

Das Begehren des Gläubigers um Befriedigung oder Sicherstellung bei der Kapitalreduktion



MARTIN L. MÜLLER
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht

1. Kapitalherabsetzungsverfahren
2. Gläubigerschutz vs. Missbrauchspotential
3. Für welche Forderungen?
 - 3.1. Grundsätzliches
 - 3.2. Anerkannte Forderungen
 - 3.3. Nicht anerkannte Forderungen, für die aber Rückstellungen gebildet werden (müssen)
 - 3.4. Nicht anerkannte Forderungen
4. Zeitpunkt
5. Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung
 - 5.1. Form und Frist
 - 5.2. Adressat
 - 5.3. Inhalt
 - 5.4. Wahlrecht zwischen Befriedigung und Sicherstellung?
6. Ausmass der Sicherstellung
7. Dauer der Sicherstellung
8. Art der Sicherstellung
9. Auflösung von Sicherstellungen als Sanierungsmassnahme?
10. Bestätigung der Gesellschaft
11. Öffentliche Feststellungsurkunde
12. Standardisierte Dokumente

1. Kapitalherabsetzungsverfahren

Das Verfahren zur Herabsetzung des Aktienkapitals ist sehr formalisiert: Zunächst muss ein zugelassener Revisionsexperte zu Händen der Generalversammlung bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach der Kapitalherabsetzung gedeckt sind (Art. 732 Abs. 2 OR). Sobald diese Bestätigung vorliegt, kann die Generalversammlung die entsprechende Statutenänderung genehmigen (Art. 732 Abs. 1

OR). Anschliessend veröffentlicht der Verwaltungsrat den Beschluss dreimal im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie in der in den Statuten vorgesehenen Form (i.d.R. ist das ebenfalls die Publikation im SHAB) und gibt den Gläubigern im Rahmen des sog. Schuldendrufs bekannt, dass sie binnen zwei Monaten, von der dritten Bekanntmachung im SHAB an gerechnet, unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können (Art. 733 OR). Nach Ablauf dieser zweimonatigen Frist muss die Gesellschaft bestätigen (sog. Anmeldebestätigung), dass keine solchen Begehren um Befriedigung oder Sicherstellung eingegangen bzw. dass entsprechende Begehren erfüllt worden sind. Anschliessend muss ein Notar mit öffentlicher Urkunde bestätigen, dass die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung erfüllt sind (Art. 734 OR). Der Notar muss dabei insbesondere prüfen, ob der Prüfungsbericht vorgelegen hat, die Generalversammlung richtig durchgeführt worden ist, der Verwaltungsrat den Schuldendruf dreimal im SHAB publiziert und die Gesellschaft die Anmeldebestätigung korrekt ausgestellt hat. Erst wenn der Notar mit öffentlicher Urkunde festgestellt hat, dass all diese Voraussetzungen erfüllt worden sind, kann die Kapitalherabsetzung beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden. Mit Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister ist das Kapitalherabsetzungsverfahren abgeschlossen und die Kapitalherabsetzung wirksam.

Die meisten Kapitalherabsetzungsverfahren gehen in der Schweiz problemlos über die Bühne, wobei offen ist, ob Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung überhaupt verlangen oder ob die Gesellschaften solchen Begehren ohne weiteres nachkommen¹.

Anregungen nimmt der Autor gerne entgegen: martin.mueller@pestalozzilaw.com.

¹ Vgl. aber das Urteil des Bundesgerichts 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007: Die Swisscom AG musste im Rahmen einer ihrer Kapitalreduktionen den strittigen Anspruch eines angeblich für sie tätigen Mäklers sicherstellen und wollte in der Folge die diesbezüglichen Sicherstellungskosten ersetzt haben. Sodann konnte Transocean Ltd., Zug, eine von der ordentlichen Generalversammlung 2010 beschlossene Nennwertreduktion nicht durchführen, da das Handelsregister des Kantons Zug die Eintragung verweigert hat (Mitteilung der Transocean Ltd. vom 13. August 2010). Gemäss Transocean Ltd. wurde die Eintragung aufgrund von in der Schweiz zugestellten Klagen im Zusammenhang mit dem Untergang der Bohrinsel Deepwater Horizon im Golf von Mexico verweigert. Die Angelegenheit ist derzeit gemäss Transocean Ltd. beim Bundesgericht hängig. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Entscheide sind öffentlich nicht zugänglich. Transocean Ltd. hat im Februar 2011 mitgeteilt, dass der Verwaltungsrat der ordentlichen Generalver-

2. Gläubigerschutz vs. Missbrauchspotential

Die rigiden Regeln des Kapitalherabsetzungsverfahrens stellen sicher, dass die Gläubiger der Gesellschaft durch die Kapitalherabsetzung nicht benachteiligt werden, denn mit der Herabsetzung des Aktienkapitals geht ihnen Haftungssubstrat verloren.

