtum eine Vermögensdisposition tätigt, die ihr selbst oder einem Dritten einen Vermögensschaden verursacht und den Täter selbst oder eine andere Person dadurch bereichert. Beim Mantelhandel hat der Bundesrat insbesondere die Firmenbestattung im Blick. Firmenbestatter kaufen Waren mit der Absicht, diese nie zu bezahlen, schaffen die Waren beiseite und lassen dann die Mantelgesellschaft Konkurs gehen.<sup>108</sup>

<sup>97</sup> Art. 146 StGB.

<sup>98</sup> Art. 158 StGB.

<sup>99</sup> Art. 165 StGB.

<sup>100</sup> Art. 153 StGB.

<sup>101</sup> Art. 251 StGB.

<sup>102</sup> Art. 253 StGB.

<sup>103</sup> Art. 316 StGB.

<sup>104</sup> Art. 327a StGB.

<sup>105</sup> Art. 146 Abs. 2 StGB.

<sup>106</sup> Art. 153 StGB.

<sup>107</sup> Vgl. JÖRG (FN 11), 35.

<sup>108</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt II.C; siehe auch LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J.A. KAISER/DIEGO BENZ, Sacheinlagegründung im revidierten Aktienrecht, EF, 6/2021, 281 ff.

Bei Konkurs- und Betreibungsstraftatbeständen (z.B. der Misswirtschaft) muss im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung der Konkurs eröffnet oder ein Pfändungsverlustschein ausgestellt werden, damit der Schuldner mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann.<sup>109</sup> In der Praxis konnte diese objektive Strafbarkeitsbedingung bis Ende 2020 umgangen werden, indem der wirtschaftlich Berechtigte seine Gesellschaft aufgrund eines – womöglich selbst verursachten – Organisationsmangels von den Behörden liquidieren lässt, bevor der Konkurs gestützt auf einen Konkursgrund nach SchKG eintritt. Seit dem 1. Januar 2021 sind die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren verpflichtet, das Gericht zu benachrichtigen, sobald sie eine Überschuldung feststellen. Das Gericht hat den Konkurs zu eröffnen; vgl. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 4 OR.<sup>110</sup> Auf diese Art und Weise kann eine illiquide oder überschuldete Gesellschaft beseitigt werden, ohne dass die objektive Strafbarkeitsbedingungen der Misswirtschaft erfüllt sind. Hier stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht die Auflösung aufgrund eines Organisationsmangels ebenfalls möglichen Falles der objektiven Strafbarkeitsbedingung definieren möchte, um das vorerwähnte Schlupfloch (die selbst durch einen Organisationsmangel veranlasste Liquidation einer Gesellschaft) zu schliessen.

## B. Tätigkeitsverbot nach StGB

Um gezielt gegen den Missbrauch von Konkursverfahren und der organisierten Firmenbestattung vorzugehen, wurden vom Bundesrat die Ergänzung des StGB um geeignete strafrechtliche Massnahmen geprüft. Mit dem Entwurf zum Bundesgesetz über den missbräuchlichen Konkurs soll insbesondere das Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB ergänzt werden. Das Tätigkeitsverbot gemäss dem StGB umfasst die Tätigkeiten, die eine Person als Organ einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, als Beauftragter oder als Vertreter einer anderen Person ausübt oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person ausüben lässt. Im Zusammenhang mit dem missbräuchlichen Konkurs kommt das strafrechtliche Tätigkeitsverbot nur mit einem Verbrechen oder Vergehen in Anwendung. Konkurse, welche keinen strafrechtlichen Hintergrund haben, fallen nicht darunter.<sup>111</sup> Die Regelung des Tätigkeitsverbots ist auf Situationen ausgerichtet, in denen die Person die Tätigkeit selbstständig, ohne Weisungen und Kontrollen einer Aufsichtsperson, ausübt. Für Personen, die ihre Tätigkeit auch zur Begehung von Straftaten missbrauchen und die ihre Tätigkeit auf Weisung und unter Kontrolle eines Vorgesetzten oder einer Aufsichtsperson ausüben, ist die Tätigkeit bei Gefahr ganz zu untersagen.<sup>112</sup> Von dieser Regelung nicht erfasst sind

<sup>109</sup> Art. 165 Abs. 1 StGB.

<sup>110</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>111</sup> Art. 67a Abs. 2 StGB; vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5213.

<sup>112</sup> Art. 67a Abs. 3 StGB.

Personen, die ihre Tätigkeit zwar selbstständig ausüben, aber nicht die Funktion des Organs einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft haben.<sup>113</sup>

Mit der Gesetzesvorlage zur Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses soll das Tätigkeitsverbot nach Art. 67a Abs. 2 StGB geändert werden. Neu soll das Verbot auch für jede Tätigkeit gelten, die in einer Funktion ausgeübt wird, die im Handelsregister einzutragen ist.<sup>114</sup> Das angepasste Tätigkeitsverbot soll daher auch für faktische Organe gelten, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. Wer rechtskräftig mit einem Konkursdelikt verurteilt wurde, kann sich mit dem allfälligen Inkrafttreten des Tätigkeitsverbots nicht mehr als Direktor, Geschäftsführer, Leiter einer Zweigniederlassung oder als Personen mit Unterschriftenberechtigung oder Prokura im Handelsregister eintragen lassen.<sup>115</sup>

### C. Probleme und Lösungsansätze in der Praxis zum Tätigkeitsverbot

Das Tätigkeitsverbot stellt zwar ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung gegen den Missbrauch von Konkursverfahren und der organisierten Firmenbestattung dar, ist aber bisher in der Praxis schlecht umsetzbar. Zumal das Tätigkeitsverbot von den Strafvollzugsbehörden kaum überwacht und durchgesetzt wird, andererseits die Instrumente fehlen, um ein allfälliges Tätigkeitsverbot ausfindig zu machen.

