

DIE IMMOBILIEN-AKTIENGESELLSCHAFT ¹

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht, 46. Jahrgang (1974), S. 145-154. – Dieser Beitrag ist die vom Autor leicht abgeänderte Fassung eines Artikels, der zuerst in der Schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 55. Jahrgang (1974), S. 321-340 erschienen ist. Es handelt sich um einen Vortrag, gehalten an der Jahrestagung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter vom 20. September 1974 in Freiburg. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 268 ff.

[145] Bekanntlich veröffentlicht das Eidg. Statistische Amt jährlich eine Aufstellung über die im Handelsregister eingetragenen Firmen. Die auffälligsten Tatsachen, die daraus hervorgehen, betreffen die Aktiengesellschaft. Es sind deren drei:

1. Die Gesamtzahl der Aktiengesellschaften in der Schweiz ist in den letzten Jahrzehnten ungemein stark angestiegen: Ende 1937, um die Zeit des Inkrafttretens des revidierten Obligationenrechts, betrug sie 19 567. Bis Ende 1973 ist sie auf 81 186 hinaufgeschneit, hat sich also in weniger als vier Jahrzehnten vervierfacht. In den letzten Jahren ging die Entwicklung so stürmisch vor sich, daß der Vergleich mit dem Wachstum einer Wucherpflanze naheliegt: Seit 1970 betrug der Nettozuwachs jedes Jahr über 5000 Gesellschaften. Bei keiner anderen Gesellschaftsform ist ähnliches festzustellen ².

2. Innerhalb der Gesamtzahl der Aktiengesellschaften sind die Gesellschaften mit kleinem Grundkapital weitaus am stärksten vertreten. Von den 81 186 Gesellschaften kleben nicht weniger als 40 288 auf dem gesetzlich geforderten Mindestkapital von 50 000 Franken; rechnet man die 15 626 Gesellschaften hinzu, deren Grundkapital 100 000 Franken nicht übersteigt, so sind nahezu zwei Drittel aller Aktiengesellschaften schon kapitalmäßig, abgesehen von ihrem meist bescheidenen Personenbestand, ausgesprochene Klein- (um nicht zu sagen: Zwerg-) Gesellschaften. 1937 lag dieser Anteil freilich noch höher, bei drei Vierteln. Bedenkt man aber, daß seither der Geldwert um mindestens das Vierfache gesunken ist, so zeigt sich die erstaunliche Tatsache, daß heute von den 81 000 Aktiengesellschaften kaum ein Viertel so viel Grundkapital aufweist, als geldwertmäßig dem im Jahre 1937 festgesetzten Mindestkapital entspricht. Wir stehen also vor einer eigentlichen "Schwemme" von immer weniger bedeutenden Gesellschaften. Wucherung auch in qualitativer Hinsicht!

¹ *Schrifttum* zur Immobilien-AG und zur Einmann-AG im allgemeinen (Auswahl): *Bourgeois O.*, Le statut fiscal des sociétés immobilières dans les cantons de Vaud et de Genève, thèse Lausanne 1964; *Brassel Chr.*, Steuerprobleme der Immobilien-AG, Diss. Zürich 1966; *Fatton J. J.*, La vente de toutes les actions d'une société immobilière, thèse Lausanne 1949; *Roulet M.*, A propos des sociétés immobilières dans le Canton de Genève, SAG 1928/29, S. 67 ff.; *Schlaepfer A.*, La vente du capital-actions d'une société anonyme immobilière, thèse Genève 1948; *Schönle H.*, Die Einmann- und Strohmannengesellschaft ..., Diss. Freiburg/Schw. 1957; *Teitler E.*, Die Einmann-Immobilien-AG, Diss. Zürich 1969.

² So stieg die Zahl der Kollektivgesellschaften in der gleichen Zeitspanne nur um rund 4000 (von rund 7000 auf rund 11 000), die der Genossenschaften nur um rund 2000 (von rund 11 000 auf rund 13 000). Die 1937 neu eingeführte GmbH hat es bis jetzt erst auf rund 2800 Einheiten gebracht.

3. Innerhalb der Aktiengesellschaften führt die Statistik seit langem eine bedeutende Sondergruppe auf: Die Immobilien-Aktiengesellschaften. Schon 1915 waren es 2000, 1937 gut 7000, also mehr als ein Drittel aller Aktiengesellschaften. In der Folge blieb diese Zahl lange Zeit stationär, begann aber gegen Ende der 50er Jahre rapid zu steigen. Ende 1973 verzeichnen wir 21 533 Immobiliengesellschaften³, mehr als ein Viertel aller Aktiengesellschaften, und bedeutend mehr, als es beispielsweise Genossenschaften gibt⁴.

Die hohe Zahl von Immobilien-AG hängt mit den zwei zuerst hervorgehobenen Tatsachen zusammen: Die Aufblähung der Gesamtzahl der Aktiengesellschaften ist zu einem guten Teil, wenn auch nicht ausschließlich, der Ausbreitung der Immobilien-AG zuzuschreiben. So entfiel im Jahre 1972 vom Nettozuwachs an AG – 5776 – mehr als ein Viertel – 1607 – auf den Nettozuwachs an Immobilien-AG⁵. Weiter erklärt die große Zahl der Immobilien-Gesellschaften zum Teil auch die Vermehrung der Kleingesellschaften. Denn fast durchwegs weisen die Immobilien-Gesellschaften ein Grundkapital von nicht mehr als 100 000 Franken auf, wobei aber festzuhalten ist, daß der Wert der Grundstücke, die ihnen gehören, meist viel bedeutender ist und wertmäßig einen beträchtlichen Teil aller Grundstücke ausmacht.

[146] Nicht unerwähnt darf die ungleiche regionale Verbreitung bleiben. Wir finden drei ausgesprochene Schwerpunkte in den Kantonen Genf, Waadt und Tessin, die zusammen fast 60 % aller Immobilien-Gesellschaften stellen. Für die rechtliche Betrachtung ist dies aber nicht bedeutsam, zumal die Immobilien-AG sich heute in sämtlichen Kantonen eingenistet hat.

Unsere rechtliche Betrachtung umfaßt vier Teile. Wir handeln zunächst vom Begriff und von den Erscheinungsformen der Immobilien-AG (I), dann von den Beweggründen, auf denen diese Erscheinung beruht (II). Hernach ist die Immobilien-AG rechtlich zu würdigen (III). Daraus ergeben sich schließlich rechtspolitische Erwägungen (IV).

I. Begriff und Erscheinungsformen

1. Die Immobilien-AG ist kein gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut, sondern an sich nur eine schlichte Tatsache des Rechtsverkehrs, mit der sich dann allerdings die Steuergesetze und weitere Erlasse wohl oder übel eigens befassen mußten⁶. Zivilrechtlich ist also der Begriff der Immobilien-AG nicht festgelegt. Er ist unmittelbar aus den Lebensverhältnissen zu gewinnen. Meines Erachtens ist er wie folgt zu fassen: Die Immobilien-AG ist eine Aktiengesellschaft, die einzig deswegen gegründet wird und/oder fortbesteht, damit das Eigentum an einem bestimmten Grundstück oder an mehreren bestimmten Grundstücken einem formell selbständigen Rechtssubjekt zusteht und durch dieses ausgeübt werden kann⁷. Durchgehen wir die einzelnen Merkmale dieses Begriffes:

In Frage stehen immer Grundstücke, gewöhnlich Liegenschaften. Doch können es auch grundstückgleich behandelte Baurechte oder Miteigentumsanteile an Grundstücken sein.

³ Dabei ist zu beachten, daß die amtliche Statistik den Charakter einer Immobiliengesellschaft anhand des in den Statuten angegebenen Zweckes bestimmen muß. Wie sich aber aus den Ausführungen im Text (I, 1) ergibt, wird dieser Charakter nicht durch die Statuten bestimmt, sondern durch den Beweggrund, um dessentwillen eine AG besteht.