Für den Gläubigerschutz entscheidend sind insbesondere die Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten sowie die Möglichkeit von Gläubigern der Gesellschaft, während der zweimonatigen Frist nach der dritten Bekanntmachung im SHAB die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen. Die Treuhand-Kammer als Branchenorganisation der Revisionsexperten hat klare Regelungen erlassen, wie ein Revisionsexperte vorzugehen und was er alles zu prüfen hat, um im Prüfungsbericht bestätigen zu können, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach Herabsetzung des Aktienkapitals gedeckt sind². Zur Bestätigung der Gesellschaft, dass kein Gläubiger Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung verlangt hat, fehlt hingegen eine verbindliche Interpretationshilfe, da es im Wesentlichen nur den Gesetzestext gibt³.

Die Vorschriften von Art. 733 OR können aber nicht nur Gläubiger schützen, sondern auch von – angeblichen oder tatsächlichen – Gläubigern zum Nachteil der Gesellschaft missbraucht werden: Stellt ein Gläubiger ein Begehren um Sicherstellung bzw. Befriedigung, wird in der Regel der ganze Kapitalherabsetzungsprozess aufgehalten, und bei betragsmässig grossen Begehren kann allenfalls die Kapitalherabsetzung gar nicht durchgeführt werden.

Die Gesellschaft ist deshalb vor missbräuchlichen Begehren zu schützen: Gläubiger erhalten plötzlich substantielle *bargaining power* zur Nachverhandlung eines bereits geschlossenen Vertrags, indem sie der Gesellschaft andro-

hen können, das laufende Kapitalherabsetzungsverfahren zu torpedieren. Gläubiger scheinen diese Möglichkeit aber bis jetzt nicht ausgenutzt zu haben, denn in den rund 75 Jahren seit Einführung der aktuellen Kapitalherabsetzungsregeln wurde kein Entscheid publiziert, der Erpressungsversuche eines Gläubigers thematisiert⁴.

Die Sicherstellung verschlechtert die Position derjenigen Gläubiger, die keine Sicherstellung verlangt haben, denn mit der Sicherstellung geht ihnen Haftungssubstrat verloren⁵. Demgegenüber kann ein Gläubiger – darauf vertrauend, dass nicht alle Gläubiger der Gesellschaft ein Sicherstellungsbegehren stellen – mit der Sicherstellung seine wirtschaftliche Position signifikant verbessern. Eine solch pauschale Besserstellung zu Lasten untätig gebliebener Gläubiger wird nicht in allen Fällen angemessen sein. Diesbezüglich ist insbesondere zu beachten, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Publikation im SHAB realistischweise nie alle Gläubiger erreichen wird und dementsprechend verschiedene Gläubiger von der beabsichtigten Kapitalherabsetzung und ihren diesbezüglichen Rechten gar keine Kenntnis erlangen.

Fraglich ist sodann, ob die Sicherstellung von Forderungen bei einer Kapitalreduktion die Interessen der Gesellschaft effizient wahren kann, denn Sicherstellung wird in *«grösserem Umfang einem nicht überfinanzierten Unternehmen normalerweise gar nicht möglich»*⁶ sein. Überdies wird durch die Sicherstellung das vorbestehende Vertragsgleichgewicht erheblich gestört, denn eine gesicherte Forderung ist mehr wert als eine ungesicherte; so ist z.B. für ein ungesichertes Darlehen ein höherer Zinssatz zu bezahlen als für ein gesichertes Darlehen. So banal diese Erkenntnis, so gravierend die Auswirkungen, denn mit der Sicherstellung müsste sich zugleich auch das ganze Vertragsverhältnis anpassen, um den *windfall profit* des Gläubigers entsprechend auszugleichen. So wäre bei einem ungesicherten Darlehen, das zu Marktpreisen (von z.B. 8%) verzinst wird, nach der Sicherstellung nur noch der Zinssatz für gesicherte Darlehen (z.B. 3%) zu bezahlen. Eine solche Anpassung ist aber gesetzlich nicht vorgesehen. Mit der Sicherstellung wird dementsprechend nicht nur die verminderte Kapitalbasis ausgeglichen, sondern auch die Position des zuvor ungesicherten Gläubigers substantiell verbessert.

Im Fusionsgesetz hat sich der Gesetzgeber zum Prinzip eines effizienten Gläubigerschutzes bekannt. Dieses berücksichtigt sowohl die Interessen der Gläubiger als auch die Interessen der Gesellschaft angemessen. So müssen bei der Fusion und der Spaltung Forderungen der jeweiligen Gläubiger nicht sichergestellt werden, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger durch den fusionsgesetzlichen Vorgang nicht gefährdet

sammlung 2011 vorgeschlagen wird, auf die 2010 beschlossene Nennwertreduktion zu verzichten, womit die entsprechende Eingabe beim Bundesgericht gegenstandslos und zurückgezogen würde.

² Vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Zürich 2009, Bd. 3, 63 ff.