Das Problem besteht derzeit darin, dass es 26 verschiedene kantonale Handelsregistersysteme gibt, die nicht alle perfekt aufeinander abgestimmt sind. Eine Quersuche über die verschiedenen Datenbanken ist noch nicht ausführbar. So ist zum Beispiel eine Personensuche nur in den Handelsregistern der jeweiligen Kantone möglich, die ihr Handelsregister auf dem neuesten technischen Stand haben. Selbst wenn bei jedem Handelsregister eine separate Suchabfrage durchgeführt wird, besteht die Gefahr, dass eine Person nicht eindeutig identifiziert werden kann oder diese mit einer anderen Person verwechselt wird, da es weder einheitliche Vorgaben noch eine einheitliche Praxis der Behörden zur Erfassung von Personen gibt. Dies führt zu administrativem Leerlauf und unnötigem Koordinationsaufwand.<sup>116</sup>

Seit dem 1. Januar 2021 sind die neuen Vorschriften über das Handelsregisterrecht in Kraft getreten, die unter anderem die Einführung einer zentralen Datenbank beinhalten und die Personensuche über das zentrale Firmenindex (Zefix) ermöglichen. Durch die Nutzung der AHV-Versichertennummer sollen natürliche Personen einheitlich in den Handelsregistern erfasst und schweizweit identifiziert werden, wobei diese aber nicht in den Suchresultaten erscheinen oder als Suchkriterien genutzt werden.<sup>117</sup> Mit der Gesetzesreform zur Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses sollen die öffentlich einsehbaren Personendaten mit den Daten der Rechtseinheiten verknüpft werden und es soll ersichtlich werden,

<sup>113</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5202.

<sup>114</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5203.

<sup>115</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5217 und 5202.

<sup>116</sup> Vgl. Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBl 2015, 3624 (zit. Botschaft Handelsregisterrecht).

<sup>117</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3626; Botschaft SchKG Mantelhandel, 5204.

bei welcher Rechtseinheit und in welcher Funktion die gesuchte Person im Handelsregister eingetragen ist oder war, über die ein Konkursverfahren eröffnet wurde.<sup>118</sup>

Bisher konnten Handelsregisterämter das Tätigkeitsverbot nur dann durchsetzen, wenn die vom Tätigkeitsverbot betroffene Person eine Funktion in einer eingetragenen Unternehmung und dem zuständigen Handelsregisteramt das Urteil mitgeteilt worden war. Wegen der fehlenden Möglichkeit einer zuverlässigen Personensuche im Handelsregister ist dies in der Praxis nur schwer umsetzbar.<sup>119</sup>

Um dieses Problem entgegenzuwirken, ist die Zusammenarbeit zwischen den Behörden seit dem 1. Januar 2021 gesetzlich vorgeschrieben. Gerichte und Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone haben den Handelsregisterämtern Tatsachen mitzuteilen, die eine Pflicht zur Eintragung, Änderung oder Löschung im Handelsregister begründen.<sup>120</sup> Damit soll die Schnittstelle zwischen der zentralen Datenbank und dem Strafrechts-Informationssystem «VOSTRA» gesorgt werden, die es den Handelsregisterämtern ermöglichen soll, Tätigkeitsverbote zu erkennen und umzusetzen.<sup>121</sup>

Die Personensuche, welche auf den ersten Blick datenschutzrechtliche Fragen aufwirft, ist nichts anderes als das Abrufen von Informationen, welche ohnehin bereits bei gewissen kantonalen Handelsregisterämtern möglich ist. Eine Suche mittels oder nach der AHV-Versichertennummer einer Person wird aber weiterhin nicht möglich sein. Auch soll auf den Handelsregisterauszügen nicht ersichtlich sein, ob eine Person mit einem Berufsverbot belegt ist.<sup>122</sup> Vielmehr stellt die künftige Personensuche über Zefix eine Vereinigung der Datenbanken aller kantonalen Handelsregisterämter dar.

Für den Geschäftsverkehr bietet die Personensuche die Möglichkeit, Informationen über den wirtschaftlichen Hintergrund und die Verwicklung in Konkursverfahren von potenziellen Vertragspartnern zu finden. Die künftige Personensuche soll sowohl die Informationsasymmetrie zwischen den an einer Geschäftsbeziehung interessierten Personen reduzieren als auch den Anreiz für Personen verringern, bewusst und wiederholt ein Konkursverfahren herbeizuführen. Aus Sicht der Behörde kann die Personensuche zur effizienten Erledigung ihrer Aufgaben dienen. Einerseits kann die Personensuche für die Strafverfolgung ein nützliches Werkzeug sein, um kriminelle Firmenbestatter im Zusammenhang mit dem Mantelhandel aufzudecken. Andererseits dient die Personensuche auch dem Gericht dazu, sich ein Gesamtbild über die wirtschaftliche Tätig-

---

<sup>118</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5203 f.; Medienmitteilung, Der Bundesrat, 6.3.2020: Gemäss der Medienmitteilung wird derzeit eine zentrale Datenbank geschaffen, damit die eingetragenen Personen künftig gesamtschweizerisch identifiziert werden können.