⁴ Bei keiner anderen Gesellschaftsform gibt es eine vergleichbare Erscheinung. Doch sei vermerkt, daß in den 20er Jahren die Immobilien-(Einmann-)Genossenschaft eine gewisse Bedeutung erlangt hatte, namentlich im Kt. Zürich (BGE 53 II 289; Klaus, ZBl 1928, S. 321 ff.).

⁵ Im Jahre 1973 ist der Nettozuwachs an Immobilien-AG stark zurückgegangen (auf – immerhin noch – 750), während sich der Nettozuwachs an AG insgesamt weit weniger stark verminderte (auf 5352).

⁶ Vgl. z. B. die Gesetze der Kantone Genf und Waadt über die direkten Steuern (*Bourgeois*, S. 10); das freiburgische Gesetz über die Besteuerung der Liegenschaftsgewinne vom 25. Febr. 1960; das BG über die Anlagefonds vom 1. 7. 1966, Art. 31 f.; das "Merkblatt" der Eidg. Steuerverwaltung betr. verdecktes Eigenkapital bei Immobiliengesellschaften, vom 10. 7. 1968.

⁷ Weitere Definitionen und Abgrenzungen bei *Schlaepfer* (15 ff.), *Fatton* (9 ff.), *Bourgeois* (7 ff.), *Brassel* (1 ff.) und namentlich *Teitler* (35 ff.).

Diese Grundstücke sind bestimmt, nämlich individualisiert. Gewöhnlich ist es ein einziges bestimmtes Grundstück. (Doch können es auch mehrere sein, z. B. eine Hauptliegenschaft und anstoßende Nebenparzellen.) Dieses Grundstück bildet das Hauptaktivum der AG und es bestimmt deren Individualität: Die einzelne Immobilien-AG ist dadurch gekennzeichnet, daß ihr *dieses* und kein anderes Grundstück gehört.

Sodann geht es stets um das Eigentumsrecht an einem Grundstück: Die Immobilien-AG soll Trägerin dieses Rechtes sein. Hier liegt das Kernmerkmal der Immobilien-AG: die Rechtsträgerschaft bezüglich des Eigentums an einem bestimmten Grundstück bildet den einzigen Grund dafür, daß die AG überhaupt besteht. Deren "raison d'être" liegt also ausschließlich in ihrer Rechtssubjektivität, in der Eigenschaft, juristische Person zu sein. Die Rechtspersönlichkeit der AG ist somit einzig dazu da, damit an ihr das Eigentumsrecht an einem bestimmten Grundstück gewissermaßen "aufgehängt" werden kann.

Dieses Kernmerkmal umschließt zwei einzelne Elemente:

Wenn die Rechtssubjektivität den einzigen Daseinsgrund der Immobilien-AG bildet, so bedeutet dies zunächst, daß jemand da sein muß, dem dieses Rechtssubjekt dient. Hinter der Immobilien-AG steht notwendigerweise eine Person – oder stehen mehrere Personen –, die wir ohne Zögern als "wahre(n) Eigentümer" bezeichnen können, oder auch als "wirtschaftliche(n)" Eigentümer. Die Immobilien-AG ist für den wahren Eigentümer nur das Medium, durch das er die Herrschaft über das Grundstück nach seinem Belieben ausübt, beispielsweise eine Liegenschaft überbaut oder umbaut, ein Gebäude unterhält und vermietet, Dienstbarkeiten oder Grundpfandrechte errichtet. Somit ist die Rechtssubjektivität der Immobilien-AG eine rein formelle: Die AG hat keinen Willen, sie ist ausschließlich Instrument im Dienste des wahren materiellen (wirtschaftlichen) Eigentümers, und auch dies einzig zur Ausübung der mit dem Grundeigentum verbundenen Befugnisse.

Damit ist zugleich das zweite Element angedeutet: Wenn die Rechtssubjektivität als solche den einzigen Daseinsgrund der AG bildet, so bedeutet dies auch, daß sie selber gar keinen eigenen Zweck hat. Es genügt, daß sie besteht. Sie braucht keinen Zweck zu erstreben, folglich auch keinen Willen zu bilden. Wie sie ihre Eigentümerbefugnisse auszuüben hat, bestimmt einzig der wahre Eigentümer (oder die wahren Eigentümer), unter Außerachtlassung der für die Willensbildung in der AG vorgesehenen Organe.

2. Die umschriebenen Begriffsmerkmale liegen in der Wirklichkeit des Lebens nicht offen zutage. Denn Begriffskern ist der Beweggrund, um dessentwillen eine AG errichtet wird und fortbesteht. Nun ist der Beweggrund eine innere Tatsache, auf dessen Vorliegen aus äußern Tatsachen geschlossen werden muß, vor allem aus dem Verhalten der Beteiligten und aus der Interessenlage. Niemals erklärt eine AG offen (etwa in den Statuten), sie sei einzig dazu da, für einen andern (oder für andere) [147] das Eigentumsrecht an einem bestimmten Grundstück auszuüben. Eine solche Aussage über den Beweggrund wäre übrigens gar keine Angabe eines (von der Gesellschaft zu verfolgenden) Zweckes, wie sie das Gesetz fordert (Art. 626 Ziff. 2 OR; siehe hiezu unten III, 1).

Bei dieser Sachlage muß man sich im Anschluß an die Begriffsbestimmung die Erscheinungsformen der Immobilien-AG vergegenwärtigen.

a) Der Kernfall, der zugleich am weitaus häufigsten vorkommen dürfte ⁸, liegt dann vor, wenn hinter einer AG eine einzige (natürliche oder juristische) Person steht und wenn diese Person die AG einzig zur Ausübung von Eigentümerbefugnissen an einem bestimmten Grundstück benützt. Damit ist zugleich gesagt, daß die Immobilien-AG einen Hauptfall der Einmanggesellschaft bildet, freilich bei weitem nicht den einzigen.

Dieser Einmann tritt seinerseits in dreierlei Gestalt auf. Einmal als Alleinaktionär; das ist der einfachste Fall. Sodann als Hauptaktionär, umgeben von einem (gewöhnlich nur kleinen) Kranz von Minderheitsaktionären, die eine reine Satellitenrolle spielen, als Fiduziare, Treuhänder oder zwar echte, aber vom Hauptaktionär abhängige Aktionäre, kurz als "Strohleute", die den Willen

⁸ Vgl. z. B. BGE 85 I 96.

des Hauptaktionärs ausführen. Schließlich ist möglich, daß der Einmann gar nicht Aktionär ist, sondern sämtliche Aktien einem oder mehreren Andern überläßt, welche die Aktionärrechte für ihn ausüben. Auf diesen Fall ist zurückzukommen.

Eine Immobilien-AG liegt aber stets nur dann vor, wenn der Einmann die AG einzig zur Beherrschung des Grundstückes benützt, also um Eigentümerbefugnisse auszuüben. Benützt er die AG zugleich noch für weitere Zwecke, so liegt zwar auch eine Einmann-AG vor, nicht aber eine Immobilien-AG, auch dann nicht, wenn die Einmann-AG ein Grundstück als Hauptaktivum besitzt und wenn sie die weiteren Zwecke nur mit Hilfe dieses Grundstückes verfolgen kann. Wenn z. B. der Einmann durch das Medium seiner AG ein Grundstück als Steinbruch ausbeutet oder darin ein Hotel führt, so betreibt er damit ein Gewerbe, was über die Ausübung von Eigentümerbefugnissen hinausgeht⁹.

b) Hinter einer Immobilien-AG kann auch eine Mehrzahl von Personen stehen, die zusammen eine echte Gesellschaft bilden, also einen Zusammenschluß Mehrerer zu einem gemeinsamen Zweck (Art. 530 OR). Erfordert ist nur, daß die AG auch einer solchen Personenmehrheit einzig dazu dient, die Eigentümerbefugnisse mit Bezug auf ein Grundstück auszuüben. Beispiel: Mehrere Personen erwerben ein Grundstück als Kapitalanlage; anstatt aber daran Miteigentum zu begründen, errichten sie eine AG, durch die sie ihr gemeinschaftliches Eigentum ausüben.