³ Nebst den Ausführungen in den führenden Kommentaren ist insbesondere auf die Dissertation von MICHEL HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2004, insbesondere N 268 ff., zu verweisen. Des Weiteren sind verschiedene Arbeiten nach der Einführung des – heute noch geltenden – Rechts von 1936 entstanden, z.B. MAX STAEHELIN jun., Zur Frage der Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, in: ZSR 1938, 234–272; PAUL LANZ, Die Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, in: SAG 1937/38, 112–114; BERNHARD ZINGG, Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Zürich 1940; FRITZ VON STEIGER, Zur Frage der Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, in: SAG 1944/45, 73–76.

⁴ In der Lehre wurde diese Gefahr aber schon früh aufgegriffen, vgl. STAEHELIN (FN 3), 267, Fn. 43.

⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 2 N 351.

⁶ BÖCKLI (FN 5), § 2 N 351a.

wird⁷. Diese gesetzgeberische Wertung muss m.E. auch für die Beurteilung des Gläubigerschutzes im Rahmen der Kapitalreduktion beachtet werden.

Aus all diesen Gründen ist m.E. der Forderung in der Lehre zuzustimmen, dass bei noch nicht fälligen Forderungen ein *«Anspruch auf Sicherstellung nur besteht, wenn eine Gefährdung der Forderungen zufolge der Kapitalherabsetzung offensichtlich ist oder mindestens glaubhaft gemacht wird»*⁸. Angefügt sei, dass aus ökonomischer Sicht Gläubiger viel eher an einer guten Ertragslage der Gesellschaft interessiert sind, die der Gesellschaft erlaubt, ihren Verbindlichkeiten rechtzeitig nachzukommen, als im Kapitalherabsetzungsverfahren Sicherstellung zu verlangen.

Die Gesellschaft – und damit letztlich der Verwaltungsrat – wird jeweils entscheiden müssen, ob die Voraussetzungen zur Sicherstellung der angemeldeten Forderungen gegeben sind. Dabei sind mögliche Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsrat Korrektiv für die von diesem vorzunehmende Prüfung der Voraussetzungen. Ist ein Gläubiger mit dem Entscheid der Gesellschaft über das Ausmass oder die Art der Sicherstellung nicht zufrieden, wird er m.E. die Gesellschaft gerichtlich belangen müssen⁹. Gegebenenfalls wird er auch Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen.

3. Für welche Forderungen?

3.1. Grundsätzliches

Beim Entscheid, für welche Forderungen Sicherstellung bzw. Befriedigung verlangt werden kann, sind m.E. Gläubigerschutz- gegen Gesellschaftsinteressen abzuwägen. Wie vorne ausgeführt¹⁰, bedingt diese Interessenabwägung, dass ein Anspruch auf Sicherstellung nur besteht, wenn der Gläubiger eine Gefährdung seiner Forderungen zufolge der Kapitalherabsetzung mindestens glaubhaft machen kann.

Aus dem Gläubigerschutzgedanken folgt sodann weiter, dass Sicherstellung nur diejenigen Gläubiger verlangen können, die der Gesellschaft *«im Vertrauen auf die Erhaltung des bisherigen Grundkapitals Kredit gewährt haben»*¹¹.

⁷ Art. 25 Abs. 3 FusG bei der Fusion; Art. 46 Abs. 2 FusG bei der Spaltung.

⁸ BÖCKLI (FN 5), § 2 N 352; nicht restlos klar HEINZMANN (FN 3), der diese Gesetzesauslegung in N 334 ablehnt, in N 389 dann aber ausführt, dass der fusionsgesetzlichen Erleichterung des Gläubigerschutzes eine *«allgemeinere Tragweite»* zukommt, dann aber sofort wieder darauf verweist, dass diese im Rahmen einer Gesetzesrevision als Vorbild dienen könnte.

⁹ A.M. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, OR II-MANFRED KÜNG, 3. A., Basel/Genf/München, Art. 734 OR, N 2 m.w.N.

¹⁰ Vgl. vorne Ziff. 2.

¹¹ ZINGG (FN 3), 98; vgl. ebenso PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 162; HEINZMANN (FN 3), N 323.

Gläubiger ausservertraglicher Ansprüche sind demzufolge nicht berechtigt, Sicherstellung oder Befriedigung zu verlangen, selbst wenn der diesbezügliche Anspruch vor der ersten Publikation des Schuldenrufs entstanden ist.

3.2. Anerkannte Forderungen

Gläubiger können für die von der Gesellschaft anerkannten Forderungen Sicherstellung bzw. Befriedigung verlangen. Da diese Forderungen korrekterweise auch in den Büchern der Gesellschaft aufgeführt sein müssen, werden sie von der Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten gemäss Art. 732 Abs. 2 OR erfasst.