<sup>119</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5213.

<sup>120</sup> Art. 928a OR.

<sup>121</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5215 f.

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5220.

keit der Person zu verschaffen und ein konkretes Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB oder in besonderen Fällen nach Art. 33 f. FINMAG anzuordnen.<sup>123</sup>

## V. Beurkundungsrechtliche Aspekte

### A. Zivilrecht

Das Bundesrecht bestimmt die Rechtsgeschäfte, die zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen.<sup>124</sup> Die Kantone wiederum bestimmen die Art und Weise, wie die öffentliche Beurkundung in ihrem Gebiet zustande kommt, wobei gewisse bundesrechtliche Mindest- und Maximalanforderungen einzuhalten sind, damit eine öffentliche Urkunde im Sinne des Bundesrechts gegeben ist.<sup>125</sup>

Für den Vollzug eines Mantelhandels sind beurkundungsrechtliche Dokumente zu erstellen. Der Erwerber der Mantelgesellschaft wird in der Regel als Organ der konkursiten Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, der Sitz der Gesellschaft wird u.U. verlegt und es werden deren Zweck und Firma geändert.<sup>126</sup> Jeder Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates über eine Änderung der Statuten muss öffentlich beurkundet und in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>127</sup> Die Sitzverlegung, Zweckänderung und Firmenänderung gehören zu den Beschlüssen, die eine Änderung der Gesellschaftsstatuten nach sich ziehen und damit gestützt auf Art. 647 OR öffentlich beurkundet werden müssen.<sup>128</sup> Die Änderung der Gesellschaftsstatuten muss daher zu ihrer Wirksamkeit von einer Urkundsperson öffentlich beurkundet werden.

Im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung ist die Urkundsperson verpflichtet, den Geschäftswillen der Parteien oder die Wahrnehmungen der öffentlichen Urkundsperson über den Verlauf einer Versammlung in der öffentlichen Urkunde wahrheitsgetreu und unverfälscht wiederzugeben. Dabei darf die Urkundsperson im Falle einer Willensbeurkundung nur die Erklärungen der Urkundsparteien beurkunden, die sie ihr gegenüber abgegeben haben und die sie als ihren wahren Willen ermittelt hat.<sup>129</sup> Im Rahmen einer Wahrnehmungsbeurkundung muss die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen «unmittelbar» wahrneh-

<sup>123</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5204; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote im Straf- und Finanzmarktrecht, GesKR, 2019, 372 ff.; LUKAS MÜLLER/JULIA HAAS/NATALIE V. STAUBER, FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, GesKR, 2019, 388 ff.

<sup>124</sup> Vgl. BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, Art. 55 SchlT N 1, in: THOMAS GEISER/STEPHAN WOLF (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser); PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÜRIG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2020, N 525 ff.; LUKAS MÜLLER/LARA PAFUMI, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, REPRAX, 1/2020, 48 ff.

<sup>125</sup> Art. 55 SchlT ZGB; BGE 84 II 636 E. 1; BGE 90 II 274 E. 5, BGE 99 II 159 E. 2a; BGE 106 II 146 E. 1; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 37 ff.

<sup>126</sup> Vgl. vorne Abschnitt II.

<sup>127</sup> Art. 647 OR.

<sup>128</sup> Art. 626 f. OR i.V.m. Art. 647 OR; vgl. BSK OR II-FRANZ SCHENKER, Art. 647 N 9.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 78 IV 105, 112.

men.<sup>130</sup> Neben der Urkundsperson unterliegen auch die Urkundsparteien der Wahrheitspflicht. Die Verletzung dieser Pflicht kann sowohl für die Urkundsperson als auch für die Urkundsparteien strafrechtliche Konsequenzen haben.<sup>131</sup>