Zwei Erscheinungsformen der Immobilien-AG, hinter welcher eine echte Gesellschaft steht, sind besonders hervorzuheben:

Möglich ist einmal, daß die Gesellschaft einen auf das Grundstück bezüglichen Zweck erstrebt, der außerhalb der AG verfolgt werden muß. Beispiel: Mehrere Bauhandwerker schließen sich zusammen, um auf einem Grundstück, das einem von ihnen gehört oder das sie gemeinsam erwerben, durch eigene Arbeit einen Bau zu errichten. Das Eigentum am Baugrundstück übertragen sie auf eine eigens hiefür gegründete AG. Daneben verpflichten sie sich gegenseitig, durch Ausführung von Bauarbeiten an den Bau beizutragen. Diesen Zweck können sie gar nicht durch das Medium der AG verfolgen, weil Dienstleistungspflichten nicht Inhalt von Aktionärspflichten sein können (Art. 680 Abs. 1 OR). Vielmehr bilden sie unter diesem Gesichtspunkt eine einfache Gesellschaft (im Sinne von Art. 530 OR). Dieser Gesellschaft könnte an und für sich auch das Baugrundstück übereignet werden. Weil nun aber die Bauhandwerker für das Grundstück einen besondern Eigentümsträger schaffen, haben wir den Fall einer Doppel- oder Parallelgesellschaft, wobei die eine Gesellschaft, die Immobilien-AG, nur das Instrument der andern, der Hauptgesellschaft (in unserm Falle: der einfachen Gesellschaft) ist.

Weiter ist möglich, daß die Gesellschaft einen Zweck hat, der zwar von einer AG verfolgt werden könnte, jedoch gleichwohl außerhalb der (Immobilien-)AG verfolgt wird, etwa durch eine besondere Betriebsgesellschaft. Alsdann wird in den Statuten der AG einzig festgehalten, daß das der AG gehörende Grundstück nur zu einem bestimmten Zweck verwendet werden darf (z. B. nur als Flugplatz oder zum Betrieb eines Altersheimes; nur zu einer bestimmten Überbauung oder nur in der Weise, daß die Wohnungen, die sich auf dem Grundstück finden, einzig an Aktionäre vermietet werden dürfen). Auch eine solche AG ist eine Immobilien-AG, da sie ebenfalls einzig deswegen besteht, damit ein besonderer Rechtsträger für das Grundstück vorhanden ist. So dient bei der "société actionnaires-locataires"^{9a} gar die [148] besondere Rechtsträgerschaft dazu, auf dem Umweg über die AG wirtschaftlich dasselbe Ergebnis zu erreichen wie bei der Aufteilung von Grundeigentum als Miteigentum in der Gestalt von Stockwerkeigentum. Keine Immobilien-AG liegt dagegen dann vor, wenn die Personenmehrheit, die hinter der AG steht, diese deswegen errichtet und/oder fortbestehen läßt, damit die AG selber eine bestimmte Tätigkeit ausübt, wenn auch im Rahmen des Zweckes, für den das Grundstück einzig verwendet werden darf (z. B. Betrieb

⁹ Desgleichen, wenn er das auf seiner Liegenschaft betriebene Hotel verpachtet, da es sich um eine Unternehmens-, nicht Grundstückspacht handelt. Dagegen wird der Charakter einer Immobilien-AG nicht dadurch aufgehoben, daß die AG Geschäftsräume vermietet, damit der Mieter darin ein Gewerbe betreiben kann; denn Vermieten ist eine reine Ausübung des Grundeigentums.

^{9a} Über die Mieter-AG siehe *Friedrich*, ZSR 75 (1956) 70a ff. und *Flattet*, ebendo, 694a ff.

eines Altersheims). Besteht jedoch diese Tätigkeit einzig in der Liegenschaftsverwaltung als solcher (Gebäudeunterhalt und Vermietung), so handelt es sich, wenigstens im Regelfall, gleichwohl um eine Immobilien-AG. Denn eine solche AG wird nicht deswegen gegründet, damit sie die Liegenschaft verwalte. Vielmehr verhält es sich umgekehrt: Nachdem einmal die hinter der AG stehende Personenmehrheit die AG errichtet hat, um einen besondern Rechtsträger zu haben, läßt sie durch diesen Rechtsträger die Liegenschaftsverwaltung besorgen; dies ändert aber nichts daran, daß die AG nur deswegen (fort-)besteht, damit ein besonderer Rechtsträger für das Grundeigentum vorhanden ist.

c) Noch in einer andern, nämlich in zeitlicher Hinsicht können die Erscheinungsformen einer Immobilien-AG verschieden sein.

Einmal kann ein und dieselbe AG zeitweise eine Einmann-, zeitweise eine Mehrmannengesellschaft sein. Bei der erwähnten Bauhandwerker-AG haben wir zunächst eine Mehrmannengesellschaft; sie wird dann, wenn sämtliche Aktien einem einzigen Erwerber veräußert werden, zu einer Einmannengesellschaft. Einen umgekehrten Fall haben wir z. B. dann, wenn ein Grundeigentümer, um seine spätere Beerbung zu erreichen, ein wertvolles Grundstück in eine von ihm gegründete AG einwirft: Sämtliche Aktien gehören zuerst ihm allein; nach seinem Tode werden sie unter die Kinder verteilt, vielleicht auf Grund einer testamentarischen Teilungsvorschrift.

Ferner ist möglich, daß ein und dieselbe AG zeitweise eine Immobilien-AG ist, zeitweise nicht. Zum Beispiel betreibt eine AG zunächst ein Unternehmen und erwirbt zu diesem Zweck ein Fabrikgrundstück; später gibt sie das Unternehmen auf und vermietet das Grundstück an ein ihr fremdes Unternehmen; dadurch wird sie zur Immobilien-AG, da sie nur deshalb nicht aufgelöst wird, damit für das Grundstück ein besonderer Rechtsträger vorhanden ist. Umgekehrt kann der wirtschaftliche Eigentümer die Immobilien-AG mit der Zeit dazu benutzen, im Grundstück ein eigenes Gewerbe (z. B. ein Ladengeschäft) zu betreiben; dann hört sie auf, eine Immobilien-AG zu sein.

II. Beweggründe

Wie dargelegt (I, 1), gehört schon zum Begriff der Immobilien-AG, daß sie aus einem bestimmten Beweggrund errichtet wird und/oder fortbesteht. Dieser Beweggrund – der Bestand eines besondern Rechtssubjektes, der das Eigentum an einem bestimmten Grundstück tragen und ausüben kann – beruht seinerseits auf bestimmten Beweggründen. Zu unterscheiden sind ein unmittelbarer Beweggrund und vier mittelbare, eigentliche Beweggründe.

Der unmittelbare besteht immer darin, daß hinsichtlich der Rechtsträgerschaft an einem Grundeigentumsrecht die Bestimmungen des Aktienrechts anwendbar werden sollen. Aus diesem Grund wird eine AG als Rechtsträgerin geschaffen.

Die Anwendbarkeit des Aktienrechts wird ihrerseits aus vier verschiedenen Beweggründen erstrebt, die im Einzelfall ineinander übergehen, aber nicht in jedem Fall das gleiche Gewicht haben. In Stichworten ausgedrückt heißen sie: Haftung, Vereinfachung, Steuerersparnis, Tarnung.