3.3. Nicht anerkannte Forderungen, für die aber Rückstellungen gebildet werden (müssen)

M.E. kann ein Gläubiger für Forderungen, welche die Gesellschaft zwar nicht anerkennt, für die sie aber gemäss dem Vorsichtsprinzip (Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR) Rückstellungen gebildet hat bzw. bilden muss, Sicherstellung im Rahmen der Rückstellung verlangen. Für den die Rückstellung überschüssenden Teil gelten die Regeln für die nicht anerkannten Forderungen (vgl. sogleich Ziff. 3.4).

3.4. Nicht anerkannte Forderungen

Bei Forderungen, welche die Gesellschaft nicht anerkennt und für die sie keine Rückstellungen gebildet hat, ist eine Abwägung zwischen Gläubiger- und Gesellschaftsinteressen vorzunehmen. Einerseits ist das Gläubigerschutzbedürfnis hier besonders ausgeprägt, da diese Forderungen in der Buchhaltung der Gesellschaft nicht auftauchen und deshalb vom Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten gemäss Art. 732 Abs. 2 OR eben gerade nicht erfasst werden. Andererseits ist auch das Missbrauchspotential eines angeblichen Gläubigers besonders gross.

Die Gesellschaft muss ihre Bücher korrekt führen¹². Die mit dieser Verpflichtung verbundene Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ist m.E. das Regulativ, um dafür zu sorgen, dass die Bücher ordnungsgemäss geführt werden, sprich die Forderungen von Gläubigern ausgewiesen bzw. entsprechende Rückstellungen gebildet werden¹³. Demgegenüber kann

¹² Vgl. Art. 957 und 662a OR.

¹³ A.M. Justizdirektion Zürich, in SAG 1939/40, 82, wonach eine AG *«ihr unbequeme Forderungen einfach nicht in die Bücher einzutragen»* hätte, um dann diese Forderungen nicht sicherstellen zu müssen; ein solch gesetzeswidriges Vorgehen ist zwar möglich, kann und darf aber nicht vermutet werden, weshalb die von der Justizdirektion Zürich geltend gemachte Begründung abzulehnen ist.

die Gesellschaft gegen missbräuchlich erhobene Befriedigungs- und Sicherstellungsbegehren nicht sinnvoll vorgehen. Im Sinne einer effizienten Interessenabwägung ist deshalb zu verlangen, dass von der Gesellschaft nicht anerkannte Forderungen grundsätzlich nicht sicherzustellen sind. Ausnahmsweise anderes gilt, wenn die Gesellschaft eine Forderung offensichtlich zu Unrecht nicht anerkennt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Gläubiger einen provisorischen Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 82 SchKG präsentieren kann¹⁴.

4. Zeitpunkt

Umstritten ist, ob der sicherstellungs- bzw. befriedigungsrechtliche Anspruch vor der ersten oder der dritten Publikation des Schuldenrufs im SHAB entstanden sein muss. Die heute h.L. tendiert wohl zu letzterem¹⁵. Zu bedenken ist jedoch, dass sich eine solche Auslegung nicht mit dem Wesen einer «öffentlichen Bekanntmachung» im SHAB verträgt und bei Gläubigern, die eine Forderung nach der ersten und vor der dritten Publikation begründen, sich kaum beweisen lässt, ob sie um die geplante Kapitalherabsetzung wussten (und dementsprechend nicht schutzbedürftig sind) oder nicht (und dementsprechend zur Sicherstellung zuzulassen sind)¹⁶. Ich halte deshalb dafür, dass die Forderung vor der ersten Publikation des Schuldenrufs im SHAB entstanden sein muss, um sicherstellungs- bzw. befriedigungsberechtigt zu sein.

5. Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung

Gemäss Art. 733 OR können die Gläubiger nach der dritten Veröffentlichung des Schuldenrufs im SHAB während zwei Monaten «unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen». Mit dieser Bestimmung soll den Gläubigern – nebst derjenigen betreffend Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten, dass sämtliche Forderungen der Gläubiger auch nach der Kapitalreduktion voll gedeckt sind (Art. 732 Abs. 2 OR) – zusätzliche Sicherheit geboten werden. Dieses spezielle Gläubigerschutzinstitut zerfällt in zwei Teile: Einerseits die Pflicht zur Anmeldung der Forderung; andererseits das Recht, für die Forderung Befriedigung oder Sicherstellung verlangen zu können. Von Gläubigern, die ihre Forderungen entweder gar nicht anmelden oder nicht ausdrücklich Befriedigung oder Sicherstel-

lung verlangen, wird die Zustimmung zur Kapitalreduktion vermutet¹⁷.

5.1. Form und Frist

Die Anmeldung von Forderungen erfolgt in der Praxis i.d.R. schriftlich und per Einschreiben. Von Gesetzes wegen ist die Schriftform aber nicht nötig; die Anmeldung kann auch mündlich erfolgen, was aber aus Beweisgründen nicht zu empfehlen ist.

Die Forderungsanmeldung hat innert zwei Monaten nach der dritten Publikation des Schuldenrufs im SHAB zu erfolgen (Art. 733 OR)¹⁸. Zu beachten ist, dass diese Frist aus Gläubigerschutzgründen nicht abgekürzt werden kann¹⁹.