Die Urkundsperson hat für die Beurkundung den massgeblichen Sachverhalt mit aller gebotenen Sorgfalt zu ermitteln. Zu diesem Zweck hat sie zur Feststellung des Sachverhalts und der Rechtslage bestimmte Auskünfte einzuholen, um sich von der sachlichen und rechtlichen Richtigkeit dieser Auskünfte zu überzeugen.<sup>132</sup> Besteht der Verdacht, dass die Urkundsparteien für die Beurkundung relevante Informationen zurückhalten oder nicht die Wahrheit sagen, ist auf Art. 253 StGB bzw. den Tatbestand des Erschleichens einer falschen Beurkundung hinzuweisen. Die Urkundsperson hat die Beurkundung abzulehnen, wenn der Inhalt der Beurkundung offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist oder wenn die Parteien ihrer Mitwirkungspflicht zur Ermittlung des Willens und des Sachverhaltes nicht nachkommen.<sup>133</sup> Die Urkundsperson hat die Urkundsparteien im Rahmen der Willensbeurkundung nach bestem Wissen über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung der Urkunde zu belehren und sie auf Mängel, tatsächliche Unrichtigkeiten und Widersprüche mit gesetzlichen Bestimmungen hinzuweisen.<sup>134</sup> Bei den öffentlichen Urkunden, die im gesellschaftsrechtlichen Kontext errichtet werden, handelt es sich allerdings – mit Ausnahme der Gründung – um Wahrnehmungsbeurkundungen. Bei Beschlüssen, die eine Statutenänderung nach sich ziehen, ist somit eine Wahrnehmungsbeurkundung gegeben. Liegen Anzeichen eines Mantelhandels vor, ist die Urkundsperson verpflichtet, den Vorsitz der Generalversammlung auf die Mängel in der Generalversammlung aufmerksam zu machen und darf grundsätzlich keine öffentliche Beurkundung vornehmen, solange nicht – unter Berücksichtigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts betreffend die Übertragung der Aktien – das korrekte Aktionariat an der Generalversammlung anwesend ist. Im Weiteren hat die Urkundsperson bei der Erstellung öffentlicher Urkunden darauf zu achten, dass bei Dritten kein falscher Anschein notariell geprüfter Wahrheit und Rechtsgültigkeit entsteht. Dies gilt insbesondere für Urkunden, welche zur Anmeldung beim Handelsregisteramt bestimmt sind. Urkundspersonen müssen sich überzeugen, dass der nachgesuchten Amtshandlung bzw. die Eintragung von Änderungen im Handelsregister keine Hindernisse im Wege stehen.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> Zur Frage, ob eine unmittelbare Wahrnehmung mittels Videokonferenz zulässig ist oder sein sollte, vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ (FN 38), 234 ff. (dort mit der Argumentation, dass der Gesetzgeber und die Behörden eine Wahrnehmungsbeurkundung mittels Videokonferenzen unter bestimmten Bedingungen zulassen sollten).

<sup>131</sup> Vgl. BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, Art. 55 SchlT N 27–29.

<sup>132</sup> Vgl. CHRISTIAN EICHENBERGER, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Bern 2009, 54.

<sup>133</sup> Art. 9a Abs. 2 lit. b des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BeurkG/ZG); Art. 17 Abs. 2 EG-ZGB des Kantons St. Gallen.

<sup>134</sup> Art. 18 Abs. 1 EG-ZGB des Kantons St. Gallen.

<sup>135</sup> Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1196.

Um einen Mantelhandel wirksam zu erschweren, müsste die Handelsregisterpraxis eine Art Erklärung zum Mantelhandel verlangen (vgl. dazu vorne Abschnitt II.F), wie dies etwa bei Grundstücksgeschäften mit der «Lex Koller» der Fall ist. Dafür ist es notwendig, dass das Handelsregister diese Formularerklärung von den Urkundsparteien auch im Falle einer Wahrnehmungsbeurkundung verlangt. Sofern die Erklärung zum Mantelhandel kein Erfordernis für eine entsprechende Wahrnehmungsbeurkundung ist, hat die Urkundsperson grundsätzlich nicht abzuklären, was die Motive eines entsprechenden Geschäfts sind. Die Urkundsperson nimmt stattdessen lediglich an Versammlung teil und beurkundet die entsprechenden Beschlüsse gemäss den entsprechenden Abstimmungsergebnisse entsprechend der äusseren Wahrnehmung, ohne den Willen der Versammlungsteilnehmer abzuklären.<sup>136</sup>

## **B. Vermeidung des falschen Anscheins notariell geprüfter Gültigkeit**

Eine Urkundsperson hat gemäss BRÜCKNER bei der Erstellung öffentlicher Urkunden (inkl. solcher in Vermerkform) darauf zu achten, dass bei Dritten kein falscher Anschein notariell geprüfter Wahrheit und Rechtsgültigkeit entsteht.<sup>137</sup> Wenn eine Urkundsperson Sachverhalte nicht überprüfen kann, die im Beurkundungsverfahren üblicherweise überprüft werden müssen, in einem Einzelfall nicht kontrolliert werden können, dann darf eine öffentliche Urkunde nur aus einem wichtigen Grund errichtet werden. Dabei ist aber zwingend hervorzuheben, dass ein bestimmter Sachverhalt nicht kontrolliert werden konnte.<sup>138</sup> Beim Mantelhandel ist dieser Aspekt insofern relevant, dass eine Urkundsperson im Nachgang zu einem Mantelhandel keine öffentlichen Urkunden errichten sollte, sofern für die Urkundsperson Zweifel bestehen, ob überhaupt die Aktionäre korrekt in der Versammlung anwesend sind. Sofern die anwesenden Personen aufgrund eines Mantelhandels die Aktien erworben haben, ist das Rechtsgeschäft betreffend die Aktienübertragung nichtig. Entsprechend kann keine Versammlung mit den Aktionären vorliegen. Falls die Urkundsperson dennoch eine öffentliche Urkunde über die Beschlüsse errichten würde, könnte dadurch der falsche Anschein notariell geprüfter Gültigkeit entstehen, ein unwahrer und nichtiger Beschluss öffentlich beurkundet werden, sofern gar nicht die Aktionäre gemäss ihrer materiellen Rechtsstellung anwesend waren. Eine Urkundsperson könnte sich im Zweifelsfall, insbesondere beim Vorliegen von Indizien des Mantelhandels, mit einer entsprechenden Erklärung der Erwerber einer Gesellschaft absichern, dass kein Mantelhandel vorliegt (vgl. dazu vorne Abschnitt II.F). Die Arbeit der Urkundsperson könnte in der Praxis wirksam erleichtert werden, wenn die Handelsregisterpraxis eine solche Formularerklärung betreffend den Mantelhandel voraussetzt.