1. Indem das Eigentum an einem Grundstück einem eigens dafür geschaffenen Rechtssubjekt übertragen wird, wird einerseits jede persönliche Haftung von Aktionären für Verpflichtungen, die sich wegen des Grundstückes ergeben, ausgeschlossen¹⁰; andererseits haftet das Grundstück einzig für die Verpflichtungen der AG, nicht für persönliche Schulden der Aktionäre. Diese zweite Wirkung bildete ursprünglich den Hauptgrund dafür, daß Immobilien-Gesellschaften gegründet wurden: Finanziell schwache Bauhandwerker konnten für eine Überbauung, für die sie Arbeit

¹⁰ Laut Mitteilung eines Tagungsteilnehmers ist die (formale) Abtrennung des Grundbesitzes vom Privatvermögen mit dem Zweck, ein Grundstück der Haftung für persönliche Schulden zu entziehen, auch heute häufiger Beweggrund für die Errichtung einer Immobilien-AG.

leisten wollten, leichter Fremdkapitalgeber finden, wenn sie das Baugrundstück aus ihrem Geschäftsvermögen aussonderten ¹¹.

2. Das Ziel der Vereinfachung wird mit einer Komplikation erkaufte: Zunächst muß eine Gesellschaftsgründung in Szene gesetzt werden, mit öffentlicher Beurkundung und Eintragung im Handelsregister, was alles Umtriebe und Kosten verursacht. Aber diese Mühen nehmen die Gründer gerne auf sich, lockt ihnen doch nachher eine herrliche Freiheit: Sie können, solange die Gesellschaft besteht, das Grundstück auf einfachste Weise veräußern, durch Übertragung aller Aktien. Bei Inhaberaktien genügt die Übergabe der Aktientitel, bei [149] Namenaktien muß noch deren Indossierung und die Eintragung in das Aktienbuch der Gesellschaft hinzukommen.

3. Steuerersparnis! Ein Zauberwort, das in einem fiskophoben Land wie dem der Eidgenossen für sich allein schon genügt, nicht wenige Leute in Trab zu versetzen. Die Übertragung von Aktien ist, von Haus aus, nicht mit der Handänderungssteuer belastet wie der Grundstückverkehr. Außerdem winkt die Chance, Grundstückgewinnsteuern zu ersparen. Freilich ergeben sich auch steuerliche Nachteile ¹², und außerdem haben Steuergesetzgebung und Steuerpraxis die ursprünglichen Hoffnungen der Schlaumeier in weitem Umfang verdorben, durch Sondervorschriften für Immobiliengesellschaften ¹³ und durch den Fundamentalsatz, daß der Fiskus sich nicht an die zivilrechtliche Lage zu halten braucht, sondern die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise anwenden dürfe ¹⁴. Steuerfachleute behaupten daher, daß es sich heutzutage kaum mehr lohne, aus fiskalischen Gründen eine Immobilien-AG zu gründen oder fortbestehen zu lassen ¹⁵. Nun hängt aber über den bestehenden Gesellschaften ein fiskalisches Damoklesschwert: Sollten sie sich nämlich auflösen wollen, so wartet auf sie, wenigstens im Regelfall, eine kräftige Grundstückgewinnsteuer, und diese üble Aussicht hat zur Folge, daß manche Gesellschaften die an sich gewünschte Auflösung unterlassen; sie sind vom Fiskus zum Weiterleben verurteilt ¹⁶.

4. Je fragwürdiger der fiskalische Beweggrund geworden ist, um so nachhaltiger wirkt der Beweggrund der Tarnung. Die Immobilien-AG bewährt sich als Mittel, den oder die wirklichen Eigentümer eines Grundstückes zu verbergen. Die für das Grundbuch ausreichende Eigentümerangabe "Société immobilière „La Fauvette“" verrät wirklich den wahren Eigentümer nicht. Aus dem Handelsregister sind die Aktionäre als solche nicht ersichtlich, sondern nur die Mitglieder der Verwaltung. Diese müssen zwar Aktionäre sein, aber sie können "ihre" Aktien auch nur als Treuhänder besitzen. Somit kann ein Hauptaktionär den fiduziarischen Besitzer einer Aktie als einziges Mitglied der Verwaltung ernennen, so daß er im Handelsregister nicht in Erscheinung tritt. Möglich ist aber auch eine Tarnung zweiter Stufe, indem der wahre Eigentümer des Grundstückes nicht einmal als Aktionär der Immobilien-AG auftritt, sondern, wie schon erwähnt (I, 2 a), deren sämtliche Aktien einem Fiduziar überläßt; und dieser Alleinaktionär kann wiederum eine juristische Person sein, die sich beispielsweise Immo-Finanz AG nennt und vielleicht trotz ihres hochtönenden Namens keinen andern Zweck hat als den, sämtliche Aktien einer einzigen Immobilien-AG zu besitzen und die Aktionärrechte treuhänderisch auszuüben. Wer hinter diesem zweifachen Schleier sitzt, bleibt verborgen; es kann ebensogut ein naher Industriekonzern wie der ferne Haile Selassie sein.

¹¹ Darüber *Roulet* (67 ff.), *Schlaepfer* (22) und *Fatton* (17 f.).

¹² Man denke an die eidg. Stempelabgabe bei der Gründung einer AG.

¹³ So insbesondere die Bestimmungen über die Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuerpflicht bei der Übertragung der Aktien einer Immobilien-AG; vgl. *Bourgeois* (191 ff. und 213 ff.); *Brassel* (72 ff.). BGE 75 I 297; 79 I 17; 85 I 280; 92 I 439; 95 I 139.

¹⁴ Vgl. z. B. BGE 90 I 221 f.; 94 I 594 f.

¹⁵ *Bourgeois* (247 f.).

¹⁶ Vgl. hiezu *Bourgeois* (6 und 153 ff.); BGE 98 Ib 476.

III. Rechtliche Beurteilung

Sie läßt sich in zwei Worte fassen: Die Immobilien-AG ist als *geduldete Gesetzesumgehung* zu qualifizieren.

1. Das Wort "Gesetzesumgehung" tönt etwas anrühig, und noch schärfer klingt der französische Ausdruck "fraude à la loi". Deshalb sei gleich beigelegt, daß er kein moralisches Unwerturteil gegenüber all denen einschließt, die mit Immobilien-Gesellschaften zu tun haben. Auch geht es nicht um einen strafbaren Tatbestand.

Das Gesetz, das umgangen wird, ist das Zivilrecht. Die zivilrechtliche Lehre unterscheidet bei der Gesetzesumgehung zwischen Verbots- und Umgehungsnorm¹⁷. Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn nach dem wirklichen Willen der Beteiligten und nach der Interessenlage der Tatbestand der Verbotsnorm verwirklicht ist, aber die Beteiligten, um die ihnen unangenehme Anwendung der Verbotsnorm zu vermeiden, so tun als ob der Tatbestand der Umgehungsnorm verwirklicht sei, deren Anwendung sie der Anwendung der Verbotsnorm vorziehen.