5.2. Adressat

Adressat des Begehrens um Sicherstellung oder Befriedigung ist die im Schuldenruf aufgeführte Anmeldestelle. Ohne Adressangabe gilt der Sitz der Gesellschaft als Adresse. Die Gesellschaft kann auch einen Dritten (z.B. Anwalt, Notar) als Anmeldestelle bezeichnen, aus Unabhängigkeitsgründen nicht aber die Revisionsstelle²⁰.

5.3. Inhalt

Zum Inhalt der Anmeldung bestimmt das Gesetz, dass die Gläubiger einerseits ihre Forderungen angeben und andererseits Befriedigung oder Sicherstellung verlangen müssen. In einem Teil der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Anmeldung der Forderung das entsprechende Begehren um Sicherstellung bereits impliziert und dieses von den Gläubigern deshalb nicht ausdrücklich geltend gemacht werden muss²¹. Diese Ansicht widerspricht einerseits dem Gesetzestext. Andererseits muss der Gläubiger klar zum Ausdruck bringen, was er von der Gesellschaft verlangt.

Sodann muss aus der Anmeldung hervorgehen, dass der Gläubiger im laufenden Kapitalherabsetzungsverfahren einen Sicherstellungs- oder Befriedigungsanspruch gemäss Art. 733 OR geltend macht. Es reicht deshalb nicht aus, wenn der Gläubiger der Gesellschaft während des laufenden Schuldenrufs lediglich eine Rechnung oder Mahnung

¹⁴ HEINZMANN (FN 3), N 326.

¹⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 162, Fn. 50; HEINZMANN (FN 3), N 323.

¹⁶ ZINGG (FN 3), 99 f.

¹⁷ A.M. HEINZMANN (FN 3), N 271, wonach die Gläubiger ihren Anspruch nicht explizit geltend machen müssen.

¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 154, wollen analog Art. 932 Abs. 2 OR die Frist erst vom darauf folgenden Werktag an laufen lassen, was m.E. dem Gesetzestext widerspricht.

¹⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 189.

²⁰ HWP (FN 2), Bd. 3, 59.

²¹ So etwa HEINZMANN (FN 3), N 271; dabei bleibt aber unklar, ob dies entsprechend auch für ein Begehren um Befriedigung gilt.

schickt. Auch die Zustellung einer Forderungsklage während des Schuldenrufs stellt kein solches Begehren um Sicherstellung bzw. Befriedigung dar²².

5.4. Wahlrecht zwischen Befriedigung und Sicherstellung?

In der Lehre ist intensiv diskutiert worden, ob der Gläubiger bezüglich Sicherstellung und Befriedigung ein Wahlrecht hat.

Anerkannt ist heute, dass bei noch nicht fälligen oder bestrittenen Forderungen kein solches Wahlrecht des Gläubigers besteht; derartige Forderungen sind gemäss heute einmütiger Lehre nur sicherzustellen²³. Auch bei einer fälligen Forderung soll der Gläubiger gemäss der heute wohl h.L. ebenfalls kein Wahlrecht haben, sondern nur Befriedigung verlangen können²⁴.

Diese Ansicht konzentriert sich m.E. zu Unrecht nur auf den Gläubigerschutz, und Gesellschaftsinteressen werden nicht berücksichtigt. M.E. kann die Gesellschaft selbst entscheiden, wie sie auf das Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung reagieren will²⁵. Sie wird dabei in der Regel die Kosten der Sicherstellung gegen die Befriedigung abwägen haben. Bei fälligen Forderungen ist diese Abwägung kaum relevant, da die Sicherstellung wohl immer teurer ist als die Befriedigung. Bei noch nicht fälligen Forderungen kann es aber sehr wohl sein, dass die Kosten einer Sicherstellung höher sind als diejenigen der vorzeitigen Befriedigung. Ich halte deshalb dafür, dass es bei nicht fälligen Forderungen der Gesellschaft überlassen werden muss, ob sie diese sicherstellen oder (vor Fälligkeit) befriedigen will. Der Gesetzestext steht einem solchen Wahlrecht der Gesellschaft nicht entgegen, denn er stipuliert nur, was der Gläubiger verlangen kann, nicht aber, wie die Gesellschaft einem solchen Begehren begegnen muss. Entscheidend ist dabei nur, dass die Gesellschaft nach Ablauf der zweimonatigen Frist nach der dritten Publikation des Schuldenrufs im SHAB bestätigen kann, dass angemeldete Forderungen sichergestellt oder befriedigt worden sind.

²² Ist in einem Forderungsprozess die Beklagte eine AG oder eine GmbH, ist zu überlegen, ob im Rechtsbegehren nebst der Forderung standardmässig nicht auch ein Sicherstellungsbegehren betreffend allfällige zukünftige Kapitalreduktionen der Beklagten aufzunehmen wäre.