<sup>136</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 60; MÜLLER/KAISER/BENZ (FN 38), 230 f.

<sup>137</sup> Vgl. MÜLLER (FN 40), 1076; BRÜCKNER (FN 135), N 1196, N 1200.

<sup>138</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 1196, N 1200; MÜLLER (FN 40), 1076.

## C. Strafrecht

Im Allgemeinen gilt, dass Eintragungen im Handelsregister wahr sein müssen und weder zu einer Täuschung Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse widersprechen dürfen. Ist eine Tatsache im Handelsregister aufgeführt, so muss auch jede Änderung dieser Tatsache eingetragen werden.<sup>139</sup>

Bei der strafrechtlichen Beurteilung einer rechtswidrigen öffentlichen Beurkundung sind insbesondere die Straftatbestände der Urkundenfälschung<sup>140</sup>, der Erschleichung einer falschen Beurkundung<sup>141</sup> und der Urkundenfälschung im Amt<sup>142</sup> zu prüfen. Darüber hinaus macht sich wegen der unwahren Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden strafbar, wer eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder ihr eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt.<sup>143</sup>

Der Urkundenfälschung macht sich unter anderem strafbar, wer eine Urkunde in der Absicht fälscht oder verfälscht, eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt oder eine Urkunde dieser Art zur Täuschung gebraucht.<sup>144</sup> Das Bundesgericht hat die Strafbarkeit eines Protokollführers nach Art. 251 StGB in einem Fall bejaht, in dem es um die Protokollierung der Erklärung eines Vorsitzenden an einer Universalversammlung ging, dass alle Aktien vertreten seien und auf der Grundlage des Protokolls eine Handelsregisteranmeldung bezweckt werden solle. Der Protokollführer hat zwar keine unwahre Tatsache beurkundet, jedoch war er im Unklaren darüber, wer Aktionär war und nahm in Kauf, dass nicht alle Aktien vertreten waren und die beurkundete Tatsache, es seien alle Aktien vertreten, falsch war.<sup>145</sup> Der Protokollführer hatte sich damit an einem Unterfangen beteiligt, dessen Ziel darin bestand, den Handelsregisterführer über die Abhaltung einer gültigen Universalversammlung und die Vornahme einer gültigen Wahl zu täuschen. Diese Feststellung gilt grundsätzlich für jeden Protokollführer, unabhängig davon, ob er juristisch gebildet ist. Bei juristisch nicht gebildeten Protokollführern, insbesondere bei solchen, die als untergeordnete Schreibkraft mitwirken, kann die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes fraglich sein.<sup>146</sup> Der Protokollführer hat eine Vertrauensstellung gegenüber dem Handelsregisterführer, so dass letzterer darauf vertrauen darf und muss, dass das Protokoll über die Durchführung einer Universalversammlung und die dort gefassten Beschlüsse und Wahlen keine falschen Angaben enthält.<sup>147</sup> Aus Sicht der Autoren müssen die Überlegungen analog auch für den Mantelhandel gelten. Die Urkundsperson hat festzustellen, dass die Voraussetzungen des zu beurkundeten Rechtsgeschäfts erfüllt sind und nicht zur Nichtigkeit führt. Insbe-

<sup>139</sup> Art. 933 Abs. 1 OR.

<sup>140</sup> Art. 251 StGB.

<sup>141</sup> Art. 253 StGB.

<sup>142</sup> Art. 317 StGB.

<sup>143</sup> Art. 153 StGB.

<sup>144</sup> Art. 251 Abs. 1 StGB.

<sup>145</sup> Vgl. BGE 120 IV 199, E. 3e.

<sup>146</sup> Vgl. BGE 120 IV 199, E. 3d.

<sup>147</sup> Vgl. BGE 120 IV 199, E. 3c.

sondere bei einer Änderung des Gesellschaftszwecks und der Firma sowie der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft hat die Urkundsperson das Protokoll über die Beschlüsse der Generalversammlung öffentlich zu beurkunden. Damit ein Beschluss der Generalversammlung wirksam ist, muss diese beschlussfähig sein. Dies ist nicht der Fall, wenn der Erwerber der Aktiengesellschaft einer Mantelgesellschaft aufgrund der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nie Aktionär geworden ist. Die Generalversammlung ist damit nicht gesetzeskonform zusammengesetzt, so dass der Inhalt der öffentlichen Urkunde fehlerhaft ist.

Neben dem Straftatbestand der Urkundenfälschung können sich die Urkundsparteien auch der Erschleichung einer falschen Beurkundung schuldig machen. Bestraft wird, wer einen Amtsträger oder eine Person des öffentlichen Glaubens durch Täuschung veranlasst, eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig zu beurkunden, insbesondere eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift zu beglaubigen, oder wer eine so erschlichene Urkunde dazu benutzt, einen anderen über die darin beurkundete Tatsache zu täuschen.<sup>148</sup> Dieser Tatbestand könnte beispielsweise erfüllt sein, wenn der Notar dazu veranlasst wird, eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig zu beurkunden.<sup>149</sup> Die unrichtige Beurkundung bezieht sich zum einen auf die Feststellung, dass ein Aktionär an der Generalversammlung teilnimmt bzw. ein bestimmtes Aktienkapital vertreten wird, obwohl dieser Aktionär wegen der Nichtigkeit des Mantelhandels nie Aktionär geworden ist, und zum anderen auf die Beschlussfähigkeit der Generalversammlung, die nicht gegeben ist, zumal der rechtmässige Aktionär nicht zur Generalversammlung eingeladen wurde.