Bei der Immobilien-AG finden wir die Verbotsnorm im Sachenrecht, in den Bestimmungen über die öffentliche Beurkundung und die Eintragung des Eigentümers im Grundbuch (unten IV, 1). Die Umgehungsnorm ist das Aktienrecht, dessen Anwendung die Beteiligten aus den vorhin skizzierten Beweggründen vorziehen. Um die Anwendbarkeit des Aktienrechts zu erreichen, tun die Beteiligten so als ob der vom Aktienrecht vorausgesetzte Tatbestand einer Gesellschaft mit einem echten Gesellschaftszweck vorläge. Wie wir gesehen haben, ist aber meistens gar keine Gesellschaft vorhanden, sondern nur ein Allein- oder Hauptaktionär. Dieser merkt gewöhnlich nicht einmal, was für einen sprachlichen [150] Unsinn er mitmacht, wenn er eine "Gesellschaft" zu gründen erklärt. Haben wir es ausnahmsweise mit einer echten Gesellschaft zu tun, so fehlt ihr, insoweit sie als Aktiengesellschaft auftritt, ein echter Gesellschaftszweck (hievon I, 1 und 2 b). Somit liegt der vom Aktienrecht vorausgesetzte Tatbestand nicht vor. Die Beteiligten stellen aber die Dinge so dar, als ob er vorläge:

So bei der Gründung. Mitunter schon in der Weise, daß die Urkundsperson, um dem Einmann zur gesetzlichen Dreizahl von Aktionären zu verhelfen, eine Sekretärin und einen Stammtischfreund einsetzt, die gegen ein Zeugengeld bereitwillig erklären, je eine Aktie zu übernehmen, eine Aktie, die sie nie gesehen haben und nie sehen werden. Sodann muß auf jeden Fall, damit äußerlich dem Gesetz entsprochen ist, ein Gesellschaftszweck vorgetäuscht werden, da die Immobilien-AG, wie dargelegt (I, 1) in Wirklichkeit gar keinen (Gesellschafts-)Zweck verfolgt. Die häufig verwendete Angabe, es werde "der Erwerb und die Verwaltung von Liegenschaften" bezweckt, ist offensichtlich unrichtig, da gewöhnlich nur eine einzige, ganz bestimmte Liegenschaft erworben und verwaltet werden soll. Der Wahrheit näher kommt die Angabe, es werde der Erwerb und die Verwaltung einer in den Statuten genannten bestimmten Liegenschaft bezweckt. Aber auch der so umschriebene Zweck stellt bei näherem Zusehen keinen (echten) Gesellschaftszweck dar. Der "Erwerb" würde den Bestand der AG (wenn überhaupt) zum vorneherein nur solange rechtfertigen, als die Liegenschaft noch nicht erworben ist; mit dem Erwerb müßte die AG wegen Erreichung des Zweckes aufgelöst werden. Demgegenüber ist die "Verwaltung" zwar ein Dauerzweck, aber nach dem Willen der Beteiligten soll dieser Zweck gar nicht von der AG (auf Grund einer Willensbildung der Gesellschaftsorgane) erstrebt werden, sondern vom wahren Eigentümer; die Gesellschaftsorgane sollen nur dessen Instrumente sein; insbesondere ist ein vom Allein- oder Hauptaktionär verschiedenes Mitglied der Verwaltung in erster Linie Beauftragter des Aktionärs, nicht etwa der AG. Daß kein Zweck im aktienrechtlichen Sinn verfolgt wird, zeigt sich auch bei der Festsetzung des Grundkapitals. Während hiefür bei einer echten AG deren Zweck und der daraus

¹⁷ Hiezu allgemein *Merz*, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 88 ff. zu Art. 2 ZGB und das dort angeführte Schrifttum.

sich ergebende Bedarf an Eigenkapital maßgebend ist, wird das Grundkapital bei einer Immobilien-AG nicht durch einen (ja nicht vorhandenen) Zweck bestimmt, sondern durch den Beweggrund, der das Wesen einer solchen AG ausmacht: Es geht einfach um die Schaffung eines künstlichen Rechtsträgers für ein bestimmtes Grundeigentumsrecht. Deshalb (und auch wegen der Stempelsteuer) wird das Grundkapital auf die gesetzliche Mindesthöhe (oder nicht viel darüber) festgesetzt, ganz ohne Rücksicht auf den Wert des Grundstückes, dessen Eigentümerin die AG werden soll. Die Differenz zwischen diesem Wert (abzüglich des Fremdkapitals, das gewöhnlich grundpfandlich gesichert ist) und dem Grundkapital wird dann als Aktionär-Darlehen hingestellt, wobei man sich meistens nicht einmal die Mühe nimmt, einen Darlehensvertrag vorzutauschen¹⁸. Das sogenannte Darlehen wird eben gar nie ausbezahlt, sondern zeigt, zusammen mit dem Grundkapital, einzig an, wie viel der oder die Aktionäre in das Grundstück investiert haben, in ein Grundstück, das sie schlicht als "ihr" Grundstück betrachten und nicht als Eigentum eines von ihnen verschiedenen Darlehensnehmers. Wohin man also sieht: Schon bei der Gründung zwingt die künstliche Konstruktion einer AG die Beteiligten zu einem "Dergleichen".

Seinen Höhepunkt erreicht dieses "Tun als ob" dann, wenn das Grundstück veräußert werden soll, auf welches Ziel hin die AG ja häufig gegründet wird. Die Veräußerung wird in das leichte Gewand einer Aktienübertragung gekleidet, nicht in die als Panzer empfundene Form einer Grundstückveräußerung. Daß aber, nach dem wirklichen Willen der Parteien, jeweils nichts anderes als eine Grundstückveräußerung stattfindet, zeigt sich schon darin, daß die Beteiligten durchwegs die gleichen Abreden treffen wie sie, wegen der Interessenlage, bei Grundstückveräußerungen üblich sind, etwa Abreden über die Gewährleistung für Grundstücksmängel und den Übergang von Nutzen und Gefahr¹⁹. Hiebei wird auch der Erwerber meist schon tüchtig in das aktienrechtliche Spiel einbezogen: So werden ihm zusammen mit den Aktien die vorhin erwähnten Aktionär-Darlehensforderungen²⁰ abgetreten. Ferner sind Aktien, die auf ihn übergehen, häufig nicht einmal verurkundet²¹, ein Zeichen dafür, daß die Aktien in den Augen der Parteien als solche (nämlich als Beteiligungsrechte) wert- und interessemäßig bedeutungslos sind und nur dazu dienen, einen Schein aufrechtzuerhalten. Bezeichnend für diesen Scheincharakter ist übrigens auch der Sprachgebrauch, der sich in den Verkehrskreisen eingebürgert hat²². Häufig wird nicht von einem Verkauf von Aktien gesprochen, sondern vom Verkauf des gesamten "Grundkapitals", was streng genommen etwas Unmögliches ist; oder, noch simpler, vom Verkauf einer "Gesellschaft", als ob man eine Gesellschaft verkaufen könnte. Zur Gesetzesumgehung gesellt sich die Sprachfäulnis!

[151] 2. Eine Gesetzesumgehung ist grundsätzlich nicht zu dulden. Eine Ausnahme rechtfertigt sich nur dann, wenn die umgangene Verbotsnorm gar kein eigentliches Verbot enthält, sondern für den von ihr erfaßten Tatbestand nur eine von mehreren zulässigen Regelungen anbietet²³. Diese Ausnahme ist aber, wie noch zu zeigen sein wird (IV), bei den umgangenen Bestimmungen des Sachenrechtes nicht gegeben. Nach ihrem gesetzgeberischen Zweck sollen sie allgemein gelten und nicht durch die Anwendung von Aktienrecht praktisch außer Kraft gesetzt werden können.

Somit liegt eine unzulässige Gesetzesumgehung vor. Nach der neuern zivilrechtlichen Lehre²⁴ gibt es an sich ein einfaches und wirksames Mittel, einer solchen Umgehung Herr zu werden: das Mittel der Auslegung, der Feststellung des wirklichen Willens der Beteiligten, vor allem anhand der Interessenlage. Gemäß Art. 18 OR ist dieser wirkliche Wille maßgebend, nicht die unrichtige Ausdrucksweise, deren sich die Beteiligten aus Irrtum oder Absicht bedienen. Wenn also die Beteiligten etwas als AG hinstellen, was in Wirklichkeit entweder gar keine Gesellschaft ist oder

¹⁸ Zum Problem des "verdeckten Eigenkapitals" bei Immobilien-AG siehe BGE 90 I 217 und 98 I b 470; *Brassel* (53 ff.).