²³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 159; BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 733 N 6.

²⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 159; HEINZMANN (FN 3), N 317 ff. und wohl auch BÖCKLI (FN 5), § 2 N 351 und 351a.; a.M. BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 733 N 6.

²⁵ A.M. die wohl h.L., vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 159; HEINZMANN (FN 3), N 317 ff.; gewisse Wahlrechte postuliert aber BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 733 N 6.

6. Ausmass der Sicherstellung

Sichergestellt werden muss nur die angemeldete Forderung. Kosten (wie z.B. Kosten für die Geltendmachung der Sicherstellung oder Prozesskosten zur Durchsetzung einer bestrittenen Forderung) sind nicht sicherzustellen.

Bei der Sicherstellung ist mangels höchstrichterlichem Präjudiz noch nicht geklärt, in welchem Ausmass eine Forderung sichergestellt werden muss. In der Lehre verlangen die einen, dass sie in ihrem vollen Umfang sichergestellt wird²⁶, die anderen halten dafür, dass eine Forderung nur im Ausmass der beabsichtigten Kapitalreduktion sichergestellt werden muss (proportionale Sicherstellung)²⁷. Ich schliesse mich klar letzterer Meinung an, denn es kann nicht angehen, dass der Gläubiger aufgrund einer Kapitalreduktion noch besser gestellt wird. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Risikostruktur einer sichergestellten Forderung signifikant anders ist als diejenige einer ungesicherten (was sich z.B. bei einem Darlehen in der Zinsstruktur niederschlägt)²⁸. Wäre die gesamte Forderung sicherzustellen, so müsste auch in das dem Begehren zu Grunde liegende Forderungsverhältnis eingegriffen werden, um die aus der Sicherstellung resultierende Änderung des Risikoprofils entsprechend aufzufangen. Aus diesem Grund ist m.E. nur derjenige Betrag sicherzustellen, um den das Kapital reduziert wird²⁹. Dabei beläuft sich der jeweilige Sicherstellungsanspruch eines einzelnen Gläubigers nur auf einen prozentualen Anteil an diesem Betrag im Verhältnis zu allen angemeldeten Forderungen³⁰.

7. Dauer der Sicherstellung

Weder das Gesetz noch die Lehre äussern sich dazu, wie lange eine Forderung sicherzustellen ist. M.E. gelten die folgenden drei Prinzipien:

Erstens besteht ein Anspruch auf Sicherstellung nur, sofern und solange der Gläubiger am Weiterbestehen der Sicherstellung ein schützenswertes Interesse hat. Ist dies nicht mehr der Fall, z.B. weil sich die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft signifikant verbessert hat oder das Aktienkapital wieder erhöht worden ist, so kann die Gesellschaft die Sicherstellung auflösen. Zweitens ist eine Forderung längstens bis zu ihrer Verjährung sicherzustellen, d.h. mit Eintritt der Verjährung geht der Sicherstellungsanspruch automatisch unter. Drittens kann die Gesellschaft bei einer bestrittenen

²⁶ BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 733 N 5.

²⁷ So die h.L., vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 164; BÖCKLI (FN 5), § 2 N 352a; HEINZMANN (FN 3), N 329 und 331.

²⁸ Vgl. vorne Ziff. 2.

²⁹ HEINZMANN (FN 3), N 331.

³⁰ HEINZMANN (FN 3), N 332.

Forderung vom Gläubiger verlangen, dass er seinen behaupteten Anspruch klageweise klären lässt. Sie wird dazu den Gläubiger auffordern, seinen Anspruch innert einer angemessenen Frist gerichtlich durchzusetzen, ansonsten die Sicherstellung von der Gesellschaft wieder aufgelöst wird. Unternimmt der Gläubiger innert Frist nicht die angezeigten rechtlichen Schritte, so hat er kein schützenswertes Interesse mehr an der Sicherstellung. Der behauptete Anspruch bleibt davon aber unberührt, d.h. der Gläubiger kann diesen immer noch durchsetzen.

8. Art der Sicherstellung

Offen ist, was der Gesetzgeber mit «Sicherstellung» meint. Das Gesetz enthält keine Vorschriften, in welcher Art die Forderungen von Gläubigern sicherzustellen sind.

Gemäss herrschender Lehre muss die Gesellschaft vollwertigen Ersatz für die Sicherheitsminderung leisten³¹. Das sind Realsicherheiten (wie z.B. die Verpfändung von Grundstücken oder von Aktien von Tochtergesellschaften), Personalsicherheiten (wie z.B. Bürgschaften) sowie die Übertragung von Vermögenswerten an einen Escrow Agent. Nicht ausreichend sind aber lediglich bilanztechnische Vorkehren, wie z.B. die Äufnung einer speziellen Reserve, da diese von der Gesellschaft ja jederzeit wieder aufgelöst werden könnte.