Nicht zuletzt kann auch Art. 153 StGB erfüllt sein. Dieser Tatbestand schützt den öffentlichen Glauben, den das Handelsregister genießt. Mit anderen Worten wird auf die Richtigkeit der Eintragungen im Handelsregister verlassen.<sup>150</sup> Das tatbestandmässige Verhalten besteht darin, dass die Handelsregisterbehörden zu einer unwahren Eintragung veranlasst werden oder eine eintragungspflichtige Tatsache verschwiegen wird. Da der Straftatbestand der Urkundenfälschung bei rechtlich bedeutsamen Eintragungen in direkter Konkurrenz steht, ist der Anwendungsbereich dieser Norm wohl eher begrenzt.<sup>151</sup>

Im Übrigen lassen sich strafrechtliche Vorwürfe in Bezug auf den Vorsatz leicht beweisen, sofern vorgängig zur öffentlichen Beurkundung oder zur Veranlassung der entsprechenden Eintragungen im Handelsregister vom Erwerber eines Aktienmantels durch die Handelsregisterpraxis eine Erklärung verlangt würde, dass kein Mantelhandel beabsichtigt ist (vgl. dazu vorne Abschnitt II.F).

<sup>148</sup> Art. 253 StGB.

<sup>149</sup> Vgl. BGE 120 IV 199, E. 4; BSK StGB-MARKUS BOOG, Art. 253 N 6, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Verfasser).

<sup>150</sup> Vgl. PK StGB-STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI, Art. 153 N 2, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017 (PK StGB-Verfasser); BSK StGB-PHILIPPE WEISSENBERGER, Art. 153 N 2.

<sup>151</sup> Vgl. BSK StGB-PHILIPPE WEISSENBERGER, Art. 153 N 5–6.

## D. Disziplinarrecht

Urkundspersonen respektive Notare unterstehen einer kantonalen disziplinarischen Aufsicht. Diese Aufsicht kann sowohl präventiv als auch repressiv erfolgen.<sup>152</sup> Im Disziplinarrecht gibt es, im Gegensatz zum Strafrecht, keine einzelnen Unrechtstatbestände. Jede Verletzung von Amts-, Berufs- oder Standespflichten kann Anlass zu einer Disziplinarsanktion geben.<sup>153</sup> Die Disziplinaraufsicht erstreckt sich auf alle Beurkundungstätigkeiten inklusive notarieller Nebenleistungen.<sup>154</sup> Im Disziplinarverfahren kann die Aufsichtsbehörde Verwarnungen, Verweise, Bussen, einen befristeten oder sogar einen dauernden Entzug der Beurkundungsbefugnis aussprechen.<sup>155</sup>

Gemäss BRÜCKNER ist die disziplinarische Ahnung der Beurkundung eines Geschäfts, durch dessen Abschluss oder Gestaltung Gesetze in legaler Weise umgangen werden, unzulässig. Solange keine anerkannte Rechtsprechung die Umgehung als unzulässig und die Umgehungsgeschäfte als unwirksam qualifiziere, könne das Ausnützen der von der Rechtsordnung – in ihrer Unvollkommenheit – vorgegebenen Möglichkeiten keine notarielle Pflichtwidrigkeit erblickt werden. Erst wenn die Gerichte oder der Gesetzgeber entsprechende Gesetzesumgehungen als rechtswidrig oder nichtig qualifizieren, komme eine disziplinarische Sanktionierung der Urkundspersonen in Frage.<sup>156</sup> Da die Nichtigkeit des Mantelhandels gemäss Rechtsprechung eine lange und bewährte Praxis darstellt und in Zukunft sogar im OR kodifiziert werden soll, muss konsequenterweise auch eine Urkundsperson disziplinarisch sanktioniert werden, wenn sie öffentliche Beurkundungen vornimmt, die dem Vollzug eines Mantelhandels dienen (z.B. vorgängig oder nachträglich zu einem Rechtsgeschäft betreffend einen Mantelhandel öffentliche Urkunden errichtet, die typischerweise in Verbindung mit einem Mantelhandel stehen; Zweckänderung, Sitzverlegung, Änderung der Firma, Auswechseln des Verwaltungsrats bei teilweiser oder vollständiger «Vermögenslosigkeit» der Gesellschaft).

Disziplinaentscheide sind für andere Verfahren nicht präjudizierend. Disziplinarverfahren erfolgen einen anderen Zweck als Strafverfahren.<sup>157</sup> Rechtskräftige Urteile aus einem Zivilprozess sind aber für Verwaltungsbehörden und Gerichte bindend, soweit sich das Verwaltungsverfahren auf eine Vorfrage abstützen muss, die bereits vom Zivilgericht rechtskräftig beurteilt wurde.<sup>158</sup>

Sofern eine strafrechtliche Verurteilung der Urkundsperson vorliegt, kann dies dazu führen, dass die Urkundsperson die Voraussetzungen für den Beruf als Urkundsperson bzw. Notar nicht mehr erfüllt. Entsprechend wird dies die Beendigung ihrer Beurkundungstätigkeit bedeuten; zumindest für so lange wie der

<sup>152</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 3542 f.

<sup>153</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 3548 ff.