¹⁹ Beispiele bei *Schlaepfer* (149 f.) und *Fatton* (103 ff. und 116 ff.); siehe ferner *Teitler* (86 ff. und 109 ff.).

²⁰ Beispiel bei *Fatton* (149 ff., Ziff. IV).

²¹ Vgl. *Fatton* (43 f.).

²² Hiezu auch *Fatton* (38 ff.).

²³ *Merz*, a.a.O., N 90 zu Art. 2 ZGB.

²⁴ *Merz*, a.a.O., N 91 zu Art. 2 ZGB.

doch keinen aktienrechtlichen Zweck hat, so wollen sie eben keine AG; vielmehr wollen sie auch als "Aktionäre", als die sie sich ausgeben, mit dem Eigentum der angeblichen AG schalten und walten, wie es ihnen beliebt. Die vorgestellte AG ist also nach dem Grundsatz von Art. 18, weil nicht wirklich gewollt, als rechtliches Nichts zu behandeln. Die Anwendung von Art. 18 führt demnach geradewegs zur sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise, nämlich zu einer der wirklichen Interessenlage (und damit dem wirklichen Parteiwillen) entsprechenden Qualifizierung der Rechtsbeziehungen. Diese Betrachtungsweise ist keineswegs dem Steuerrecht eigen, sondern erlaubt auch bei der Anwendung von Zivilrecht, Scheinkonstruktionen zu durchstoßen, die bei einer Gesetzesumgehung aufgebaut werden.

Gleichwohl wird bei der Immobilien-AG die Gesetzesumgehung geduldet. Warum? Aus zwei Gründen tatsächlicher Art und aus einem rechtlichen Grund:

Einmal ist den Beteiligten die Gesetzesumgehung häufig gar nicht bewußt. Man denke an den Fall der industriellen AG, die zu einer Immobilien-AG zusammenschumpft (I, 2 b). Im häufigsten Fall der Einmanngesellschaft muß sich allerdings der Einmann, wenn er nur über ein bißchen gesunden Menschenverstand verfügt, bewußt sein, daß die Einmanngesellschaft ein Widerspruch in sich ist. Aber er kann sich trösten beim Gedanken, daß diese "Gesellschaftsform" eine verbreitete Erscheinung ist und im Verkehr hingenommen wird. Die Duldung begünstigt die Gesetzesumgehung!

Sodann wird diese Umgehung unter den Beteiligten selber kaum jemals streitig (während beispielsweise die Umgehung der Bestimmungen über den Abzahlungskauf nicht selten zwischen Käufer und Verkäufer streitig wird). Der Einmann kämpft ohnehin nicht gegen sich selbst. Mehrere Aktionäre gewinnen nichts, wenn sie bei einem Streit unter sich die Gültigkeit ihrer AG angreifen. Die Gläubiger der AG kommen durch die Gesetzesumgehung nicht zu Schaden, sondern haben unter Umständen sogar ein Interesse daran, daß die Konstruktion einer AG aufrechterhalten bleibt.

Bleiben die Behörden. Dürfen sie die Gesetzesumgehung dulden? Hier schiebt der rechtliche Grund einen Riegel: Das Gesetz gibt der Urkundsperson und insbesondere der Handelsregisterbehörde so wenig Kompetenzen, daß sie die Verurkundung und Eintragung einer Immobilien-AG nicht wirksam hindern können. Denn eine eigentliche amtliche Gründungsprüfung, bei der auch die Beweggründe näher unter die Lupe genommen werden könnten, findet nicht statt. Geben z. B. die Statuten einen scheinbar echten Gesellschaftszweck an (z. B. Handel mit Liegenschaften), so kann der Handelsregisterführer nicht wirksam überprüfen, ob dieser Zweck wirklich gewollt ist. Wenn dann aber die AG einmal im Handelsregister eingetragen ist, so greift mit Rücksicht auf gutgläubige Dritte der Satz ein, daß das Recht der Persönlichkeit auch dann erworben ist, "wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren" (Art. 643 Abs. 2 OR). Ein behördliches Anfechtungsrecht gibt es nicht. Die Folge des Gutgläubenschutzes ist also, daß nunmehr die Behörden die Gutmütigen spielen müssen. Die Handelsregisterbehörden haben die 21 000 Immobiliengesellschaften, solange sie eingetragen sind, wie echte Aktiengesellschaften zu behandeln – man ist versucht zu sagen: mit tierischem Ernst –, obwohl sie meistens annehmen müssen, daß diese Gesellschaften nur dazu dienen, das Grundeigentum der Aktionäre zu tarnen²⁵.

Nicht besser ergeht es dem Zivilrichter. Behauptet eine Prozeßpartei, der Verkauf aller Aktien einer Immobilien-AG sei nichts anderes als ein Grundstückverkauf, bedürfe daher der öffentlichen Beurkundung (BGE 45 II 33 ff.) und stelle, falls ein Vorkaufsrecht bezüglich des Grundstückes besteht, einen Vorkaufsfall dar (BGE 92 II 160), so muß auch der Richter wegen der heilenden Wirkung der Handelsregistereintragung "so tun als ob" und mit [152] logisch sicher einwandfreien Erwägungen darlegen, der Verkauf der Aktien sei juristisch etwas ganz anderes als ein Grundstückverkauf. Mittelbar wird damit die Gesetzesumgehung durch die Rechtsprechung besiegelt, wenn auch unfreiwillig. Einzig den Steuerbehörden bleibt es unbenommen, die Dinge

²⁵ Nur im Vorbeigehen sei darauf hingewiesen, wie sehr der einst inhaltsschwere Begriff der juristischen Persönlichkeit durch die praktisch ungehinderte und massenweise Zulassung von Einmanngesellschaften abgewertet wird.

beim richtigen Namen zu nennen.

IV. Rechtspolitische Erwägungen

Wird eine bestimmte Gesetzesumgehung zu einer verbreiteten Erscheinung, so stellt sie ein Warnsignal an den Gesetzgeber dar: Etwas ist im Rechtsleben nicht in Ordnung. Die Immobilien-AG ist nun sicher eine verbreitete Erscheinung. Zwar sind 21 000 Gesellschaften, auf das ganze Land besehen, nicht überwältigend viel. Wenn wir uns aber daran erinnern, daß sie immerhin einen Viertel aller Aktiengesellschaften ausmachen und daß ihnen häufig wertvollste Grundstücke gehören – Wohnblöcke und Geschäftshäuser –, dann können wir die 21 000 nicht auf die leichte Schulter nehmen. Der Gesetzgeber muß eine rechtspolitische Gewissenserforschung anstellen, und mit ihm, ja vor ihm, der Staatsbürger, besonders der als Jurist oder Beamter mit dem Rechtsleben näher verbundene Bürger.

Rechtspolitisch gesehen kann eine Gesetzesumgehung zwei Ursachen haben: Entweder erweist sich die umgangene Verbotsnorm als unzweckmäßig oder gar ungerecht, so daß der Rechtsverkehr auf einen juristischen Schleichweg abgedrängt wird, aus verständlichen Gründen, mag dieser Weg formell auch nicht in Ordnung sein. Alsdann belehrt uns die Gesetzesumgehung, daß die umgangene Norm zu ändern ist, wobei der Schleichweg sogar Anhaltspunkte für eine zweckmäßige Fortbildung des Rechtes aufzeigen kann.

Oder die umgangene Norm ist sachlich angemessen, wenn auch für die Beteiligten unbequem. Alsdann verstößt die Gesetzesumgehung gegen Ziele, die der Gesetzgeber um der öffentlichen Ordnung und der Gerechtigkeit willen als richtig bezeichnet hat und die er durchsetzen muß, auch wenn sie nicht jedermann passen. Die Gesetzesumgehung ist dann ein Mißbrauch, den es abzustellen gilt.