Der Gläubiger kann nicht bestimmen, wie die Gesellschaft seine Forderung sicherzustellen hat; vielmehr kann die Gesellschaft über die Art der Sicherstellung frei entscheiden. Die Sicherstellung muss lediglich «*tauglich, also ausreichend und verwertbar*»³² sein. Ist ein Gläubiger mit der von der Gesellschaft gewählten Sicherstellung nicht einverstanden, so muss er m.E. klagen³³.

9. Auflösung von Sicherstellungen als Sanierungsmassnahme?

Eine Gesellschaft, die Forderungen sicherstellen muss, verliert finanzielle Flexibilität. Bei schlechtem Geschäftsgang ist deshalb offen, ob die Gesellschaft die Sicherstellung aufheben und die frei werdenden Mittel für das Überleben der Gesellschaft verwenden darf. M.E. ist dies nicht der Fall, und sichergestellte Forderungen müssen auch in finanziell schwierigen Zeiten sichergestellt bleiben. Anzumerken ist aber, dass die Gesellschaft bei bestrittenen Forderungen immerhin die Möglichkeit hat, den angeblichen Gläubiger zu

zwingen, eine Klärung über die Forderung herbeizuführen und dadurch allfällig frei werdende Mittel neu eingesetzt werden können.

10. Bestätigung der Gesellschaft

Nach Ablauf der zweimonatigen Frist nach der dritten Publikation des Schuldenrufs im SHAB bestätigt die Gesellschaft zu Händen des verurkundenden Notars, dass keine Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung eingegangen sind bzw. allen diesen Begehren entsprochen wurde. Nicht notwendig ist m.E., dass die Gesellschaft im Falle von eingegangenen Befriedigungs- bzw. Sicherstellungsbegehren dem Notar im Einzelnen belegt, wie sie diesen Begehren entsprochen hat, denn der Notar hat schlicht keine Möglichkeit zu prüfen, ob die Befriedigung tatsächlich erfolgt oder die von der Gesellschaft geleistete Sicherstellung angemessen ist³⁴.

Die Bestätigung muss klar und eindeutig sein, denn entweder sind die Voraussetzungen dazu erfüllt oder eben nicht. Ist die Gesellschaft nicht sicher, ob die Voraussetzungen erfüllt sind (weil ihr z.B. nicht klar ist, ob ein Gläubiger tatsächlich ein entsprechendes Begehren eingereicht hat), so muss sie selbst die Rechtslage klären. Sie kann diesen Entscheid nicht auf den verurkundenden Notar oder das Handelsregister abschieben. Dementsprechend darf der Notar eine unklar formulierte Bestätigung der Gesellschaft nicht annehmen. Auch das Handelsregister muss eine öffentliche Urkunde über den Feststellungsbeschluss ablehnen, wenn die zugrunde liegende Bestätigung der Gesellschaft nicht eindeutig formuliert ist.

Ist ein Gläubiger der Gesellschaft mit der Bestätigung nicht einverstanden, weil er z.B. nicht als sicherstellungsberechtigter Gläubiger anerkannt wurde oder eine in seinen Augen ungenügende Befriedigung erhalten hat, so muss m.E. er gegen die Gesellschaft vorgehen³⁵. Er hat dazu eine Registersperre gemäss Art. 162 HRegV anzustrengen³⁶.

³¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 165.

³² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 167.

³³ Umstritten, vgl. etwa BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 734 N 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 175.

³⁴ Demgegenüber verlangt HEINZMANN (FN 3), N 279, dass dem Notar «die Gesamtheit der an die Gesellschaft adressierten Begehren und alle Unterlagen [eingereicht werden], die belegen, dass die Sicherstellung bzw. Befriedigung der fristgerecht angemeldeten Forderungen stattgefunden hat».

³⁵ BÖCKLI (FN 5), § 2 N 354; a.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 175; BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 734 N 2.

³⁶ Umstritten, vgl. etwa BSK OR II-KÜNG (FN 9), Art. 734 N 2, wonach es an der Gesellschaft liegt, «den Nachweis zu führen, dass die Voraussetzungen der Kapitalherabsetzung erfüllt sind», weshalb sie gegen den Gläubiger klagen muss; was m.E. missbräuchlichen Sicherstellungsbegehren Tür und Tor öffnen würde, da sich der angebliche Gläubiger auf die viel einfachere Position des Beklagten zurückziehen kann.

11. Öffentliche Feststellungsurkunde

Gemäss Art. 734 OR muss der Notar eine öffentliche Urkunde erstellen, in welcher festgestellt wird, dass die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung eingehalten worden sind. Die dem Notar zur Prüfung zu unterbreitenden Belege sind die folgenden:

- a) Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisionsexperten, welcher bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind;
- b) Protokoll der Generalversammlung, welche die Kapitalherabsetzung beschlossen hat, wobei insbesondere auch zu prüfen ist, ob der zugelassene Revisionsexperte an der Generalversammlung persönlich anwesend war;
- c) Nachweis, dass im SHAB drei Schuldenrufe publiziert worden sind und die Frist für die Forderungsanmeldung und das Befriedigungs- bzw. Sicherstellungsbegehren der Gläubiger zwei Monate, von der Publikation des dritten Schuldenrufs an gerechnet, betragen hat;
- d) Bestätigung der Gesellschaft, dass keine Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung eingegangen sind bzw. all diesen Begehren entsprochen wurde³⁷.