<sup>154</sup> Vgl. z.B. Art. 33c Abs. 1 BeurkG/ZG.

<sup>155</sup> Vgl. z.B. Art. 33c Abs. 1 BeurkG/ZG.

<sup>156</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 3564.

<sup>157</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 3569 f.

<sup>158</sup> Vgl. BGE 108 II 456 E. 2; BGE 131 III 546 E. 2.3; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 18 N 10 f.

Strafregistereintrag für Privatpersonen einsehbar ist. Bei dieser Löschung handelt es sich nicht um eine Disziplinar massnahme, sondern um eine mittelbare Folge einer strafrechtlichen Verurteilung.<sup>159</sup>

## E. Anzeigepflicht der Behörden

Die Strafbehörden sind gemäss Art. 302 Abs. 1 StPO verpflichtet, alle Straftaten, die sie in ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selbst zuständig sind. Die Mitglieder anderer Behörden (z.B. Mitarbeiter der Handelsregisterämter, der Betreibungs- und Konkursämter oder Amtsnotare<sup>160</sup>) müssen gemäss der jeweils für sie anwendbaren Regelung gemäss Art. 302 Abs. 2 StPO Anzeige erstatten.

Für die Anzeigepflicht reicht bereits eine geringe Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung des Täters. Es genügt grundsätzlich, wenn der Verdacht vorhanden ist, dass eine Straftat vorliegt. Für die Anzeige ist es noch nicht notwendig, dass der Sachverhalt umfassend erstellt ist. Während des Ermittlungs- und Untersuchungsverfahrens, das durch die Strafbehörden durchzuführen ist (d.h. wenn die Strafbehörden die Beweismittel erheben), wird sich zeigen, ob sich der Verdacht erhärtet.<sup>161</sup>

Falls eine Urkundsperson (oder ein Anwalt, der zugleich gestützt auf das Anwaltspatent eine Urkundsbefugnis hat), gegen Anwalts- oder Beurkundungsrecht verstösst, besteht ebenfalls eine Anzeigepflicht der Behörden.<sup>162</sup>

Im Rahmen des Mantelhandels können die an der Umsetzung eines solchen Rechtsgeschäfts beteiligten Personen (wie z.B. der Veräusserer, der Erwerber oder die Urkundsperson) strafbare Handlungen begehen oder berufsrechtliches Aufsichtsrecht verletzen, das eine Anzeigepflicht der involvierten Behörden auslösen kann. Entsprechend sind die Parteien eines Mantelhandels sowie die Urkundspersonen gut beraten, von Mantelhandelsgeschäften bzw. im Zusammenhang mit diesbezüglichen Beurkundungen abzusehen.

## F. Fazit: Ablehnung der Beurkundung?

Sobald die Urkundsperson erkennt, dass ein Mantelhandel vorliegt und hier um öffentliche Beurkundung ersucht wird, hat sie die Pflicht, die öffentliche Beurkundung abzulehnen. Das ergibt sich daraus, dass ein Mantelhandel dazu führen wird, dass potenziell der Inhalt der öffentlichen Beurkundung offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig wird. Der Blick ins Ausland zeigt, dass diese Gefahr real sein kann. In Deutschland hat das Amtsgericht Memmingen im Kontext einer «Firmenbestattung» entschieden, dass die Übertragung der

<sup>159</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 3563.

<sup>160</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 135), N 1182 ff.

<sup>161</sup> Vgl. BSK StPO-NADINE HAGENSTEIN, Art. 302 StPO N 23 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Verfasser).

<sup>162</sup> Vgl. z.B. Art. 15 BGFA; Art. 33a Abs. 2 BeurkG/ZG.

Geschäftsanteile einer insolventen GmbH und die damit verbundenen Satzungsänderungen (Statutenänderung) sowie Geschäftsführerwechsel sittenwidrig sind, wenn sie nur dem Zweck dienen, den Altgesellchaftern eine Trennung von ihrem Unternehmen zu ermöglichen, ohne einen Insolvenzeigenantrag stellen zu müssen.<sup>163</sup> Ein Notar darf gemäss diesem Gerichtsurteil die Übertragung eines Stammanteils zur Vollendung einer Firmenbestattung nicht öffentlich beurkunden, da sie sittenwidrig ist.

Mögliche Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Mantelhandels können die unmittelbare zeitliche Abfolge von (i) Aktionärswechsel, (ii) Universalversammlung und (iii) Änderung des Gesellschaftszwecks, die Verlegung des Sitzes, die Änderung der Firma oder die Änderung aller Gesellschaftsorgane sein.<sup>164</sup> Die Beurkundung von eintragungspflichtigen Tatsachen, die den Mantelhandel begünstigen, kann zivilrechtliche, disziplinarrechtliche und strafrechtliche Folgen haben. Es empfiehlt sich daher beim konkreten Verdacht auf Mantelhandel die betroffene Gesellschaft aufzufordern und zumindest eine aktuelle Bilanz einzureichen, um festzustellen, ob die Gesellschaft nur noch aus dem Aktienmantel besteht.<sup>165</sup>

Falls neue Personen um die öffentliche Beurkundung ersuchen, sollte die Urkundsperson zweckmässigerweise die Urkundsparteien bei der Vorbereitung der öffentlichen Beurkundung befragen, welchen Zweck sie mit den Beschlüssen erreichen wollen und gegebenenfalls eine aktuelle Bilanz anfordern. Die Aussagekraft einer Jahresrechnung kann allerdings – wie bereits in den Abschnitten II.E und II.F erläutert wurde – begrenzt sein. Im Übrigen ist hierbei zu bedenken, dass es sich bei den typischen Beurkundungsgeschäften um Wahrnehmungsbeurkunden geht. Entsprechend ist die Ermittlung der inneren Beweggründe der Urkundsparteien gerade nicht Gegenstand der öffentlichen Beurkundung, sondern die Wahrnehmung der äusseren Vorgänge einer Generalversammlung.