Nun ist im gesellschaftlichen Leben nichts ganz weiß oder ganz schwarz. Auch bei der Immobilien-AG muß Licht und Schatten verteilt werden. Wenn wir an das Beispiel des Grundeigentümers denken, der eine Immobilien-AG gründet, um bei der Erbteilung jedem Kind einen gleichen Wertanteil an seinem Grundstück zu verschaffen, so finden wir eine solche Lösung vernünftig und bestechend einfach. Weshalb wir uns fragen müssen, ob das geltende Erbteilungsrecht oder die Regeln über das Miteigentum zu schwerfällig sind oder ob das Rechtsinstitut der Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB) besser ausgebaut werden sollte, um dem manifest gewordenen Bedürfnis nach einer fortgesetzten Erbengemeinschaft an einem einzigen wertvollen Grundstück Rechnung zu tragen. Beim Gedanken an die wackern Bauhandwerker, die in finanzieller Enge zunächst ein Baugrundstück in die AG einwerfen, um es sobald wie möglich und so einfach wie möglich abstoßen zu können, müssen wir uns fragen, ob es richtig ist, solche Handänderungen mit der gleichen Steuer zu belegen wie irgendeinen andern Grundstückverkauf. Besonders lehrreich war das Aufkommen der Société actionnaires-locataires nach dem Zweiten Weltkrieg. Es zeigte, daß ein Bedürfnis nach dem vom Gesetz damals noch verpönten Stockwerkeigentum bestand.

Indessen sind wir mit Erwägungen dieser Art, die uns zur Milde stimmen könnten, rasch zu Ende. Viel gewichtiger sind die Gegenüberlegungen:

Einmal erweist sich der Schleichweg der Immobilien-AG auch insofern, als er im Einzelfall aus verständlichen Gründen beschritten wird, gesetzgeberisch als Irrweg. Er bietet keine richtige Lösung an. Denn Rechtsfragen, die sich bei der Vererbung eines Grundstückes oder bei sonstiger Beteiligung Mehrerer an einem Grundstück ergeben, lassen sich nicht über ein Rechtsinstitut lösen, das, wie die Aktiengesellschaft, auf den Betrieb eines Unternehmens zugeschnitten ist.

Sodann – und das ist der wichtigste Punkt – sind die umgangenen Normen des Sachenrechts, aufs Ganze besehen, keineswegs veraltet. Ganz im Gegenteil: Sie beruhen auf zwei Grundsätzen, in denen ebenso richtige als wichtige Leitgedanken des Gesetzgebers zum Ausdruck kommen. Es sind die folgenden:

Zunächst der Grundsatz, daß der rechtsgeschäftliche Verkehr mit Grundstücken der öffentlichen Beurkundung bedarf: Eine Urkundsperson, also eine auch dem Staat verantwortliche rechtskundige Vertrauensperson, hat in einem Schriftstück, das für jedermann glaubwürdig sein soll, festzustellen, wer Partei des Rechtsgeschäftes ist und was die Parteien genau wollen. Dies verlangt die Verkehrssicherheit und die Zuverlässigkeit der Grundbuchführung, aber auch das Wohl der Beteiligten, die sonst Gefahr laufen, in einer wichtigen Sache übereilt zu handeln oder ihren Vertrag unklar zu gestalten. Bei der Immobilien-AG wird dieser Grundsatz aus den Angeln gehoben. Durch sie wird der Grundstückverkehr völlig privatisiert, häufig auch anonymisiert: Wir haben bei ihr keine amtliche Verantwortung für die Abfassung des Vertrages (was nicht heißen will, daß nicht auch private Verträge mit Sorgfalt abgefaßt werden können und es auch häufig werden). Wir haben auch keine amtliche Feststellung, wer die Parteien sind und ob der [153] Veräußerer wirklich Aktionär, sein Vertreter wirklich bevollmächtigt ist²⁶; häufig ist der Kaufgegenstand, die Gesamtheit der Aktien, nicht einmal in einer Urkunde materialisiert, und nicht selten gibt der Vertreter des Veräußerers dem Erwerber nicht einmal den Namen des Veräußerers bekannt. Von einem Gutgläubensschutz kann unter solchen Umständen keine Rede sein. Somit ist alles, was der Gesetzgeber für den Grundstückverkehr an Sorgfaltsmaßnahmen ausgedacht hat, wie weggeblasen.

Der zweite sachenrechtliche Grundsatz, der mit der Immobilien-AG umgangen wird, ist die Öffentlichkeit des Grundbuchs. Den inhaltlichen Kern des Grundbuchs bildet die Angabe des Eigentümers. Sie hat einen zweifachen Zweck. Zunächst dient sie dem Eigentümer selber. Zu seinen Gunsten stellt das Grundbuch für jedermann klar, daß das Grundstück ihm gehört und keinem andern; das erleichtert ihm die Ausübung des Eigentums. Diesem ersten Zweck genügt auch die Angabe einer Immobilien-AG als Eigentümerin. Darüber hinaus hat aber die Eigentümerangabe des Grundbuchs noch einen zweiten, allgemeinen Zweck, der einem öffentlichen Interesse dient: Für jedermann soll das Grundbuch festhalten, wer Eigentümer ist: Die Rechtsträgerschaft an Grund und Boden ist Gegenstand eines allgemeinen, vom Gesetzgeber geschützten Informationsinteresses²⁷. Mit andern Worten: Wer schon Eigentum an Grund und Boden beansprucht, also ein Stück Land unter Ausschluß aller Andern beherrschen will, der soll vor aller Öffentlichkeit zu diesem Anspruch stehen und sich als Eigentümer bekennen. Zwar ist das Grundeigentum ein Privatrecht. Aber *wer* im Einzelfall Träger dieses Privatrechtes ist, das ist keine Privatsache. Jedermann soll es wissen dürfen. *Diesem* Zweck des Grundbuchs läuft die Immobilien-AG geradewegs zuwider. Sie zielt ja darauf ab, einen künstlichen Eigentümersträger zu schaffen und den wirklichen Eigentümer zu verheimlichen. Freilich wäre es sowohl aktien- als auch firmenrechtlich durchaus möglich, in die Firma einer Immobilien-AG den Namen ihres Haupt- oder Alleinaktionärs aufzunehmen. Von dieser Möglichkeit wird aber kaum jemals Gebrauch gemacht, womit übrigens der Tarnungszweck der Immobilien-AG eindeutig belegt wird. Wie schon erwähnt, erlauben die landläufigen Firmen von Immobilien-Gesellschaften höchstens, das Grundstück zu identifizieren, das der Gesellschaft gehört, nicht dagegen deren Allein- oder Hauptaktionär. Da nun die Eigentümerangabe des Grundbuchs einzig die Firma angibt, ist diese Angabe praktisch durchwegs eine Nichtangabe. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Grundbuchs ist insoweit in sein Gegenteil verkehrt.

Demgegenüber könnte man einwenden, das Gesetz kenne nun einmal juristische Personen aller Art und erlaube es auch, daß diese nur mit ihrer Firma in das Grundbuch eingetragen werden, ohne jede Angabe darüber, was für natürliche oder juristische Personen hinter der eingetragenen juristischen Person stehen. Dieser Einwand übersieht einen wichtigen Unterschied. Wenn eine juristische

²⁶ Vgl. hiezu *Fatton* (51 ff.). Zu beachten ist, daß das Handelsregister nur darüber Auskunft gibt, wer die AG zu vertreten ermächtigt ist, nicht dagegen darüber, wer die Aktionäre vertreten darf.