Kann der Notar eine dieser Feststellungen nicht machen, so muss er die Ausstellung der öffentlichen Urkunde verweigern.

Der Notar kann dabei nur feststellen, dass ihm die entsprechenden Belege vorgelegen haben. Er kann die diesen Belegen zugrundeliegenden Sachverhalte materiell nicht prüfen³⁸. Dies ist insbesondere bei der Feststellung relevant, ob die Gesellschaft Begehren um Sicherstellung oder Befriedigung erhalten³⁹ und diesen gegebenenfalls entsprochen hat⁴⁰. Der Notar muss sich hier deshalb auf die Bestätigung der Gesellschaft verlassen⁴¹. Dem Notar ist aber unbenommen, die ihm unterbreiteten Belege «nach den Kriterien der Vernunft und der Lebenserfahrung»⁴² zu würdigen und deren Plausibilität zu hinterfragen.

³⁷ Vgl. vorne Ziff. 7.

³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 53 N 169; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 3212.

³⁹ Zwar könnte die Gesellschaft den Notar als Anmeldestelle für Begehren um Befriedigung resp. Sicherstellung bezeichnen, was diesem eine gewisse Kontrolle ermöglicht, vgl. HEINZMANN (FN 3), N 280. Dies ist in der Praxis jedoch nicht gebräuchlich.

⁴⁰ So kann der Notar z.B. nicht beurteilen, ob die zur Sicherstellung verpfändeten Aktien einer Tochtergesellschaft werthaltig sind.

⁴¹ BRÜCKNER (FN 38), N 3212.

⁴² BRÜCKNER (FN 38), N 3115.

12. Standardisierte Dokumente

In der Praxis haben sich für sämtliche Verfahrensschritte und die diesbezüglichen Dokumente Standards entwickelt⁴³. Alle Beteiligten (Revisionsexperte, Notar, Handelsregisterführer) erwarten deshalb die gemäss Standard vorgegebenen Formulierungen. Beachtet eine Gesellschaft diese Standardformulierungen und reicht entsprechend standardisierte Unterlagen beim Handelsregister ein, so wird die Kapitalherabsetzung problemlos eingetragen. Zu beachten ist aber, dass diese Standards lediglich ein Ausfluss der Praxis sind und gesetzlich nicht vorgesehen werden. Weder der Notar noch das Handelsregister dürfen deshalb verlangen, dass nur Standarddokumente eingereicht werden; sie müssen vielmehr die jeweiligen Dokumente auf ihre materielle Bedeutung hin überprüfen. Jeder Gesellschaft steht es deshalb frei, von den Standardformulierungen abzuweichen, wobei sie dann aber mit einem erhöhten Erklärungsbedarf rechnen muss. Es empfiehlt sich deshalb, nicht ohne sachliche Gründe von den Standardformulierungen abzuweichen.

⁴³ Vgl. z.B. die Textvorlagen des Notariatsinspektorats des Kantons Zürich oder die Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare.

Lorsque l'assemblée générale a décidé de réduire le capital-actions, la société invite ses créanciers, par le biais d'une triple publication dans la FOSC, pendant deux mois, à produire leurs créances et exiger d'être désintéressés ou garantis. Cette procédure vise à protéger les créanciers, étant donné que du substrat de responsabilité est supprimé à l'occasion de la réduction. Parallèlement, la société doit être protégée contre les demandes de sûretés abusives. La constitution de sûretés améliore considérablement la position du créancier, au-delà de la perte de substrat de responsabilité : les créances subitement garanties dans le cadre d'une réduction de capital ont un profil bien différent qu'auparavant, lorsqu'elles n'étaient pas encore garanties. Parce que la loi n'autorise toutefois pas à intervenir dans la relation contractuelle entre le créancier et la société, il y a lieu, face à une demande de sûretés, de procéder à une pesée d'intérêt. Ainsi, le créancier ne peut exiger d'être désintéressé ou garanti que si la réduction de capital envisagée amoindrit manifestement la capacité financière de la société (ou du moins qu'un tel effet puisse être rendu vraisemblable).

Les créanciers ne peuvent ainsi exiger d'être désintéressés ou garantis que pour les prétentions contractuelles nées avant le premier appel aux créanciers. Par ailleurs, il n'y a en principe pas lieu de garantir les créances contestées pour lesquelles la société n'a pas constitué de provision pour risques et charges. La société doit décider elle-même si elle peut confirmer au notaire qu'elle a satisfait à ses obligations de garantie et/ou de désintéressement.

(trad. LT LAW TANK, Berne)