Wirkungsvoller als eine aktuelle Jahresrechnung zu verlangen, wäre die Abgabe einer Erklärung des Erwerbers bzw. des Aktionärs, dass kein Mantelhandel vorliegt. Eine solche Erklärung «Lex Mantelhandel» müsste indessen von der Handelsregisterpraxis verlangt werden, damit eine Urkundsperson diese Erklärung im Rahmen der Wahrnehmungsbeurkundung von der Gesellschaft bzw. den Erwerbern einer Gesellschaft verlangt (vgl. dazu bereits vorne Abschnitt II.F). Mit der Abgabe einer Erklärung können Beweismittel geschaffen werden, die dem Notar und dem Handelsregister sowie allfälligen Strafbehörden zeigen, was beim «Geheimdelikt» des Mantelhandels hinter verschlossenen Türen zwischen Erwerber und Veräusserer geschieht. Dadurch können die involvierten Parteien und ihre Absichten besser erfasst werden. Falls ein Vermittler auftritt, wird dieser mit der Abgabe einer entsprechenden «Mantelhandel-Erklärung» ebenfalls identifiziert. Anhand einer Dokumentation mit einer zusätzlichen Erklärung betreffend das Vorliegen eines Mantelhandels kann die Beratung und die öffentliche

<sup>163</sup> Vgl. AG Memmingen, Beschluss vom 02.12.2003 – HRB 8361 (Sittenwidrigkeit einer Firmenbestattung), MittBayNot 2004, 292 ff.

<sup>164</sup> Vgl. JÖRG (FN 11), 27.

<sup>165</sup> Vgl. Botschaft SchKG Mantelhandel, 5214.

Beurkundung mit besserer Qualität erfolgen. Dadurch kann die Urkundsperson die um öffentliche Beurkundung ersuchende Person entsprechend beraten, dass diese die Gesellschaft liquidiert und eine neue gründet.

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Änderungen, die mit derzeit im Parlament hängigen Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses debattiert werden, sind zu begrüßen. Es entspricht zudem der langjährigen Rechtspraxis, dass der Mantelhandel nichtig ist. Diese Rechtsfolge ist sinnvoll, weil solche Rechtsgeschäfte ein hohes Missbrauchsrisiko bergen und insbesondere zur Umgehung der Vorschriften über die Gründung und Liquidation sowie für kriminelle Aktivitäten genutzt werden. Der Gesetzgeber hat bislang keine ausdrückliche Regelung geschaffen, welche die Nichtigkeit des Mantelhandels wörtlich vorsieht. Deshalb obliegt es gemäss den bisherigen Gesetzen den Urkundspersonen und Handelsregisterämtern einen Mantelhandel zu identifizieren und bei Anzeichen eines Mantelhandels die die ersuchte Beurkundung und Eintragung im Handelsregister zu verweigern.<sup>166</sup> Obschon das Bundesgericht Geschäfte betreffend Mantelhandel als nichtig beurteilt, sind Transaktionen betreffend Aktienmäntel in der Praxis weiterhin verbreitet.

Der Erwerber einer Mantelgesellschaft läuft damit nicht nur Gefahr, dass der zugrundeliegende Kaufvertrag für nichtig erklärt wird und alle seine Handlungen als «Aktionär» nichtig sind, sondern riskiert auch, dass das Handelsregisteramt Statutenänderungen und andere eintragungspflichtige Änderungen im Handelsregister ablehnt. Den an einem Mantelhandel beteiligten Personen (Veräusserer und Erwerber) drohen zivil- und strafrechtliche Konsequenzen. Schliesslich können auch für Urkundspersonen zivilrechtliche, disziplinarrechtliche und strafrechtliche Folgen haben, wenn sie eintragungspflichtigen Tatsachen beurkunden, die den Mantelhandel begünstigen. Es empfiehlt sich daher beim konkreten Verdacht auf Mantelhandel die betroffene Gesellschaft aufzufordern und eine aktuelle Jahresrechnung einzureichen, um festzustellen, ob die Gesellschaft nur noch aus dem Aktienmantel besteht. Dabei ist aber klarerweise festzuhalten, dass sich der Inhalt der Jahresrechnung durch die Veräusserer einer Gesellschaft relativ einfach gestalten lässt; dies macht die Jahresrechnung unter Umständen wenig aussagekräftig.<sup>167</sup> Für die Bekämpfung des Mantelhandels wäre es deshalb nützlicher, vom Erwerber in Gestalt eines Standard-Formulars eine Erklärung darüber zu verlangen, ob ein Mantelhandel vorliegt. Solche Formulare haben sich beispielsweise in Gestalt der «Lex Koller»-Erklärung bewährt.

---

<sup>166</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative 19.438 vom 4.6.2019.

<sup>167</sup> Vgl. vorne Abschnitte II.E und II.F.