²⁷ Zu erinnern ist an die Gepflogenheit mancher Kantone, alle Handänderungen an Grundstücken im Amtsblatt zu veröffentlichen. Die in Art. 970 Abs. 2 ZGB enthaltene Beschränkung des Öffentlichkeitsprinzips rechtfertigt sich nicht wegen der Eigentümerangabe, sondern wegen der übrigen Aufzeichnungen im Hauptbuch und in den Belegen (insbesondere wegen der Grundpfandbelastungen); sie darf daher nicht auf die Eigentümerangabe als solche bezogen werden.

Person, so wie sich der Gesetzgeber juristische Personen vorgestellt hat (z. B. eine Industriegesellschaft, Konsumgenossenschaft, Versicherungsgesellschaft, Pensionskasse), im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist, so erfährt man zwar in der Tat aus dem Eintrag nicht, welchen natürlichen Personen das Grundstück letzten Endes dient. Diese Mediatisierung und Anonymisierung des Grundeigentums nimmt der Gesetzgeber durch die Zulassung juristischer Personen in Kauf. Gleichwohl haben die betreffenden Eigentümerangaben eine große Aussagekraft. Denn die Industriegesellschaft X, die Konsumgenossenschaft Y usw. sind echte gesellschaftliche Gebilde und als solche bekannt. Mein Wissen vermehrt sich, wenn ich erfahre, daß ein Grundstück z. B. der Konsumgenossenschaft Y gehört. Wenn ich dagegen erfahre, daß es der Immobilien-AG Bahnhofstraße 4 gehört, so bin ich so klug wie zuvor.

Somit ergibt sich der eindeutige Schluß, daß die Immobilien-AG gegen zwei Fundamentalsätze des Sachenrechts verstößt: die öffentliche Beurkundung des Grundstückverkehrs und die Öffentlichkeit der Eigentümerangabe des Grundbuchs. Sie reißt somit in die sachenrechtliche Ordnung eine breite Bresche ein. Das ist schon an sich ein Übel. Außerdem ergeben sich daraus bei der heutigen Verbreitung der Immobilien-AG stoßende Rechtsungleichheiten: Das Geschäftshaus A muß, weil der wahre Eigentümer eingetragen ist, auf dem Wege der öffentlichen Beurkundung und einer Änderung des Grundbucheintrags die Hand wechseln. Das daneben liegende Geschäftshaus B, das einer Immobilien-AG gehört, kann – praktisch – durch bloße Aktienübertragung und ohne jede Änderung des Grundbuchstandes die Hand wechseln. Im einen Fall spielt der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundstückverkehrs, im andern [154] Fall spielt er nicht. Das ist auf die Dauer ein unhaltbarer Zustand.

Diesen Zustand kann man nicht rechtfertigen mit der Erwägung, die weite Verbreitung der Immobilien-AG zeige, daß ein echtes wirtschaftliches Bedürfnis vorliege, das man nicht übersehen dürfe. Gewiß liegt dieses Bedürfnis vor. Es ist das Bedürfnis, Unkosten und Steuern zu sparen, ein Rechtsgeschäft so rasch und so privat als möglich zu erledigen, und vor allem, einen Eigentümer zu tarnen. Aber diese Bedürfnisse sind längst bekannt. Ihnen zum Trotz hat der Gesetzgeber das Immobiliarsachenrecht nach dem Öffentlichkeitsprinzip ausgerichtet. Sich diesem Prinzip unterzuordnen, ist nach dem Willen des Gesetzgebers jedermann zuzumuten. Andere schützenswerte wirtschaftliche Anliegen, welche die Immobilien-AG und ihre Verbreitung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Gemessen an der Wertordnung, die dem Gesetz zugrundeliegt, stehen wir eindeutig vor einem Übelstand. Er ist gewiß nicht der schlimmste Übelstand, den es gibt; aber er ist auch nicht nebensächlich, zumal wenn man bedenkt, daß die Anonymität des Grundeigentums geeignet ist, das Grundeigentum als Privatrecht in Verruf zu bringen. Seit jeher sind denn auch Stimmen laut geworden, die diesen Übelstand hervorhoben²⁸.

2. Steht ein Mißstand fest, so hat der Gesetzgeber einzugreifen. In letzter Zeit sind denn auch parlamentarische Vorstöße in dieser Richtung unternommen worden²⁹. Auch bei der Beratung der "Lex Furgler" über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland wurden einschlägige Wünsche an den Gesetzgeber geäußert.

Was für Maßnahmen in Betracht fallen, sei zum Schluß nur noch angedeutet. Zu denken ist an steuerliche Maßnahmen, die den bestehenden Immobilien-Gesellschaften die Auflösung erleichtern. Weiter an Änderungen des Aktienrechtes, welche die Lust zur Gründung neuer Gesellschaften nehmen und bestehende Gesellschaften zu erhöhter Publizität zwingen. Die Gründungsprüfung könnte ausgebaut, das Mindestgrundkapital einer AG könnte allgemein erheblich erhöht und zudem könnte vorgeschrieben werden, daß kleinere Gesellschaften, etwa mit weniger als 1 Million Grundkapital, nur Namenaktien ausgeben dürfen. In Frage kommt schließlich

²⁸ *Roulet* (67 ff.) spricht von einer "situation anormale", die er als "fâcheuse" empfindet. *Fatton* (145) bezeichnet die Immobilien-AG als "institution inopportune". *Bourgeois* (248) kommt u. a. zu folgenden Schlüssen: "Il est ..., à long terme, préférable de posséder un immeuble en propre ... La faveur dont la S.I. jouit aujourd'hui s'explique en grande partie par ses avantages fiscaux pour les professionnels du commerce immobilier." Siehe auch *Brassel* (10 ff.).

²⁹ Postulat Oehler vom 17. März 1972; Kleine Anfrage Reich vom 10. Dezember 1973.

die Vorschrift, daß Gesellschaften, deren Hauptaktivum ein Grundstück ist, ihr Aktienbuch beim Grundbuchamt zu hinterlegen haben und daß die Aktien einer solchen Gesellschaft, gleich wie die Stammanteile einer GmbH, nur durch öffentliche Beurkundung übertragen werden können. Solche scharfe Schnitte lassen sich aber nur dann verwirklichen, wenn die öffentliche Meinung sich des Übelstandes bewußt ist. Die öffentliche Meinung muß nicht zuletzt von denen gebildet werden, die, wie die Grundbuchverwalter, aus ihrer täglichen Erfahrung den Sinn und Zweck unserer sachenrechtlichen Ordnung zu schätzen wissen.

Im Jahr 1935 hat mein einstiger hochgeschätzter Lehrer, Professor Alfred *Siegwart*, seine nachher vielbeachtete Rektoratsrede der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten gewidmet³⁰, wobei er als Hauptbeispiel die Einmann-Aktiengesellschaft nannte, allerdings nicht die Immobilien-AG. Seine Rede war getragen vom Grundgedanken, daß die Lebensverhältnisse nicht nach ihrer äußern Form zu beurteilen seien, sondern nach inneren Werten, "nach einer vernünftigen Zweckordnung". Eine solche Beurteilung bedeute "eine gewaltige Verfeinerung des Rechtslebens". Meines Erachtens wird durch die Immobilien-AG das Rechtsinstitut der Aktiengesellschaft zweckwidrig verwendet, um die vernünftige Zweckordnung des Sachenrechts zu umgehen. Betrachtet man die Immobilien-AG unter diesem maßgebenden Gesichtspunkt, nicht nach ihrer äußern Form, und handelt der Gesetzgeber nach dieser Einsicht, so wird sich daraus eine ebenso bedeutsame als notwendige Verfeinerung des Rechtslebens ergeben!

³⁰ *Siegwart A.*, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburg 1936 (insbesondere 10 ff. und 44 f.).